



HAL
open science

Propriété de l'État et exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie

Janneth Milena Pacheco Baquero

► **To cite this version:**

Janneth Milena Pacheco Baquero. Propriété de l'État et exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie. Droit. Université de Bordeaux, 2018. Français. NNT : 2018BORD0434 . tel-02076967

HAL Id: tel-02076967

<https://theses.hal.science/tel-02076967>

Submitted on 22 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE TITRE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par **Janneth Milena Pacheco Baquero**

**Propriété de l'État et exploitation des ressources
naturelles non renouvelables en Colombie**

Thèse dirigée par

M. Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN
Professeur à l'Université de Bordeaux

Soutenue le 19 décembre 2018

Membres du jury :

Mme Corina Duque Ayala

Professeure associée à l'Université Santo Tomas de Bogota **rapporteur**

Mme Marta Franch Saguer

Professeure de droit public à l'Université autonome de Barcelone **rapporteur**

M. Fabrice Hourquebie

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux **président du jury**
Directeur de l'École doctorale de droit

M. Ferdinand Mélin-Soucramanien

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux **directeur de recherche**
Directeur du CERCCLE

AVERTISSEMENT

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Après avoir consacré une période conséquente de ma vie à mener à bien ce projet, je pense à de nombreuses personnes qui m'ont accompagnée et ont contribué d'une façon ou d'une autre à la réalisation et à la conclusion de cette étude.

Avant tout, je remercie Dieu de m'avoir placée à ce moment à cet endroit, et de m'avoir entourée de personnes pleines de qualités, prêtes à m'écouter, à m'encourager et à apporter leurs connaissances pour enrichir ce document.

Je remercie infiniment le professeur Ferdinand Melin Soucramanien pour la confiance et le soutien qu'il m'a accordés dès le début de ce projet. Sans vous, ce projet n'aurait pas été possible. Merci pour votre compréhension et votre générosité. Je remercie également le professeur Fabrice Hourquebie pour son amitié et pour l'insistance avec laquelle il m'a incitée à persévérer.

Mes remerciements vont ensuite à l'ensemble des membres du CERCACLE, qui au cours de mes séjours à Bordeaux m'ont accompagnée et guidée, simplifiant ainsi mon travail de recherche.

À mes chers amis, dont certains sont présents et d'autres sont partis, je ne cesse de penser à vous à chaque instant. Les collègues de l'Université Externado, de l'Université Santo Tomas et ceux de l'École d'administration publique (ESAP) ont été les témoins de cette aventure.

Et enfin, les personnes les plus importantes dans la vie : la famille. À mes parents, mes frères, ma sœur et mes neveux, avec qui je n'ai pu partager autant de moments que j'aurais voulu au cours de ces dernières années. Merci pour votre amour et votre soutien permanents.

RÉSUMÉ

Propriété de l'État et exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie

Cette étude fait une analyse historico-législative de l'origine et l'évolution du concept de propriété de l'État en Colombie, notamment celle qu'il exerce sur les ressources naturelles non renouvelables en tant que source de financement permettant de résoudre des problématiques économiques et sociales. Nous y démontrons le manque d'autonomie de l'État pour définir la meilleure manière de tirer parti de ces ressources sur le plan économique, en raison de l'indéniable influence de politiques économiques internationales et du modèle politique d'État en Colombie. À partir du XXe siècle, surgit un débat polarisé autour de l'évaluation de la gestion de l'État en tant que propriétaire, entrepreneur et gestionnaire de ces ressources. Certains sont en faveur de politiques économiques favorisant leur exploitation massive, et d'autres sont contre, s'interrogeant sur l'efficacité et la pertinence de ses décisions dans la mesure où elles compromettent gravement certains droits fondamentaux des personnes à la lumière de la Constitution et des engagements internationaux acquis par l'État. Les tensions constitutionnelles ayant augmenté au cours des dernières années en raison de l'exploitation d'une propriété considérée comme exclusive de l'État alimentent le rôle actif du juge constitutionnel. Ainsi, en limitant les actions de l'État, celui-ci devient l'acteur principal et le garant de l'État social de droit.

ABSTRACT

State ownership and exploitation of non-renewable natural resources in Colombia

The present work made a historical-legislative review of the origin and evolution of the concept of the property of the State in Colombia and in particular of the property that it holds over non-renewable natural resources, as a traditional source of financing to solve economic and social problems. However, it shows the lack of autonomy of the State to define the best way to take advantage of these resources economically, due to the undeniable influence of international economic policies and the political model of the State in Colombia. Since the twentieth century, the evaluation of the management of the State as owner, entrepreneur and administrator of these resources unleashed a polarized debate, with some in favor of economic policies that favor their massive use and others questioning the effectiveness and relevance of its decisions because they seriously compromise some of the fundamental rights of people in light of the Constitution and international commitments acquired by the State. The constitutional tensions that have increased in recent years because of the use of a property considered exclusive of the State, provokes an active role of the constitutional judge that limits its actions and becomes protagonist and guarantor of the Welfare State.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ANM	Agence nationale minière
CEPALC	Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CHCV	Commission historique du conflit et ses victimes
CIDH	Cour interaméricaine des droits de l'Homme
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CMH	Centre de mémoire historique
CP	Constitution politique
FARC	Forces armées révolutionnaires de Colombie
OCAD	Organes collégiaux d'administration et de décision
OIT	Organisation internationale du travail
PDT	Plans de développement territorial
PND	Plan national de développement
RRI	Réforme rurale intégrale
UNECE	Commission économique des Nations unies pour l'Europe
UPME	Unité de planification minière-énergétique

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE. L'APPARITION DE LA NOTION DE PROPRIÉTÉ COMME BIEN PUBLIC EN COLOMBIE

Chapitre I. L'origine et l'évolution de la propriété de l'État

Chapitre II. L'évolution de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables

SECONDE PARTIE. LES TENSIONS GÉNÉRÉES PAR LA PROPRIÉTÉ DE L'ÉTAT QUANT À L'EXPLOITATION DES RESSOURCES NATURELLES NON RENOUVELABLES EN COLOMBIE

Chapitre I. Le débat sur l'importance économique de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables

Chapitre II. À la recherche d'un équilibre entre le développement et l'exploitation de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. La première chose à laquelle on pense lorsque l'on parle de domaine ou de propriété, c'est en relation avec la richesse, puisqu'elle est destinée à satisfaire de façon directe ou indirecte les besoins de l'individu. L'Histoire fait état des luttes pour la reconnaissance du droit à la propriété publique, un concept qui a fait l'objet d'importantes transformations et qui aujourd'hui fait face à de grands défis dans le contexte colombien en raison de ses conditions économiques, sociales et environnementales.

§1. L'intérêt de la problématique et justification de la thèse

2. Le concept de propriété peut paraître commun. L'intense activité économique qui caractérise actuellement les États fait que certains secteurs de la société remettent fréquemment en question la gestion de l'une ou l'autre des propriétés de l'État, à qui un patrimoine a été octroyé pour remplir ses fonctions constitutionnelles. Cependant, les questions sont toujours plus nombreuses quant à l'origine et la qualité des biens composant ce patrimoine ainsi que concernant son régime juridique d'acquisition, d'exercice et d'aliénation possible. Or paradoxalement, l'académie et la doctrine en Colombie ont été indifférentes jusqu'à maintenant au développement d'un véritable régime juridique de la propriété de l'État.

A. Absence d'un droit des biens publics en Colombie

3. Depuis longtemps, il a été identifié que les premiers patrimoines publics, au sens strict, sont apparus avec l'institution des personnes publiques. Ainsi, on constate que l'existence de quelques biens dits appartenant à l'État est justifiée pendant des époques comme le Moyen-Âge et même tout au long des XIXe et XXe siècles. Tout au long de l'histoire s'est déroulé un processus de construction et reconstruction du concept et du régime juridique de la propriété publique qui continue jusqu'à aujourd'hui.

4. En conséquence, il est aujourd'hui admis que si l'administration est propriétaire de biens, elle ne l'est pas en tant que propriétaire ordinaire, et peut être assimilée à la propriété d'une personne privée. C'est la raison pour laquelle dès l'origine, le cadre juridique de la

propriété publique est conçu de manière globale comme un régime exagéré, et les biens affectés au service public et à l'usage du public doivent donc bénéficier d'un régime particulier, au-delà du droit commun, régime qui assurera la permanence de l'affectation¹.

5. Les premières approches de la question de la propriété publique m'ont permis d'identifier que des débats anciens et intenses existent au sein de la doctrine et de la jurisprudence française autour de la propriété publique. Un grand nombre de concepts ont donc été développés, par exemple concernant la distinction entre la notion de propriété et le domaine public. De même, dans le cadre du droit français, j'ai pu constater qu'il existe un Code général de la Propriété des Personnes publiques (CGPPP)² organisé autour de la notion de propriété publique et pas seulement de la domanialité publique, des concepts qui se sont développés de manière différente et qui permettent l'existence de différents types de personnes publiques et de domaines.

6. Ce Code s'est substitué à la partie législative du Code du Domaine de l'État et a tenté d'englober tout ce qui concerne la propriété et la domanialité publique, y compris au point de prévoir des circonstances qui figuraient auparavant dans d'autres codes, comme le Code du Domaine public fluvial ou le Code de la Voirie routière.

7. Mais la situation est différente en Colombie. Chez nous, il n'existe pas de Code capable de recueillir tout le régime de la propriété publique, car il n'y a pas de théorie générale de la propriété de l'État et de la domanialité, en tant que discipline spécifique du droit administratif. Au contraire, la propriété de l'État a été associée au concept général et exclusif du droit privé et il a fallu du temps pour qu'on lui reconnaisse son propre régime juridique. Ainsi, la propriété publique était en principe sous-entendue comme la possession de certains biens par l'administration dans les mêmes conditions que celles d'un propriétaire privé, mais exercée avec certaines prérogatives exagérées.

8. De même, il convient de signaler que dans notre cas, le débat doctrinal et les normes développant les différents aspects liés à la gestion ou la protection de la propriété publique

¹ Godfrin P., Degoffé M., *Droit administratif des biens : domaine, travaux, expropriation*, 9^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2009, p. 3-7.

² Le CGPPP a été annexé par l'Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006.

sont plutôt rares. Voilà pourquoi la jurisprudence colombienne a joué un rôle décisif dans le processus de définition et de classification de la propriété, et constitue ainsi la principale source d'information de cette étude. Cependant, certains concepts comme celui de la domanialité restent confus, alors qu'ils sont si clairs dans la législation et la jurisprudence française.

9. En Colombie, les premières définitions, classements et le régime juridique de la propriété publique datent de 1873, époque de la rédaction du Code civil, et perdurent jusqu'à aujourd'hui. La position doctrinale privatiste présente donc quelques difficultés. Tout d'abord, i) l'insuffisance des catégories du droit privé pour répondre à la logique de certaines pratiques publiques et, ii) la méconnaissance des profondes transformations que l'État a connues depuis des années, et qui ont affecté aussi bien ses objectifs que ses actions. Cela montre qu'une redéfinition du droit de la propriété est donc urgente pour qu'elle soit adaptée à la réalité concrète qui la conditionne ou la menace en permanence³, par le biais de la systématisation et la modernisation du régime de la domanialité publique colombien, comme cela a été fait en France pour mettre l'accent sur des objectifs de valorisation économique et faciliter les opérations de l'État.

10. Concernant les mutations subies par les États, Parejo⁴, explique que celles-ci : « (...) ont causé une altération significative du sens et de la fonction des biens publics : il ne s'agit plus, comme cela se produisait pendant le XIXe siècle et au début du siècle actuel, d'un ensemble constitutif du substrat physique des usages collectifs sur lequel l'État déploie simplement une fonction de police pour protéger leur destination... ». Même si les théories élaborées en Espagne ou en Amérique latine autour du droit de la propriété publique sont récentes, puisqu'elles datent du siècle dernier, celles-ci sont assez marquées par des éléments historiques fournis principalement par le droit romain. Néanmoins, il sera possible de constater que la dogmatique développée autour du concept est maintenue sur le plan de la théorie et de l'Histoire⁵.

11. Les changements économiques mondiaux liés au renforcement du modèle néolibéral de la politique économique des gouvernements, la dynamique des marchés et

³ Gilli J.P., *Redéfinir le droit de propriété*, Paris, Centre de recherche d'Urbanisme, 1975, p. 124.

⁴ Parejo Alfonso L., *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, janvier - décembre 1983, p 2379-2422.

⁵ *Ibidem*.

la tendance des gouvernements à la privatisation, ont parfois motivé le changement de l'objet de la propriété publique et ont inévitablement affecté la position de l'État dans l'économie. Ils ont surtout changé sa position en tant que propriétaire, au point que pour certains, la propriété publique conçue dans le passé comme étant en dehors de tout commerce a commencé à être remise en cause. À ceci s'ajoute le fait que, chaque jour la dépendance de la société moderne envers la fabrication de choses qui ont comme matière première par exemple, les minéraux, devient plus évidente. Ce qui fait qu'au fur et à mesure les États soient obligés de réviser leurs politiques et cadres normatifs concernant la manière de disposer de la propriété publique.

12. Il est clair que, l'absence d'un Code général de la Propriété des Personnes publiques en Colombie qui établit tout ce qui concerne les définitions et le classement des biens du domaine public et qui concentre et simplifie la gestion domaniale quant aux modes, procédures d'acquisition et contentieux relatifs aux biens du domaine public, entraîne forcément une réduction rapide, facile et importante du patrimoine public au détriment des intérêts de la société à long terme. En effet, les gouvernements, dans le cadre de leurs politiques publiques, décident en temps de compression budgétaire de mettre en vente le patrimoine public de manière totale ou partielle, car il représente une source importante de refinancement.

13. Cela explique d'une part, la vague croissante de privatisations des entreprises publiques⁶ et d'autre part, le manque de contrôle de l'État, ce qui entraîne par exemple l'exploitation démesurée des ressources naturelles non renouvelables par des particuliers, qui ne contribuent pas dans les mêmes proportions aux finances de l'État⁷.

⁶ L'État au niveau national et régional a constamment encouragé la vente de sa participation dans ces actifs, afin de trouver des financements pour des projets spécifiques tels que l'amélioration des infrastructures nationales ; cela a été le cas de la vente d'ISAGEN, la plus grande centrale hydroélectrique de l'État en mars 2016 pour 6,48 milliards de pesos, et du Métro de Bogota qu'il espère financer grâce à la vente de l'entreprise de Télécommunications de Bogota.

⁷ Le secteur minier de la Colombie se caractérise par l'exploitation minière, en particulier du charbon, du nickel, des émeraudes et de l'or. Il a représenté, en moyenne, 2,2 % du PIB entre 2010 et 2015 et a contribué à 19,6 % des exportations et 16 % des investissements étrangers directs au cours de la même période. Il génère également des contributions importantes pour la Nation : l'exploitation minière contribue aux finances publiques par le biais des impôts sur le revenu et sur les biens, les impôts fonciers, ainsi que les redevances (une contribution unique sur les extractions), ainsi que d'autres contributions dérivées d'activités économiques supplémentaires et d'autres considérations comprises dans de nombreux contrats d'exploitation minière. En fait, les seuls produits des redevances entre 2010 et 2015 se sont élevés à 9,7 milliards de pesos. In ministère des Mines et de l'Énergie de Colombie. *Política Minera de Colombia: bases para la minería del futuro*, Bogota, 2016.

14. D'autre part ce qui frappe, c'est que d'autres modèles juridiques tels que l'allemand par exemple, ne reconnaissent pas dans la théorie ou dans la pratique l'existence de la propriété d'État ou publique. Ceci reflète les caractéristiques autoritaires d'une doctrine allemande fortement déterminée par l'époque de Bismarck et par la façon dont l'État bourgeois a été introduit en Allemagne. Par conséquent, la construction de la notion d'État, en tant que personne morale essentielle, titulaire de la souveraineté, est une conséquence de la loi publique allemande autoritaire : la théorie des droits publics subjectifs compris comme un reflet de la loi objective définit la propriété publique, comprise comme la propriété individuelle de l'État⁸.

15. Le modèle allemand montre qu'il s'agit d'un système étranger à la notion de propriété publique et au domaine public français (une construction développée essentiellement par les pays méditerranéens). Comme on le verra dans le domaine du droit minier, il est réglementé principalement par le droit privé, car l'État allemand n'est pas propriétaire des ressources minérales, et l'intervention publique est exceptionnelle et limitée. En effet, le droit privé a été déplacé progressivement par le droit public au moment de la mise en place d'un modèle « d'autorisation » de droit administratif, ce qui a justifié l'apparition d'une timide tendance à ce que la doctrine reconnaisse « *la publicitación del derecho minero* ».⁹

16. Après l'examen des aspects présentés ci-dessus, il est évident que la propriété publique est un phénomène complexe et opposé à la vie économique moderne. L'histoire des XXe et XXIe siècles montre que presque tous les pays du monde ont utilisé et doivent utiliser aujourd'hui la propriété de l'État et publique comme une source de financement pour résoudre leurs problèmes économiques et sociaux. La nature même de la notion de propriété contribue à générer des opinions polarisées concernant la participation de l'État dans l'économie en général, et l'activité de l'État en tant que propriétaire en particulier. C'est donc une constante de trouver que, dans la plupart des cas, les discussions qui se

⁸ Giannini M. S., *Derecho Administrativo* (vol. 1, traduction en espagnol de *Diritto Amministrativo* par L. Ortega) [en ligne], Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, [consulté le 20 septembre 2016], URL.

⁹ Moreu Carbonell E., « Régimen jurídico de las actividades extractivas en el derecho alemán: un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero », *Revista de Administración Pública*, n° 152, mai – août 2000, p. 339-383, p. 339-351 *passim*.

déroulent dans un contexte académique, politique et économique concernant l'inefficacité apparente de l'État en tant que propriétaire et entrepreneur¹⁰.

17. Par conséquent, il convient de préciser dès à présent que cette étude ne vise pas à participer au débat national et international qui peut exister sur le concept, le contenu et la portée de la domanialité « à la française ». Il ne s'agit pas non plus d'une critique du traitement que la loi donne aux actifs de l'État, leur classification ou réglementation. Il s'agit d'analyser l'exercice du droit de la propriété étatique, ses formes de protection et limites, déterminées par les conditions économiques, politiques et sociales actuelles dans le contexte colombien.

B. La propriété publique est distincte de la propriété de l'État

18. À partir de la Constitution politique (C.P) de 1991, nous pouvons constater la façon dont la jurisprudence constitutionnelle colombienne a identifié divers types de liens pouvant exister entre un bien et un propriétaire. Ainsi, la Charte distingue trois types clairs de propriétés : privée, étatique et publique¹¹, définition qui ne correspond pas à celles élaborées par la jurisprudence du Conseil d'État¹², mais qui a mise en évidence l'absence de clarté conceptuelle sur le sujet.

19. Conformément à la tradition méditerranéenne, dans la jurisprudence constitutionnelle colombienne, la propriété privée prévue à l'article 58 de la C.P¹³ peut

¹⁰ Kanov A., *La propiedad estatal y el desarrollo económico: presente y futuro*, Mexico, Red Aportes, 2006.

¹¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Quatrième salle de révision, 23 octobre 1992, Sentence n° T-566/92, dossier n° 3848, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

¹² Colombie, Conseil d'État, Salle du contentieux administratif, troisième section, sous-section C, 16 mars 2015, Sentence n° 08001-23-31-000-1996-02906-01 (12906), C. R. Olga Mélida Valle De La Hoz (E).

¹³ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 58, modifié par l'article 1 de la Loi n° 01 de 1999 : « *Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio. »

[Notre traduction :] « La propriété privée et les autres droits acquis conformément aux lois civiles sont garantis et ne peuvent être ignorés ni enfreints par des lois postérieures. Si l'application d'une loi émise pour

être individuelle, comme un moyen de mettre en œuvre et d'organiser la richesse sociale pour générer le développement économique et doit donc être protégée et garantie, tout comme d'autres droits acquis en vertu des lois civiles.

20. À ce sujet, sur la base de la reconnaissance de la diversité ethnique et culturelle de la Nation colombienne conformément à l'art. 7 de la C.P¹⁴, le prétendu droit de propriété collective a été inclus dans les articles 329¹⁵ et 55¹⁶ de la Constitution transitoire. Droit octroyé à certains sujets soumis à une protection *constitutionnelle renforcée*¹⁷, comme cela peut être le cas des communautés traditionnelles noires et autochtones vivant sur des

des raisons d'utilité publique ou d'intérêt social venait à créer un conflit entre les droits des particuliers et la nécessité identifiée par cette norme, l'intérêt privé devra céder face à l'intérêt public ou social.

La propriété est une fonction sociale qui entraîne certaines obligations. Elle possède donc une fonction écologique.

L'État protégera et encouragera les formes associatives et solidaires de la propriété.

Le législateur peut recourir à l'expropriation pour les motifs d'utilité publique ou d'intérêt social par lui définis, par le biais d'une décision de justice, ainsi qu'une indemnisation préalable. Celle-ci sera fixée après consultation des intérêts de la communauté et des parties affectées. Dans les cas définis par le législateur, cette expropriation pourra s'effectuer par voie administrative, et sera donc sujette à une action de contentieux administratif postérieure, y compris concernant le prix. »

¹⁴ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 7 : « *El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.* »

[Notre traduction :] « L'État reconnaît et protège la diversité ethnique et culturelle de la Nation colombienne. »

¹⁵ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 329 : « *La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.*

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable (...) »

[Notre traduction :] « La mise en place des entités territoriales autochtones se fera selon les dispositions de la Loi organique d'aménagement du territoire, et leur délimitation sera déterminée par le gouvernement national avec la participation de représentants des communautés autochtones, d'après l'avis préalable de la Commission d'aménagement du territoire.

Les réserves constituent une propriété collective non aliénable (...) »

¹⁶ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article transitoire 55 : « *Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley (...) »*

[Notre traduction :] « Le Congrès publiera dans un délai de deux ans après l'entrée en vigueur de cette Constitution, sur la base d'une analyse préalable d'une commission spéciale créée par le gouvernement à cet effet, une loi reconnaissant aux communautés noires occupant des terres en friche dans les zones rurales riveraines des fleuves du bassin Pacifique, conformément à leurs pratiques traditionnelles de production, le droit à la propriété collective sur les régions délimitées par la loi en question (...) ».

¹⁷ La jurisprudence colombienne a donné naissance à la notion de protection constitutionnelle renforcée, basée sur l'interprétation de l'article 13 de la Constitution colombienne, en particulier ses paragraphes 2 et 3. Il a ordonné à toutes les autorités d'octroyer un traitement spécial (favorable) aux groupes et aux personnes qui sont dans une situation vulnérable ou dans une situation de faiblesse manifeste afin d'éviter les comportements discriminatoires et d'exclusion de ces groupes. Cette obligation de l'État devient exigible même auprès d'organismes internationaux tels que la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme.

territoires en friche, de sorte que la préservation de leur culture et de leurs valeurs spirituelles soit garantie.¹⁸

21. Pour le deuxième type de propriété, la propriété de l'État, la jurisprudence a distingué également que les ressources naturelles non renouvelables situées dans le sous-sol sont propriété de l'État, conformément à l'article 332 de la Constitution, et de la même façon, la mer territoriale, la zone contiguë, le plateau continental, la zone économique exclusive, l'espace aérien, le segment de l'orbite des satellites géostationnaires, le spectre électromagnétique ainsi que les actifs détenus par l'État à titre de propriété privée exercée dans des conditions égales à celles exercées par les personnes, en conformité avec l'art. 58 C.P.

22. L'article 102 de la C.P.¹⁹ fait référence au territoire et à des « biens publics qui font partie de celui-ci » pour indiquer qu'ils n'appartiennent plus à la République, mais à la Nation. Cela reflète le concept du domaine dit éminent, puisque l'État ne détient pas le territoire dans le sens d'en être le propriétaire, mais dans le sens d'y exercer sa souveraineté. Le domaine éminent est le produit d'une évolution historique confuse qui ne définit pas avec clarté la relation entre l'État et le sous-sol. Des doutes persistent encore aujourd'hui, c'est pourquoi de manière générale on parle de la propriété publique, bien que dans un sens restreint, il s'agit de concepts au contenu différent.

23. Concernant l'article 332²⁰ de la Constitution, il prévoit en premier lieu la propriété de l'État sur le sous-sol et les ressources naturelles non renouvelables, sans préjudice des droits acquis auparavant. À ce propos, il faut tenir compte du fait que l'État ne sera pas le

¹⁸ Avec un grand développement jurisprudentiel, voir par exemple les décisions de la Cour constitutionnelle : Colombie, Cour constitutionnelle, Troisième salle de révision, 12 mai 1993, Sentence n° T-188/93, dossier n° T-7281, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz ; Colombie, Cour constitutionnelle, Neuvième salle de révision, 12 avril 2011, Sentence n° T-282/11, dossiers n° T-2898085 et T-2890730, M.R. Luis Ernesto Vargas Silva ; Colombie, Cour constitutionnelle, Septième salle de révision, 13 juin 2014, Sentence n° T-379-14, dossier n° T-4.252.263, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁹ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 102 : « *El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.* »

[Notre traduction :] « Le territoire ainsi que les biens publics qui en font partie appartiennent à la Nation. »

²⁰ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 332 : « *El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.* »

[Notre traduction :] « L'État est propriétaire du sous-sol et des ressources naturelles non renouvelables, nonobstant les droits acquis et perfectionnés conformément aux lois préexistantes. »

seul propriétaire, car de manière exceptionnelle l'existence d'une propriété minière par des tiers est prévue dans le contenu du même article, en accord avec les lois préexistantes. Il s'agira donc d'un régime de droit privé qui méritera un traitement juridique différent.

24. Finalement, la jurisprudence reconnaît un troisième type de propriété, la propriété publique, celle de « domaine public », qui est normalement propriété d'État et exceptionnellement privée. Ce domaine public se distinguera non par la personne (publique ou privée) détentrice de la propriété, mais par son implication dans l'exercice du domaine public impliquant des raisons d'intérêt général, en lien avec la richesse culturelle nationale, à l'usage public et à l'espace public. En d'autres termes, la propriété publique à cet égard est la propriété conjointe des citoyens d'un État-nation.²¹

25. De cette manière, les membres de la société en tant que « copropriétaires des biens de l'État, transfèrent à l'État presque tous les droits de disposition, gestion et surveillance en tant qu'organisation politique, aux différentes institutions législatives et exécutives. En effet, dans la vie quotidienne, les organes du pouvoir d'État approuvent « la prise de décisions sur la création et la liquidation des objets de la propriété étatique, la nationalisation et la privatisation des ressources économiques, l'augmentation et la diminution de l'investissement public ». ²²

26. Ainsi, la jurisprudence a défini d'une manière générale que l'État possède un patrimoine. Il s'agit en effet d'un ensemble d'actifs appartenant à des personnes de droit public, qui sont donc inaliénables, insaisissables et imprescriptibles. La même jurisprudence a défini avec une certaine timidité quels sont les biens appartenant à l'État, et au contraire, lesquels ne lui appartiennent pas. Ceci exige une réflexion dans le sens où, si l'on considère que certains biens sont publics, du peuple, de tous, et non de l'État, celui-ci va agir alors comme un simple administrateur, avec des pouvoirs spécifiques à cette fin et sa fonction principale serait de garantir ces avantages ou profits à l'ensemble du corps social.

²¹ Kanov A., *La propiedad estatal y el desarrollo económico: presente y futuro*, op. cit.

²² *Ibidem*.

27. D'autre part, en ce qui concerne la propriété publique et les biens publics, comme dans d'autres régimes juridiques, les biens pour être compris dans le domaine public doivent être déterminés non seulement par les lois qui qualifient une chose ou un bien en tant que tel, mais il est également nécessaire de trouver l'élément qui fait référence à la finalité ou à l'affectation du bien à des fins publiques. Les définitions ci-dessus attirent l'attention sur la difficulté de faire un travail de droit comparé concernant la propriété de l'État ou publique tel que défini plus haut, puisque selon les pays et les développements internes, les éléments pour définir leur nature juridique seront différents : il sera donc toujours risqué de faire des définitions à caractère général.²³

28. C'est grâce à mon expérience professionnelle que je me suis intéressée à la question de la propriété des ressources naturelles non renouvelables. Il s'agit d'une question qui suscite depuis quelques années des débats intenses et permanents depuis différentes perspectives, principalement l'économique, la sociale et l'environnementale. Ces discussions ont mis à l'épreuve le système de normes et d'institutions créées pour leur administration, et ont également donné lieu à un développement jurisprudentiel intéressant.

29. Dans le contexte de cette recherche qui vise l'analyse du développement et de la gestion des ressources naturelles non renouvelables, en tenant compte du fait que l'État possède différentes catégories de biens, nous nous baserons sur un concept général utilisé par la jurisprudence de la propriété publique elle-même, bien qu'en réalité nous faisons référence à un type spécifique de propriété : celui de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables, qui tire sa source de la Constitution. Ce type de propriété a ensuite été développé par la loi, qui a défini que cette propriété spécifique mérite une protection spéciale. Avec ce point de départ et comme il a été déterminé par la jurisprudence constitutionnelle et administrative en vigueur, il convient de préciser qu'en Colombie les ressources minérales ne sont pas classées comme des biens d'usage public ou fiscal, comme cela peut arriver dans d'autres systèmes juridiques, bien que cela ait déjà été le

²³ Kanov A., *La propiedad estatal y el desarrollo económico: presente y futuro*, op. cit., p. 90 : « La propriété de l'État comprend tout l'espace national, et tout citoyen d'un pays, indépendamment de son âge, de ses revenus, de son expérience professionnelle et de son statut social, en est détenteur. »

cas²⁴. Néanmoins, pour que la réglementation soit efficace quant aux besoins sociaux, l'adaptation progressive de son régime a été nécessaire.

C. L'exercice du droit de propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables constitue une nouvelle source de débats

30. L'histoire colombienne montre dès la Préhistoire et plus tard, à l'époque de la Conquête et de la Colonisation espagnoles, toutes sortes de conflits suscités par des personnes attirées par l'or provenant de tous les horizons de la société, et cherchant à bénéficier des ressources minérales présentes dans toute l'Amérique latine.²⁵

31. L'avalanche de conquérants d'origine espagnole en Amérique latine a conduit à l'émergence d'institutions et de structures sociales similaires. Après une phase initiale d'avidité et de pillage de l'or et l'argent (principales sources de richesse du territoire), les Espagnols ont créé un réseau d'institutions pour s'appropriier et exploiter les ressources et les peuples autochtones, expropriant leurs terres, les forçant à travailler avec de bas salaires, en imposant des taxes élevées. Il s'agit d'un modèle qui a généré beaucoup de richesses pour la Couronne espagnole, mais par le biais duquel une grande partie du potentiel économique de l'Amérique latine a été perdu. C'est l'une des raisons pour

²⁴ La Loi colombienne n°110 de 1912 considérait comme biens fiscaux : « *Las minas (...) como las de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto, etc., descubiertas o que se descubran en terrenos baldíos y en los que con tal carácter hayan sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1874 (...)* ».

[Notre traduction :] « Les gisements (...) comme ceux de charbon, de fer, de soufre, de pétrole, de goudron, etc., déjà découverts ou qui seraient découverts dans des terrains en friche et ceux de cette nature ayant été attribués après le 28 octobre 1874 (...) ».

Il s'agit donc d'une mauvaise interprétation des articles 1116 et 1126 du Code fiscal de 1873. Voir Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 28 janvier 1971, Sentence n° CE-SEC3-1971-01-28, C. R. Alfonso Castilla Saiz Bogota.

²⁵ Les « Chroniques d'Indes » montrent que Christophe Colomb était intrigué par l'existence de villes d'or, où le métal était censé abonder en quantités inimaginables. Depuis, d'innombrables expéditions de conquistadors espagnols et allemands sont parties à la recherche de ces lieux mythiques. En 1530, les Espagnols ont appris la légende d'El Dorado, une coutume de la culture autochtone chibcha proche de la lagune de Guatavita (Cundinamarca, Colombie). Pour la proclamation d'un nouveau cacique ou « Zipa », ce peuple organisait une cérémonie au cours de laquelle son corps était couvert de poussière d'or et de nombreux objets en or étaient offerts et jetés dans la lagune. À la fin de ce rituel, le seigneur des Chibchas entrait dans l'eau, séparant les particules de poudre d'or du corps et les abandonnant ainsi tout au fond de la lagune. L'idée que de grands trésors se trouvaient au fond de la lagune a entraîné l'arrivée des conquérants et leur destruction et pillage de ces territoires.

lesquelles elle est considérée aujourd'hui comme l'un des continents les plus inégaux du monde²⁶.

32. Pourtant, durant la période de soumission et de dépendance à la Couronne espagnole, celle-ci était responsable de l'émission de nombreuses lois établissant d'une part qui pourrait exploiter les mines, et d'autre part les obligations envers le Trésor public (« Hacienda real »). Mais il a fallu attendre le XIXe siècle, pendant la présidence de Simon Bolívar en 1829, après l'indépendance de la Colombie par rapport à la Couronne espagnole en 1820, pour qu'il soit établi pour la première fois que la République serait la propriétaire des ressources minières et pour que soit défini le premier système de concession minière.

33. Depuis, la question a été abordée de différentes manières. Au cours de la période fédérale (1863-1886), l'intérêt particulier de l'État central pour la conservation, l'utilisation et la gestion des minéraux tels que les dépôts de charbon et les sources de sel a primé, permettant aux États d'autoriser aux individus ayant reçu des terres en friches l'accès à tous les accessoires et les produits des terres attribuées, y compris les minéraux se trouvant dans le sous-sol. Cela pour conclure que tout au début, le concept de la propriété publique des ressources naturelles non renouvelables a été lié, en règle générale, à des droits de nature civile.

34. Mais c'est également lors de l'organisation de l'État colombien comme un État fédéral que les assemblées des États fédéraux ont introduit, de manière très limitée et uniquement pour certains minéraux, le principe peu commun établissant que le propriétaire du sol est également propriétaire des mines situées sur le même terrain. Et suivant une approche similaire au Code fiscal de 1873, l'idée de l'accession des terres publiques a été admise, mais seulement si elle n'affecte pas les gisements appartenant à la Nation.

35. Au contraire, c'est après un important processus de nationalisation de la part de l'État colombien, à partir de la Constitution de 1886 et de la loi 20 de 1969 que ce type de

²⁶ Acemoglu D., Robinson J.A., *Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza: por qué fracasan los países*, (traduction en espagnol de *Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty* par M. García Madera), Bogota, Editorial Planeta, 2014, p. 33.

ressources deviendra massif et propriété indéniable de l'État, soumise au droit public. C'est ainsi que l'article 202 de la Constitution de 1886 indiquait expressément : *« Appartiennent à la République de Colombie : (...) les mines (...) ayant appartenu aux États et dont la Nation récupère le domaine (...) et les mines d'or, argent, platine et pierres précieuses existant dans le pays, sans préjudice des droits acquis par des tiers (découvreurs et exploitants) grâce aux lois précédentes ».*

36. C'est avec la Constitution de 1886 que l'État souverain récupère une grande partie des droits sur les ressources minérales, y compris les terres appartenant à des particuliers, notamment pour les cas des mines de métaux et de pierres précieuses.

37. Dans ce nouveau cadre constitutionnel, le premier Code minier est adopté en 1887. Il correspondait à ce qu'avait élaboré l'État fédéral d'Antioquia et qui était considéré à l'époque comme le plus complet. Il a été ensuite adopté pour l'ensemble des États fédérés. Ce Code permettra un système d'attribution, autorisant le transfert de la propriété des mines appartenant à la Nation vers les personnes privées, ce qui constituera un retour aux modèles de concession utilisés vers l'année 1830.

38. Mais, c'est avec la loi 20 de 1969 qu'une révolution se produira dans le domaine de l'exploitation minière, car la propriété de toutes les mines dans le territoire colombien sera revendiquée par la Nation. Cela, sur la base de la pensée bolivarienne, éliminant ainsi le système d'attribution qui avait été mis en place jusque-là.

39. En outre, au cours du XXe siècle, l'idée que l'exploitation de ces ressources pouvait être le moyen pour les pays pauvres d'accéder au développement et à la modernité a commencé à se répandre, ce qui a conduit les pays du Sud, y compris la Colombie, à s'engager dans l'extraction de ces ressources comme un mécanisme de survie pour les communautés locales.

40. C'est à la fin des années quatre-vingt que l'application des politiques néolibérales a introduit des changements importants dans la gestion des ressources naturelles sur le continent, encouragée par les banques multilatérales. Elles impliquent fréquemment la privatisation de nombreuses entreprises extractives publiques ainsi que des changements

dans la réglementation du secteur afin d'attirer les investissements étrangers supplémentaires.

41. Ainsi, la gestion des ressources naturelles non renouvelables en Colombie a été fixée par le premier Code minier de l'ère moderne (Décret 2655 de 1988), émis dans le cadre des pouvoirs extraordinaires accordés au président de la République de l'époque et ensuite, par le Code minier actuel émis par le Congrès de la République selon la Loi 685 de 2001.

42. Les deux Codes mentionnés ont établi les conditions de l'administration et de la gestion des minéraux de la part de l'État et des personnes (naturelles et juridiques) avec la particularité que le second Code a été largement complété par des normes d'origine réglementaire et des décisions administratives dispersées et chaotiques, difficiles à comprendre et à articuler et qui ont provoqué la crise de l'activité minière et de la gestion actuelle des minéraux.

43. Aujourd'hui, la Colombie est l'un des plus grands producteurs de pétrole, de charbon, d'or, d'argent et de ferronickel d'Amérique latine, et possède un grand potentiel pour d'autres minéraux comme le platine, le tungstène, l'uranium et le coltan. Par conséquent, de nombreuses sociétés multinationales sont venues investir dans le pays, créant ainsi des attentes élevées²⁷. Dans ce contexte, le réseau de relations qui a généré l'essor de l'activité minière avec une administration des ressources déterminées par les forces politiques et économiques génère quotidiennement des débats multiples et variés.

44. D'une part, la question de l'utilisation et l'affectation correctes des ressources naturelles non renouvelables à travers le soutien d'une activité économique classée comme d'intérêt général et d'utilité publique est devenue un des axes des politiques économiques des derniers gouvernements. D'autre part, certaines collectivités commencent à demander une participation plus active dans la gestion de ce genre de ressources, à cause de l'impact direct des activités sur leurs territoires. À cela s'ajoutent les demandes d'une partie des populations qui s'opposent au développement de cette activité parce qu'elle est perçue

²⁷ González Espinoza A. C., *Los retos de la gobernanza minero-energética*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 11.

comme une source potentielle de conflits économiques et sociaux qui mettent à l'épreuve le contenu et la cohérence des normes nationales et internationales. L'incontestable importance économique des biens publics, du patrimoine public²⁸, prend une place chaque jour plus importante pour le développement des activités économiques de l'État, conduisant ce dernier à permettre l'exploitation de biens qui ont le plus souvent une très grande valeur économique²⁹.

§2. La problématique

45. En définitive, *la problématique de* cette recherche consiste à s'interroger sur la façon dont la jurisprudence colombienne et le système juridique répondent à la tension entre le profit généré par les ressources naturelles non renouvelables et contribuant au développement économique d'une part, et la protection d'autres droits d'autre part.

46. De nombreuses questions émergent donc autour de la problématique définie. La propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables fait-elle partie de la classification traditionnelle des biens publics en Colombie ? Quels sont les droits de l'État en tant que propriétaire des ressources du sous-sol ? L'État a-t-il toujours exercé le droit de propriété sur les ressources naturelles non renouvelables en tant que biens publics de la même manière ? L'État a-t-il suffisamment reconnu l'importance économique des ressources du sous-sol ? Comment le modèle économique et politique d'État influence-t-il l'exercice du droit de propriété de l'État sur les ressources du sous-sol ? Le modèle économique et politique de l'État est-il compatible avec les objectifs et les fins de chacun

²⁸ Garavito González L., "El Origen del Patrimonio como Política Pública, y su relevancia para la interpretación de los vínculos entre cultura y naturaleza", *Revista Opera*, n° 6, avril 2006, p. 169-189. p. 170 : « Du début du XXe siècle à nos jours, les gouvernements de Colombie ont contribué à la législation concernant le patrimoine national. Ces normes établissent les références, c'est-à-dire les définitions, relatives au patrimoine national qui encadrent et délimitent l'action et la gestion du gouvernement. Ce développement législatif est principalement caractérisé par l'adhésion aux traités et aux conventions internationales depuis les années 30. Il met en évidence l'importance du système politique international dans la définition du sens du patrimoine national en Colombie, et donc de ses modes de gestion. Toutefois avec la formulation de la Loi 397 de 1997 (Loi Culture) le gouvernement propose de nouveaux éléments pour la révision des références préexistantes qui, sans contredire les conventions internationales, tiennent compte de la diversité du contexte national. »

Ainsi, le patrimoine public est un concept du droit public qui dépasse celui de patrimoine étatique ou de l'État. Pour l'étude et l'analyse, il faut tenir compte à la fois des sujets qui peuvent le détenir comme de leur propre nature juridique et des différentes expressions et éléments qui le composent.

²⁹ Moysan H., *Le droit de la propriété des personnes publiques*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 5 : « Le domaine public a acquis une place essentielle pour les activités économiques, en raison de l'accroissement de sa consistance et surtout de l'évolution de l'économie depuis le milieu du XIX siècle, qui s'est traduit par un déplacement des centres économiques majeurs des lieux de production vers les lieux de communication ».

des deux ? Les entités territoriales peuvent-elles réclamer la propriété sur les ressources du sous-sol ? Dans quelle mesure les communautés et les entités territoriales peuvent-elles influencer le libre exercice du droit de propriété de l'État sur les ressources du sous-sol ? Le concept de propriété de l'État est-il en train de changer ? Des changements constitutionnels, institutionnels ou légaux sont-ils nécessaires pour assurer une meilleure exploitation de la propriété de l'État sur les ressources minières ? Quel est le rôle du juge vis-à-vis des changements exigés dans l'administration des ressources du sous-sol ? Les institutions et les lois actuelles sont-elles suffisantes pour faire face aux modèles d'administration de la propriété incluant la participation citoyenne ? La mise en œuvre des Accords de paix va-t-elle avoir des effets sur le modèle économique et sur l'exploitation de la propriété du sous-sol par l'État ?

47. Par conséquent, notre hypothèse initiale est qu'il existe une tradition historique qui a défini non sans difficulté le contenu de la propriété publique et la gestion des ressources naturelles non renouvelables en Colombie, et qui attribue à l'État un rôle. Cependant, les changements du modèle économique et la forme politique de l'État au cours des dernières années ont transformé ce rôle de l'État. C'est même devenu une source de conflits, rendus plus visibles par l'utilisation récurrente de mécanismes de participation citoyenne. Cela a entraîné l'intervention du pouvoir judiciaire, qui propose des alternatives de règlement, y compris au détriment de la propriété de l'État. Il s'agit d'une solution qui jusqu'à présent nous semble inappropriée.

48. Ainsi, l'objectif général proposé par cette étude consiste à identifier les différentes solutions proposées par le législateur et la jurisprudence colombienne pour résoudre les tensions existant entre le développement économique et la protection d'autres droits. Et les objectifs spécifiques que nous proposons sont les suivants : i) établir l'évolution du concept de propriété publique et de propriété minière colombienne ; ii) identifier les modèles économiques et politiques à partir desquels est conçue la politique de gestion et préservation des ressources naturelles non renouvelables ; iii) décrire les tensions générées entre les modèles économiques et politiques pour la gestion des ressources naturelles non renouvelables et les droits des communautés ; iv) identifier les solutions choisies par la jurisprudence et les changements réglementaires et institutionnels possibles pour harmoniser l'utilisation de la propriété publique des ressources naturelles et les principes et fins de l'État social de droit.

§3. Le plan retenu

49. Ainsi, le plan de travail proposé pour répondre à la problématique et atteindre les objectifs fixés vise à développer dans une **première partie** l'apparition de la notion de propriété comme bien public en Colombie. Pour cela, nous effectuerons tout d'abord un examen de l'histoire de l'humanité depuis les circonstances dans lesquelles est née la propriété publique et la propriété de l'État. Nous analyserons notamment la période la plus pertinente pour la construction de ce concept, soit l'époque postérieure à la Révolution française, qui a en outre coïncidé avec les mouvements d'indépendance du début du XIXe siècle en Amérique latine, dont la République de Colombie naissante. Les idées libérales postérieures à la Révolution vont inspirer la création des premières normes et institutions dans les nouveaux États, y compris une classification primitive des biens publics que le droit colombien s'est bien entendu appropriée (**Chapitre I**). Parallèlement à ce processus de construction de la notion de propriété publique, nous enquêterons sur l'origine historique de la propriété de l'État colombien sur les ressources minérales du sous-sol. Nous excluons à ce propos la propriété des hydrocarbures liquides et gazeux, car ils sont régis par des dispositions différentes et particulières. Ceci afin de comprendre l'origine des droits de l'État sur ces ressources et la façon dont il les a exercés au fil du temps. Nous examinerons donc l'évolution de son régime juridique et des institutions (**Chapitre II**).

50. La **seconde partie** de l'étude soulèvera la problématique choisie, en mettant en évidence les tensions générées par l'État quant à l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie. Nous identifierons donc les modèles politiques et économiques d'État concernant la gestion des ressources naturelles depuis l'émergence de l'État colombien en tant qu'État indépendant. À partir de là, nous analyserons comment et pourquoi l'exploitation que l'État fait des ressources du sous-sol rivalise avec les principes et les droits protégeant l'État social de droit en vigueur (**Chapitre I**). Finalement, nous identifierons le rôle actif du juge constitutionnel par rapport aux tensions mises en relief, ainsi que la portée des solutions qu'il propose, qui vont jusqu'à sacrifier l'exercice du droit de propriété de l'État. Enfin, nous compléterons l'analyse par un apport à ce que pourrait être la propriété de l'État dans le contexte d'un nouveau modèle de développement, d'après les bases de l'Accord de paix en cours de mise en œuvre (**Chapitre II**).

PREMIÈRE PARTIE

L'APPARITION DE LA NOTION DE PROPRIÉTÉ COMME BIEN PUBLIC EN COLOMBIE

51. Le droit de propriété est une institution qui s'est constituée lentement au fil des siècles. Le concept primitif de domaine pour les citoyens romains consistait en une prérogative permettant de créer un lien juridique, au départ civil matériel et corporel, sur une chose. En d'autres termes, il s'agissait du pouvoir d'exercer une saisie et un lien matériel sur un bien. Cette idée élémentaire a ensuite été étoffée par différents auteurs et contenus différents tout au long de l'Histoire, en suscitant d'importants débats, principalement depuis le droit privé, puis depuis le droit public, autour de concepts très présents comme les biens d'usage public et leur différence avec les biens appartenant en tant que tels à l'État, c'est-à-dire la propriété étatique (**Chapitre I**). Parallèlement à toutes les difficultés historiquement recensées par la doctrine et la jurisprudence colombienne pour la construction du concept de propriété publique et les concepts afférents, une évolution constitutionnelle se produit également sur le plan légal et institutionnel. Celle-ci justifie le droit de propriété absolue et exclusive de l'État et le contenu du droit, exercé de façon particulière sur des biens comme les ressources minières (**Chapitre II**).

Chapitre I

L'origine et l'évolution de la propriété de l'État

52. Le concept du droit de propriété de l'État, comme un concept unique et absolu a été l'objet d'une évolution tant du droit comme des activités économiques qui ont conduit à la transformation de son contenu et par conséquent de leur protection juridique.

53. Les principales contributions conceptuelles à l'origine de l'évolution de la théorie de la propriété d'abord au sens privé, puis publique, se trouvent dans le droit romain, lequel atteint son plus grand développement au cours de la période de la République (509 av. J.-C. - 27 av. J.-C.). Le système juridique romain a été reçu et adapté par presque tous les peuples d'Europe et plus récemment en Amérique latine, notamment en Colombie, grâce à la tradition française qui a eu une grande influence dans les processus de construction du système normatif et des institutions colombiennes.

54. Bien que d'éminents historiens aient tenté de réfuter que Rome fût à l'origine de la civilisation moderne, assurant que c'est la civilisation hellénique à laquelle nous devons la culture actuelle, il est bon de noter plusieurs raisons pour les contredire. Premièrement, le système économique et juridique de l'Europe a été hérité directement de Rome, deuxièmement, la philosophie et la littérature grecque ont été entièrement absorbées par les Romains et, finalement, Rome représente la meilleure synthèse et l'accumulation des meilleurs modes de réalisation des civilisations antérieures³⁰. En tout cas en Grèce, mais surtout à Rome, la propriété publique a une nature essentiellement patrimoniale. À cet effet, les patrimoines publics n'étaient composés que de biens à vocation économique et comprenaient également de nombreux biens destinés à être utilisés par l'ensemble des habitants d'une cité (*res universitatis*) ou des citoyens d'un État (*res publicae*), biens différents d'autres biens publics qui, sans avoir une affectation d'utilité publique, feront partie du patrimoine privé du peuple romain.³¹

³⁰ Valencia Zea A., *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*, Bogota, Editorial Temis Librería, Bogota. 1982, p. 246-247.

³¹ Gonod P., Melleray F. et Yolka P., *Traité de Droit administratif*, Tome 2, Paris, Dalloz, 2011, p. 285.

55. Cependant, il n'a pas été aisé d'arriver à des classifications mettant en évidence les différents types de propriétés pouvant exister. Les tentatives d'expliquer les différentes relations ou pouvoirs en lien avec les choses ont été nombreuses. Ainsi, l'Histoire a tout d'abord accepté plusieurs types de propriétés qui variaient selon l'acteur et le type de pouvoir exercé sur les choses, en se référant essentiellement à la propriété privée. Les premières propriétés reconnues sont donc la propriété collective sur la terre, puis d'autres types de propriétés au sein de la famille ou les premières formes de propriétés de l'État (droit immobilier ou agraire) (**Section I**). Dans tous les cas, le contenu du droit se verra défini et redéfini au fil du temps et à partir des qualités identifiées pour l'acteur et pour chaque chose, jusqu'à la proposition d'une propriété exclusive de l'État qui coïncide d'abord avec la propriété privée du Souverain, puis est reconnue comme constituant le patrimoine de la Nation (**Section II**). Malgré le débat conceptuel ample et rigoureux développé au cours des siècles autour du concept de propriété publique afin de définir ses caractéristiques et éléments, en Colombie la réception et le développement du concept se feront de façon différente (**Section III**).

Section I. L'influence de l'histoire dans la construction du concept de propriété publique

56. Les sources du droit romain ne permettent pas d'élaborer facilement une définition de la propriété publique. Cependant, l'évolution historique du peuple romain présente différentes explications du pouvoir de domination juridique qu'une personne peut exercer sur une chose. Ce que l'on peut affirmer néanmoins, c'est qu'une fois le droit de propriété créé, parmi les droits dont disposent les personnes, c'est le premier sur lequel ils peuvent exercer un pouvoir exclusif (§1). Dans les dernières années de l'Histoire romaine les princes, jouissant d'un patrimoine agrandi par l'acquisition massive de terres due aux conquêtes, deviennent propriétaires de l'État et imposent différents types de paiement aux biens, rendant difficile de distinguer entre domaine et possession. Cette situation évoluera, et à la fin du Principat les patrimoines sont unifiés et liés de façon exclusive à la personne qui exerce le pouvoir souverain (§2).

§1. Les difficultés pour arriver à une définition de la propriété publique en droit romain

57. En droit romain, il n'y a pas une nette évolution de la propriété publique et de son régime juridique, mais dès son origine, une distinction claire existe entre le *ius publicum* et le *ius privatum*^{32, 33}. Le droit romain contient presque exclusivement des règles et des institutions de droit privé comme on le voit dans les textes classiques comme les Douze Tables ou les codifications de la dernière période du droit romain tel que le *Digeste* de Justinien, c'est pourquoi la première notion juridique qui est développée (bien qu'en termes très généraux) est celle de la propriété privée, alors que la propriété publique sera le résultat d'une évolution historique très ultérieure, en particulier au Moyen-Âge.

58. Une des difficultés pour identifier l'origine de la propriété publique et de son cadre juridique réside dans le fait que les sources qui expliquent le classement et le régime des choses dans le droit romain ne sont pas assez claires et ont été l'objet de plusieurs interprétations à des époques différentes. Selon le texte de E. Cortese cité par Parejo, « *comme résultat des incohérences et contradictions... en tout cas, il semble clair à cet égard que la notion de domaine public n'est pas connue en droit romain comme étant le résultat d'un traitement ultérieur médiéval (E. Cortese)* »³⁴

59. Par conséquent, avant de trouver une conceptualisation juridique de l'objet de recherche, la jurisprudence classique du droit romain a fait des contributions pour obtenir une notion de propriété privée (*le dominium, la proprietas*) sous-entendue comme une domination juridique, exclusive et sans aucune limite sur une chose³⁵. C'est-à-dire qu'historiquement le pouvoir de domination dans les derniers termes a été vérifié, mais il est loin de la définition du droit de la propriété comme on le trouve dans le Code civil

³² Kunkel W., *Derecho Privado Romano* (traduction en espagnol de la seconde édition allemande de *Römisches Privatrecht* par L. Prieto Castro), Barcelone, Editorial Labor, 1965, p. 78-79 : « Le droit public concerne les questions pour lesquelles la communauté agit par rapport à l'individu en exigeant sa subordination. Le droit public concerne donc les normes du droit de l'État (droit politique), administratif, canonique ou ecclésiastique, pénal et procédural. Quant, au contraire, des relations privées entre particuliers, du patrimoine d'une personne ou du lien l'associant à ses parents apparaissent, les normes régulatrices relèvent du droit privé. La classification d'Ulpiano est conçue dans des termes similaires (D.1,1,1,2) : *ius publicum est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat.* »

³³ Petit E., *Tratado Elemental de Derecho Romano* (traduction en espagnol de la neuvième édition française de *Traité élémentaire de droit romain* par J. Fernández González), Buenos Aires, Editorial Maipu, 1970, p. 28.

³⁴ Parejo Alfonso L., « *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general* », *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, janvier - décembre 1983, p. 2383.

³⁵ Kunkel W., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, p. 172.

français, chilien ou colombien. Ainsi, pour pouvoir identifier en droit romain la notion et le contenu de la propriété publique il est nécessaire avant tout de partir d'une notion de propriété au sens large selon le contexte de la conception d'État existant à l'époque.

60. Le droit de propriété pour les Romains représente la pleine possession des choses (*res*), donc avant d'être considéré comme un droit réel tel qu'on le conçoit de nos jours, il est apparemment né comme une relation entre la personne et la chose, de sorte que chaque patrimoine suppose une personne capable de l'avoir en son nom propre. Ceci parce que la propriété était conçue comme la chose appartenant à quelqu'un, alors que le contenu de ce droit allait être déterminé par la modalité du profit tiré de la chose, ce qui donnera lieu à différents types de propriétés. Au-delà de la propriété privée se trouvent les choses qui appartiennent à tous, comme l'air ou la mer, d'autres appartenant aux dieux, et les choses appartenant au peuple romain comme les routes et les places publiques, les rivières et les murs publics (*ager publicus*) qui ne sont pas susceptibles de devenir propriété privée. Cette conception assez large, voire abstraite, des choses explique que les Romains s'abstenaient d'élaborer une définition concrète de la propriété.³⁶

61. Les faits montrent que l'histoire de la propriété dans l'ancien droit romain se caractérise ainsi par l'existence d'un concept dont le contenu est un ensemble innomé et générique des pouvoirs (régime abstrait et objectif) qui se réfèrent à la réalisation d'un ensemble d'actions (juridiques ou matérielles et variables en intensité), légitimes et volontaires face à la chose, limitées à ses qualités³⁷, ainsi que d'une pluralité de types. La première propriété identifiée par le droit romain était principalement associée à la terre (*propriété immobilière*) et constituait une sorte de propriété collective. En effet, la terre appartient à tous les membres d'une communauté et en est la richesse la plus sacrée, pour

³⁶ d'Ors A., *Derecho Privado Romano*, Pampelune, Universidad de Navarra, 1977, p. 171-177. Pour cet auteur, « la propriété est la pleine appartenance personnelle des choses (*res*) et elle est diverse, en fonction de la qualité juridique des choses sur lesquelles elle s'applique (...) Ainsi, les choses ne pouvant appartenir à une personne s'avèrent exclues du commerce ; celles qui peuvent l'être, mais n'ont toujours pas de propriétaire sont dénommées *res nullius* ; et il peut exister des choses se trouvant temporairement sans propriétaire (*res sine domino*). En dehors des choses privées se trouvent les choses appartenant à tous... » Ainsi, l'auteur fait une distinction entre différentes classifications citées par la doctrine, telles que : patrimoniales et non patrimoniales, consommables et non consommables, les choses permanentes destinées à être modifiées (*res mancipi* de las *res nec mancipi*), les biens meubles et immeubles, etc.

³⁷ Cordero Quinzacara E., Aldunate Lizana E., "Evolución histórica del concepto de propiedad", *Revista de estudios histórico-jurídicos* [en ligne], 2008, p. 345-385 [consulté le 20 juin 2016], <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173819211013>>.

laquelle dès le début différents mécanismes de protection ont été conçus³⁸. Néanmoins, une grande partie des romanistes ignorent la possibilité de l'appropriation publique de ces terres. Si tel était le cas, cela signifierait l'existence d'un État suffisamment fort et organisé pour clarifier les procédures de leur utilisation, alors que l'État - ville romaine ne pouvait assumer cette responsabilité. Il y existait donc une propriété collective, mais privée et non publique³⁹.

62. Plus tard, la propriété est associée au pouvoir souverain du *pater familias* sur les femmes, les enfants, les esclaves et le bétail (*propriété familiale*). Ce pouvoir a été appelé *mancupium* ou *mancipium*, dérivé de *manus*, mot qui désigne la *potestas*, pouvoir sur les gens ou les choses et qui relève du *pater familias*. De ce fait, la propriété au début était concentrée sur le *pater familias* qui exerçait ce pouvoir pour servir les intérêts de toute la famille. Et enfin, *la propriété individuelle* correspond à l'exercice d'un contrôle exclusif par un individu sur une chose ou un terrain.⁴⁰ Et ce seront précisément les limites à la propriété privée appliquées aux terres des familles romaines qui vont permettre l'apparition et disponibilité de certaines terres de la *civitas*, appelés *terres publiques*, sur lesquelles la communauté gardera tous les droits⁴¹.

63. Bien que les juristes classiques ne nous aient pas laissé de définition de la propriété en héritage, il faut tenir compte que l'on trouve à la fin de la *République* (509 av. J.-C. - 27 av. J.-C.), une distinction pour les Romains entre d'une part le *dominium* apparu au Ier siècle av. J.-C. en tant qu'une des spécificités de la *mancipium* et qui suppose *l'autorité sur la res*, et d'autre part *la propietas*, accentuant la propriété absolue et exclusive de la chose. Cette différenciation définit dans le premier cas que l'aspect qui

³⁸ Locke J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Mexico, Editorial Porrúa, 2008. Au chapitre V « De la propriété », Locke dit, en se rapportant à la terre, comme la première propriété principale que « Dieu a livré au genre humain la nature comme sa propriété, pour qu'elle fût partagée par toute l'humanité », parce qu'il part d'une idée générale de propriété commune, qui va garantir l'autopréservation de l'individu. Plus loin, ce sera le travail de son corps et le travail de ses mains « qui lui permettra d'acquérir sa propriété, ce qui exclut le droit commun d'autres hommes ». Cependant, bien que tout appartienne aux hommes en commun, la première propriété qu'un individu a sera sur « sa propre personne ».

³⁹ Ourliac P., De Malafosse J., *Derecho Romano y Francés Histórico, tomo II, Los Bienes* (traduction en espagnol de *Droit romain et ancien droit, tome II, Les biens*, par M. Fairén), Barcelone, Editorial Bosch, 1963, p. 234.

⁴⁰ Petit E., *Tratado Elemental de Derecho Romano, op. cit.*, p. 245.

⁴¹ Lozano Corbi E., «Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones», *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, n° 2, 1994, p. 84.

détermine la relation n'est pas fixé par le contenu, mais par la personne qui agit en tant que « seigneur » (*dominus*) de la chose et de tout le *patrimonium* personnel.⁴²

64. En fait, l'idée d'une propriété absolue (sous-entendu dans le sens de l'exercice d'une liberté c'est-à-dire le domaine plus complet de la volonté sur les choses) sera le résultat de l'interprétation des textes par les juristes romains médiévaux. Ainsi, alors que les Romains savaient de *l'usus et le frutus* des choses, ce sont les glossateurs, post-glossateurs et commentateurs qui ont intégré *l'abutendi ou abusus* de la propriété⁴³, et ce sera le droit civil qui déterminera le contenu et les conditions pour acquérir, exercer et protéger ce droit. Sous l'influence de *ius gentium* découlent différents types de propriété (bonitaria, quiritaire, provinciale, pèlerinage) qui vont disparaître avec Justiniano (483 apr. J.-C. - 565 apr. J.-C.) en vertu de l'égalité qu'il va décréter entre les Romains et les étrangers.

65. En conséquence, tandis qu'à l'époque classique (27 av. J.-C. à 235 apr. J.-C.) l'idée que le *Dominium* et la *propietas* étaient synonymes est restée en vigueur, la généralisation du terme *propietas* ainsi que la substitution du *dominus propietatis* par le *propietarius* (qui signifie *la plena in re potestas* d'un homme sur une chose) est due aux juristes post-classiques⁴⁴ qui reconnaîtront un genre unique de propriété privée, le *dominium ou propietas* protégé par le *ius vindicati*, droit exercé par le propriétaire pour réclamer la chose aux tiers possesseurs ou détenteurs.⁴⁵

66. Ainsi, le possédant du droit de propriété aura des pouvoirs plus étendus sur la chose, bien qu'il ne soit pas exercé de manière efficace et réaliste. Il est possible que certaines conditions empêchent le propriétaire d'exercer une partie des droits, et donc qu'il les perde. Cependant, pourra ensuite les récupérer pleinement, situation bien connue par la doctrine moderne comme « l'élasticité » du droit de propriété.⁴⁶

⁴² Cordero Quinzacara E., Aldunate Lizana E., "Evolución histórica del concepto de propiedad", *op. cit.*

⁴³ Pimiento Echeverri J. A., *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación y régimen jurídico*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 38.

⁴⁴ Iglesias J., *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, Barcelone, Editorial Ariel, 1993, p. 229.

⁴⁵ Herrera Robles A., "Limites constitucionales y legales al derecho de dominio en Colombia: Análisis desde el Derecho Público", *Revista de Derecho*, n° 20, 2003, p 57-81.

⁴⁶ Lozano Corbi E., "Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones", *op. cit.*, p. 83-94 ; Iglesias J., *Derecho Romano: Historia e Instituciones, op. cit.*, p. 227.

67. Mais, dès l'époque de la *République*, la *propietas* pouvait être limitée. Bien que le régime juridique se montre défavorable à ces limitations qui devinrent très rares, ce qui coïncide avec certains auteurs comme Bonfante, qui affirme que l'expropriation du domaine public serait une création d'origine byzantine⁴⁷.

68. La plupart des interdictions d'aliéner ou les limites imposées à l'utilisation des choses, proviennent du droit privé et non du droit public. En ce qui concerne l'origine de ces dernières limitations, il convient de noter que, apparemment, les Romains n'ont pas connu la figure de l'expropriation pour cause d'utilité publique, bien qu'il existe certains cas dans lesquels les individus ont été expropriés par exemple pour la défense de l'intérêt général. Cela a pu être le cas pour la réparation des aqueducs de Rome ou pour restaurer les voies publiques⁴⁸, visant ainsi le bien public ou l'intérêt commun de tous les citoyens.

69. De même, à l'époque classique (27 av. J.-C. à 235 apr. J.-C.) l'extension de l'acquisition des domaines par les conquêtes romaines, a conduit à distinguer deux types de territoires : *l'ager romanus* et *l'ager publicus*. Cette classification est importante, car elle implique une sorte de « régime du territoire » ou propriété immobilière, constituant ainsi le premier ensemble de biens qui va intégrer à Rome la propriété publique, plus tard étendu à cause des conquêtes et de l'expropriation intensive de propriétés des citoyens romains menée par les autorités romaines.

70. De sorte que le territoire romain (*ager romanus*), conformé avec les terres des peuples anciens, avant la fondation de Rome, appartenait au peuple romain qui plus tard a acquis leur propriété privée par la concession de l'État⁴⁹. Les revendications de la population ou de l'État sur ces terres vont donner lieu plus tard à la naissance des lois et la juridiction agraire⁵⁰.

⁴⁷ Ourliac P., De Malafosse J., *Derecho Romano y Francés Histórico, tomo II, Los Bienes* (traduction en espagnol de *Droit romain et ancien droit, tome II, Les biens*, par M. Fairén), *op. cit.*, p. 253.

⁴⁸ Petit E., *Tratado Elemental de Derecho Romano* (traduction en espagnol de la neuvième édition française de *Traité élémentaire de droit romain* par J. Fernández González), *op. cit.*, 1970, p. 241.

⁴⁹ Durant l'époque de la République, on utilisait la procédure *du locatio censoria* à travers laquelle la terre était vendue aux enchères ; cette procédure visait à reconnaître à tout citoyen la possibilité d'avoir accès à ce type de contrat ou aux concessions de Droit public.

⁵⁰ Sáinz y Gómez Salcedo J. M., "El Ager publicus romanus: la Jurisdicción Agraria en Roma", *Revista Multidisciplinaria*, n° 9, 2011, p. 17-27.

71. Les autres territoires appartenant à l'État seront des territoires conquis par Rome (*ager publicus*), constituant à cette époque la plus grande richesse de l'État romain, sur lesquels, au début ne pouvait pas exister de propriété privée. Ils étaient destinés non au service du peuple romain, mais au profit des citoyens eux-mêmes, et étaient composés des terres agricoles et des terres désertiques. Leur possession donnera lieu à la première division de classes, et constituera pour la classe aristocrate un facteur important de suprématie politique,⁵¹ mais en général, pendant la Monarchie et plus tard, la *République*, tout le territoire romain a fait l'objet d'une exploitation rationnelle en raison du besoin de moyens économiques pour financer l'importante dépense publique.⁵²

§2. Vers les premières notions de propriété publique

72. Voilà pourquoi, dans le cas particulier de la propriété des ressources minérales, conformément à la loi romaine, l'une des règles principales du *Digeste* établit que « *les pierres (roches), les minéraux et le charbon étaient accessoires à la terre* ». Par conséquent, pendant les périodes de la *monarchie et la République* où la terre appartient à l'État, par défaut, les ressources qui se trouvent dans le sous-sol lui appartiennent aussi.

73. Afin de stimuler l'exploration minière, dès l'époque du Droit romain, monarques et empereurs accordent à tous les prospecteurs (comme une limitation générale de la propriété) le droit de fouiller et d'enquêter sur le sous-sol des fermes des tiers, avec obligation de respecter les plantations et constructions et de ne pas les mettre en danger, mais en retour, il aura une obligation de reconnaître au propriétaire du terrain ou au Trésor public un dixième du revenu qu'il obtiendra finalement.⁵³ La pratique décrite ci-dessus sera justifiée plus tard dans la période byzantine, par la fonction sociale qui est attribuée à la propriété, cependant sans générer de discussions sur les principes d'exclusivité ni sur son caractère absolu et perpétuel.

⁵¹ Vachet A., *La Ideología Liberal* (traduction en espagnol de *L'idéologie libérale : l'individu et sa propriété*), Madrid, Editorial Fundamentos, 1972, p. 187. « Il faut ajouter que la conception libérale de bonheur, ne se réduit pas à un hédonisme simple, mais implique l'idée de pouvoir et la volonté de dominer ; en particulier la propriété et le capital, permettent la réalisation de ce pouvoir, en premier lieu sur les choses, des choses, mais aussi sur les activités économiques des hommes et indirectement, mais naturellement, sur les sociétés et les hommes. Ceci est indiqué par la théorie politique du libéralisme qui réserve les droits politiques aux propriétaires. »

⁵² Valencia Zea A., *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*, op. cit., p. 212.

⁵³ Ourliac P., De Malafosse J., *Derecho Romano y Francés Histórico, tomo II, Los Bienes* (traduction en espagnol de *Droit romain et ancien droit, tome II, Les biens*, par M. Fairén), op. cit., p. 270.

74. Sur la base de l'argument de la nécessité d'une exploitation rationnelle, l'État a commencé à accorder aux individus la jouissance du sous-sol en contrepartie du paiement d'un impôt ou d'une taxe, soit en espèces soit en nature. Ces intérêts économiques de l'État ont été interprétés par les juristes et législateurs de l'époque comme l'octroi d'une sorte d'*usus ou fructus*, parce que l'État a maintenu dans tous les cas le *dominus ou proprietas*. Pour cela, il a fallu mettre en œuvre différents types de stratégies économiques telles que le paiement par les personnes de frais périodiques à l'État (*vertical*), la vente qui confère de larges pouvoirs de disposition (*ager quaestorius*), la cession de la possession librement révocable (*ager occupatorius*), le bail permettant d'assurer l'usage privé des sous-sols sachant que l'occupant ne disposait pas de la propriété, mais bien de la possession de la chose (*ager locatus ex lege censoriae*), et finalement la concession à des individus ou des communautés précises par le biais du paiement d'une redevance pour certaines utilisations spécifiques (*ager scripturarius*)⁵⁴. Cependant, avec le temps, ces prérogatives parfois confuses ont conduit dans de nombreux cas à des situations économiques spécifiques, lesquelles ont à leur tour abouti à l'octroi de la propriété en faveur des personnes privées.

75. Or au même moment, un dédoublement apparaît dans l'origine des affaires publiques. Premièrement, la propriété (*ager publicus*)⁵⁵ est composée du sol appartenant à l'État, car les terres conquises sont devenues propriété de l'État romain, situation qui s'est prolongée jusqu'à l'époque classique, ou *Principauté*⁵⁶. Deuxièmement, son affectation (*res publicae*) a répondu davantage à la nécessité de résoudre un conflit d'intérêts pour assurer l'utilisation de la terre par des personnes, avec l'aide de figures propres de droit privé. Par conséquent, ces derniers biens seront exclus du trafic juridique ordinaire privé et ce sera l'autorité publique qui aura en charge leur protection, permettant au détenteur de *l'ager publicus* de jouir de droits similaires à ceux d'un propriétaire. Ce

⁵⁴ Parejo Alfonso L., "Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", *op. cit.*, p. 2379-2422.

⁵⁵ Sáinz y Gómez Salcedo J. M., « El Ager publicus romanus: la Jurisdicción Agraria en Roma », *op. cit.*, p. 17-27 : « La conception *ius publicista* de la souveraineté, "*maiestas populi romani*" est atteinte et parfaite grâce à l'apport des droits dérivés de la Conquête appartenant au peuple de Rome. En la matière, les particuliers ne peuvent acquérir que des droits dérivés et subordonnés s'apparentant à un usufruit, "*ius provinciale*". Voilà pourquoi par la suite, l'"*hereditas vacans*" est rendue au patrimoine de l'Empereur. »

⁵⁶ Parejo Alfonso L., "Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", *op. cit.*, p. 2379-2422.

droit a été appelé *propriété imparfaite*⁵⁷. Cela dit, il est possible de constater dans de telles circonstances, une sorte de métamorphose des biens de l'État (*ager romanus et ager publicus*) vers la propriété privée, avec un impact négatif sur le patrimoine public qui commence à diminuer.

76. Le dédoublement dans l'origine des affaires publiques de l'époque républicaine conduit aux premières idées de séparation entre le *domaine* (*domanium* en latin, *dominio* en espagnol) et la *possession*, constituant la source du pouvoir régalien de l'État, ce qui a contribué à confondre le pouvoir qui s'exerce sur ces biens avec d'autres pouvoirs publics.

77. Bien qu'il soit possible de trouver d'autres types de classement des choses entre les romanistes classiques⁵⁸, le point de correspondance pour le droit romain est qu'il existe une nette distinction entre les choses privées ou relations juridiques privées et les affaires publiques qui sont en dehors de ce commerce, une distinction qui suppose l'existence d'un régime juridique différent pour chacun.

78. Ainsi, le régime juridique de la *res public* sera privilégié, d'une façon exagérée et dirigée à sa propre protection, à laquelle il est attribué également les caractéristiques de l'inaliénable et imprescriptible⁵⁹, caractéristiques propres à la *res public* affectée à l'usage public. Il convient de noter que cette *classification objective* romaine des biens publics dans les premiers jours du Moyen-Âge disparaîtra, mais sera ensuite récupérée avec le travail des commentateurs et des post-commentateurs avec une connotation clairement différente.

79. Déjà à l'époque byzantine, les compilations de Justiniano étaient particulièrement remarquables. La politique économique et sociale de cette période a paradoxalement conduit à la réduction de la brèche entre riches et pauvres.

⁵⁷ Petit E., *Tratado Elemental de Derecho Romano* (traduction en espagnol de la neuvième édition française de *Traité élémentaire de droit romain* par J. Fernández González), *op. cit.*, p. 158.

⁵⁸ Ces classifications sont mentionnées par d'autres auteurs, comme Maciano au IIIe siècle, qui fait une distinction entre la *res communes*, *res universitatis*, *res nullus*, et *res singulorum*. D'autres classifications existent également, comme celle qui fait une distinction entre la *res extrapatrimonium* (inclus la *res divini iuris*, la *res nullius* et la *res derelictae*) et la *res intra patrimonium* (le reste). In Parejo Alfonso L., *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, janvier - décembre 1983, p 2379-2422.

⁵⁹ Parejo Alfonso L., "Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", *op. cit.*, p. 2379-2422.

80. Pendant les derniers jours de l'Empire romain, les princes devinrent dominus, c'est-à-dire propriétaires de l'État⁶⁰. Une nette distinction apparaît entre deux catégories de biens, une nourrie par le paiement d'un stipendium (pour le sol italien) et l'autre par le tributum (pour le territoire provincial). Pendant la principauté, il existera une distinction claire entre la propriété de l'État, ayant son origine dans le fisc, et la propriété privée de l'empereur, patrimonium. Il est possible d'établir que la différenciation n'a pas été faite en raison de la fonction ou du régime, mais de la source de leur acquisition, distinction qui disparaîtra plus tard, dans le Bas Empire, car le patrimoine sera unifié⁶¹. Ainsi, à cette période de l'histoire les premiers patrimoines publics apparaissent liés à la personne qui exerce le pouvoir souverain, soit un pharaon soit un roi, lequel devait disposer de biens et de revenus pour accomplir sa mission.

81. D'autre part, quoique la propriété privée à cette époque ait une primauté théorique, on va constater une réduction considérable dans l'exercice des droits qu'elle accorde en faveur de l'utilité publique. Ce sera alors une source de nombreux devoirs différents dans le cadre de la politique fiscale économique de l'État.

82. La situation change à l'époque franque où les biens publics sont devenus propriété à titre personnel et individuel des rois, considérés à cet effet comme de simples personnes privées, lesquels pouvaient librement disposer à titre gratuit ou onéreux de ces biens. Par conséquent, l'exercice de leurs fonctions ne sera dans aucun cas un critère à prendre en compte pour identifier la propriété publique.

83. Après la désintégration de l'Empire romain et face au besoin de protection contre les potentielles invasions étrangères, le modèle féodal a été implanté au Xe siècle comme une forme d'organisation économique et politique verticale fondée sur des relations personnelles entre le seigneur et le vassal ainsi que des relations de fidélité et assistance réciproque, ce qui exclut la prétention de créer une forme de vie sociale ou collective quelconque.

⁶⁰ Jellinek G., *Teoría General del Estado* (traduction en espagnol de la deuxième édition allemande par F. de los Ríos), Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 587-588.

⁶¹ Parejo Alfonso L., "Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", *op. cit.*, p. 2379-2422.

84. Dans ce contexte, les concepts de propriété privée et publique sont redéfinis, car le modèle va fonctionner à partir de la création de nouvelles relations de pouvoir, du démembrement de la propriété foncière et de l'affaiblissement et la disparition plus tard du pouvoir central.

Conclusion Section I

85. L'origine de la propriété remonte à des temps très anciens. Les cultures égyptienne, grecque et romaine ont apporté des éléments essentiels à la construction et la compréhension de l'origine de la propriété et son contenu en tant que droit, d'abord dans la sphère privée, puis dans la sphère publique. Quant à la propriété publique, il existe plusieurs difficultés à l'identification de son origine. Notamment, les sources expliquant sa classification et son régime ne sont pas claires, ce qui fait que l'on trouve des incohérences et des contradictions dans son processus de formation, en grande partie dues au fait que les concepts originaux ont fait l'objet de multiples interprétations.

86. Pour les Romains, le droit de propriété a été associé au départ à la possession commune des choses, en particulier de la terre. Avec le temps, c'est devenu un droit exclusif pour aboutir à la propriété individuelle. Ce sont précisément les limites de la propriété privée qui vont donner lieu aux terres publiques (*ager publicus*, *res publicae*), antécédents des premiers biens d'usage public sur lesquels les communautés conserveront tous les droits et dont la classification en relation à son propriétaire ou à son affectation repose sur un critère objectif.

87. *Dominium*, *proprietas* et *dominus*, domaine public et privé seront certains des concepts qui surgiront, en parallèle avec d'autres classifications, et permettront plus tard de concrétiser le contenu de la propriété publique.

Section II. La propriété publique du Moyen-Âge à la Révolution française

88. La division entre les deux types de propriétés, qui a eu tant de mal à s'implanter au cours de l'époque du droit romain, s'affaiblira au début du Moyen-Âge avec l'essor de la monarchie absolue. En ce sens, les unes deviendront des relations de dépendance fondées

sur un modèle économique féodal qui favorisera le démantèlement progressif de la propriété, et les autres concentreront au contraire autour de la figure du Souverain des pouvoirs illimités concernant l'affectation de la propriété, le *dominus* (§1), ce qui a entraîné la lente introduction de mécanismes de protection afin de garantir sa conservation. (§2)

§1. Les relations de dépendance dans la formation de la propriété et l'apparition de la Couronne en tant qu'unique titulaire du iura regalia

89. La première chose à remarquer pendant le Moyen-Âge est la confusion avec les institutions de nature objective qu'avait définies le droit romain pour expliquer l'origine de la propriété publique. Le classement dual effectué par le droit romain, éminemment objectif par son titulaire (*ager publicus*) et son affectation (*res publicae*), perdue au début de cette époque, a été récupéré plus tard grâce au travail des commentateurs et post-glossateurs, mais en établissant un profond processus *de subjectivation de la res publicae*⁶². Les biens ne sont donc plus initialement classés en fonction de leur propriétaire ou de leur affectation, mais selon leur appartenance ou non aux Rois.

90. Toutefois, l'exercice des pouvoirs royaux et le patrimoine royal se sont amoindris avec l'émergence et la propagation du modèle féodal, ce qui a eu pour effet principal de permettre la division matérielle de la propriété foncière soumise à des charges dérivées d'une relation personnelle de vassalité. Cependant, le modèle reconnaissait le roi comme le seigneur féodal suprême, propriétaire avec un domaine éminent, tandis que les individus exercent un domaine utile. Ces deux concepts juridiques ont contribué de manière importante à la formation dualiste de la nature de l'État au cours du Moyen-Âge.⁶³

91. En conséquence, le seigneur, vassal du Roi, qui a finalement affaibli les pouvoirs du Roi ou du prince à l'époque, était le chef nominal d'un domaine territorial, exerçant une puissance économique, de régulation et même de juridiction (sur les serfs et les membres de sa famille), qui, en échange de la loyauté et du service de leur vassal, pourrait accorder l'utilisation et la jouissance d'une partie de son territoire (fief).

⁶² Parejo Alfonso L., "Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", *op. cit.*, p. 2379-2422, p. 2389 : « Le roi garantit la paix et les intérêts de tous sur certains biens, et par cette voie indirecte finit par affirmer le titre royal sur les chemins, les forêts, les marchés, les montagnes, les eaux et les sources. »

⁶³ Jellinek G., *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, p. 587-588.

92. Au fil du temps, le vassal, pour être un homme libre, a été autorisé à son tour à livrer une partie de son fief à d'autres sujets, à acquérir l'État du seigneur, ce que permet d'illustrer l'existence de propriétés subdivisées en différents niveaux avec des sujets qui occupent différentes positions juridiques (seigneur, vassal et sous-vassal). La permanence sur le territoire du vassal a au début été sujette à la durée de la relation personnelle de vassalité, mais plus tard cette situation change quand le fief acquiert un caractère héréditaire.

93. Le modèle féodal a donné lieu à une complexité de relations économiques et politiques qui a rendu les institutions et définitions romaines de la propriété et du domaine insuffisantes, conduisant au déclin des catégories juridiques romaines au cours des IXe et Xe siècles, à l'essor du modèle féodal, qui s'est prolongé au moins jusqu'au XIe siècle et XIIe siècles, période de la « grande civilisation possessorie », qui a créé tout un système de situations réelles fondées (conformément à la tradition romaine), sur l'efficacité économique du bien.

94. Par la suite, sans distinction claire entre le droit public et privé, les commentateurs et post glossateurs stimuleront la réception du droit romain qui va essayer d'adapter leurs conditions à la réalité quotidienne du modèle féodal, ce qui a donné lieu par exemple au terme de *domaine utile* (en vigueur dans la législation européenne actuelle et d'Amérique latine) dérivé de la tentative d'expliquer la multiplicité des relations personnelles existantes ainsi que les fiefs et la notion de biens de la Couronne⁶⁴.

95. Puis, une des difficultés à laquelle a fait face le modèle féodal a été la préservation de la puissance du Roi, qui était parfois fortement diminuée par les pouvoirs qui se sont concentrés sur certains seigneurs. Ceci, car la livraison des fiefs par le Roi les a exclus du champ de sa puissance ; ce dernier conservait donc à peine le droit de les revendiquer en cas d'absence de vassal ou d'une violation des engagements pris par le vassal. Situation qui est finalement devenue plus difficile quand le vassal a été autorisé à hériter du fief. Cette dernière situation, qui met en évidence le démembrement qu'a souffert la propriété, donnera lieu plus tard au développement de la définition de *domaine éminent*.

⁶⁴ Cordero Quinzacara E., Aldunate Lizana E., "Evolución histórica del concepto de propiedad", *op. cit.*

96. En parallèle au développement du modèle féodal, pendant le Moyen-Âge, l'expansion du territoire romain continue par le biais de l'appropriation des territoires conquis dans la bataille. La conquête continue à être l'une des façons légitimes d'acquérir de nouveaux territoires au nom du prince, qui s'est déclaré de plus l'unique héritier. Par conséquent, comme dans la période précédente, il va falloir rechercher des mécanismes pour assurer d'une part le *dominus, proprietas* de l'État et son exploitation rentable par des individus.

97. Conformément au modèle d'État absolutiste, en pleine vigueur à l'époque, la Couronne a été conçue comme une entité personnifiée avec un sujet titulaire d'un pouvoir public, ainsi que d'un certain nombre de pouvoirs ne pouvant être délégués qui lui ont permis de gouverner et d'administrer, y compris des pouvoirs sur certains biens dont l'utilisation et l'exploitation étaient exclusives. Globalement, cet ensemble de pouvoirs souverains des monarques à l'époque médiévale était connu comme « iura regalia », un concept qui aura tout au long de l'Histoire des dimensions différentes et qui va justifier des pouvoirs publics concrets qui exceptionnellement permettront l'utilisation de certains biens par des tiers en échange d'une prestation économique en faveur du pouvoir royal. En ce sens, Louis XIV par exemple, va déclarer que le roi a un droit illimité de disposition, dans l'intérêt de l'État, de tous les biens spirituels et temporels.⁶⁵

98. Ainsi, pour la personne cela signifiait l'interdiction de toute activité sur des biens tels que les salines, forêts, mines, trésors, biens abandonnés, biens qui peuvent être exploités si la personne était prête à payer une redevance (*regalia*)⁶⁶, une sorte de licence réelle⁶⁷, qui dans la pratique constituait à nouveau l'application réelle de la séparation entre le domaine et la possession.

⁶⁵ Jellinek G., *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 587-588.

⁶⁶ Parejo Alfonso L., "Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", op. cit., p. 2379-2422.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 2389 : Au début, la redevance a également été associée à ce qui allait devenir plus tard « les redevances majeures ou dont l'exercice ne peut être délégué (constitutives du cœur de ce qui constituera plus tard la souveraineté : la promulgation de lois, la résolution de litiges, le pouvoir de dispense particulière, la nomination des officiers royaux) et les mineures ou dont l'exercice peut être délégué (comprenant précisément le domaine ou dominion : réserves de sel, mines, forêts, trésors, biens abandonnés, etc.). Le domaine ou dominion finit donc par constituer une espèce au sein du type "redevance". »

99. Puis, grâce au travail des commentateurs, réapparaît le classement romain de *Res Publicae*, maintenant profondément subjectiviste, dans le cadre des idées de l'État absolutiste qui préconisait que le royaume fût propriété du monarque, et que les biens personnels du Roi devaient s'ajouter à ceux de la Couronne au moment de son avènement.

§2. Formes de protection de la propriété face au pouvoir illimité de la Couronne

100. Conformément à la structure de l'État absolutiste, en pleine vigueur à l'époque, la Couronne a été conçue comme une entité personnifiée avec un sujet titulaire d'un pouvoir public, titulaire d'un certain nombre de pouvoirs ne pouvant être délégués qui lui ont permis de gouverner et d'administrer y compris des pouvoirs sur certains biens dont l'utilisation et l'exploitation étaient exclusives. Globalement, cet ensemble de pouvoirs souverains des monarques à l'époque médiévale était connu comme « iura regalia », un concept qui aura tout au long de l'Histoire des dimensions différentes et qui va justifier des pouvoirs publics concrets qui exceptionnellement permettront l'utilisation de certains biens par des tiers en échange d'une prestation économique en faveur du pouvoir royal. En ce sens, Louis XIV par exemple va déclarer que le Roi a un droit illimité de disposition, dans l'intérêt de l'État, de tous les biens spirituels et temporels⁶⁸.

101. De même, dans les royaumes germaniques il n'existe aucune distinction entre les biens du monarque et ceux de l'État, de sorte que les royaumes germaniques faisaient partie du patrimoine des rois, parfaitement divisibles entre leurs fils au moment de leur mort. Ainsi émerge la doctrine de l'indivisibilité des royaumes. Ceci sera la base pour justifier l'existence de droits et la nécessité d'un patrimoine dont la conservation est nécessaire pour l'existence du royaume et que les monarques au moment de leur couronnement s'engagent à conserver.

102. Pourtant, il n'existait pas de différences entre les biens privés du monarque et ceux de la Couronne, de sorte que tous les biens du monarque sont considérés comme disponibles et accessibles. En outre, des lois attribuant aux biens de la Couronne un caractère inaliénable et d'imprescriptible sont mises en place. En Angleterre, le caractère non inaliénable de la Couronne est établi au XIIIe siècle avec Édouard le Confesseur, et à

⁶⁸ Cordero Quinzacara E., Aldunate Lizana E., "Evolución histórica del concepto de propiedad", *op. cit.*

la même époque en France, l'idée est renforcée par des normes postérieures qui interdisent au roi de disposer des biens de la Couronne.

103. Le transfert progressif des biens royaux à la Couronne (que finira à la fin du XV siècle) sera justifié par l'idée que la personne du Roi ne se considère plus comme personne privée, mais comme incarnant la souveraineté, voire l'État. Timidement et sans beaucoup de succès réapparaît l'idée que les biens royaux affectés à l'usage commun doivent être soumis à un régime différent sur le modèle du droit romain⁶⁹.

104. Il est évident que la distinction entre la personne du monarque et la Couronne avait conduit les légistes à considérer que le Roi n'était pas le propriétaire des biens de la Couronne, mais qu'il n'en était que l'administrateur, un gardien. La spécificité des propriétés publiques, le régime exagéré de ces biens, réapparaît donc au Moyen-Âge (à la fin du XII siècle) à travers l'institution de la Couronne et l'apparition de la *théorie du dédoublement de la personne du roi*⁷⁰ : la propriété est aussi caractérisée par son indisponibilité, car son domaine est inaliénable.

105. C'est pourquoi, en raison de la défiance face au monarque et afin d'éviter les dilapidations royales, *l'édit de Moulins en 1566* est venu poser les règles de l'inaliénabilité et un peu plus tard l'Édit d'août 1667 a consacré l'imprescriptibilité des biens de la Couronne sans qu'aucune distinction ne soit faite entre eux (domaine public, domaine privé) malgré leur hétérogénéité⁷¹. Cependant, la Révolution française entraîne le transfert de biens de la Couronne à la Nation et à diverses personnes morales de droit public et cet édit devient inutile et constitue même un obstacle pour la véritable expression de la volonté souveraine de la Nation. Une nouvelle loi consacrant à nouveau les principes de l'aliénabilité et l'imprescriptibilité sera nécessaire. C'est pourquoi ces deux patrimoines devront à nouveau être séparés afin de préserver et de garantir les sources de revenus du Roi. Par conséquent, la défense de l'usage public ne correspondra plus à une action de droit privé, mais constituera une fonction véritablement publique.

⁶⁹ Gonod P., Melleray F. et Yolka P., *Traité de Droit administratif, op. cit.*, p. 286.

⁷⁰ Kantorowicz E., *Les deux corps du Roi : essai sur la théologie politique au Moyen-Âge* (traduction en français par Jean-Philippe et Nicole Genet), Paris, Gallimard, 1989.

⁷¹ Auby, J. M., Bon P., *Droit administratif des biens : domaine, travaux publics, expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, Dalloz, 1991, p. 2-6.

106. Au cours des XVI, XVII et XVIII siècles, grâce à certains écrivains comme Cujas et Doneau jusqu'à Domat et Lefèvre de la Planche, les biens affectés à l'usage de tous au sein de la Couronne ont progressivement été isolés et soumis à des règles particulières permettant de garantir la conservation du patrimoine public.⁷² Progressivement, ce sera grâce à la « publicité » que la propriété réapparaîtra à travers de deux institutions : la Couronne sous l'Ancien Régime et le domaine public au XIX siècle.⁷³

Conclusion Section II

107. C'est au Moyen-Âge que se présentent les confusions et les difficultés les plus grandes pour préciser le concept de propriété publique. À cette période, les critères objectifs utilisés par le droit romain pour classer les biens sont abandonnés, en raison de la forte influence des conditions politiques ayant marqué la monarchie absolue et des conditions économiques imposées par le modèle féodal typique de l'époque. La classification est alors associée à l'appartenance ou non des biens au Roi, ce qui correspond à la subjectivisation de classification des biens. C'est à partir de celle-ci que l'on tente donc d'expliquer la multitude de relations personnelles entre des tiers et les biens de la Couronne.

108. Le *iura regalia* est également un pouvoir souverain exercé au Moyen-Âge par le monarque sur certains biens. Il permet d'autoriser des tiers à les utiliser en échange d'une contre-prestation économique. Il s'agit du tout début du régime juridique de la propriété sur le sous-sol, de l'importance de son exploitation économique et du régime de concession minière lui-même.

Section III. Passage de la période absolutiste à la société moderne et réception en Colombie de la notion de propriété publique

109. Après la Révolution française, la propriété des biens est transférée de la Couronne à la Nation, dans le but de fonder un contrat social différent sur la base des idées du libéralisme. Cela justifiera le renforcement du domaine public et les distinctions entre

⁷² Auby, J. M., Bon P., *Droit administratif des biens : domaine, travaux publics, expropriation pour cause d'utilité publique*, op. cit., p. 6.

⁷³ Gonod P., Melleray F. et Yolka P., *Traité de Droit administratif*, op. cit., p. 286.

domaine éminent et utile qui fractionneront le concept de propriété et soumettront cette dernière à des limites et des obligations particulières (§1). Les notions de propriété et de domaine public tant discutées, développées et précisées par la doctrine française n'ont pas subi la même évolution en Colombie. Le Code civil de 1873 a fourni les premières références et définitions de la propriété publique, mais n'a absolument rien dit du domaine public. Cela ne sera que plus tard, par voie de jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle que le concept de domaine public commencera à se faire connaître et sera incorporé aux réflexions concernant un droit des biens potentiel (§2).

§1. La distinction entre domaine public et privé après la Révolution française

110. Il n'y a pas eu toujours accord, mais aujourd'hui l'ensemble de la doctrine admet que les personnes publiques ont des liens et exercent un droit de propriété sur leurs biens, c'est pourquoi les divergences les plus significatives vont porter sur les caractéristiques de ce droit de propriété.

111. La notion de domaine public devient plus nette bien après la Révolution française (1790). Initialement, la législation révolutionnaire n'a apporté aucune distinction entre les domaines public et privé. En fait, l'expression « domaine public » n'aura aucune signification précise et sera utilisée comme synonyme de « domaine national »⁷⁴. La Nation se substitue au Roi dans l'exercice de la souveraineté et remplace la Couronne en tant que propriétaire des biens publics. Ceci découle des philosophes du contrat social, qui voient dans la Nation une personne capable de posséder et dès lors, de supplanter la référence à la Couronne⁷⁵.

112. En même temps, la Révolution a représenté la défaite de l'ancien régime féodal et le triomphe des idées libérales autour de la construction d'un nouveau concept de la propriété privée. Les distinctions entre domaine éminent et domaine utile, entre autres, ont scindé et fractionné la propriété entre divers types de relations avec les biens, le dépouillant de son caractère unitaire et attribuant limites et obligations à leurs détenteurs.

⁷⁴ Dufau J., *Le domaine public*, Tome 1, 4^e édition, Paris, Le Moniteur, 1993, p. 13-21.

⁷⁵ Yolka P., *La Propriété publique : éléments pour une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 94-96.

113. Les révolutionnaires français ont remis en question la sécurité et la stabilité de l'Ancien Régime qui accordait des privilèges à la noblesse et à la classe dirigeante de l'époque ; ils ont également rejeté le système de revenus des marchés non compétitifs appartenant à ces mêmes classes privilégiées. Lorsque tant les privilèges que le système de revenus ont cessé d'être acceptés socialement, il y eut une séparation naturelle entre la propriété publique et privée. Donc, l'honnêteté comme valeur humaine et sociale ne se référait pas uniquement au respect de la propriété privée. Elle constituait également une qualité essentielle des gestionnaires circonstanciels de biens publics, de la propriété publique, qui devaient veiller à ce qu'elle soit utilisée dans un intérêt social et non en faveur d'une seule personne.⁷⁶ Avec cet antécédent, il est apparu que tous les biens de personnes publiques ne pouvaient pas être soumis à un régime juridique de droit commun. Car, l'Administration n'utilise jamais ses biens dans un but « égoïste », contrairement aux personnes privées qui disposent de leurs biens comme bon leur semble.⁷⁷

114. Le Décret de l'Assemblée nationale du 22 novembre publié par la Loi donnée à Paris le 1er décembre 1790 « relative aux Domaines nationaux, aux Échanges et Concessions qui ont été faits et aux apanages », appelé aussi Code du Domaine public, a consacré la propriété nationale de manière générale, et a entraîné des changements majeurs en termes de domaine public. Il a réduit son contenu à un aspect essentiellement patrimonial et synonyme de domaine national, caractérisé par les éléments suivants : i) tous les biens appartenant jusqu'à cette date à la Couronne sont devenus propriété du domaine de la Nation⁷⁸ ; ii) le nouveau domaine national est réduit, car il est composé uniquement de biens immobiliers ou de droits réels ; iii) ce domaine n'est plus soumis aux règles de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité, c'est pourquoi avec le consentement de la Nation, un bien quelconque pouvait être aliéné.

115. En même temps, deux visions de la propriété nationale s'affrontent. L'une, marquée par les thèses physiocratiques selon lesquelles la propriété nationale doit se limiter au strict nécessaire. L'autre, annonçant la vision interventionniste moderne, qui

⁷⁶ Ferrari C., Valores, Bienes Públicos y Desarrollo Humano, *Revista de Economía Institucional*, Vol. 12, n° 22, 2010, p. 265-276.

⁷⁷ Godfrin P., Degoffe M., *Droit administratif des biens : domaine, travaux, expropriation*, 9^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2009, p. 3-7.

⁷⁸ Parejo Alfonso L., "Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", *op. cit.*, p. 2391.

défend au contraire l'accroissement d'une propriété publique destinée à corriger la logique du marché, faisant de la propriété un instrument de l'action économique de l'État.⁷⁹

116. Finalement, le Décret mentionné a établi que les biens appartenant à l'administration ne présentent pas la même utilité pour les administrés et ne peut donc pas être soumis au même régime juridique. À cette époque-là apparaît donc l'origine (éminemment doctrinale) de la première distinction (toujours en vigueur) entre les catégories de biens publics : i) ceux qui sont utiles à l'administration - parce qu'ils lui procurent des revenus (domaine public) et ii) ceux qui sont directement au service du public ou le sont indirectement par l'intermédiaire des services publics (domaine privé). Ainsi, la propriété publique se distingue actuellement de la domanialité publique, mais cela n'a pas toujours été le cas.

117. La distinction entre le domaine public et le domaine privé est également ignorée par le Code civil (1804). Les articles 538, 539, 540 et 541 affirment l'existence d'un « domaine public » qui est la propriété de l'État. Néanmoins, les rédacteurs du Code n'ont à aucun moment songé à créer deux domaines distincts, chacun soumis à un régime juridique spécifique. Ils ont simplement substitué le « domaine public » au « domaine national » de l'époque révolutionnaire.⁸⁰

118. Ce n'est qu'au XIX^e siècle, avec Pardessus (*Traité des Servitudes*, 1^{re} éd., Neve, Paris, 1806), puis surtout Proudhon (*Traité du Domaine public*, Lagier, Dijon, 1833), que de nombreux auteurs ont soutenu que le Code civil consacrait la distinction entre le domaine public et le domaine privé. Toutefois, sans que ce soit dit explicitement, les concepts d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité survivent pour les biens de domaine public, car ce sont des biens qui vont se situer hors du commerce.⁸¹

119. Certes, la distinction entre domaine public et domaine privé formulée par Pardessus sera reprise et systématisée plus tard par Victor Proudhon, qui en a proposé une définition à partir de la classification faite par le Droit romain entre les biens *intra*

⁷⁹ Yolka P., *La Propriété publique : éléments pour une théorie*, *op. cit.*, p. 94-96.

⁸⁰ Dufau J., *Le domaine public*, *op. cit.*, 1993, p. 14.

⁸¹ Gonod P., Melleray F. et Yolka P., *Traité de Droit administratif*, *op. cit.*, p. 287 ; Auby, J. M., Bon P., *Droit administratif des biens : domaine, travaux publics, expropriation pour cause d'utilité publique*, *op. cit.*, p. 5-9.

*commercium et extra commercium*⁸². Dans son texte, il expose clairement la distinction entre domaine public et domaine privé, distinction qui va être adoptée par la majorité des auteurs⁸³. Ainsi, de manière générale il identifie que parmi les biens de la Nation, il y a d'une part une catégorie de biens définie par son utilité pour le public, protégée par les règles de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité (appelée domaine public). D'autre part, une catégorie qu'il appelait le domaine national, en raison de sa moins grande utilité et qui n'avait pas besoin de la même protection.⁸⁴

120. L'auteur cité considérait que le domaine public n'était pas l'objet d'un droit de la propriété de la part de l'administration, mais d'un droit de garde et de surintendance (sans pouvoir de disposition) visant à assurer la conservation du domaine et le maintien de sa destination. La souveraineté comme un attribut de l'État serait l'élément qui soutiendrait cette position de l'État par rapport à une certaine catégorie de biens. Il s'agit de notions qui ont fondé toute une théorie toujours en construction⁸⁵, et qui font aujourd'hui l'objet d'un débat intense, en particulier en Europe.

121. De ce fait, l'usage par le public était la condition qui déterminait le rapport juridique envers les personnes publiques, et l'exercice d'une propriété de droit de contenu privé était donc jugé unimaginable. Par conséquent, à partir du XIX siècle, la majorité des auteurs considèrent que le domaine public devait être uniquement l'objet d'un droit de garde ou d'administration, mais en aucun cas d'un droit de propriété. En effet, les biens publics étant affectés à l'usage de tous, ils ne peuvent appartenir à personne.⁸⁶

122. Étant donné les préoccupations existant jusqu'à maintenant autour de l'idée que des personnes publiques puissent exercer un quelconque titre de propriété sur les biens, la

⁸² Chemas, S., El dominio público y los bienes públicos: Europa y América Latina ¿El hijo sigue mirando al padre?, *Revista Digital de Derecho Administrativo* [en ligne], n° 14, 2015, p. 223-236, [consulté le 9 août 2016] <doi: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n14.11>>.

⁸³ Bon P., "El dominio Público ante el Derecho Administrativo Francés", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, n° 2, 1998, p. 309-327.

⁸⁴ Godfrin P., Degoffe M., *Droit administratif des biens : domaine, travaux, expropriation, op. cit.*, p. 4-5.

⁸⁵ Selon Dufau J., *Le domaine public, op. cit.*, p. 15 : « Aujourd'hui, la domanialité publique ne se limite pas aux seuls biens insusceptibles de propriété privée et affectés à l'usage de tous. L'idée que les biens du domaine public ne peuvent pas faire l'objet d'une appropriation par l'homme a été abandonnée. Par ailleurs, la notion d'affectation à l'usage de tous s'est révélée trop étroite avec l'apparition et le développement de nombreux biens administratifs non affectés à l'usage du public, c'est pourquoi la domanialité publique a été étendue aux biens affectés aux services publics ».

⁸⁶ David Beauregard-Berthier O., *Droit administratif des biens*, 8^e édition, Paris, Gualino, 2012/2013.

doctrine classique propose une autre classification de la propriété dans laquelle l'État joue un rôle différent. Il a désormais l'intention d'obtenir un bénéfice économique concret ou associé à l'affectation du bien et à son usage public, ce qui donnera lieu à des régimes plus concrets qui ont fait l'objet d'un développement jurisprudentiel propre **(A)**. Cependant, ces classifications et la notion de propriété publique en elle-même, élaborées au sein de la doctrine française, ne seront pas bien reçues dans d'autres systèmes juridiques restés fidèles à l'existence d'un seul type de propriété **(B)**.

A. La propriété des personnes publiques au-delà du concept prédominant de domaine public

123. Cette évolution conceptuelle a permis à la doctrine française, confortée par l'évolution de la jurisprudence, d'admettre plus tard que les personnes publiques pouvaient exercer un véritable droit de propriété sur leurs biens. Conformément à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (art. 17) la propriété des personnes publiques mériterait donc la même protection juridique que la propriété privée⁸⁷. Or, la propriété publique deviendra un concept d'un contenu différent de celui du domaine public, objet d'un droit de garde ou d'administration affecté en règle générale à l'usage de tous. En conséquence, la propriété devient une condition nécessaire, mais pas suffisante pour que le bien soit considéré comme appartenant au domaine public.

124. Dans le débat que suscite la définition de domaine public et privé, certains auteurs considèrent qu'il n'est pas possible d'établir une distinction tranchée. Parmi eux, Duguit et Duverger pour qui les biens publics et privés appartenant aux personnes publiques ne sont pas soumis à des règles uniformes, mais spéciales, dérogatoires au droit commun. C'est pourquoi les différentes catégories de biens établis seront assujetties à des régimes particuliers auxquels s'appliquent des règles exagérées de droit commun. Pour Duguit, la diversité des destinations données à certains biens et en conséquence la diversité des régimes juridiques justifie l'existence d'une « échelle de la domanialité »⁸⁸. Ces conceptions « antipropriétaristes » ont été rejetées dès la fin du XIX siècle par Houriou, qui reconnaît le droit de propriété des personnes publiques sur leur domaine.⁸⁹

⁸⁷ France, Conseil constitutionnel, Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986.

⁸⁸ Voir Dufau J., *Le domaine public*, *op. cit.*, p. 15 et 16.

⁸⁹ Dufau J., *Le domaine public (composition, délimitation, protection, utilisation)*, *op. cit.*, p. 30 ; Voir aussi Moysan H., *Le droit de la propriété des personnes publiques*, Paris, L.G.D.J, 2001, p. 15-27.

125. La doctrine française concernant le domaine public ainsi que d'autres institutions du droit français ont été adoptées par des systèmes juridiques étrangers. Un des premiers à le faire a été le droit espagnol en 1850 grâce à Colmeiro, qui avait adopté les thèses de Proudhon et qui a proposé une théorie du domaine public appliquée uniquement aux biens publics. Cette théorie va ensuite être développée surtout à partir des idées implantées par Maurice Hauriou, notamment la notion de « propriété du domaine public de propriété administrative »⁹⁰ une propriété spéciale avec des caractéristiques particulières par les prérogatives et conditions qui n'existent pas dans le cadre de la propriété privée.⁹¹

126. Dès la fin du XIXe siècle, Maurice Hauriou⁹² a défendu cette définition, car à son avis, les personnes publiques avaient le droit de propriété sur les biens de leur domaine public. En outre, il a proposé une formule unique, celle de l'affectation à l'utilité publique. Bien qu'il ait d'abord représenté une opinion minoritaire, cette théorie serait plus tard surtout adoptée en Espagne et leurs pays d'influence, comme c'est le cas de la Colombie.

127. Une fois les obstacles pour soumettre le domaine public à un régime de propriété surmontés, le droit de propriété des personnes publiques sur les biens de leur domaine public apparaît finalement non pas comme une construction légale, mais jurisprudentielle qui a fixé deux conditions devant être remplies de manière simultanée pour qu'un bien fasse partie du domaine public : i) appartenir à une personne publique et ii) être affecté à l'intérêt général⁹³.

128. De cette façon, la jurisprudence tant civile qu'administrative en France a consacré cette thèse à plusieurs reprises à propos des voies publiques (CE, 22 novembre 1901, ville de Saint-Étienne), du domaine public maritime (CE, 17 janvier 1923, Picioli) ou fluvial

⁹⁰ Hauriou M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 781.

⁹¹ Dufau J., *Le domaine public (composition, délimitation, protection, utilisation)*, *op.cit.*, p. 33. « Certaines règles de protection particulières sont liées à la propriété administrative, telles que : l'interdiction d'aliéner à titre gratuit ; la nécessité d'une autorisation législative pour certaines aliénations à titre onéreux ; le privilège d'insaisissabilité et l'application de règles dérogatoires au droit commun à la Constitution et à la gestion de propriétés publiques ».

⁹² Hauriou M., *op. cit.*, p. 781-782 : Hauriou a introduit la conception de propriété administrative en disant « la propriété domaniale dans son essence, n'est pas différente de la propriété privée, mais l'existence de l'affectation des biens lui imprime des caractères particuliers, si l'on peut donc parler de propriété il s'agit d'une propriété de droit public, d'une propriété administrative. ».

⁹³ Bon P., "El dominio Público ante el Derecho Administrativo Francés", *op. cit.*, p. 309-327.

(CE, 17 mai, Commune de Vieux Boucau) et des bâtiments des collectivités publiques affectés à des services publics (CE, 17 mars 1967, Ranchon), tout comme la Loi à travers l'article L.1 du CGPPP.⁹⁴

129. Plus tard, quelques textes spéciaux sont publiés, par exemple la Loi du 28 novembre 1963 concernant le domaine public maritime, et le Code du domaine de l'État sera rédigée en 1957. Ce dernier demeurera un droit essentiellement jurisprudentiel jusqu'en 2006, quand le gouvernement a annoncé une vaste réforme du droit de la domanialité publique⁹⁵ clarifiant la classification des biens publics. À ce sujet, il faut signaler que la nature des droits exercés par les différentes personnes publiques sur leurs biens a évolué de façon très logique (du moins en France) au point que cela a permis l'émergence d'une branche du droit administratif complètement autonome, inexistante en Colombie.

130. Ainsi, la doctrine française consolide l'idée que les personnes publiques peuvent exercer un droit de propriété ayant un contenu différent de celui de la propriété privée, car elles poursuivent des objectifs d'intérêt général, une propriété investie de prérogatives propres de la puissance publique telle que le droit d'exproprier ou de caractéristiques ou attributs comme l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité et son caractère insaisissable. Un autre débat surgira afin d'expliquer que l'État, en tant que propriétaire, peut établir des relations juridiques avec certains biens qui leur permettent d'être soumis à un régime de droit privé caractérisé par la saisissabilité du bien⁹⁶.

131. Pour conclure, c'est l'importance économique du domaine public qui a suscité le débat entre la conception traditionnelle « thèse fonctionnaliste »⁹⁷ du domaine public qui voulait que les biens qui y sont rattachés demeurent hors du commerce et soient par

⁹⁴ David Beauregard-Berthier O., *Droit administratif des biens*, op. cit., p. 32.

⁹⁵ Avec la réforme du régime de la domanialité en France, le législateur a autorisé le gouvernement à amender et à compléter les dispositions relatives à la définition, à l'administration, à la protection et au contentieux du domaine public et du domaine privé, mobilier comme immobilier de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics

⁹⁶ Voir aussi Yolka, cité par Dufau J., 2001, p. 33 : « D'où le fait que plus tard, dans le développement du concept de la propriété, soient traités séparément la propriété publique et la domanialité publique qui ne sont pas synonymes, mais complémentaires. Tandis que la première explique la partie fixe du régime des biens publics, la seconde, la plupart des éléments qui varient en fonction de l'affectation ».

⁹⁷ Vergara Blanco A., "Teoría Del Dominio Público Y Afectación Minera", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 17, n° 1, 1990, p. 135-159.

conséquent laissés gratuitement à l'usage public, et la thèse « propriétaire » qui reflète un contenu essentiellement patrimonial permettant au contraire d'assurer un fondement juridique solide à une éventuelle exploitation économique de ces biens⁹⁸. Cette discussion s'est également étendue aux biens appartenant à des personnes publiques, en raison de l'évolution et des besoins de l'économie, surtout depuis le milieu du XIXe siècle.

B. Autres modèles d'État n'ayant pas incorporé le concept de propriété publique

132. Bien loin de la construction précédente, l'origine des droits publics sur les choses dans le droit allemand (*öffentliche Sachen*) est bien différente de la tradition et du développement légal français. En Allemagne, la propriété est considérée comme unitaire (ce qui constitue une grande différence avec le modèle français, puis colombien), et le pouvoir public sur les choses n'est pas considéré comme un véritable droit plein comme la propriété, mais comme un droit réel limité, *une servitude publique (Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts)*⁹⁹. L'avantage pratique que cette approche apporte, c'est qu'à la différence du cas français ou colombien, le doute ou la discussion n'ont pas lieu d'être quant à la classification d'un bien, attendu qu'il existe une position unitaire pour toutes les choses publiques.

133. Cela montre qu'il existe un concept unique de propriété dans le modèle allemand. La propriété est toujours civile et il n'existe pas de propriété publique différente, bien qu'exceptionnellement elle peut être affectée à des usages publics divers. Ceci suppose que les *öffentliche Sachen* peuvent être régies par le droit privé, tant que leur finalité est atteinte et n'est pas modifiée ; elles ne sont l'objet que d'une simple servitude administrative appelée propriété privée modifiée (*modifiziertes Privateigentum*)¹⁰⁰.

⁹⁸ Moysan H., *Le droit de la propriété des personnes publiques*, op. cit., p. 7 et suiv.

⁹⁹ Voir Mayer O., "Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums", *Archiv für öffentliches Recht*, n° 21, 1907, p. 499 à 522 : Otto Mayer est le représentant d'une position dénommée minoritaire sur la création d'un droit public des choses en Allemagne, et « l'auteur de l'effort (qualifié d'"insolent" par ses détracteurs) relatif à la tentative d'élaboration d'une théorie sur la propriété publique en Allemagne à partir du concept français de domaine public. Pour cet auteur, l'affectation produirait un "changement définitif" dans la nature des choses, transformant ce qui jusqu'à présent se trouvait entre les mains de propriétaires privés d'une propriété publique. »

¹⁰⁰ Moreu Carbonell E., "Régimen jurídico de las actividades extractivas en el derecho alemán: un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero", *Revista de Administración Pública*, n° 152, mai-août 2000, p. 339-383.

134. Cependant, bien qu'il existe une construction doctrinale et légale autour des *öffentliche Sachen*, cela n'implique pas la *publication* de l'objet sur lequel elle s'applique, puisqu'elles sont toujours considérées comme relevant de la propriété privée. Deux possibilités se présentent donc dans la pratique : un régime juridique qui affecte directement certaines choses destinées à la réalisation d'une finalité publique et qui se superpose donc à la propriété privée de la chose, ou un contrôle public ou l'intervention sur certaines activités autorisant l'accès au bien ou son utilisation (avec certaines limites à la propriété privée) pour des raisons d'intérêt public. C'est ce que l'on constatera dans le traitement de certaines ressources minérales : bien qu'en majorité elles peuvent être l'objet de l'appropriation de la part de particuliers en raison de l'occupation selon les règles civiles d'acquisition des propriétés, dans certains autres cas il y aura intervention de l'activité à travers « l'interdiction avec réserve d'autorisation », sans l'octroi d'aucun droit de domaine public sur les minéraux, mais limitant l'exercice absolu et exclusif du droit de propriété privée de l'individu sur celles-ci.

135. Pour finir, en ce qui concerne le cas de l'Amérique latine, le concept de domaine public n'a jamais été implanté directement de la France ou de l'Espagne. En revanche, d'autres sources ont été évoquées pour introduire le concept de propriété publique, telle que l'ancien droit romain, des notions de droit allemand et italien et seulement un peu de la doctrine française, raison pour laquelle le concept final était très différent du concept original.

136. En Colombie, en dépit de la forte influence historique du droit français dans nos institutions juridiques, la doctrine classique sur le domaine public ou la propriété publique n'a pas été adoptée, c'est pourquoi elle n'a pas été développée comme une catégorie juridique propre.

137. En tout état de cause, compte tenu des données actuelles du droit colombien, comme on le verra dans la section suivante, la définition de domaine public ne correspond ni à l'interprétation retenue par la doctrine française (manifestation de l'État souverain) ni par la doctrine espagnole (vrai droit de propriété), de sorte que, même aujourd'hui, il n'y a pas de définition précise ni de consensus sur celle-ci, ce qui a empêché un véritable développement du droit de propriété comme une branche autonome de notre Droit administratif colombien. À cela s'ajoute qu'en droit français il y a un intérêt évident à

maintenir un fort patrimoine public, tandis que l'Amérique latine et l'expérience colombienne montrent une tendance différente : l'augmentation des processus de privatisation et par conséquent, la réduction progressive de la propriété publique.

§2. La réception du concept de propriété publique dans la législation et la jurisprudence colombiennes

138. Le cas de la Colombie n'a pas suivi stricto sensu la doctrine française ou espagnole sur le domaine public en raison de la présence d'autres sources antérieures telles que le droit romain ou l'allemand. Ainsi, la jurisprudence du Conseil d'État et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à des moments différents mettent en évidence des définitions confuses de la propriété publique et du domaine public qui parfois sont assimilés par leur contenu économique à des biens d'usage public ou à des biens fiscaux, sans doute en partie à cause des difficultés propres aux exercices d'extrapolation normative.¹⁰¹

139. Ainsi, les premiers antécédents de la notion de propriété publique ont été incorporés au Code civil, qui contient d'ailleurs non pas une, mais plusieurs références à ce sujet, qui s'avèrent confuses si on les analyse en fonction des concepts développés par la doctrine française autour du domaine public. Malgré cet inconvénient, les normes civiles incluront et protégeront les premières relations de l'État avec d'autres biens, dont les mines ou les ressources minières **(A)**. Bien que les normes du Code civil matérialisent la protection du droit de propriété de l'État colombien naissant, toutes les Constitutions de la République depuis l'Indépendance jusqu'à la Charte de 1991 prévoyaient déjà l'existence de ce pouvoir spécial sur ce que l'on appelle les biens nationaux, y compris les ressources naturelles non renouvelables. **(B)**.

A. Les origines de la propriété publique dans les normes du Code civil

140. Dans le cas colombien, la première définition existante correspond à celle de propriété publique, laquelle trouve ses origines de manière paradoxale dans les normes de droit civil. Certes, en Colombie la première classification de la propriété est contenue dans les règles qui régissent les conditions des relations entre les individus, à savoir le Code

¹⁰¹ Chemas, S., "El dominio público y los bienes públicos: Europa y América Latina ¿El hijo sigue mirando al padre?", *op. cit.*

civil promulgué par la loi 57 de 1887 qui a été modifiée par la Loi 153 de 1887. Elle coïncide donc avec la rédaction à la même époque de la Constitution de 1886, laquelle reflète la tradition juridique française qui à son tour trouvait ses origines dans le droit romain. Il convient de mentionner qu'à l'époque de l'élaboration du Code civil publié en 1873, le régime politique était fédéral ; voilà pourquoi seuls les biens de l'Union y ont été réglementés, puisque chaque État fédéré gérait ses propres biens à l'interne.

141. Ces normes vont réguler pour la première fois la propriété publique, avec les mêmes connotations que celles des particuliers, ainsi que la protection spéciale que constitue l'imprescriptibilité. Comme il sera possible de constater, il n'existe dans la tradition normative colombienne aucune mention au domaine public ; elle sera citée et développée plus tard par voie jurisprudentielle.

142. Puis, le deuxième livre du Code civil colombien couvre l'ensemble du régime juridique « *des marchandises, son domaine, la possession, l'utilisation et la jouissance* », dans son titre I « *des différents types de biens* », Chapitre I « les choses corporelles » et divise les biens en meubles et immeubles (article 654 *ibid*). Les biens immobiliers ou les domaines sont les choses qui ne peuvent pas être transportées d'un endroit à un autre, comme les terres et les mines, ainsi que ce qui y adhère de manière permanente, comme les bâtiments ou les arbres (article 656 *ibidem*).

143. À son tour, l'article 659 *ibidem* prévoit les « *Produits des biens immeubles et leurs choses accessoires, comme l'herbe d'un champ, le bois et les fruits d'un arbre, les animaux d'un élevage sont réputés meubles, même avant leur séparation, dans le but de pouvoir établir un droit sur les biens ou les choses par une personne différente du propriétaire lui-même.* » Sont également qualifiés de *meubles par anticipation* « *la terre ou le sable d'un sol, les métaux d'une mine et les pierres d'une carrière* ».

144. L'article 669 du Code civil définit la propriété dans les termes suivants : « *Le domaine (qui équivaut à la propriété) est le droit réel sur une chose tangible de bénéficier et de disposer d'elle de façon arbitraire, tant que cela ne va pas à l'encontre de la loi ou du droit d'autrui. La propriété séparée de la jouissance de la chose est dénommée simple ou nue*, notion consacrée dans l'article 544 du Code civil français, laquelle se base sur la réalité économique, sociale et politique particulière de la période suivant la Révolution

française qui a cherché à déraciner l'ancien régime féodal hostile à la circulation des biens et à l'expansion du capital ».

145. Précisant le concept de propriété privée défini à l'article 669, l'article 674 du Code civil colombien fait référence aux « Biens de l'Union »¹⁰² comme : i) les biens patrimoniaux ou fiscaux et ii) les biens d'usage public¹⁰³. « *Les premiers sont à proprement parler les biens de l'État, appartenant à une personne juridique de droit public sans aucune considération pour sa condition juridique (nature), bien généralement destinée à l'accomplissement des fonctions publiques ou à la prestation d'un service public dont sa domanialité appartient à l'État, mais dont les habitants n'ont pas l'usage. C'est-à-dire, l'État les possède et les administre comme le font les particuliers avec les biens de leur propriété (concept de propriété privée de l'État). En tant que biens d'usage public ou biens publics dont leur domanialité appartient également à l'État, mais leur usage correspond à tous les habitants du territoire et sont en permanence à leur service (par.ex. les rues, places, parcs, ponts, chemins, etc.), ce qui signifie qu'à cause de leur nature, aucune entité de l'État ne peut s'attribuer sa domanialité, car, ils sont destinés au service de tous les habitants. Le droit de l'État dans ce cas est essentiellement d'administration et de police, afin de garantir et de protéger l'usage et la jouissance communs pour des motifs d'intérêt général* »¹⁰⁴.

146. Comme cela a été expliqué au début par la tradition française, la définition ci-dessus est donnée en termes *d'utilisation*, non de propriété ou de contrôle. De cette manière, les biens fiscaux ou patrimoniaux appartiennent à l'État en tant que représentant social, responsable de l'exécution de la loi et de la promotion de la richesse nationale. Ces produits ne sont pas destinés à des services publics déterminés, par exemple le Palais de justice, les casernes et les prisons, etc., mais ils servent à satisfaire les besoins de l'État¹⁰⁵.

¹⁰² Colombie, Code civil de 1873, article 674 : « *Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República* ».

[Notre traduction :] « Les biens de l'Union sont ceux dont le domaine appartient à la République. »

¹⁰³ Tandis que les biens d'usage public ne sont pas la propriété exclusive d'un individu, mais de la communauté au sens large : ils sont destinés à l'usage public et sont donc inaliénables.

¹⁰⁴ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, quatrième section, 20 novembre 2003, Sentence n° 25000-23-24-000-2002-01503-01 (AP-01503), C.R. Ligia López Díaz.

¹⁰⁵ La jurisprudence réitérée du Conseil d'État a établi que les biens fiscaux, qui sont de nature publique, peuvent affecter soit un service soit l'activité publique sur laquelle l'État exerce un domaine égal à un particulier, ou peuvent être des biens attribuables (Col. C.C. 1873, article 674 ; Lois n° 110 de 1912, 135 de 1961 et 200 de 1936 ; Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 11 août 2005, Sentence n° 08001-23-31-000-1991-00268-01 (15070), C.R. María Elena Giraldo Gomez ;

147. Pour cela, étant donné l'interprétation des normes du Code civil dans ses articles 674 et 2517, il existe trois types de bien de l'État : les biens publics ou d'utilisation commune, les biens fiscaux ou patrimoniaux et une troisième catégorie, ceux pouvant être attribués. Ainsi, les premiers sont à la disposition de toutes les personnes en respectant l'usage indiqué par leur réglementation, les deuxièmes relèvent de la propriété exclusive de l'État, et les troisièmes sont à disposition de l'État en vertu de la loi. C'est cette dernière catégorie de biens qui n'est pas d'usage public, ni ne correspond à des biens fiscaux comme les mines, les terrains en friche et certaines mines du sel : ce sont des biens appartenant à la République (donc à l'État), mais qui peuvent être attribués à des tiers comme il est prévu par la loi¹⁰⁶.

148. Mais ces définitions initiales se trouvent également matérialisées par des dispositions à valeur constitutionnelle incluse comme une nouveauté par le constituant de 1991, mais possédant de clairs antécédents identifiés pendant le processus de consolidation constitutionnelle de l'État colombien, après l'indépendance de la Couronne espagnole.

149. Contrairement au cas colombien, dans le droit français, la propriété publique n'est pas protégée en tant que telle par la Constitution. Dans ce sens, à l'occasion de la saisie de la loi d'habilitation selon laquelle le législateur autorise le gouvernement à rédiger le Code général des personnes publiques, le Conseil Constitutionnel a souligné que le régime juridique spécifique de la domanialité publique a pour objet de garantir des droits et principes constitutionnels, mais que l'existence d'un domaine public ne découle pas directement de la Constitution.¹⁰⁷

Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 13 février 2006, Sentence n° 08001-23-31-000-1981-05570-01 (19484), C.R. María Elena Giraldo Gomez ; Colombie, Cour constitutionnelle, Quatrième salle de révision, 23 octobre 1992, Sentence n° T-566/92, dossier n° 3848, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁶ Carrillo Ballesteros J. M., "Del patrimonio público una aproximación al concepto y a su contenido", *Prolegómenos Derechos y Valores*, Vol. IX, n° 17, janvier - juin 2006, p 23-34.

¹⁰⁷ Godfrin P., Degoffe M., *Droit administratif des biens : domaine, travaux, expropriation, op. cit.*, p. 5.

B. Le concept de propriété publique avant 1991

150. La reconnaissance de la propriété publique en Colombie, comme on l'a vu historiquement, est construite à partir des objets réels à valeur économique entre les mains de la Couronne espagnole pendant la colonisation du Royaume d'Espagne sur notre territoire. Il n'était donc pas nécessaire de réglementer l'usufruit et la gestion des nouveaux biens acquis. Plus tard, l'attribution des biens à ceux qui avaient les conditions pour les exploiter ou les vendre a été permise par la réglementation¹⁰⁸.

151. Dans le contexte colonial, avec l'arrivée de révolutions et de l'Indépendance, la propriété publique est mentionnée dans toutes les constitutions des États émergents de la Nouvelle-Grenade, à l'origine de la République de Colombie. Avec l'indépendance, le royaume de la Nouvelle-Grenade organise le cadre juridique en matière de propriété, en l'inscrivant pour la première fois dans la Constitution de Tunja de 1811. Ce texte fait mention de la propriété comme constituant une partie des droits fondamentaux de l'Homme, en accord avec la Déclaration de droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ce qui oblige les autorités à la protéger¹⁰⁹.

152. *La Constitution de Cucutá de 1821 légalise et protège la propriété privée, garantissant l'indemnisation en cas de besoin, comme l'indiquait l'article 177 de cette disposition qui prévoit que « nul ne peut être privé de la moindre portion de sa propriété, et celle-ci ne pourra pas non plus être affectée à des usages publics sans son consentement, ou celui du législateur ; quand un besoin public légalement prouvé requiert la propriété d'un citoyen, la condition de la compensation équitable doit être assumée ».*¹¹⁰

153. À partir de là des pouvoirs ont été octroyés au pouvoir législatif pour la protection des biens nationaux, lorsqu'il a été déclaré qu'« Il relève exclusivement du Congrès : (...)

¹⁰⁸ Colombie, Conseil d'État, Salle de consultation, 18 juin 2014, Sentence n° 11001-03-06-000-2013-00364-00 (2154), C.R. Alvaro Namén Vargas.

¹⁰⁹ Colombie, Constitution de la République de Tunja de 1811, section préliminaire, chapitre I, alinéa 1: « Dios ha concedido igualmente a todos los hombres ciertos derechos naturales, esenciales e imprescriptibles, como son: defender y conservar su vida, adquirir, gozar y proteger sus propiedades, buscar y obtener su seguridad y felicidad. Estos derechos se reducen a cuatro principales, a saber: la libertad, la igualdad legal, la seguridad y la propiedad ».

[Notre traduction :] « Dieu a octroyé à tous les hommes certains droits naturels, essentiels et imprescriptibles, comme les droits à : se défendre et à préserver leur vie, à acquérir, à jouir et à protéger leurs propriétés, à rechercher et à obtenir leur sécurité et leur bonheur. Ces droits se réduisent à quatre droits fondamentaux : la liberté, l'égalité en droit, la sécurité et la propriété. »

¹¹⁰ Colombie, Constitution de Cúcuta de 1821.

2. *Décréter ce qui est le plus approprié pour l'administration, la conservation et l'aliénation des biens nationaux* »¹¹¹. Ce qui implique que l'État pourrait exercer un contrôle sur la propriété, en prenant comme règle générale l'intérêt public et le besoin public d'occuper et/ou de saisir des biens, en maintenant la protection de leurs actifs. En ce qui concerne la propriété publique, la Constitution utilise l'expression de biens nationaux pour désigner ceux qui appartiennent à l'État.

154. La Constitution de 1830 incorpore le Titre I sur « la nation colombienne et son territoire »¹¹², mais il n'y a pas vraiment de changement en termes de biens nationaux, et la structure de la Constitution de Cúcuta de 1821 est conservée. En 1832, la Constitution de l'État de la Nouvelle-Grenade est promue et fait état d'importants changements en matière de propriété et des biens de l'État. On constate dans son préambule que le but de l'État est de garantir la propriété aux membres de la société, ce qui deviendra plus tard comme un devoir du gouvernement auprès de ses gouvernés.

155. La Constitution de la République de Nouvelle-Grenade donne des facultés au Congrès par rapport à l'usage public de la propriété nationale et permet le contrôle politique du pouvoir exécutif en ce qui concerne les revenus et les profits du Trésor et des biens nationaux.¹¹³

156. La Constitution de la Confédération grenadine de 1858 intègre la Nation¹¹⁴, créant les États fédéraux d'Antioquia, Bolivar, Boyaca, Cauca, Cundinamarca, Magdalena,

¹¹¹ Colombie, Constitution de Cúcuta de 1821, deuxième section, article 55, alinéa 2 : « *Son atribuciones exclusivamente propias del Congreso: 2. Decretar lo conveniente para la administración, conservación y enajenación de los bienes nacionales* ».

[Notre traduction :] « Constituent des attributions exclusives propres au Congrès : 2. Décréter les normes appropriées à l'administration, la conservation et l'aliénation des biens nationaux. »

¹¹² Colombie, Constitution de la République de Colombie de 1830.

¹¹³ Colombie, Constitution politique de la Nouvelle Grenade de 1843, section 5, article 67, alinéa 3 : « *Son atribuciones exclusivas del Congreso: (...) Decretar la enajenación o aplicación a usos públicos de los bienes nacionales...* »

[Notre traduction :] « Constituent des attributions exclusives du Congrès : (...) Décréter l'aliénation ou l'affectation à des usages publics des biens nationaux... »

¹¹⁴ Colombie, Constitution politique pour la Confédération grenadine de 1858, chapitre 1, article 1 : « *Los Estados de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander, se confederan a perpetuidad, forman una Nación soberana, libre e independiente, bajo la denominación de "Confederación Granadina", y se someten a las decisiones del Gobierno general, en los términos que se establecen en esta Constitución.* »

[Notre traduction :] « Les États d'Antioquia, Bolivar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panama et Santander se constituent en fédération à perpétuité, conformément une Nation souveraine, libre et indépendante

Panama et Santander. Il s'agit de la première Constitution à spécifier une liste de biens appartenant à la Confédération¹¹⁵ et protégée par l'interdiction d'imposer des taxes à de telles propriétés. En 1863 a été promulguée une autre Constitution, celle des États-Unis de la Colombie¹¹⁶, également d'inspiration fédérale. Selon le nouveau texte, « les forteresses, ports maritimes, arsenaux, et autres bâtiments publics et des biens appartenant à l'Union » (article 17) appartenaient à l'État confédéré.

157. En ce qui concerne les biens de l'État confédéré listés ci-dessus, le pouvoir de décréter leur disposition et destination à des usages publics correspond de manière exclusive au Congrès (article 29), qui agit comme une sorte de garant de la propriété publique. Pourtant, tout conflit entre les États fédérés ou avec le gouvernement général de la Confédération concernant les droits de propriété ou toute autre cause controversée doit être résolu par la Cour Suprême de Justice (article 48). On constate alors que la forme du gouvernement — confédéré — rend nécessaire du point de vue constitutionnel de définir les compétences et les fonctions de gestion des biens de la Confédération et de chaque État confédéré.

158. Avec la Constitution de 1886, les États-Unis de la Colombie et leur système fédéral sont transformés par la République. Les États ont été rebaptisés départements et sont contrôlés par un État centralisé. Quant à la propriété des biens de l'État, l'article 4 a ordonné que le territoire et les biens publics qui font partie de celui-ci appartiennent uniquement à la Nation, et l'article 202 a énuméré les biens appartenant à la République de Colombie¹¹⁷.

sous la dénomination de « Confédération grenadine », et se soumettent aux décisions du gouvernement général dans les termes établis dans cette Constitution. »

¹¹⁵ Colombie, Constitution politique pour la Confédération grenadine de 1858, chapitre 2, article 6 : « *Son bienes de la Confederación: 1.º Todos los muebles e inmuebles que hoy pertenecen a la República; 2.º Las tierras baldías no cedidas y las adjudicadas, cuya adjudicación caduque; 3.º Las vertientes saladas que hoy pertenecen a la República; 4.º Las minas de esmeraldas y de sal gemma, estén o no en tierras baldías; 5.º Todos los créditos activos reconocidos a favor de la República, o que se reconozcan a favor de la Confederación; 6.º Los derechos que se reservó la República en el Ferrocarril de Panamá; (...)* »

[Notre traduction :] « Constituent des biens de la Confédération : 1.º Tous les biens meubles et immeubles appartenant aujourd'hui à la République ; 2.º Les terres en friche non cédées et celles ayant été attribuées et dont l'attribution arrive à expiration ; 3.º Les versants salés appartenant aujourd'hui à la République ; 4.º Les mines d'émeraude et de sel gemme, qu'elles se trouvent ou non sur des terres en friche ; 5.º Tous les crédits actifs reconnus en faveur de la République ou de la Confédération ; 6.º Les droits réservés par la République sur les Chemins de fer du Panama ; (...) »

¹¹⁶ Colombie, Constitution politique des États-Unis de Colombie de 1863.

¹¹⁷ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1886, titre I, article 4 : « *El Territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación. Las secciones que componían la Unión Colombiana, denominadas Estados y Territorios nacionales, continuarán siendo partes territoriales de la*

159. La Constitution de 1886 a introduit plusieurs réformes importantes, y compris celle de 1910, au cours de laquelle a été publié le Code fiscal (Loi 110 de 1912). Dans ce texte, les règles générales de l'organisation, la gestion et la disposition du Trésor national ont été définies. Ce Code en vigueur jusqu'à aujourd'hui, a établi les règles pour la gestion des actifs nationaux comme l'acquisition de la propriété par l'État, les biens cachés, les terrains en friche et les concessions, l'attribution et promotion des œuvres publiques, l'administration des mines et des forêts nationales, la propriété des réserves foncières de l'État, le produit des biens nationaux, entre autres. En raison des changements économiques, constitutionnels, juridiques et jurisprudentiels, ce Code est devenu obsolète et ne répond pas ni ne contribue à la bonne gestion des biens de l'État.

160. Cela montre qu'au cours du développement de la République de Colombie, les législateurs ont trouvé nécessaire que le gouvernement national puisse administrer les actifs appartenant à l'État, objectif matérialisé par des dispositions à valeur constitutionnelle incluses aussi par le constituant au moment de la rédaction de la Constitution de 1991 dans les articles 63¹¹⁸, 82¹¹⁹, 102 et 332. Il est donc clair que les textes constitutionnels qui définissent le concept et le contenu de la propriété publique sont antérieurs. C'est-à-dire que l'État sera propriétaire d'autres biens et moyens de

República de Colombia, conservando los mismos límites actuales y bajo la denominación de Departamentos. Las líneas divisorias dudosas serán determinadas por comisiones demarcadoras nombradas por el Senado. Los antiguos Territorios nacionales quedan incorporados en las secciones a que primitivamente pertenecieron ».

[Notre traduction :] « Le territoire ainsi que les biens publics qui en font partie appartiennent à la Nation. Les sections qui composaient l'Union colombienne, dénommées États et territoires nationaux, continueront de constituer des composantes territoriales de la République de Colombie et conserveront leurs limites actuelles sous le nom de départements. Les lignes de division incertaines seront déterminées par des commissions de démarcation nommées par le Sénat. Les anciens territoires nationaux sont intégrés aux sections auxquelles elles appartenaient auparavant. »

¹¹⁸ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 63 : « *Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.* »

[Notre traduction :] « Les biens d'usage public, les parcs naturels, les terres communales des groupes ethniques, les terres des réserves, le patrimoine archéologique de la Nation et les autres biens indiqués par la loi sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. »

¹¹⁹ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 82 : « *Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.* »

[Notre traduction :] « L'État a le devoir de veiller à la protection de l'intégrité de l'espace public et à son affectation à l'usage commun, qui prévaut sur l'intérêt particulier. Les entités publiques participeront à la plus-value que leur action urbanistique génère et réguleront l'utilisation du sol et de l'espace aérien urbain en faveur de l'intérêt commun. »

production (C.P. articles 150-7, 333 et 334) et devient donc un acteur important de la vie économique, stimulant ainsi la création de richesses et la pleine utilisation des ressources humaines.

161. Un autre aspect remarquable de la Constitution de 1991 est la nouvelle conception constitutionnelle de la propriété et des biens publics, selon laquelle la classification établie dans le Code civil entre les biens publics et les actifs d'impôts a été réévaluée, laissant la place à la notion « d'affectation » comme critère déterminant pour la définition du régime juridique devant être appliqué à une propriété particulière.

162. Ainsi, le degré d'affectation d'une propriété à utiliser ou destinée au service public déterminera la limite à laquelle vous pouvez en disposer, c'est-à-dire si elle est dans le commerce dans les mêmes conditions que les actifs privés ou sinon elle correspond à un bien sur lequel la capacité d'élimination est réduite ou conditionnée aux besoins de l'intérêt général¹²⁰.

163. Ces derniers temps, la gestion des biens publics est devenue importante dans la mesure où la conception du public a élargi les rôles qui lient l'État, responsable de la gestion de l'économie (art. CP 334), le forçant à chercher des alternatives dans la production, la distribution, l'utilisation et la consommation, afin de parvenir à un développement progressif des pays.

164. Actuellement en Colombie la constitutionnalisation de la propriété de l'État depuis 1991 signifie que la gestion et l'administration de ces actifs doivent être conformes à des principes tels que : i) l'efficacité et l'économie dans la gestion, ii) l'efficacité et la rentabilité de l'exploitation de ces biens et leurs droits. Pour cela, la structure et le fonctionnement de l'État devaient donc être adaptés, ce qui aurait eu des effets sur l'action gouvernementale et le patrimoine lui-même. Néanmoins, la Constitution a laissé ouverte la possibilité que ce soit la loi, conformément aux changements et aux nouveaux besoins de la société, qui continue à identifier les nouveaux types de biens publics¹²¹.

¹²⁰ Colombie, Conseil d'État, Salle de consultation, 18 juin 2014, Sentence n° 11001-03-06-000-2013-00364-00 (2154), C.R. Alvaro Namén Vargas.

¹²¹ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 63 : « *Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio*

165. D'autre part, il faut dire que la jurisprudence colombienne a établi une définition confuse et incohérente et n'a pas fait de véritable distinction entre la propriété publique et le domaine public en tant que droit exercé sur la propriété pour un usage public, comme on peut le voir dans la sentence du Conseil d'État quand il dit : « *la propriété publique, composée par des biens publics de domaine public (...) est destinée ou affectée légalement à l'usage du public, à un service public, ou à la promotion de la richesse nationale, constituée donc par les biens d'usage public, tels que les rivières, les bords de mer et rives fluviales, des rues, des routes, des ponts, des places, dont l'usage appartient à tous les habitants du territoire* »¹²². Comme l'on peut le constater, les concepts ou les contenus ne sont pas clairs, mais la jurisprudence insiste sur les concepts classiques concernant le sujet ; en parallèle, la jurisprudence vise à innover, mais génère finalement plus de confusion dans un domaine qui exige une clarté absolue.

166. Il est pertinent de citer ici les définitions de Marienhoff qui distingue le « domaine éminent » et le « domaine public » comme suit : « *Le domaine éminent est un pouvoir suprême sur le territoire relié à la notion de souveraineté. Il est potentiellement exercé sur tous les actifs situés au sein de l'État, que ce soit dans le domaine public ou privé, ou qu'il soit propriété des individus ou des administrés... le domaine public est un ensemble ou la somme des biens sous un régime juridique spécial, différent des règles appliquées aux biens du domaine privé* ». ¹²³

167. Il convient de prendre en considération que le concept de domaine éminent, développé de manière très claire dans la jurisprudence et la doctrine française, n'a pas été dans le cas colombien le produit d'une construction théorique, et a été utilisé de façon inappropriée afin par exemple d'exclure les droits de propriété ou comme représentant le droit exercé à l'égard des biens à usage public, comme étant synonyme des biens d'usage

arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. »

[Notre traduction :] « Les biens d'usage public, les parcs naturels, les terres communales des groupes ethniques, les terres des réserves, le patrimoine archéologique de la Nation et les autres biens indiqués par la loi sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. »

¹²² Colombie, Conseil d'État, Salle de consultation et service civil, 18 juin 2014, Sentence n° 11001-03-06-000-2013-00364-00 (2154), C.R. Alvaro Namén Vargas.

¹²³ Marienhoff M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tome V, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1988, p. 38.

publics ou de propriété publique, ou encore comme une expression de la souveraineté¹²⁴. Par conséquent, l'absence d'une notion doctrinale, juridique ou jurisprudentielle propre, cohérente et sans ambiguïté génère des inconvénients pratiques dans ce domaine.

168. La distinction doctrinale et légale classique a permis de classer les biens de la Nation entre les catégories de biens d'usage public et de biens fiscaux. Cette distinction qui remonte au droit romain, consacrée par le Code civil dans notre ordre positif, a été appliquée à l'époque de la Constitution de 1886 **(1)**. Malgré la clarté légale de la distinction, la doctrine a formulé de nombreuses critiques à son sujet, en raison de l'influence des auteurs français ayant remis en question l'existence et l'utilité de ces institutions **(2)**.

1. L'utilisation floue du domaine éminent

169. Plus tard, à partir du régime constitutionnel de la propriété publique établi dans la jurisprudence¹²⁵, le Conseil d'État a fermement déterminé que la propriété en Colombie se divise entre propriété privée, publique et d'État¹²⁶. De cette façon, comme mentionnée ci-dessus, la classification traditionnelle des biens d'usage public et des biens fiscaux établie dans le Code civil et expliquée jusque-là par le Conseil d'État et la Cour Suprême de Justice ne correspond plus aux définitions données par cette nouvelle typologie de la propriété. Cela implique que la classification des biens fondée sur les catégories normatives du droit civil ne disparaît pas, mais cède la place à une nouvelle distribution qui unifie la dénomination sous le terme de « biens publics », et pour laquelle le facteur de différenciation est l'usage potentiel par l'État selon le grade d'affectation à l'intérêt général.¹²⁷

170. Cette classification définit que la propriété de l'État, également prévue à l'article 58 de la Constitution, mais aussi à l'article 332, se réfère essentiellement d'une manière

¹²⁴ Pimiento Echeverri J. A., *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación y régimen jurídico*, op. cit., p. 241.

¹²⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Quatrième salle de révision, 23 octobre 1992, Sentence n° T-566/92, dossier n° 3848, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁶ Colombie, Conseil d'État, Salle de consultation et service civil, 29 novembre 1995, Sentence n° 745, C.R. Javier Henao Hidron.

¹²⁷ Voir Colombie, Cour constitutionnelle, Septième salle de révision, 4 avril 1995, Sentence n° T-150/95, dossier n° T-54186, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

générique à l'exploitation du sous-sol et des ressources naturelles renouvelables appartenant à l'État, la mer territoriale, la zone contiguë, le plateau continental, la zone économique exclusive, l'espace aérien, le segment de l'orbite géostationnaire, le spectre électromagnétique (CP art. 102), ainsi que les biens détenus à titre de propriété privée, dans les mêmes conditions qu'un individu (CP art. 58 concernant les biens fiscaux).

171. D'autre part, la propriété publique sera inscrite dans les articles 63, 82 et 102 de la Constitution, des articles dans lesquels plus qu'un droit, se sont des garanties institutionnelles ou certaines protections constitutionnelles définies par l'intérêt public qui sont octroyées, comme le patrimoine culturel ou archéologique, l'environnement ou la protection du domaine public. Or, cette ambiguïté conceptuelle a des conséquences pratiques, ce qui génère une plus grande incertitude.

172. Cependant, selon la Cour, il existe un troisième groupe de propriété, se référant spécifiquement aux biens d'usage public, suivant peut-être ainsi la classification établie dès la rédaction originale du Code civil : une propriété de l'État qui exceptionnellement a un caractère privé et se distingue non par le titulaire de la propriété, mais par son affectation au domaine public pour des raisons d'intérêt général liées à la richesse, à l'usage culturel national public et à l'usage et l'espace public¹²⁸ (biens de domaine public).

173. Bien que la jurisprudence constitutionnelle et du Conseil d'État ait fait référence à la division de la propriété, en prétendant faire une différenciation conceptuelle entre la propriété publique et de l'État, ces définitions deviennent confuses et inexactes en elles-mêmes, mais encore plus lorsqu'elles sont confrontées à d'autres définitions. Par exemple, le Code national des Ressources naturelles, Décret 2811 de 1974 indique clairement que les ressources naturelles renouvelables font partie du domaine public¹²⁹, alors que pour la Cour constitutionnelle, le domaine public fait partie de la propriété publique, comme l'établit la décision T-566 de 1992 en rendant une telle distinction inutile dans la pratique. De cette manière, prédomine alors la distinction entre les biens publics et privés selon laquelle tous les biens de l'État seront toujours une sorte de propriété publique.

¹²⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Quatrième salle de révision, 23 octobre 1992, Sentence n° T-566/92, dossier n° 3848, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁹ Colombie, Décret 2811 de 1974 « *Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente* », Titre V « *De Los Modos De Adquirir Derecho A Usar Los Recursos Naturales Renovables De Dominio Público* ».

174. Il est nécessaire de mentionner que dans la définition de la propriété publique les notions de propriété et d'affectation sont mélangées, ce qui mène à penser qu'il s'agit de deux niveaux différents d'analyse. Ainsi, il y a d'une part la théorie classique des biens fiscaux, qui stipule qu'une sorte de droit de propriété privée est exercée sur certaines parties du patrimoine des personnes publiques. Pour la Cour Suprême de Justice, « *L'État les possède et les gère tel que le ferait un particulier* »¹³⁰ avec des caractéristiques claires, car ils sont assujettis au régime de droit commun, sont dans le commerce et sont inaliénables et insaisissables¹³¹.

175. La Cour constitutionnelle pour sa part a conclu que les biens fiscaux sont « *dans un sens, des biens de propriété privée des entités étatiques qui les utilisent pour répondre aux besoins spécifiques d'intérêt général* »¹³². Plus tard, le Conseil d'État a développé le critère de la nature juridique du propriétaire pour définir ce qu'on entend par bien fiscal, afin de les différencier de la propriété publique constituée par les biens d'usage, concluant que ce sont ceux qui « *appartiennent à des sujets de droit public de quelque nature ou ordre et qui, en général, sont destinés à remplir des fonctions publiques ou services publics, tels que la terre, les bâtiments, les fermes, les équipements, la participation d'une société, les revenus et les biens du budget* »¹³³, c'est-à-dire qu'ils appartiennent à l'État comme une sorte de propriété publique.

176. Cependant au fil du temps il été clarifié que cette propriété ne correspond pas à celle du Code civil adapté aux personnes publiques, mais qu'elle comprend une relation particulière liant le bien public à son propriétaire public, différent de celle des personnes privées, avec des fondements constitutionnels spécifiques¹³⁴. En effet, ils sont soumis aux règles découlant des principes de l'activité administrative en matière de gestion et de responsabilité (articles 2 et 261 de la Constitution)¹³⁵ et sont dans la pratique considérés

¹³⁰ Colombie, Cour Suprême de Justice, Salle des Affaires générales, sentence du 27 septembre 1940.

¹³¹ Colombie, Cour Suprême de Justice, Salle de Cassation civile, sentence du 31 mai 1961.

¹³² Colombie, Cour constitutionnelle, 6 juin 1996, Sentence n° C-251/96, dossier n° 1079, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

¹³³ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 15 août 2007, Sentence n° 19001-23-31-000-2005-00993-01(AP), C.R. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³⁴ Pimiento Echeverri J. A., *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación y régimen jurídico*, op. cit., p. 263.

¹³⁵ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 209 : « *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la*

dans certains cas comme inaliénables et insaisissables (par exemple quand cela résulte de l'affectation d'un service public), remettant ainsi en cause l'exercice du droit exclusif classique de la propriété privée, absolue et exclusive. Pour cela, le fait que le régime juridique de certains biens publics ressemble à celui des biens privés est principalement dû à une option législative dont le but est de parvenir à une gestion plus efficace de ces biens ou de l'activité faite grâce à eux. En résumé, la jurisprudence développée principalement par la Cour constitutionnelle a déterminé que la disposition potentielle du bien est fonction de son affectation à l'intérêt général¹³⁶.

177. Dans ce sens, la sentence du Conseil d'État donne la définition suivante¹³⁷ :
« L'affectation, comme critère de la détermination et la classification des biens publics pour le commerce ou en-dehors, dépend du degré de sa disposition et de son mode d'administration. En ce sens, affectation et disposition sont des concepts qui s'accompagnent et se complètent. Et d'après le degré d'affectation du service ou de l'usage public d'un bien de l'État, les protections constitutionnelles données à la propriété publique seront proportionnelles. Il pourra donc être administré, selon l'intérêt en question, par l'entité de l'État la plus appropriée en fonction du profil et de l'organisation ».

2. Le domaine éminent : une notion en désuétude

178. Les difficultés pratiques au moment de classer un bien public ont conduit une partie de la doctrine¹³⁸ à faire une proposition en tenant compte du développement pris par la jurisprudence, surtout administrative. Il s'agit de l'application d'un test pour la

desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley ».

[Notre traduction :] « La fonction administrative est au service des intérêts généraux et se développe sur la base des principes d'égalité, de moralité, d'efficacité, d'économie, de célérité, d'impartialité et de publicité, par le biais de la décentralisation, la délégation et la déconcentration des fonctions. Les autorités administratives doivent coordonner leurs interventions pour la réalisation adéquate des fins de l'État. L'administration publique, dans toutes ses dimensions, sera détentrice d'un contrôle interne qui s'exercera dans les termes signalés par la loi. »

¹³⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Septième salle de révision, 4 avril 1995, Sentence n° T-150/95, dossier n° T-54186, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

¹³⁷ Colombie, Conseil d'État, Salle de consultation et service civil, 18 juin 2014, Sentence n° 11001-03-06-000-2013-00364-00 (2154), C.R. Alvaro Namén Vargas.

¹³⁸ Pimiento Echeverri J. A., *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación y régimen jurídico*, op. cit., p. 271.

détermination de leur statut juridique, à partir en premier lieu de l'identification de la qualité du propriétaire qui peut être une personne de droit public dont l'insaisissabilité du bien est une des conséquences directes de sa propriété ; en deuxième lieu, si des principes de la fonction administrative sont appliqués dans sa gestion ; en troisième lieu, d'après l'identification du type de bien et ses caractéristiques ; et, finalement, l'identification des affectations de biens d'autres types spécifiés cas par cas par la loi. Cela exige nécessairement une analyse de chacune de ces questions pour chaque bien pris individuellement, créant alors une situation incertaine, et leur classification finale dépendra de la capacité argumentative de l'administration ou du juge de droit administratif¹³⁹.

179. Ce sont donc les caractéristiques du propriétaire, qu'il s'agisse de l'État, d'une entité publique ou d'une autorité locale, et son affectation (soit un bien fiscal soit d'usage public) qui vont définir le caractère de propriété publique d'un bien, conditions qui vont établir le régime juridique des prérogatives et des restrictions auxquels seront soumis les biens. Malgré ce qui précède, il convient de noter que l'absence d'un système général cohérent pour comprendre la nature et les caractéristiques de la propriété publique empêche de trouver un système moderne et effectif pour l'utilisation efficace des biens de l'État qui génère de nouvelles sources de richesse et d'accroissement du patrimoine public.

180. Pour conclure, on peut observer en premier lieu la façon dont, durant la construction du concept de propriété publique en Colombie, l'État a toujours été présent en tant que garant de l'intérêt général et l'utilité publique, ce qui justifie que le législateur ait considéré comme suffisant d'inclure dans la Constitution que la Nation est propriétaire de certains biens.

181. En deuxième lieu, selon ce qui a été présenté ci-dessus, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État¹⁴⁰, on peut affirmer qu'en règle générale : **(i)** L'État est propriétaire de différentes catégories de biens ; **(ii)** son titre de propriété vient directement de la Constitution et se développe dans le cadre de la loi ; **(iii)** tous les biens de l'État

¹³⁹ Pimiento Echeverri J. A., *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación y régimen jurídico*, op. cit., p. 271.

¹⁴⁰ Colombie, Conseil d'État, Salle de consultation et service civil, 18 juin 2014, Sentence n° 11001-03-06-000-2013-00364-00 (2154), C.R. Alvaro Namén Vargas.

jouissent pour cette raison d'une protection spéciale à sa propriété de rang constitutionnel, à savoir qu'ils sont imprescriptibles, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être acquis par prescription ; parmi ceux-ci, les biens, les biens d'utilisation publique et les biens destinés à un service public sont insaisissables, sauf les exceptions introduites par le législateur pour certaines catégories de biens, et c'est pourquoi certaines peuvent faire l'objet d'un commerce.

182. En troisième lieu, les nouvelles fonctionnalités incluses dans la Constitution de 1991 sur la propriété publique et le développement jurisprudentiel au cours des dernières années sont essentiellement protectionnistes. On peut alors affirmer que bien que le concept rigide traditionnel de la propriété publique ait été abandonné devenant plus flexible grâce à l'importance économique de certains de ces biens, leur protection spécifique et le rééquilibrage des objectifs de l'État quant à leur destination et à son exploitation sociale et économique, se heurtent souvent à l'intérêt général.

Conclusion Section III

183. La période postérieure à la Révolution française est celle qui contribue le plus à la construction du concept de propriété des personnes publiques. Une fois la figure du monarque tombée, la Nation se substitue au Roi dans l'exercice des pouvoirs souverains, et remplace donc la Couronne en tant que propriétaire des biens publics. C'est à cette période que se construisent de façon la plus claire les concepts de domaine éminent et de domaine utile, qui permettront de justifier différents types de relations et de droits sur les biens. La reconfiguration du domaine national consacre de nouvelles catégories de biens (domaine public et domaine privé, propriété publique et domaine public) faisant l'objet de mécanismes de protection et d'un régime juridique différent. À l'issue de cette évolution, les personnes publiques peuvent exercer un véritable droit de propriété sur leurs biens.

184. Enfin, à partir de la fin du XIXe siècle, un nouveau concept apparaît pour expliquer la propriété des personnes publiques : celui d'affectation à l'utilité publique, qui sera bien reçu par la suite dans plusieurs régimes juridiques. Toutes les relations juridiques que la doctrine française a tenté de différencier en relation avec la propriété des personnes publiques feront partie du système de normes colombien, principalement grâce au Code civil de 1887. Cette norme contient une classification primitive des biens, qui sera ensuite

complétée par la jurisprudence du contentieux administratif. Néanmoins, son apport sera confus et maladroit, en ne réussissant pas à attribuer aux concepts réceptionnés la même clarté que dans le droit français.

Conclusion Chapitre I

185. Dans ce chapitre, nous effectuons un rappel historique de l'apparition de la propriété publique en tant que bien public en France en raison de son influence particulière dans la construction du droit et des institutions juridiques colombiennes.

186. Les antécédents de la propriété publique montrent qu'elle a été le produit d'une importante évolution et de grands débats doctrinaux. Dans le contexte de l'Histoire de France, de grandes controverses ont eu lieu pour justifier que les personnes publiques puissent exercer un droit de propriété dans les mêmes conditions que les personnes exerçant la propriété privée. Les contributions les plus importantes à ce sujet eurent lieu après la Révolution française. En effet, avec la chute du régime monarchique et l'influence des idées libérales, il fut admis que la propriété des personnes publiques bénéficie de la même protection que la propriété privée.

187. Une multiplicité de concepts a été construite autour de la propriété publique afin d'expliquer les différents types de relations juridiques, dont le domaine public, le domaine privé et le domaine utile, que la doctrine française différenciait de la propriété publique en tant que telle. Ces concepts ont été adoptés par la jurisprudence colombienne, mais de façon différente et surtout imprécise.

188. Les contributions à l'origine et à l'évolution de la propriété publique en tant que bien public sont indéniables et évidentes, au point qu'elles ont irradié les législations de toute l'Amérique latine. Cependant, d'autres systèmes juridiques ont résisté à l'influence du droit gréco-romain et ont considéré la propriété dans un sens unitaire, c'est-à-dire en niant la distinction entre propriété publique et privée, comme dans le cas allemand. Dans ces conditions, le pouvoir public sur les choses est considéré comme un droit réel limité et non un véritable droit plein, ce qui leur a donc évité les discussions autour de la classification des biens qui se sont produites en droit français ou colombien.

Chapitre II

L'évolution de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables

189. La publicité effectuée en Europe depuis le XVIe siècle concernant les territoires découverts et leurs richesses, en particulier leurs réserves d'or, d'argent et de pierres précieuses, a créé des besoins et de nouvelles relations de pouvoir qui se sont prolongées jusqu'à la fin du XIXe siècle.

190. Entre autres aspects, ont prévalu au cours de cette période la création d'un système normatif et des institutions, ainsi que la présence permanente des missions d'exploration d'experts provenant d'Allemagne et de France principalement. Ces experts ont contribué avec leurs connaissances à localiser et à améliorer les techniques de productivité des gisements minéraux, le développement de la cartographie comme la Carte générale du Royaume de la Nouvelle Espagne par Alexandre Von Humboldt en 1809, et la mise en œuvre de nouvelles technologies pour éviter la fuite des revenus de la Couronne. Cependant, cette euphorie autour du Nouveau Monde a également attiré de vives critiques de l'école des Physiocrates à la fin du XVIIIe siècle. Ce courant de pensée a critiqué les impacts sociaux, économiques et culturels sur la population autochtone (dont ni les droits ni la personnalité juridique n'étaient reconnus, et pour lesquels il n'existait aucun respect par rapport à leurs traditions dues à leur présence ancestrale sur le territoire) et la forte dépendance espagnole aux métaux précieux qui deviendrait finalement l'origine de la faiblesse économique et du déclin général de l'Empire espagnol.¹⁴¹

191. Entre les années 1490 et 1810, ce qui correspond à l'époque de la découverte et la conquête espagnole, les nouvelles colonies indiennes faisaient partie de la Couronne espagnole et étaient soumises à sa domination. Par conséquent, il est possible d'identifier tout au long de l'Histoire les différents corps de normes uniques qui seront applicables à

¹⁴¹ Díaz Ángel S., "Cartografías de El Dorado, Releyendo fragmentos de la historia minera de Colombia a través de algunos mapas (siglo XVI a XX)", in *Minería y Desarrollo, Tomo V, Bogota*, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 31-84.

ce territoire, en soulignant le peu de valeur que la Couronne et les conquérants ont donné aux coutumes juridiques autochtones.

192. Ainsi, en premier lieu, se trouvent les Lois de Castilla, contenues dans les « *Siete partidas* » de 1263¹⁴² et la Nouvelle Compilation de Philippe II. Par la suite, la Loi indienne métropolitaine ou péninsulaire est dictée par les Rois de Castille et finalement une Loi indienne disons locale, émise pour chaque territoire particulier, comme les ordonnances de la Nouvelle-Espagne (Mexique), Nouvelle-Grenade (Colombie, Équateur et Panama), au Pérou ou au Chili qui émanaient de l'autorité déléguée par la Couronne en Amérique, à savoir les vice-rois dans leurs vice-royaumes respectifs. Cependant, dès le début, dans les nouveaux territoires, il sera entendu que les mines appartiennent à la Couronne et que le concept castillan s'applique : les mines sont un bien différent de la surface et deux formes de propriété coexistent de manière simultanée, les droits du propriétaire de la surface du terrain (cultures, bétail) et du propriétaire des mines¹⁴³.

193. Toute l'activité minière développée au cours des années suivantes se trouva marquée par le principe juridique médiéval de *ixera régala*, conçu dès Alfonso X et reproduit dans l'ample législation émise au cours des XIVe, XVe et XVIe siècles.¹⁴⁴ Ce principe prévoyait que toutes les mines relevaient du domaine royal, mais pouvaient être exploitées par des vassaux, après information et autorisation des autorités royales.¹⁴⁵ Ce principe permet de justifier plus tard, tel que noté dans les Ordonnances de Mines de la Nouvelle-Espagne (1783) que la notion de domaine primordial ou radical appartenant à vie et de manière incontestable à l'Autorité royale est une chose et la notion de domaine utile correspondant aux particuliers bénéficiaires de la prérogative royale permettant d'explorer et d'exploiter les ressources minérales en est une autre.¹⁴⁶

¹⁴² La 2^e partie de la Loi 5 du Titre 15 indique que le « Señorío Real » n'est pas aliénable et divisible, et les mines font partie des produits sur lesquels repose cette affirmation.

¹⁴³ Dougnac Rodriguez A., *Manual de Historia del derecho indiano* [en ligne], Mexico, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1994, [consulté le 20 septembre 2016], <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1942/13.pdf>.

¹⁴⁴ Vergara Blanco A., *Principios y sistema de derecho minero: Estudio Historico-Dogmático*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 84-86.

¹⁴⁵ Garrido M., Ordenanzas, "Dominios y jurisdicción en las Minas de la Nueva Granada durante el siglo XVIII", in *Minería y Desarrollo, Tomo V, Bogota, op. cit.*, p. 85-134.

¹⁴⁶ Dougnac Rodriguez A., *op. cit.*

194. L'Histoire de la législation et des institutions de la propriété étatique des ressources minérales pendant cette période est complexe. La difficulté consistait à abandonner les règles imposées par la Couronne espagnole dès l'époque de la conquête, lesquelles continuaient d'être appliquées même après l'acte d'Indépendance, et le processus pour définir un modèle politique et de gestion indépendante, commencée en 1810 jusqu'à la rédaction de la Constitution de 1886, a connu des progrès et des reculs et a généré doutes et confusion concernant les véritables droits de l'État sur le sous-sol et la définition d'un système de législation minière plus en ligne avec la réalité et les attentes économiques de l'État colombien.

195. Néanmoins, les autorités étrangères placées sur le territoire se sont rendu compte qu'il était impossible de transposer de manière exacte le système juridique de la Couronne espagnole aux territoires conquis. En effet, alors que la Péninsule espagnole n'était pas un territoire de premier plan pour le développement de l'activité minière et que la législation à cet égard était donc très limitée, les différences économiques et sociales entre l'Espagne et les colonies américaines récemment conquises étaient évidentes.

196. Pour cela, les lois espagnoles sur ces colonies auront une application seulement à caractère résiduel. Une abondante législation prétendant contrôler les droits sur les mines avait été élaborée tout au long de l'Histoire, provenant de différentes sources, ce qui rendait difficile son application. Toutes les difficultés pratiques pour leur application sur les nouveaux territoires ont été résolues avec la publication en 1680, d'une sorte de résumé de lois des royaumes indiens appelé « *Compilation des Lois des Indes* » qui a été appliqué jusqu'en 1810, l'année de l'Indépendance du territoire colombien par rapport à la domination espagnole.

197. Il convient de noter que dans les *Lois des Indes*, deux types de mines ont été identifiées : les mines fiscales et celles d'usage public. D'une part, les premières sont destinées à l'exploitation du platine et du mercure, et sont également connues comme « les mines du Roi », car, selon les *Ordonnances du Pérou* (1612) elles étaient réservées au Roi et ont rarement été exploitées. D'autre part, les carrières et la surface de sable étaient

d'usage public. Les salines qui ont été exploitées en principe de manière exclusive par le Roi sont devenues d'exploitation libre selon l'Arrêté royal du 31 décembre 1609¹⁴⁷.

198. Ce sera aussi la première fois que la Loi indienne définit différents types de propriétés minières ainsi que les exigences et les procédures de la Couronne pour accorder un droit minier aux particuliers. De la même façon, cette loi prévoit des limites ainsi qu'un timide régime d'indemnisation des dommages aux propriétaires du sol, entre autres aspects. La Loi indienne définira que les mines sont un bien différent du sol, et identifieront ce faisant une propriété double : le propriétaire de la surface et le propriétaire des mines.

199. Voilà pourquoi, après avoir analysé comment le concept de propriété publique a été incorporé en droit colombien ainsi que les débats qui ont eu lieu pour cela, il convient de déterminer la façon dont s'est consolidé le droit de propriété de l'État sur un bien particulier : les mines et les ressources minières. Nous mentionnerons tout d'abord le système d'institutions et l'ensemble des normes dont, en premier lieu, la « *Compilation des Lois des Indes* » imposée par la Couronne espagnole de l'époque de la Colonie jusqu'à l'Indépendance (**Section I**). En effet, elle constituera l'antécédent des nouvelles institutions qui tenteront de s'installer, non sans difficulté, de l'Indépendance jusqu'à nos jours (**Section II**). Enfin, nous examinerons le développement et les contributions de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle à la consolidation de ce concept de propriété sur les ressources naturelles non renouvelables (**Section III**).

Section I. De la Colonie à l'époque de l'Indépendance

200. La première propriété sur les ressources trouvées dans le sous-sol va découler des conquêtes des Espagnoles dans les territoires du Nouveau Monde. En effet, ces ressources devenaient automatiquement propriété de la Couronne espagnole, sans aucune exception ni restriction.

201. Avec l'application et l'adaptation de normes venues d'Espagne, le régime en place pour l'administration des minerais découverts en Amérique est abondant, mais

¹⁴⁷ Dougnac Rodriguez A., *Manual de Historia del derecho indiano*, op. cit.

désordonné. Il prévoit des droits différents pour les propriétaires du sol, du sous-sol et pour le tiers qui, à titre d'usufruit et avec une autorisation préalable, pouvait tirer profit des ressources du sous-sol. Ce principe est fondamental pour le système colombien, bien qu'il représente d'une certaine façon un fractionnement de la propriété par la doctrine (§1). Cependant, cela n'affectera pas les compétences régaliennes de l'État espagnol, et lui permettra d'exercer des pouvoirs illimités et souverains sur ces ressources (§2).

§1. Une législation abondante et des institutions minières faibles

202. Contrairement à la façon dont il a été conçu par le droit romain, le développement, et par conséquent le régime juridique du sol et du sous-sol ont été perçus de manière différente pendant la conquête des territoires du Nouveau Monde. Après leur découverte, la conquête par les Espagnols commence, alors qu'ils sont attirés par l'énorme richesse minérale constituée par les réserves d'or et d'argent situées dans les nouveaux territoires et qui ont été vues comme une source incroyable de financement permettant de couvrir les dépenses publiques et d'augmenter la puissance du royaume.

203. Par conséquent, dès le début la Couronne espagnole a eu intérêt à chercher et surtout trouver ces richesses, ce qui a fourni aux possibles découvreurs quelques prérogatives. En principe, la base ou l'origine de toute la construction juridique de la propriété coloniale n'est pas due à la conquête, qui a été conçue tout simplement comme un moyen de prendre possession des terres découvertes, propriétés des Rois d'Espagne.

204. Auparavant, les lois espagnoles et les Lois indiennes de 1263 établissaient que les Rois s'étaient réservé la propriété sur les mines sans aucune exception. L'ordonnance d'Alcalá de 1348 est un exemple de cela. Elle stipule justement que les mines d'argent, d'or, de plomb et de tout autre métal appartiennent au Roi, ainsi que les sources de sel. Ce principe sera reproduit plus tard dans plusieurs ordonnances, en particulier celles émises pendant le règne de Philippe II.

205. Outre l'ordonnance d'Alcalá, le roi Jean II déclare dans le petit village de Bribiesca (Espagne) en 1387 que « *le sol et toutes les mines appartiennent au souverain* », principe

qui se maintiendra jusqu'à la « *Novísima Recopilación* » terminée en 1804¹⁴⁸. Dans cette déclaration, Jean II a accordé la permission aux vassaux d'explorer et d'exploiter des mines de la Couronne, principalement d'or et d'argent, avec l'obligation de payer au Trésor royal une redevance (*regalia*), qui sans être strictement un impôt, constituait une réserve équivalente à la cinquième partie des métaux produits, avant le décompte des frais¹⁴⁹. Ces deux lois étaient en vigueur au moment de la découverte du Nouveau Monde et ont d'abord été invoquées pour légitimer les droits que les conquérants sont venus réclamer, démontrant également qu'il n'y eut aucune considération de la part des découvreurs pour d'éventuels droits des autochtones sur leurs territoires, les mines et leurs richesses¹⁵⁰.

206. Cela montre l'intérêt manifeste de l'autorité royale, dès le début de la domination sur les territoires du Nouveau Monde, de permettre que les biens fussent utiles du point de vue économique, et éviter en conséquence la condamnation inutile de ressources importantes pour la Couronne. Ainsi, le principe dans la législation espagnole était que ceux qui travaillaient dans les mines avec l'approbation de la Couronne ne possédaient pas une véritable propriété sur les biens, mais devaient être considérés comme de simples usufruitiers (ils ne possédaient que *le domaine utile* de la mine), la propriété étant un droit exclusif de la Couronne. Par conséquent, les possesseurs ont été toujours contraints de payer une somme d'argent en faveur de la Couronne, ou bien ils étaient dépouillés de la mine¹⁵¹.

207. Pour continuer sur cette même idée de propriété, la Bulle d'Alexandre VI du 4 mai 1493 a accordé « *perpétuellement aux Rois de Castille et Léon et ses successeurs toutes les terres et les îles qui ont été découvertes ou sont à découvrir, empêchant les particuliers d'avoir un droit sur elles sans titre émanant de la Couronne* »¹⁵².

208. En raison du nombre réduit de mines découvertes et travaillées, les faibles ressources collectées par le Trésor royal déclenchèrent une dépression minière entre les

¹⁴⁸ Escobar F. S., *El petróleo y la propiedad minera en Colombia*, Bogota, Imprenta Nacional, 1919, p. 4.

¹⁴⁹ Garrido M., "Ordenanzas, dominios y jurisdicción en las Minas de la Nueva Granada durante el siglo XVIII", in *Minería y Desarrollo, Tomo V, Bogota, op. cit.*, p. 85-134.

¹⁵⁰ Molina J. C., "El dominio minero en Colombia: la propiedad minera del Estado", *Revista de la Universidad Nacional*, n° 4, 1945, p. 107-120.

¹⁵¹ Sarria E., *Derecho de Minas: régimen jurídico del subsuelo*, Bogota, Editorial Temis, 1960, p. 45-46.

¹⁵² Díaz Ángel S., "Cartografías de El Dorado, Releyendo fragmentos de la historia minera de Colombia a través de algunos mapas (siglo XVI a XX)", *op. cit.*, p. 31-84.

années 1540 et 1550. Par conséquent, Philippe II révoque la Loi du roi Juan II, et décrète en 1559 ce qui sera la base de la réglementation minière espagnole, *les Anciennes Ordonnances*, délivrées à tous les royaumes de la monarchie espagnole, grâce auxquelles la Couronne rétablit les mines d'or, d'argent et de mercure. Ceci, en partie à cause de l'application des Ordonnances de Bribiesca, qui avait généré un monopole injustifié des mines par certains seigneurs ou évêchés. Ceux-ci ne fournissent aucun avantage pour l'industrie, car ils ne fonctionnaient pas ou ne permettaient pas que d'autres entreprennent des travaux sur ces propriétés, de sorte que Philippe II prévoit le retour de ces biens au patrimoine de la Couronne.

209. Autrement dit, avec cette déclaration, la Couronne tranche tous les doutes remettant en question la légitimité du droit de propriété de la Couronne sur les mines et revendique clairement leur domaine utile, notamment d'or, d'argent et de mercure¹⁵³, tout en conservant le domaine éminent qui de fait, n'avait jamais été affecté dans la mesure où il avait toujours fait partie du patrimoine royal.

210. Ceci sera la véritable origine de l'autorité souveraine que va exercer la Couronne sur l'ensemble du territoire et qui sera étendue à tous les biens situés sur celui-ci, peu importe que leur origine soit publique ou privée. Dans cette perspective, l'autorité souveraine agira sans aucune limite par rapport à l'endroit où les mines se trouvent (que ce soit dans des lieux publics ou sur des terres et des biens de particuliers) et quel que soit le type de réserve, car leurs droits seront étendus tant aux mines qu'aux réserves de moindre valeur, tels que celles de cuivre, de plomb, d'étain, d'alun, de soufre et autres¹⁵⁴.

211. Ce *domaine éminent*, une sorte de propriété originale, implique que le pouvoir royal est propriétaire de tous les biens relevant de sa compétence, ce qui donne au souverain la légitimité de légiférer sur eux et de les exproprier pour cause d'utilité publique. Cela met en évidence qu'à l'époque, le principe romain de la fonction sociale que doit avoir la propriété n'est pas abandonné¹⁵⁵.

¹⁵³ De Ávila Martel A., "La propiedad minera en el Derecho Indiano: sus bases, constitución y peculiaridades", *Revista Historia* [en ligne], n° 8, 1969, p. 13-17 [consulté le 20 juin 2016], <http://revistahistoria.uc.cl/numero/8/>.

¹⁵⁴ Sarria E., *Derecho de Minas: régimen jurídico del subsuelo*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵⁵ Figueroa Márquez D., "Derecho Minero", *Revista Mexicana de Derecho*, n° 3, 2001, p. 71-89, p. 78.

212. C'est pourquoi, sur la base de l'autorisation donnée par la Couronne espagnole, les chefs d'expéditions et les entrepreneurs savaient dès le début de leur mission d'une part, qu'ils devraient céder tels quels les villes et les villages découverts à la Couronne, et d'autre part, « *La Couronne les avertissait qu'elle gardait la souveraineté de la justice royale et des mines et des enclos d'or et d'argent et d'autres métaux et des salines trouvés dans ces terres* »¹⁵⁶.

213. L'importance économique que ces produits représenteront et la nécessité de les exploiter vont justifier la création d'une réglementation spéciale promue par la Couronne, qui signifiera la mise en place de son autorité en tant que pouvoir suprême, et la légalisation de l'acquisition de la propriété sur ce type de ressources. Cependant, l'absence à l'époque des institutions et d'une juridiction minière et la difficulté de leur consolidation sur le territoire rendront difficile l'application et surtout la consolidation de la réglementation minière.

214. Des ordonnances générales seront établies pour tous les royaumes et des ordonnances spécifiques seront dictées par les vice-rois pour les différentes zones minières et pour résoudre des problèmes locaux, en parallèle aux structures simples du gouvernement qui au fil du temps vont devenir plus solides. Mais, dans la pratique, cette dichotomie normative posera des difficultés tant d'interprétation que d'application, ce qui générera des débats continus.

215. Alors, dès cette époque se consolide l'idée, qui deviendra ensuite un principe fondamental du droit minier colombien, que la possession ou l'occupation du sol ne donne aucun droit sur la propriété du sous-sol. Ainsi, la Couronne espagnole ne suit pas les traces du droit romain qui considérait que le sous-sol était un simple accessoire du sol, mais que le propriétaire du sol possédait un droit réel sur le sous-sol.¹⁵⁷

216. Au cours du XVIe siècle, parmi la législation abondante, mais désordonnée, fruit de tout le processus de colonisation espagnole, prédominent les Lois des Mines du vice-

¹⁵⁶ Sarria E., *Derecho de Minas: régimen jurídico del subsuelo*, op. cit., p. 26.

¹⁵⁷ Escobar F. S., *El petróleo y la propiedad minera en Colombia*, op. cit., p. 2. Il indique qu'il s'agit d'un système ayant atteint son apogée en Angleterre. Dans les termes de « L. de Launay dans son remarquable livre *La conquête minérale, le système de l'accession n'a pu être conservé que de façon parallèle avec la grande propriété territoriale de type féodale* ».

royaume de la Nouvelle-Espagne (Mexique) de 1532. Parmi elles, les lois de Sébastien Ramitez de Fuenleal (1532) et surtout les Ordonnances de Francisco de Mendoza de 1539, 1542 et 1550 ont tenté d'organiser les aspects généraux de l'enregistrement et les restrictions par rapport à l'acquisition de droits miniers.¹⁵⁸

217. Au cours du XVII^e siècle, un grand nombre d'Ordonnances sont publiées, beaucoup d'entre elles inspirées par les lois de la Nouvelle-Espagne, y compris les Anciennes Ordonnances de 1559 (publiés sous le règne de Philippe II et Juana du Portugal), la Compilation de Castille de 1567, les Ordonnances des Mines de San Lorenzo (1584), la Nouvelle Compilation ou nouveau Cahier (1602), sorte de Code des Mines, inspiré des Lois des Mines du Pérou, en particulier les Ordonnances de Toledo (1574).¹⁵⁹ À la fin du XVII^e siècle, qui coïncide avec la relance de l'exploitation minière, toutes les ordonnances ont été recueillies par la Couronne et adaptées dans la *Compilation des lois des Indiens* de 1680, après quoi la production de normes minières a diminué de façon marquée.

218. La *Compilation des lois des Indiens* est restée en vigueur jusqu'à la publication des Ordonnances minières de la Nouvelle-Espagne de 1779, adoptées finalement à Aranjuez par Carlos III en 1783. Ces dernières Ordonnances ont été appliquées tout au long de l'époque des vice-royaumes du Nouveau Monde, avec la claire intention d'imposer un Code uniforme et systématique, réformé en 1793.¹⁶⁰

219. Pour les territoires du vice-royaume de la Nouvelle-Grenade, qui *grosso modo* comprenaient ce qui correspond aujourd'hui aux territoires de la Colombie, l'Équateur et Panama, les plus grands producteurs d'or de la région, la législation minière la plus appliquée sur le territoire a été l'*Ordonnance des mines de la nouvelle Espagne* délivrée par la Couronne le 22 mai 1783, qui visait à l'art. 1 que « *Les mines sont elles-mêmes de la Couronne (...), ce qui exclut la possibilité que quelqu'un puisse tirer parti de ces ressources sans licence spéciale et mandat de l'autorité royale* ». Cette ordonnance a été

¹⁵⁸ Garrido M., "Ordenanzas, Dominios y jurisdicción en las Minas de la Nueva Granada durante el siglo XVIII", *op. cit.*, p. 85-134.

¹⁵⁹ De Ávila Martel A., "La propiedad minera en el Derecho Indiano: sus bases, constitución y peculiaridades", *op. cit.*

¹⁶⁰ Garrido M., *op. cit.*

étendue plus tard dans son application, mais avec des adaptations aux différents territoires dans toute l'Amérique du Sud.

220. En ce qui concerne la conservation du droit de la propriété par la Couronne et la liberté de disposition de l'élément de l'usus et l'usufructus, l'article 2 de la même Ordonnance établissait que « *Sans me séparer de mon patrimoine royal je donne à mes vassaux en propriété et possession, de manière à pouvoir les vendre, les échanger, les louer, les laisser dans le testament ou l'héritage ou de toute autre manière aliéner le droit leur appartenant dans les mêmes termes que le possèdent les personnes susceptibles d'acquérir.* »

221. Ainsi la Couronne, le Roi, a conservé le domaine des réserves de minéraux, mais a permis son exploitation aux vassaux et a exigé le paiement d'une redevance (*regalia*) ce qui lui a permis d'attribuer à son droit une valeur économique. Depuis ses origines et jusqu'à maintenant, la redevance représentait une partie, un pourcentage de ce qui était effectivement collecté dans la mine, « à l'époque entre un cinquième et une vingtième partie de (tous les) bénéfices de l'exploitation »¹⁶¹. Cette approche, peu technique dans sa définition, est devenue une source de discordes entre les citoyens et l'État, car ce dernier ne la considérait pas juste : il s'agissait en effet de pourcentages dérisoires par rapport au profit réalisé par les entrepreneurs pendant l'exécution d'un projet minier.

222. L'Article 3 de la même Ordonnance indique que la concession est conçue sur deux conditions : d'abord, la contribution à la *Real Hacienda* et, ensuite, le profit des mines selon les conditions prévues dans le texte, de sorte qu'elles peuvent être perdues et octroyées à une personne différente, car le principal intérêt de la Couronne sera leur exploitation et la réception de la redevance (*regalia*)¹⁶².

223. Il est donc évident que la Couronne a à tout moment gardé la propriété des mines dans son patrimoine royal, bien que la législation ait permis leur adjudication sous la forme

¹⁶¹ De Ávila Martel A., "La propiedad minera en el Derecho Indiano: sus bases, constitución y peculiaridades", *op. cit.*, p. 85-134, p. 95 : « Cependant, le cinquième (la cinquième partie) a gardé son nom, en dépit des variations qu'il a eues avec le temps. En 1777, il a été fixé à 1%, ensuite à 1,5 % pour l'argent et 3 % pour l'or. »

¹⁶² Sarria E., *Derecho de Minas: régimen jurídico del subsuelo*, *op. cit.*, p. 27.

d'une sorte de « propriété » et leur possession qui entraînait une sorte de « protection » par la Couronne.

224. Autrement dit, dans un système de monarchie absolue où le souverain réunit tous les pouvoirs et fonctions, ce modèle de gestion des ressources a permis à la Couronne de garder le *domaine éminent* sur les produits du sous-sol, bien qu'elle accorde aux individus un *domaine utile*, matérialisé dans l'octroi d'une autorisation pour l'exercice d'un droit limité, qui donne aux individus une sorte de propriété *sui generis* sur les ressources minières.

225. Or, il était nécessaire de limiter l'exercice de ce droit aux ressources effectivement extraites (dans le cas contraire, nous serions dans le domaine des droits incertains appliqués à des choses incertaines), et dans ce modèle de gestion, la propriété des ressources non retirées restait propriété de la Couronne en raison du domaine éminent qu'elle possédait.

226. Cette interprétation de la propriété publique a créé dans la pratique une rupture avec le principe dérivé des lois minières espagnoles qui prévalaient au moment de la Couronne, selon lesquelles le monarque était propriétaire de la mine et de ses produits. En effet, une fois séparée de la terre, la propriété des ressources extraites serait reconnue et accordée seulement à son découvreur.

227. De cette façon, la manière dont la propriété sur les ressources minérales était perçue selon les lois espagnoles d'exploitation minière, et qui d'une certaine manière a été adoptée par les législations actuelles, y compris la loi minière colombienne, limite la propriété minière à une faculté, autorisation ou droit qui est octroyé au concessionnaire pour exploiter les produits susceptibles d'extraction.

228. C'est ainsi qu'est conçu le contrat de concession minière en vigueur en Colombie, qui dans l'une de ses clauses dit expressément que « *les minéraux in situ sont propriété de l'État colombien, et qu'une fois extraits ils appartiennent au concessionnaire* », de sorte que selon cette logique, sont attribuées aux concessionnaires d'autres obligations contractuelles visant à utiliser des méthodes et des procédures techniques d'extraction plus

cohérentes afin de ne pas endommager ou de ne pas rendre impossible l'extraction de réserves *in situ*.

229. Mais des conflits entre le concessionnaire et le propriétaire de la surface sont apparus, pour lesquels les différentes ordonnances ont donné des solutions différentes. *Les Ordonnances de la Nouvelle-Espagne* de 1783 dictées par le Souverain pour le Mexique et qui ont été étendues à tous les vices-royaumes américains disposaient d'un paiement par les dommages occasionnés par l'activité minière, fixé par des experts, source d'un droit timide d'indemnisation économique.

230. En conclusion, la *Nouvelle Compilation* achevée en 1804 et la *Compilation des Indes* étaient les lois de mines appliquées pendant l'époque coloniale et même au cours de la première étape de l'ère républicaine, qui a commencé après que l'État s'est organisé de manière souveraine et indépendante par rapport à l'Espagne. Ensuite, tout le droit substantiel appliqué pendant l'époque de la République sera fourni par la *Nouvelle Compilation*, qui a réservé à la Couronne des mines d'argent, d'or et de plomb et tout métal situé dans leurs domaines, alors que le second texte prévoit toutes les questions de nature procédurale.

231. L'historiographie législative revue ci-dessus est complétée par d'une part, le constat de la faiblesse des autorités gouvernementales par rapport aux questions minières et d'autre part, une juridiction diffuse. Depuis le début de l'époque coloniale, la juridiction des mines a été exercée par les « maires des mines » dont les fonctions étaient souvent assumées par ceux qui représentaient également le pouvoir politique, c'est-à-dire, les maires et les gouverneurs¹⁶³.

232. Dans les *Ordonnances de la Nouvelle-Espagne*, une institution plus formelle est établie avec de larges pouvoirs pour intervenir administrativement dans l'exécution des activités minières, appelée *le Real Tribunal*, un organe minier important de la Nouvelle-Espagne, qui agira comme la plus haute autorité administrative, politique et économique (Titre III, article 1).

¹⁶³ González Domínguez M. del R., *Ordenanzas de la Minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 32.

233. Toutefois, les efforts visant à établir un ordre normatif et institutionnel échappent aux réalités de certains territoires colombiens. Certains auteurs¹⁶⁴ racontent comment les difficultés géographiques ont rendu difficiles l'accès des représentants du pouvoir et l'autorité de la Couronne à certains domaines tels que Barbacoas (une municipalité de l'actuel département de Nariño) situé au sud de la Côte Pacifique. Cette situation a favorisé un remplacement partiel de l'autorité du Roi de fait, par l'autorité d'individus porteurs d'un faux pouvoir, recourant à la force et aux menaces, jusqu'à réussir à soumettre des populations entières pour leurs intérêts particuliers.

234. À la fin du XVIIIe siècle, les coûts élevés de la bureaucratie coloniale, le manque de contrôles qui a permis la circulation intense de minéraux échappant au paiement des redevances au Trésor royal et la découverte limitée de nouvelles mines ainsi que la baisse de l'activité des mines en production, justifient que l'époque du vice-royaume de la Nouvelle Grenade soit considérée comme une véritable période de déclin ou de récession de l'exploitation minière. À cette même époque, la Loi indienne entre en crise et meurt formellement à cause des révolutions et de l'Indépendance obtenue par plusieurs colonies espagnoles, et également à cause des nouvelles tendances juridiques résultant du libéralisme.

235. Plus tard, une fois les actes de l'indépendance du pouvoir espagnol établis et le temps de la République commencé, la propriété de toutes les mines, qu'elles soient d'or, d'argent, de plomb, de pierres et de tout autre métal, est passée à la République, en raison de son statut de successeur de la Couronne espagnole. Aussi, la République est devenue propriétaire de certaines mines qui appartenaient à la Couronne en tant que bien fiscal, comme les mines des municipalités de Marmato et Supía et des réserves d'émeraudes¹⁶⁵.

§2. Le système des fonctions régaliennes de l'État

236. Le système régalien a eu un rôle important dans la façon dont la gestion de ces ressources était faite dans la plupart des États modernes. Comme on le voit, le principe

¹⁶⁴ Garrido M., "Ordenanzas, dominios y jurisdicción en las Minas de la Nueva Granada durante el siglo XVIII", *op. cit.*, p. 85-134.

¹⁶⁵ Marmato et Supía sont des municipalités du département de Caldas, lesquelles généraient la plus grande quantité d'or de façon stable pendant la période de la Nouvelle Grenade.

juridique pour justifier l'origine des mines appartenant à la Couronne était le même à l'époque de la Conquête et pendant la colonisation espagnole, bien que ses origines remontent au droit romain, adopté par l'État espagnol après la découverte par ses colonies. À savoir que l'État disposait d'un privilège, à vie et de manière illimitée sur toutes les mines, permettant par des contraintes techniques et économiques à d'autres d'assumer directement leur exploitation, assurant leur bon usage et utilisation rationnelle, tel qu'établi dès les Ordonnances de la Nouvelle-Espagne en 1783, peut-être comme un legs de l'époque de l'Illustration.

237. Des précisions importantes sont présentées dans le chapitre V, article 1, lorsqu'il consacre que les mines sont propriété royale de la Couronne à la fois par leur nature et leur origine, et à l'article 2 il établit que, sans être séparées de la propriété royale de la Couronne, les mines peuvent être octroyées aux vassaux en propriété et possession afin qu'ils puissent en disposer à titre quelconque (vente, bail, etc.) en faveur d'une personne pouvant l'acquérir. Cette sorte de liberté de disposition qui n'affecte pas le domaine originaire, primaire ou radical de l'Autorité royale, mais renforce la qualité régaliennne des mines.¹⁶⁶

238. Par définition, le système royaliste fait référence à l'État souverain, comme un sujet actif titulaire de tous les droits. À l'origine, le réalisme signifiait l'ensemble des pouvoirs inaliénables, la prééminence et les prérogatives du souverain. C'était le pouvoir royal, dans l'exercice de la souveraineté en vertu de laquelle le souverain pourrait imposer des taxes et protéger la propriété et la richesse par le biais de mécanismes efficaces. Selon cette définition, parmi les pouvoirs de l'État souverain, se trouvent i) le pouvoir de réglementer la destination de la propriété souterraine ou accorder à des tiers l'autorisation de l'exploiter, ii) la possibilité de surveiller que leur exploitation soit conforme à l'ordre public, assurant la protection du sol et la sécurité des mineurs, et iii) recueillir certaines taxes sur les produits obtenus par l'exploiteur.¹⁶⁷

239. Au cours d'une session préparatoire au Congrès de la République en 1918¹⁶⁸, au cours de laquelle a été discuté à qui correspondait la propriété du sous-sol et le système

¹⁶⁶ Vergara Blanco A., *Principios y sistema de derecho minero: Estudio Historico-Dogmático*, op. cit., p. 58.

¹⁶⁷ Molina J. C., "El dominio minero en Colombia: la propiedad minera del Estado", op. cit., p. 107-120.

¹⁶⁸ Escobar F. S., *El petróleo y la propiedad minera en Colombia*, op. cit., p. 2.

de mines qui devait correspondre à la République de Colombie, en tant qu'expression de la volonté souveraine, différents systèmes prévus dans les lois minières à l'époque dans le monde ont été décrits.

240. Lors de telles discussions, le système d'accession, de *res nullius* et le système du patrimoine ont été présentés. Ce dernier a été défini comme le système « *dans lequel l'État possède des mines en qualité que biens patrimoniaux, et se trouve dans la liberté de discuter les conditions de leur concession* ». Les sénateurs ont assuré dans leur discours qu'il s'agissait du système devant être réaffirmé et consacré en Colombie pour trois raisons principales : i) dès le début de la République jusqu'à ce moment-là, sauf pour la période entre 1858 et 1886 (époque de l'État fédéral), la propriété de toutes les mines a été réservée à la Nation, c'est-à-dire que le sous-sol avait presque toujours appartenu au souverain, ii) c'était le système le plus approprié pour prévenir les dangers économiques représentés par l'industrie, iii) le système du patrimoine, dûment réglementé ne s'opposait pas à l'admission de capitaux étrangers nécessaires au développement de l'industrie.¹⁶⁹ Il s'agit donc de la preuve que dans l'histoire normative et des institutions colombiennes, le système régalien a prévalu, selon lequel la Nation était titulaire du droit de domaine et de la propriété du sous-sol de manière éminente.

241. Dans cette logique, l'État, titulaire indiscutable du domaine éminent, agit en tant que souverain sur la propriété minière, et décide par voie de règlement de leur destination, des limites imposées, des privilèges accordés par les mesures de conservation, de la sécurité à observer et de la forme de participation de l'État. La résurgence du rôle interventionniste de l'État a favorisé le maintien jusqu'à nos jours du système régalien dans les économies minières, ce que va confirmer l'exercice des fonctions constitutionnelles, y compris le contrôle et l'intervention de l'État attribuée à diverses activités, comme l'exploitation minière.

242. Dans une autre perspective, la relation juridique que l'État établit avec des biens tels que les mines peut être expliquée à partir d'une catégorie administrative dogmatique créée par la doctrine moderne, héritage de la Révolution française, appelée domaine public général, ou domaine public minier, en particulier. Ce concept justifie les pouvoirs

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 2-3.

administratifs pouvant être exercés sur de tels biens, sans qu'il existe de consensus autour d'une définition unique dans la doctrine.¹⁷⁰

243. Comme on l'a vu dans les sections précédentes, il a été possible d'identifier comment dès les époques très anciennes se sont mises en place des relations de pouvoir concernant les biens, disons publics, même en l'absence de l'État comme institution juridique. Cependant, les éléments qui ont contribué à expliquer à l'époque ces relations concernant le *res publica* ou l'*ager publicus* du Droit romain ou l'*ixera régala* médiéval, ne correspondent pas au contexte actuel, où ces relations de pouvoir trouvent des explications différentes à partir de la compréhension des fonctions et l'efficacité de la gestion de l'État.

244. Parmi les difficultés empêchant d'arriver à une définition consensuelle du domaine public en général, on peut noter qu'elle prétend être construite à partir du concept peu flexible de propriété apportée par le Code civil et qui ne répond donc pas aux exigences et besoins de la société actuelle. D'où la nécessité de repenser le contenu et les limites de la définition de la propriété publique.

245. La notion de domaine public minier différera du pouvoir régalien de l'État. Il ne s'agit plus de l'exercice d'un pouvoir souverain absolu ou restreint sur la propriété, mais d'un contexte de développement et de contrôle des ressources. Le domaine public minier va faire référence à l'exercice des attributs que le Code civil assigne au domaine, tel que le *ius utendi, fruendi o abutendi*.¹⁷¹

Conclusion Section I

246. L'origine de la propriété de l'État par rapport aux ressources du sous-sol remonte à l'époque de la Colonie, sous la domination de la Couronne espagnole, justement arrivée sur place attirée par les richesses minérales qu'offrait le nouveau continent. La Couronne espagnole fit face à des difficultés pour transposer son système juridique exact, puisque son territoire d'origine ne possédait pas de tradition minière. Les Espagnols durent donc

¹⁷⁰ Vergara Blanco A., *Teoría Del Dominio Público Y Afectación Minera*, *op. cit.*.

¹⁷¹ Molina J. C., "El dominio minero en Colombia: la propiedad minera del Estado", *op. cit.*, p 112.

adapter une législation particulière afin de réguler l'exploitation des ressources du sous-sol. Le recueil de lois des Indes a constitué la solution. Publié en 1680 et en vigueur jusqu'au début de la lutte pour l'indépendance 1810, il attribue à la Couronne la propriété de toutes les mines. Cette législation établit pour la première fois une classification des mines afin de souligner que certains minéraux comme l'or et le sel présentaient davantage d'intérêt que d'autres. De fait, ces mines étaient attribuées au Roi et les carrières et dépôts de sable étaient classés comme étant d'usage public.

247. En raison de leur importance économique, l'exploitation des ressources du sous-sol a été jugée nécessaire dès le début de la Colonie, ainsi que l'obtention d'une autorisation de la Couronne si un tiers souhaitait accéder à l'exploitation de ces ressources. Dans de tels cas, la Couronne conservait son domaine éminent (une espèce de propriété originale), et le tiers en condition d'usufruitier conservait le domaine utile de la mine, à condition de reconnaître à la Couronne une redevance. Cette séparation des droits du sous-sol et du sol a constitué la base du système de concession minière en Colombie à partir de l'époque de l'Indépendance. Les difficultés géographiques du territoire rendaient très difficile l'application correcte de l'ordre normatif et institutionnel mis en œuvre par les autorités représentant la Couronne.

Section II. La propriété minière dès l'époque de l'Indépendance et sa constitutionnalisation

248. Une fois le processus d'indépendance de la Couronne espagnole achevé, l'installation de nouvelles institutions et normes n'a pas été aisée. Les normes espagnoles en matière d'administration des ressources minières ont donc dû être appliquées pendant encore un certain temps. Depuis les premières Constitutions comme État républicain, celui-ci a revendiqué la propriété sur les ressources minières, bien que la configuration d'État fédéral adoptée ensuite pour une courte période a permis un modèle privé d'administration des ressources basé sur l'application du principe d'accession propre au droit civil. Nonobstant, étant donné l'importance stratégique de ces ressources, les réformes constitutionnelles de 1886 et 1991 encouragent des processus agressifs de nationalisation des ressources du sol et l'État tente de reconstituer son patrimoine réduit (§1) et plus tard, la propriété exercée par l'État sur les ressources du sous-sol sera soumise au développement de différents modèles socio-économiques (§2).

§1. Genèse de la constitutionnalisation de la propriété publique en Colombie

249. Après l'Indépendance déclarée le 20 juillet 1810, commence l'ère républicaine qui se conclut avec la Constitution de 1886, période au cours de laquelle le territoire colombien et ses principales institutions sont définis. Au cours de la première période (au moins jusqu'à 1858), une grande partie des lois de la Couronne espagnole selon lesquelles les mines appartenaient à la Couronne ou au souverain et non pas au propriétaire de la terre sont restées en place. C'est-à-dire que tout au long de cette période, le principe de la division du sol et du sous-sol était en vigueur à quelques exceptions près¹⁷².

250. La législation coloniale a subsisté dans ses aspects les plus fondamentaux, bien qu'il y aura des tentatives législatives indépendantes visant à réglementer le secteur minier. Cependant, elles seront ambiguës, en particulier lors des tentatives d'organiser un État sous la forme fédérale. Néanmoins, le transfert progressif de la propriété du sous-sol et des mines à la Nation colombienne comme une partie du territoire faisant partie de la Couronne royale espagnole a été évident.

251. Pendant l'ère républicaine, l'État colombien a eu huit Constitutions politiques qui ont répondu à des modèles politiques différents, soit d'un État centraliste soit fédéral, selon le moment historique : 1821, 1830, 1832, 1843, 1853 (Constitution fédérale), 1858 (Constitution fédérale), 1863 (États-Unis de Colombie) et 1886, mais la plupart d'entre eux ne faisaient aucune référence à la propriété de l'État sur les mines ou le sous-sol, sauf la dernière. Au début de la vie républicaine, il existe un vide législatif à ce sujet, ce qui montre qu'il y a d'abord eu un intérêt pour réglementer l'exercice des activités minières et la propriété et l'exploitation des mines, en raison du paiement des impôts et redevances à l'État exigé par ces activités. D'intenses discussions ont ensuite lieu pour définir les conditions de fait et de droit afin d'établir qui, pouvait être propriétaire du sous-sol, comment et quand, ce qui a été établi clairement dans la Constitution de 1886 et plus tard dans celle de 1991. Puis, tout au long du XIXe siècle jusqu'à la Constitution de 1886, les références à la propriété du sous-sol par la Nation ou à défaut par les États fédérés ne sont ni constantes ni claires.

¹⁷² Voir Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 28 janvier 1971, Sentence n° CE-SEC3-1971-01-28, C. R. Alfonso Castilla Saiz Bogota.

252. Il est possible ainsi d'identifier deux périodes historiques bien définies : la première allant de 1829 à 1858 (époque de la Confédération grenadine), lorsque la République est l'héritière de la monarchie espagnole, et en conséquence récupère le domaine et la propriété du sous-sol : toutes les mines ont donc été déclarées propriété exclusive de l'État. La seconde, allant de 1858 à 1886, époque de l'État fédéral, ce qui donne lieu à une double législation minière. L'une vient de la Nation, qui s'est réservé les mines d'émeraudes, du sel gemme et de certains métaux précieux exploités depuis l'époque coloniale et l'autre, une législation adoptée par les États fédéraux qui se sont réservés pour la plupart les mines d'or, d'argent et de platine. Les mines d'autres minéraux non réservées ont été données aux propriétaires de la surface où les mines se trouvaient. Cette sorte de répartition de compétences a créé trois types de propriétaires : la Nation, les États fédérés et les particuliers, jusqu'en 1886, date à laquelle l'État redevient centralisé et la Nation récupère le contrôle de l'ensemble du sous-sol colombien.

253. Dans la nouvelle forme d'organisation politique, le premier gouvernement est présidentiel et centralisé, divisé par départements avec une administration soumise au gouvernement national. La *Déclaration de Pore* du 18 décembre 1818 (Constitution de l'État du Casanare) et la *Constitution du Vénézuéla* du 15 août 1819 (Constitution d'Angostura), la *Loi fondamentale de l'Union des peuples de la Colombie* du 18 juillet 1821 qui a créé la République de Colombie et a ratifié la Loi fondamentale de 1819 sont promues.

254. En 1830, la Constitution de la République de Colombie de 1830 est publiée à Bogota¹⁷³ avec les mêmes connotations sur les pouvoirs du Congrès en ce qui concerne l'administration, la maintenance et l'aliénation de la propriété prévue dans la Constitution de 1821 (Art. 36), déclarations qui de fait, ne comprennent aucune provision sur la propriété spécifique par l'État du sous-sol ou des mines¹⁷⁴. En 1832, sous la présidence de Francisco de Paula Santander, le pays a été rebaptisé État de la Nouvelle-Grenade.

¹⁷³ Restrepo Piedrahita C., *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1995.

¹⁷⁴ La Colombie a connu une période de dictature à partir de 1821, dirigée par le général Simon Bolivar, avec néanmoins beaucoup moins d'intensité que dans d'autres pays d'Amérique latine au cours de la période postindépendance. Il avait alors déclaré que la Constitution de la République de 1821 n'avait plus force de loi et qu'elle serait remplacée par la Constitution de 1830.

255. Cependant, il convient de noter que, par rapport aux affaires minières, le Droit espagnol s'est maintenu jusqu'en 1823, date à laquelle est émise la première loi colombienne sur les mines sanctionnées par le général Francisco de Paula Santander, bien que peu développé. En effet, cette loi établit simplement les conditions entourant la location de toutes les mines appartenant à la République, à l'exception du platine, et à condition de viser le plus de profit possible pour la société.¹⁷⁵ Il s'agit donc d'un antécédent de la déclaration d'intérêt public qui existe traditionnellement pour cette activité.

256. Le libérateur Simon Bolivar a publié le Décret du 24 octobre 1829 (*Règlement sur les Mines*), qui a le défaut de faire à nouveau référence de façon contraignante à la législation espagnole, mais qui constitue la première déclaration claire attribuant la propriété publique du sous-sol à la République, quand il dit « *En vertu des lois, les mines de toute nature appartiennent à la République, dont le gouvernement leur accorde la propriété et la possession aux citoyens qui en font la demande, dans les conditions prévues par la loi et les ordonnances de mines, ainsi que les autres conditions contenues dans ce décret* », de sorte que la nationalisation du sous-sol de l'exploitation minière a été confirmée.

257. Jusqu'à cette date, une fois la première déclaration de la propriété de la République sur toutes les mines faite et conformément aux lois et aux ordonnances sur les mines, qui n'étaient autres que les lois espagnoles, le pouvoir exécutif pouvait les attribuer aux personnes, tout en exigeant la réalisation de deux conditions : i) le paiement continu et permanent des redevances au Trésor royal (aspect économique), et ii) le travail réel dans les mines (conformément à la notion de fonction sociale de la propriété). La même Déclaration prévoyait qu'en attendant l'adoption d'une loi spécifique aux mines pour la Colombie, les *Ordonnances des Mines de la Nouvelle-Espagne* en vigueur au Mexique publié en 1783 devaient être provisoirement appliquées, parce qu'elles constituaient la loi minière la plus importante pour la Couronne espagnole.

¹⁷⁵ Sarria E., *Derecho de Minas: régimen jurídico del subsuelo*, op. cit., p. 108.

258. L'unification de la domination de la République sur toutes les mines trouvées sur le territoire national a créé, jusqu'en 1858, un État de droit parfait et une situation juridique consolidée et irréversible qui ne pouvait pas être ignorée par la législation ultérieure. Cette situation est restée en vigueur sans équivoque jusqu'en 1958, lors de la première tentative d'organisation politique sous la forme fédérale connue sous le nom de Confédération grenadine et composée des États souverains d'Antioquia, Bolivar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panama et Santander, dans laquelle se trouvait une liste de biens et charges de l'État. Néanmoins plus tôt en 1853, une tentative d'État fédéral et de Constitution correspondante a été menée, Constitution dans laquelle la propriété était définie à partir de la notion de fonction ou de compétence, selon qu'elle correspondait à la Nation ou aux États souverains, et la libre disposition de ces actifs était détaillée.

259. De cette façon, en 1858 le statut juridique du sous-sol minier a subi des modifications. Les mines de toutes sortes qui jusque-là avaient appartenu à la Nation, ont été transmises par la volonté d'un acte du constituant aux États souverains, sauf les mines de sel gemme et autres sources de sel ainsi que les émeraudes, réservées à la Nation et qui sont demeurées une partie de leur patrimoine, sorte de réserve fédérale qui sera ensuite élargie, par exemple par la Loi 13 de 1868. Ainsi, l'article 6 de la Constitution de 1858 « *sur les produits et les charges de la Confédération* », disait dans son paragraphe 4, que : « (...) *Les mines d'émeraudes et de sel gemme, placées ou non dans des territoires en friche* », y compris les terrains de propriété privée, constituent des biens de la Confédération.

260. En vertu d'une sorte de clause résiduelle se trouvant dans le texte de la Constitution de 1858, l'article 8 dispose « *Tous les objets qui ne sont pas attribués par la présente Constitution aux pouvoirs de la confédération relèvent de la compétence des États* ». C'est à partir de cela que les États fédérés ont pu légiférer en totale liberté et que les mines d'or, argent ou platine ont été réservées¹⁷⁶, permettant que par le biais de l'accession, les propriétaires du sol puissent devenir propriétaires d'autres minéraux réservés à la Confédération ou l'État fédéré.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Escobar F. S., *El petróleo y la propiedad minera en Colombia*, op. cit., p. 6.

¹⁷⁷ Voir Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 28 janvier 1971, Sentence n° CE-SEC3-1971-01-28, C. R. Alfonso Castilla Saiz Bogota.

261. En bref, la Nation a libéré toutes les mines, à l'exception des émeraudes et du sel gemme, de sorte que les États fédérés étaient pleinement libres de légiférer sur les mines qui leur étaient attribuées, reconnaissant de fait qu'il était possible de configurer un droit à la propriété privée sur certaines mines. De la formulation ci-dessus dérive clairement la coexistence de trois types de propriétés (nationale, fédérale et privée) sur les ressources minières propres de l'époque de l'État fédéral.

262. Par conséquent, ce fut pendant la courte durée de l'État fédéral en Colombie que la propriété minière a été administrée à trois niveaux différents, laissant donc de côté le système d'accession aux mines qui sera plus tard totalement rejeté. Comme on le verra, une fois que l'État reprend une forme d'organisation centraliste et que la propriété minière est nationalisée, le système de l'accession disparaît et la *concession administrative* devient le titre valide pour avoir l'autorisation de l'État de profiter des ressources offertes par le sous-sol.

263. Le Pacte de l'Union du 20 septembre 1861 établit les « *États-Unis de la Colombie* » composée des États souverains et indépendants de Bolivar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Santander et Tolima. La Confédération grenadine disparaît donc, sans qu'aucune référence explicite ne soit faite à la destination de la propriété ou des mines.

264. Le 8 mai 1863, la nouvelle Constitution des « *États-Unis de Colombie* » est publiée, définissant également un État de nature fédérale. Cette Constitution a d'abord maintenu la situation juridique des mines telle qu'elle était prévue dans la Constitution de 1858 et de laquelle dérivait une importante législation minière, par exemple la Loi 13 de 1868 qui disposait que la République conservait la propriété des gisements de charbon situés dans certaines zones de l'État fédéral du Magdalena.

265. La loi 37 de 1870 a dérogé la réserve spéciale que la Nation avait sur les émeraudes et a délégué aux États fédérés le pouvoir de légiférer à ce sujet. La Loi 29 de 1873 a étendu la réserve sur toutes les mines en général, ainsi que le guano et d'autres engrais similaires

situés dans des terrains en friche¹⁷⁸. Enfin, la Loi 106 de 1873 est le premier Code fiscal qui permet l'attribution des mines de métaux précieux par le pouvoir exécutif.

266. Ainsi, au cours du processus de consolidation de l'État colombien et en raison de l'oscillation qui s'est produite entre l'adoption d'un modèle centraliste ou fédéral, une législation confuse et dispersée s'instaure. Elle définit d'une part la façon dont le gouvernement national s'est réservé l'exploitation d'un type spécifique de réserves, tel que les mines de métaux précieux comme l'or, l'argent, les émeraudes et le sel gemme, comme annoncée dans l'article 6 de la Constitution de 1858 et l'article 30 de la Constitution de 1863¹⁷⁹. Et d'autre part, dans un contexte de réglementation intense de l'activité de l'État, la législation laisse aux provinces ou aux États souverains les attributions leur permettant d'adopter leurs propres codes de Mines, favorisant ainsi certains intérêts privés.

267. La dualité dans la législation a rendu le système régalien, renforcé dans la Déclaration faite par le Libérateur Simon Bolivar en 1824 et clairement défini à la fin de l'époque coloniale, extrêmement faible. Cela a créé une mauvaise situation favorable à certaines personnes qui ont réussi à acquérir, conserver et à exploiter des mines à perpétuité invoquant leur possession à titre de propriété privée. La règle ci-dessus a plus tard permis à des particuliers de se considérer propriétaires privés du sol et du sous-sol pour explorer et exploiter des mines, en revendiquant l'existence d'une espèce de titre spécial d'exploitation minière. C'est cette idée qui a justifié l'existence de titres miniers de propriété privée (RPP) qui seront définis plus tard dans la Loi 20 de 1969, la Loi 1275 de 1979, le Décret 2655 de 1988 et la Loi 97 de 1993.

268. Après examen des codes miniers proférés par les États fédérés, il se trouve que tous reconnaissent des principes, des droits, ses obligations et procédures différentes, utilisent des mots différents avec un contenu différent, ce qui rend confuse la compréhension de l'administration des ressources minérales. Cependant, c'est le Code minier de l'État souverain d'Antioquia, l'un des Codes des mines les plus influents à

¹⁷⁸ Le guano est un engrais provenant de la décomposition des déjections d'oiseaux de mer accumulée sur certaines côtes et îles d'Amérique du Sud.

¹⁷⁹ Durant l'État fédéral, le Code minier de l'État souverain d'Antioquia (1867), qui est devenu loi nationale avec la Loi 38 de 1887, a déclaré la propriété publique des émeraudes, du sel de roche et des pierres précieuses ; les autres ressources minérales ont continué de relever de la propriété privée.

l'époque républicaine, qui a inspiré les autres États fédérés. Ceci parce que, au milieu du XIXe siècle, l'État souverain d'Antioquia était un territoire avec une forte présence de l'industrie minière, principalement par l'extraction d'or, et il a également été le premier des États souverains à industrialiser l'exploitation minière à travers le développement de stocks de mines et d'une cartographie détaillée qui lui a permis d'obtenir des capitaux étrangers venus d'Allemagne, de France, de Belgique et d'Angleterre. Ces bailleurs ont principalement mis à disposition des techniques d'exploitation modernes et efficaces qui ont stimulé les processus les plus importants du développement de l'exploitation minière.¹⁸⁰

269. Ainsi, au cours de la période républicaine (1810-1886) deux réalités permettent d'expliquer l'état de la propriété de mines. Premièrement, certaines mines réservées sont exploitées de manière exclusive par l'État, sur lesquelles toute possibilité de constituer un droit de propriété privée est exclue, ce qui permet à titre exceptionnel l'usufruit à certaines personnes ayant obtenu au préalable l'autorisation octroyée par le biais d'une concession.

270. Deuxièmement, certaines mines deviennent privées, soit parce que les autorités ont accordé leur propriété à des personnes différentes des propriétaires de la surface ou parce qu'étant propriétaires du sol, ils ont acquis les produits du sous-sol par voie du système d'accession, ce dernier principe n'ayant pas été valide très longtemps¹⁸¹ (seulement de 1863 jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la Loi 38 de 1887), soit par l'occupation, selon laquelle le premier occupant pouvait acquérir le produit du sous-sol ou *res nullius*¹⁸².

¹⁸⁰ Díaz Ángel S., "Cartografías de El Dorado, Releyendo fragmentos de la historia minera de Colombia a través de algunos mapas (siglo XVI a XX)", *op. cit.*, p. 31-84.

¹⁸¹ Sarria E., *Derecho de Minas: régimen jurídico del subsuelo*, Bogota, Editorial Temis, 1960, p. 79-80 : « Ce n'est pas parce que l'intégralité de la surface d'un terrain appartient à un propriétaire que la richesse minérale du sous-sol peut ou doit également lui appartenir. Cette conclusion équivaudrait à reconnaître un droit exagéré au propriétaire artificiel, ce qui entre en conflit avec de sains principes économiques et d'utilité publique (...) heureusement pour l'avenir de l'humanité, ce système périlite. Les États le rejettent parce qu'ils le considèrent comme incompatible avec l'organisation moderne de ces sociétés et leur finalité principale, qui n'est autre que la création de la richesse collective, la richesse du peuple qui tire l'homme de son esclavage économique et contribue à forger la véritable démocratie. »

¹⁸² Valencia Zea A., Ortiz Monsalve A., *Derecho Civil: Derechos Reales*, Tome II, 2e édition, Bogota, Editorial Temis, 2007, p. 197 : « Le principe de l'occupation, consistant à considérer les produits du sous-sol comme *res nullius* avec la possibilité pour le premier occupant ou inventeur d'en devenir le propriétaire, n'a pas non plus été appliqué. »

271. En conclusion, l'existence d'un double système de propriété du sous-sol peut être identifiée comme un principe général qui a eu cours pendant toute cette période. Il s'agit d'un système mixte à partir duquel une mine qui a été trouvée dans un terrain en friche ou sur une propriété nationale appartenait à la Nation, tandis que si elle se trouvait sur une propriété privée, elle conservait cette qualité.

272. En ce sens, ont été propriété de la Nation : les mines de sel gemme situées ou non sur les terres en friches, les mines de charbon situées sur les terres en friches et les mines du patrimoine privé de la Nation. D'autre part, ont appartenu aux États souverains : les mines reçues en application de la Constitution de 1858 et 1863, et aux individus les mines que l'État fédéral leur avait attribuées, ou les mines reconnues par les États fédérés par le principe de l'accession aux propriétaires de la terre, principe également reproduit de manière limitée et temporaire dans le Code fiscal de 1873.

273. Ainsi, l'Histoire montre qu'à l'époque de l'État fédéral, il y a eu un intérêt particulier de l'État pour la gestion et l'utilisation des ressources de valeur plus élevée tel que les pierres précieuses, le sel, les émeraudes, l'or et les gisements de charbon qui n'ont jamais pu être propriété des individus. En revanche, les minéraux qui ne relevaient pas d'une réserve dans la législation, soit qu'ils appartiennent à la Confédération ou à l'un des États fédérés, pouvaient appartenir au propriétaire du sol concerné, mais seulement à partir du moment où est entrée en vigueur la disposition établissant ce système juridique, pour éviter la réclamation de situations qui se sont produites dans le passé.

274. Mais le système diffus de propriété ayant fonctionné jusqu'à présent se centralisera à nouveau avec la promulgation de la Constitution de 1886, qui déclarera que toutes les mines et tous les gisements entre les mains de tiers relèveront du patrimoine de la République **(A)**. Cette idée s'est maintenue grâce à d'autres processus de nationalisation et a été renforcée par la Constitution de 1991. Cette Charte constitutionnalise également la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables, droit qu'il exercera dans le cadre d'un nouveau modèle d'État : l'État démocratique et de droit. **(B)**.

A. La propriété de l'État sur les ressources minières dans la Constitution de 1886

275. Ce sera seulement avec la Constitution de la République de Colombie de 1886 que le système ou le régime existant jusque-là changera de façon drastique, car l'on revient à la forme constitutionnelle de République unitaire dans un contexte socio-économique différent. À ce sujet, il convient de noter que peu importe le type de mine appartenant au propriétaire de la terre pendant la Confédération, toutes sont revenues dans le patrimoine de la République par mandat de l'article 202 de la Constitution, en harmonie avec l'article 5 de la Loi 38 de 1887, et l'on est retourné au système juridique antérieur au 22 mai 1858 en éliminant ainsi les lois consacrées pendant la période de la Confédération.

276. En 1886, la forme de l'État centraliste est reprise, avec une plus grande prise de conscience de l'importance économique que représentent les ressources naturelles non renouvelables. L'article 202 de la Constitution déclare la propriété publique générique et sans ambiguïté du sous-sol donnant lieu à une nouvelle sorte de nationalisation des mines découvertes jusque-là, et maintenant dans tous les cas les droits miniers acquis auparavant par les particuliers selon les lois. La Constitution de 1886 déclare donc qu'« appartiennent à la République de Colombie (...) *les terres publiques, les mines et les mines de sel appartenant aux États dont la Nation récupère la propriété, sans préjudice des droits constitués par des tiers par ces déclarations, ou en faveur de ceux-ci par la Nation à titre de compensation. Mines d'or, argent, platine et pierres précieuses qui existent sur le territoire national, sans préjudice des droits acquis par les découvreurs et exploitants sur certaines d'entre elles en vertu des lois précédentes* ».

277. Autrement dit, à partir de la Constitution de 1886, la République a récupéré la possession de toutes les propriétés minières qu'avaient les anciens États fédérés pour les transférer dans les conditions dictées plus tard, en respectant les droits miniers acquis par les particuliers selon les lois en vigueur à l'époque. La propriété publique du sous-sol fait à nouveau partie du patrimoine de l'État et acquiert ainsi une valeur constitutionnelle. C'est la source de la propriété originelle de l'État, une situation qui va être reproduite dans la Constitution de 1991 et d'où découlera une présomption légale de possession de la Nation sur les ressources naturelles non renouvelables.

278. Il est important de mentionner que depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1886, la possibilité qu'une mine puisse appartenir au propriétaire du sol a été complètement éliminée, parce que ce privilège a simplement été traduit en un droit préférentiel par le mandat de l'article 5 de la loi 38 de 1887 (qui a adopté pour la Nation le Code minier de l'Antioquia). Ce droit préférentiel reconnaissait que tout propriétaire d'une mine située sur son propre terrain avant le 7 septembre 1886, date de l'entrée en vigueur de la Constitution, avait un an pour signaler aux autorités l'existence d'une mine. Une fois le délai expiré sans avoir fait usage de son droit, toutes les mines trouvées sur ce terrain pouvaient être signalées par quiconque.

279. De la même façon, cinq ans après l'adjudication de l'État sans que des travaux aient commencé, la personne perdait le droit octroyé, même lorsqu'elle avait payé la redevance respective. L'entrepreneur ou le bénéficiaire ayant démarré ces travaux, mais les ayant suspendus depuis plus d'un an subissaient la même peine, sauf cas de force majeure¹⁸³. Ce qui met en évidence, comme dans le passé, l'intérêt de l'État pour assurer la véritable exploitation économique de la propriété minière.

280. Plusieurs aspects peuvent être tirés de la déclaration ci-dessus : i) La République regagne la propriété des mines appartenant aux États fédérés, et l'intérêt particulier de l'État pour les mines ou les ressources de valeur plus élevée comme l'or, l'argent, le platine et les pierres précieuses est à nouveau évident ; celles-ci feront l'objet d'attribution à des personnes dans des conditions d'exploitation spécifiques ; ii) les propriétaires de terrains sont libres d'exploiter des minéraux différents de ceux visés à l'article 202 ; iii) le droit des individus à détenir des mines privées est reconnu et respecté, droit du sous-sol acquis par effet des normes précédentes (en particulier du Code des Mines d'Antioquia de 1867) ; et iv) la propriété du sol et du sous-sol se sépare, pour définir une propriété réelle double.

281. Cette dissociation permet sur la même zone d'exercer simultanément deux droits de propriété, d'origine et de titulaire différent (l'un, du propriétaire du sous-sol et l'autre, du propriétaire de la terre), soumis chacun à un régime juridique différent (le premier, au droit public et le second, au droit privé). Cela va nécessairement être à l'origine de

¹⁸³ Voir Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 28 janvier 1971, Sentence n° CE-SEC3-1971-01-28, C. R. Alfonso Castilla Saiz Bogota.

multiples conflits, qui aujourd'hui sont plus évidents et plus critiques non seulement sur le plan juridique, mais également sur le plan économique, social et politique.

282. Étant donné que la Constitution de 1886 a fait l'objet de 65 réformes jusqu'en 1986, avant la réforme de la Constitution de 1991, il est possible de constater que depuis plus de 100 ans d'histoire, l'article 202 n'a pas été inclus ou modifié de quelque façon. Cet article a donc fixé les paramètres de ce qui sera le premier système d'administration des ressources minières en Colombie, qui a été développé de manière partielle et désordonnée par la Loi 30 de 1903, la Loi 110 de 1912 (Code fiscal), la Loi 75 de 1913, la Loi 20 de 1963 et le Décret 2265 de 1988.

283. Jusqu'à présent, les antécédents présentés et l'esprit de l'article 202 de la Constitution et la loi 38 de 1887, montrent clairement que les normes ne prévoyaient pas en règle générale, de droits permanents et irrévocables sur les mines pour les individus, mais uniquement les prérogatives conférées sous réserve du respect de certaines obligations telles que le paiement des taxes correspondantes, l'exploitation des gisements et l'accomplissement des certaines formalités. Le domaine irréversible et constant n'est pas accordé. Au contraire, le droit était circonstanciel et était soumis à des conditions résolutoires.

284. Avec la Loi 20 de 1969, article 1er (abrogé par le décret 2655 de 1988), l'on trouve une autre tentative du législateur pour nationaliser les ressources naturelles de la Nation, que jusqu'alors conforme aux traditions héritées du modèle administratif espagnol, qui permettait aux individus l'acquisition à titre de propriété privée, à condition de garantir son exploitation continue et donc la garantie du paiement de la redevance en faveur du pouvoir souverain.

285. En ce sens, cet article a déclaré que « Toutes les mines appartiennent à la Nation, sans préjudice des droits constitués à des tiers. Cette exception comprend seulement les situations juridiques subjectives et concrètes dûment perfectionnées et liées aux réserves découvertes à partir de la date d'effet de la présente loi ». Cependant, la norme elle-même a conditionné la protection des droits constitués en faveur des tiers. Les personnes devaient faire la preuve d'une série de conditions auprès de l'Autorité minière du temps.

286. Ainsi, de la même manière quand la loi 38 de 1887 est entrée en vigueur, les articles 3 et 5 de la loi 20 de 1969, ont contraint les personnes avec un droit sur une mine « acquis par adjudication, accession, vente aux enchères, prescription ou par toute autre cause similaire » à commencer les travaux d'exploitation économique dans les trois années suivantes la date de promulgation de la loi, sans suspension d'activités au-delà d'un an, au risque de perdre le droit en faveur de la Nation, avec deux exceptions explicites : la force majeure ou le cas fortuit. Autrement dit, cette circonstance a contribué à l'extension de la propriété de l'État sur les mines, en quelque sorte comme une nationalisation massive, justifiée par l'inactivité de leurs propriétaires qui s'exposaient à l'extinction de leur droit en cas de vérification de leur situation.

287. Par conséquent, si avant le 22 juin 1973, l'individu ne démontrait pas les circonstances décrites ci-dessus, son droit sur le gisement minier expirait *ipso iure*, à savoir, sans aucune déclaration des autorités administratives ou judiciaires. Au contraire, si l'Autorité minière reconnaissait les motifs de la non-exploitation ou d'une éventuelle suspension, cela justifiait une décision motivée, selon laquelle la propriété privée du sous-sol pouvait être reconnue. Cette procédure a donné lieu à l'époque à l'extinction du droit de plusieurs personnes qui par ignorance n'ont pas démarré la procédure auprès de l'Autorité minière ; leurs mines sont donc devenues automatiquement une partie du patrimoine de la Nation.

288. À cette époque-là, le premier régime juridique qui a défini les droits sur les ressources naturelles non renouvelables était étroitement associé à la propriété du sous-sol, ce qui signifie que la propriété d'une mine entraînait la propriété privée du sous-sol. Une relation qui est aujourd'hui tout à fait inacceptable, puisque le sous-sol appartient uniquement à l'État, tel qu'attribué à partir de la Constitution. En outre, les caractéristiques des développements jurisprudentiels de biens publics les ont qualifiés d'inaliénables, imprescriptibles et insaisissables, comme on le verra plus tard.

289. Cependant, dans ces cas, la même loi a donné à l'article 6 aux mêmes individus un « droit préférentiel » sur cette mine pour qu'elle soit attribuée par l'État à nouveau, mais cette fois dans des conditions différentes. En effet, l'État conservait ses propres prérogatives et accordait une propriété limitée à la personne, en l'autorisant uniquement à faire des travaux d'exploration ou d'exploitation de la mine sous la supervision et le

contrôle de l'État. Cela constituerait donc les origines du système actuel de concession minière administrative.

B. La propriété de l'État sur les ressources minières dans la Constitution de 1991

290. Or, tandis qu'en France l'existence et la protection de la propriété et du domaine public ne découlent pas directement de la Constitution, dans le cas colombien tant la notion de propriété publique que celle de ressources naturelles non renouvelables ont été élevées au rang constitutionnel à partir de la réforme de 1991. On peut également les retrouver dans d'autres pays de la région, comme l'a montré l'analyse de leurs Constitutions

291. Mais les changements se poursuivent, dans un contexte économique et politique différent, la Constitution de 1991 reflète un changement majeur dans le concept de l'État monopole et fournisseur exclusif de services pour devenir un État de la concurrence qui aura une influence directe sur le nouveau rôle de l'État face à la gestion des biens, de la richesse et en particulier de l'économie, ce qui est exprimé dans le titre de la Constitution consacré au régime économique et des finances publiques (articles 332-338).

292. Parmi les changements les plus pertinents, la nouvelle Constitution a incorporé un État social de droit, renforçant la fonction sociale de tout type de propriété, y compris, bien sûr, la propriété de l'État. En outre, elle a fait disparaître l'État régulateur pour renforcer un État intervenant, en décidant que la direction générale de l'économie serait en charge de l'État qui doit intervenir conformément à la loi, entre autres, par rapport à l'exploitation des ressources naturelles, l'utilisation du sol, la production, la distribution, l'utilisation et la consommation de biens et l'approvisionnement des services publics et privés. Elle a également introduit des changements majeurs dans la classification traditionnelle des biens publics, entre autres, comme les parcs naturels, le patrimoine archéologique de la Nation, le patrimoine culturel de la Nation, le sous-sol et le spectre électromagnétique¹⁸⁴. Enfin, l'imprescriptibilité des biens de l'État qui était déjà contenue

¹⁸⁴ Garavito González L., "El Origen del Patrimonio como Política Pública, y su relevancia para la interpretación de los vínculos entre cultura y naturaleza", *Revista Opera*, n° 6, avril 2006, p. 169-189.

dans le Code civil est passée à un rang constitutionnel, et les fonctionnalités inaliénable et insaisissable ont été ajoutées.

293. Dans la rédaction de la Constitution de 1991, le législateur a été beaucoup plus direct et a changé la logique qui prévalait même dans la Constitution de 1886, en affirmant de manière générale sa propriété absolue sur le sous-sol. Dans cette intention l'article 332 déclare : « *L'État est propriétaire des ressources naturelles du sous-sol et non renouvelables, sans préjudice des droits acquis et améliorés dans le cadre des lois en vigueur* » idée que reprend le législateur dans la rédaction de la Loi relative aux Mines de Colombie¹⁸⁵.

294. Par la suite, la Cour constitutionnelle a identifié les conséquences découlant du libellé de l'article 332 de cette manière : « (...) a) *L'État est propriétaire du sous-sol ; b. Il est le titulaire des redevances ; c. Les redevances provenant de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables sont une sorte de compensation financière qui fait partie du patrimoine de l'État ; d. L'État accorde la participation dans les mêmes conditions aux autorités locales, mais selon les termes et conditions déterminées par la loi ; et E.) les municipalités dans lesquelles sont menés à bien les travaux d'exploitation des ressources naturelles ainsi que les ports maritimes et fluviaux par où ces ressources non renouvelables ou des produits dérivés sont transportés ont un droit constitutionnel à la participation économique aux redevances et aux compensations.* »¹⁸⁶

295. Ainsi, l'article 332 contient une formule globale d'appartenance à l'État, qui comprend l'ensemble des autorités publiques remplissant des devoirs d'État, et donc le niveau central ou national et les autres entités territoriales comme les départements, municipalités et réserves autochtones également propriétaires.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Colombie, Loi 685 de 2001, article 5 : « *Propiedad de los Recursos Mineros. Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos. (...)* »

[Notre traduction :] « Propriété des ressources minières. Les minéraux de tout type et emplacement, gisant dans le sol ou le sous-sol, dans n'importe quel état physique naturel, appartiennent de façon exclusive à l'État, sans égard pour le fait que la propriété, possession ou détention des terrains correspondants relève d'autres entités publiques, de particuliers ou de communautés ou groupes. »

¹⁸⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, 30 novembre 1995, Sentence n° C-567/95, dossier n° D-850, M.R. Fabio Morón Díaz.

¹⁸⁷ Rodas Monsalve J. C., *Constitución y Derecho Ambiental: principios y acciones constitucionales para la defensa del ambiente*, Bogota, Cargraphics, 2001, p. 280.

296. Le changement majeur qu'a produit la Constitution de 1991, c'est que, bien que dans l'ancien système (Loi 20 de 1969) un système d'adjudication des mines prévalait, livré comme une propriété privée à des particuliers, dans le cadre de la Constitution de 1991 l'État détient la propriété exclusive du sous-sol de sorte que, pour pouvoir être d'intérêt général, les mines soient exploitées économiquement directement par l'État ou par des concessionnaires.

297. Mais l'incapacité historique qu'a montrée l'État à agir comme un entrepreneur dans ce domaine¹⁸⁸ l'a conduit à mettre en œuvre des systèmes d'adjudication rigides pour l'exploration et l'exploitation des ressources minérales, en conservant dans tous les cas la propriété perpétuelle de la propriété de ces biens. Cela a favorisé d'une part, l'émergence d'un État régulateur des activités minières, et d'autre part, l'imposition en Colombie sans qu'il n'y ait de discussion à ce sujet du système royaliste actuel ou système domanial¹⁸⁹ visant indirectement à freiner l'esprit d'accumulation et d'enrichissement personnel dans le but apparent d'atteindre le bien-être et la prospérité collective.

298. À ce jour, l'exploitation de la propriété publique est en lien avec la protection de l'environnement, laquelle est cataloguée dans la plupart des constitutions modernes comme un bien juridique dont la protection et la préservation correspondent essentiellement à l'État sans préjuger de la responsabilité partagée avec des individus et des communautés, ce qui la transformera en question d'intérêt général. C'est ainsi que l'environnement sera conçu au moins en deux dimensions fondamentales : i) comme un droit subjectif (individuel ou collectif, article 79 C.P.) et ii) en tant que devoir, car c'est une des finalités de l'État pour laquelle la politique publique devrait être efficace et couronnée de succès (art. 8)¹⁹⁰. Nous faisons donc face à la constitutionnalisation de la

¹⁸⁸ En Colombie, le Décret 1679 de 1997 a créé l'Entreprise National Minière limitée -Minercol- (union de -Mineralco- et -EcoCarbon-), de niveau national et dont le capital appartenait à de l'État, qui avait parmi ses fonctions la gestion, la promotion, la collecte et la distribution des contre-prestations économiques des ressources minérales et du charbon. À peine 7 ans plus tard, le gouvernement a ordonné leur suppression, dissolution et leur liquidation par le Décret 254 de 2004, car il considérait qu'elle était devenue une entreprise non viable, inefficace et de plus en plus dépendante du budget national.

¹⁸⁹ Le mot espagnol « domanial » est le plus répandu aujourd'hui dans la doctrine. Ce mot est un dérivé du mot français « domanialité », mais il n'a pas le même sens. En espagnol, le mot « domanial » ne fait pas référence à un droit de domaine.

¹⁹⁰ Voir Colombie, Cour constitutionnelle, 16 juillet 2015, Sentence n° C-449/15, dossier n° D-10547, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

propriété publique ainsi que de celle du droit de l'environnement, ce qui malheureusement dans la pratique ne représente pas une garantie efficace pour sa totale protection.

299. Ce cadre réglementaire appliqué à la dynamique des relations où les facteurs de nature non seulement économique, mais sociale et écologique sont condensés fait que dans la pratique les conflits survenus autour de l'utilisation de la propriété publique sur les ressources naturelles non renouvelables, fait crucial pour le développement économique du pays, constituent une source de débats qui dépassent l'aspect économique et touchent des aspects de la sphère sociale et même politique¹⁹¹. L'interprétation et la pondération effectuées par la jurisprudence des hautes cours concernant les principes et les droits correspondants deviendront donc décisives.

300. Dans le concept de territoire, une autre tension potentielle est apparue, quant à l'exercice du pouvoir de niveaux locaux et nationaux, surtout concernant le pouvoir de définir l'utilisation du sol, la propriété des ressources naturelles de la Nation et le pouvoir accordé au Congrès pour réglementer l'utilisation des ressources conformément à leur devoir de planification environnementale. Ces aspects compromettent des aspects participatifs et représentatifs de la démocratie.¹⁹²

301. Or, dans la sphère du droit comparé, certaines constitutions mentionnent expressément l'existence de la propriété des personnes publiques, en particulier de l'État, ce qui leur confère un statut incontestable et leur offre une protection globale et directe. De cette façon, des dispositions de plus haut niveau peuvent identifier les biens faisant partie du patrimoine public, habituellement associés à leur valeur économique ou à leur fragilité, comme c'est le cas des ressources naturelles.

302. D'autre part, il est courant dans les pays de la région que la notion de propriété publique sur les ressources naturelles non renouvelables soit étroitement liée à la notion de la souveraineté des États. Compte tenu de la forte influence des idées libérales ayant

¹⁹¹ Amaya Navas O. D., *La Constitución Ecológica De Colombia*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 24 : La perspective politique des affaires environnementales peut être constatée lorsqu'elle « concerne les relations de pouvoir et compromet de façon particulièrement urgente les pouvoirs publics ainsi que les droits et les devoirs des gouvernés. »

¹⁹² Voir Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M.R. María Victoria Calle Correa.

leur origine et développement en France et en Angleterre au XVIIIe siècle, reçues par les pays d'Amérique latine au cours de leurs différents mouvements d'indépendance par rapport à la domination espagnole, la notion de souveraineté sur les ressources naturelles non renouvelables en tant que secteur stratégique constitue un élément fondamental des principales constitutions démocratiques des pays les plus proches de la Colombie et en général de la région andine¹⁹³.

303. Bien que dans toutes les lois d'Amérique latine sans exception, la propriété de l'État sur le sous-sol minier et l'intérêt public du développement minier a été prévue, le démantèlement progressif des obstacles à la libre circulation des capitaux qui caractérisait nos modèles économiques depuis le milieu du dernier siècle ¹⁹⁴s'y trouve également. En voici quelques exemples.

304. La Constitution de l'Équateur (2008) établit que « *Les ressources naturelles non renouvelables du territoire étatique font partie de son patrimoine inaliénable, irrévocable et imprescriptible* »¹⁹⁵, principe réitéré à l'article 408 qui indique que « *Les ressources naturelles non renouvelables et en général les produits du sous-sol, les gisements de minéraux et d'hydrocarbures, les substances dont la nature est différente du sol, y compris celles se trouvant dans des zones couvertes par les eaux territoriales et les zones maritimes ainsi que la biodiversité et le patrimoine génétique et le spectre radioélectrique appartiennent à l'État de façon inaliénable, imprescriptible et insaisissable. Ces biens pourront être exploités dans le strict respect des principes environnementaux établis par la Constitution.* »

¹⁹³ Marés de Souza Filho C. F., *A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais*, Curitiba, Editorial Letra da Lei, 2011, p. 77-99.

¹⁹⁴ Colombie, Exposé pour le premier débat du projet de loi 127 de 2000 Assemblée législative, « por la cual se expide el Código de Minas », Bogota, 15 mai 2001.

¹⁹⁵ Équateur, Constitution de la République de 2008, article 317 : « *Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico* ».

[Notre traduction :] « Les ressources naturelles non renouvelables appartiennent au patrimoine inaliénable et imprescriptible de l'État. Dans sa gestion, l'État accordera la priorité à la responsabilité intergénérationnelle, la conservation de la nature, la perception des redevances ou d'autres contributions non fiscales et de participations d'entreprises ; et minimisera les impacts négatifs de nature environnementale, culturelle, sociale et économique. »

305. L'article 66 de la Constitution du Pérou (1993) affirme que « *Les ressources naturelles, renouvelables et non renouvelables, appartiennent au patrimoine de la Nation. L'État est souverain concernant leur exploitation* ». De même, la Constitution de la République fédérale du Brésil (1988) indique dans son article 20-IX que « *les ressources minérales, y compris celles du sous-sol, sont des biens de l'Union* ».

306. La Constitution de la République bolivarienne du Vénézuéla (1999) dispose dans son article 12 que « *Les gisements miniers et d'hydrocarbures de quelque nature qu'ils soient existants sur le territoire national, dans le sous-sol marin, dans la zone économique exclusive et sur la plateforme continentale, appartiennent à la République, sont des biens du domaine public et sont donc inaliénables et imprescriptibles. Le littoral constitue un bien du domaine public* ».

307. La Constitution du Chili (1980) signale à son article 24 que « *L'État possède le domaine absolu, exclusif, inaliénable et imprescriptible sur toutes les mines, y compris les "covaderas", les sables métallifères, les salpêtrières, les gisements de charbon et d'hydrocarbures et autres substances fossiles, à exception des argiles de surface, non nonobstant la propriété des personnes naturelles ou juridiques sur les terrains au sein desquels ils gisent. Les domaines de surface seront assujettis aux obligations et limites que la loi impose afin de faciliter l'exploration, l'exploitation et le profit sur lesdites mines* ».

308. De même, à partir de la Constitution politique des États-Unis du Mexique de 1917, article 27, le domaine direct de la Nation est établi en ce qui concerne « (...) *tous les minéraux ou substances présents dans des filons, manteaux, roches ou gisements constituent des dépôts dont la nature se distingue des composants des terrains, comme les minéraux dont sont extraits des métaux et des métalloïdes utilisés dans l'industrie ; les gisements de pierres précieuses, de sel gemme et les salpêtrières formées directement par l'eau de mer ; les produits dérivés de la décomposition des roches, lorsque leur exploitation requiert l'inspection du sous-sol ; les gisements minéraux ou organiques de matières susceptibles d'être utilisés comme engrais ; les combustibles minéraux solides ; le pétrole et tous les carbures d'hydrogène solides, liquides ou gazeux ; et l'espace situé sous le territoire national, dans les limites et les termes fixés par le droit international (...)*

Le domaine de la Nation est inaliénable et imprescriptible ». ¹⁹⁶ Enfin, la Constitution de Cuba (1976) dans son article 11-b signale que « *L'État exerce sa souveraineté (...) sur l'environnement et les ressources naturelles du pays* »

309. L'État des lieux ci-dessus permet d'établir que dans la région, le principe juridique du *domaine éminent* prime et est conservé en tant que pouvoir supérieur associé à la notion de souveraineté, hérite de la tradition de la pensée romaine et de tout le droit des Indes développé pendant l'époque précolombienne, et qui comme cela a été expliqué précédemment a coïncidé en partie ou a été partagé par l'application d'Ordonnances sur des territoires allant au-delà des vice-royaumes. C'est-à-dire que dans la région, la règle actuelle concernant la propriété des ressources naturelles non renouvelables est qu'elles appartiennent à l'État et font partie de son patrimoine, selon les textes constitutionnels, attributions et obligations expresses faites aux États pour que l'exploitation adéquate de ces ressources se fasse de façon rationnelle et durable sur le plan environnemental.

310. Voilà pourquoi on peut arriver à la conclusion que dans l'exercice de leur pouvoir souverain, les États ont une responsabilité économique et environnementale en matière d'administration appropriée de ces ressources, laquelle exige que leur exploitation se fasse de façon rationnelle et conforme aux exigences environnementales de chaque pays afin de réduire les impacts sur l'environnement, c'est-à-dire qu'ils garantissent qu'il s'agira d'une activité durable et soutenable sur le plan environnemental.

311. Cependant, l'adéquate gestion des ressources minières se voit gravement menacée par les déficiences des modèles de concession actuels. D'une part, ils permettent l'accès de personnes ne possédant pas un véritable intérêt quant à l'exploitation de la propriété minière, mais qui voient dans la concession une opportunité d'affaires avec des tiers. Or en outre, l'État ne reçoit aucune participation économique dans ces affaires, alors que l'objet de ces contrats est l'exploitation d'une propriété exclusive de l'État. D'autre part, le faible contrôle effectué par les autorités sur la production de la concession, donnée selon

¹⁹⁶ Figueroa Márquez D., « Derecho Minero », *op. cit.*, p. 76-77 : « Avant la Constitution de 1917, le Code mexicain des États mexicains avait été publié en 1884 et a rompu plusieurs paradigmes de la période coloniale, dont : i) tous les minéraux découverts cessent d'appartenir au Monarque ; ii) concernant les gisements de charbon de pierre, la propriété exclusive correspond au propriétaire du sol ; iii) il a reconnu que la Nation était propriétaire des substances minérales ; et iv) a concédé aux particuliers, pour un temps limité, la propriété de certains gisements de charbon et de pétrole. La Loi minière de 1909 modifie ensuite le concept et règlement le domaine direct de la Nation, en reprenant plus tard l'article 27 de la Constitution de 1917. »

laquelle la valeur de la redevance devant être versée à l'État est calculée, permet de conclure que l'exploitation de la propriété de l'État à travers de la concession s'avère plus profitable pour les tiers que pour l'État et ses communautés.

312. Dans le cas de la France, il existe un développement historique, légal et jurisprudentiel de la propriété et du domaine public ainsi qu'un régime juridique spécifique ayant des racines différentes des normes constitutionnelles prédominant en Amérique. Les fondements juridiques de base de l'administration des ressources minières sont à chercher dans le Code minier de 1992, amendé par la Loi 105 de 2004 et l'Ordonnance 407 de 2006.

313. Ce Code minier de 1992 établissait que les droits d'exploration et d'exploitation de minéraux de grande valeur ou d'importance nationale comme l'or, l'argent, le plomb, le cuivre, le zinc, le charbon et le lignite, ou « substances de mine » d'après l'article 2 du Code minier, appartenaient à l'État. Les droits sur les autres minéraux appartenaient aux propriétaires de la surface, donc un tiers souhaitant réaliser des activités d'exploration devait obtenir le consentement de ceux-ci ou à défaut celui de la Préfecture, et obtenir l'autorisation du Conseil d'État pour les activités d'exploitation. Dans ce cas, l'établissement d'une concession, même sans le consentement du propriétaire de la surface, donnait lieu à la création d'un droit de propriété différent.

314. La dernière réforme du Code minier (Code minier nouveau du 2011 abouti à l'ordonnance 2011-91, actuellement en vigueur) ¹⁹⁷ maintient le double classement des minéraux, parmi lesquels certains se distinguent par leur importance économique, comme prévu au Code minier précédent. Ainsi, l'article L. 111-1 signale que « relèvent du régime légal des mines les gîtes renfermés dans le sein de la terre ou existant à la surface connue pour contenir les substances minérales ou fossiles suivantes », tels que les combustibles fossiles, métaux précieux et gaz. Ces substances sont considérées comme des substances de mine sur lesquelles l'État possède un intérêt économique particulier. Cependant, le classement proposé n'est pas strict et la norme permet donc ce qui suit : « Eu égard à leur utilisation dans l'économie, des substances qui relèvent en vertu du principe énoncé à

¹⁹⁷ En date de juillet 2017, le Code minier en vigueur est en attente d'une réforme afin d'être mis en conformité avec la Charte de l'environnement.

l'article L. 100-2 du régime légal des carrières peuvent être ajoutées aux substances de mine énumérées à l'article L. 111-1, dans les conditions prévues à l'article L. 312-1 »¹⁹⁸.

315. En outre, la norme affirme que « Toute substance minérale ou fossile qui n'est pas qualifiée par le livre Ier du présent Code de substance de mine est considérée comme une substance de carrière » (article L. 100-2) dont l'exploitation est en principe laissée « à la disposition du propriétaire du sol » (article L. 332-1).

316. Pour sa part, le Code général de la propriété des personnes publiques fait une courte référence à l'exploitation des ressources naturelles, principalement dans l'intention de préserver celles se trouvant en zone maritime, comme le plateau continental et la zone économique exclusive. Cependant, il existe peu d'articles faisant référence à l'exploitation et la recherche de substances minérales des fonds marins autres que celles visées par l'article L-111-1 du Code minier, ce qui suppose apparemment la liberté d'occupation du domaine public. Enfin, l'exploitation des mines est considérée comme un simple acte de commerce (article L. 131-3).

317. Au contraire, le cas de l'Allemagne s'écarte de la tradition française autour de la propriété publique, bien qu'il s'agisse d'un des pays d'Europe affichant la plus grande activité minière. Son système constitutionnel et légal ne comprend pas la notion de propriété publique ou de domaine public, parce que les Allemands possèdent une conception unitaire historique du droit de propriété. Ainsi, le système allemand ne reconnaît pas de propriété différente de la propriété civile, mais un seul type de propriété, toujours civile, qui peut néanmoins être affectée à diverses finalités publiques.

318. Les bases de la théorie allemande de la *öffentliche Sachen* (chose publique) se centrent sur une alternative de base entre deux formes de configuration des droits publics sur les choses. Une possibilité consiste à comprendre que le droit public des choses se construit comme un droit similaire, en matière de qualité et de portée, à la propriété privée, c'est-à-dire comme une propriété authentique (mais « publique »). L'autre option est de

¹⁹⁸ D'après l'article L. 312-1 du Code minier nouveau français: « À toute époque, un décret en Conseil d'État, pris après une enquête publique réalisée conformément au chapitre III du titre II du livre Ier du Code de l'environnement, peut décider le passage à une date déterminée dans la catégorie des substances de mines de substances antérieurement soumises au régime légal des carrières. »

considérer que le pouvoir public sur les choses n'est rien d'autre qu'un droit réel limité, une servitude publique (Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts). C'est en réalité la deuxième option qui a triomphé en Allemagne, à partir d'une conception unitaire du droit de propriété. Dans la majorité de la doctrine allemande, la propriété ne peut être que privée, jamais publique, et la protection contre les agressions se trouve suffisamment abordée dans le droit civil et dans les règles de la propriété privée. Voilà pourquoi les *öffentliche Sachen* peuvent être régies par le droit privé, tant que l'objectif général qu'elles remplissent et auquel elles ont été affectées n'est pas dénaturé ; elles ne sont l'objet que d'une simple servitude administrative appelée « propriété privée modifiée » (modifizierte Privateigentum).¹⁹⁹

319. Par conséquent, puisqu'elles ne conçoivent pas qu'il puisse exister une propriété publique, les normes de l'État allemand ne contemplent pas non plus que l'État puisse être le titulaire de la propriété sur les ressources minières, comme c'est le cas d'autres biens comme les grandes voies fluviales de navigation ou les autoroutes étatiques, déclarées propriété de la Fédération (articles 89 et 90 de la Constitution allemande). Cependant, l'article 15 de cette même Constitution signale que « le sol, les ressources naturelles et les moyens de production peuvent, selon la loi qui régule la forme et la portée des indemnités et à des fins de socialisation, être déclarées comme relevant de la propriété collective ou incluses dans d'autres formes d'économie socialisée ». C'est-à-dire qu'il est prévu que l'État s'approprie de telles ressources de façon exceptionnelle, à condition qu'elles soient sous son contrôle direct et même qu'elles soient exploitées directement par l'État.

320. Dans ce contexte, l'État allemand se limite essentiellement à la régulation, au contrôle de l'activité et à la collecte de l'impôt, et il convient de souligner que l'exécution des normes fédérales sur l'exploitation minière correspond dans leur majorité aux *Länder* en raison de la structure fédérale de l'État. En réalité, la Loi fédérale allemande sur les mines (BBergG ou Bundesberggesetz) ne semble pas compter parmi ses préoccupations principales la détermination de la propriété des gisements miniers et des autres ressources géologiques. Son objectif principal est de « réglementer la recherche et l'exploitation des

¹⁹⁹ Moreu Carbonell E., "Régimen jurídico de las actividades extractivas en el derecho alemán: un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero", *Revista de Administración Pública*, n° 152, mai-août 2000, p. 339-383.

ressources minières afin de garantir la sécurité du marché des matières premières » (§1.1.° BBergG), sans qu'à aucun moment la propriété étatique sur les ressources ne soit établie.²⁰⁰

321. Quant à la Convention européenne des droits de l'Homme²⁰¹, tout comme d'autres systèmes régionaux de protection comme la Convention américaine relative aux droits de l'homme, elle fournit en toute clarté des garanties de protection à la propriété privée. Dans le premier cas, l'article 1 de son 1er protocole additionnel²⁰² établit que « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens (...) ». Dans le second cas, l'article 21 indique que « Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens (...) »²⁰³.

322. Il y a cependant moins de clarté quant à la possibilité pour les personnes publiques de prétendre, que ce soit dans le cadre du système international européen ou américain, à des formes de protection supplémentaire de leurs biens, au-delà des règles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité reconnues de façon homogène par tous les systèmes juridiques internes. Le professeur Yolka par exemple a assuré à ce sujet que « la propriété des personnes publiques (...) ne bénéficie pas de la protection de l'article 1^{er} du protocole n. 1 »²⁰⁴. De sorte, que les personnes publiques ne peuvent pas, en principe, saisir directement la Cour européenne des droits de l'homme, étant assimilées à des

²⁰⁰ Moreu Carbonell E., « Régimen jurídico de las actividades extractivas en el derecho alemán: un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero », *op. cit.*, p. 339-383.

²⁰¹ La Convention américaine relative aux droits de l'homme a été adoptée dans la ville de San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, au cours de la Conférence interaméricaine spécialisée sur les droits de l'Homme. Elle est entrée en vigueur le 16 juin 1978, et 20 pays l'ont ratifiée. La Cour interaméricaine est l'unique tribunal international d'Amérique travaillant pour la défense et la protection des droits de l'Homme, et sa juridiction est complémentaire et supplétive des tribunaux nationaux. Sa jurisprudence est toujours plus pertinente dans le droit interne, puisque les États s'engagent à l'incorporer au développement de la jurisprudence nationale.

²⁰² Union européenne, Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, article 1 : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international (...) ».

²⁰³ Organisation des États américains, Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 21 : « 1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley (...) »*

[Notre traduction :] « 1. Toute personne a droit à l'utilisation et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cette utilisation et cette jouissance à l'intérêt social. 2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf par le paiement d'une indemnisation juste pour des raisons d'utilité publique ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes établies par la loi (...) ».

²⁰⁴ Yolka P., « La carpe et le lapin : retour sur les droits fondamentaux des personnes publiques », *L'Actualité juridique Droit administratif*, n° 10, 2010, p. 559-560.

organisations gouvernementales exerçant des prérogatives de puissance publique et dont l'autonomie vis-à-vis de l'État n'est pas complète. Parmi les raisons de cette indifférence de la Cour envers le régime de propriété publique, les traités fondateurs de l'Union européenne prévoient que le régime interne de la propriété des États ne peut être affecté et que le droit de l'Union européenne n'est pas fondé sur la différence entre public et privé, mais plutôt sur des aspects liés à l'économie, à la logique du marché et à la concurrence, à moins que le régime de la propriété des États membres n'interfère avec l'économie, *lato sensu*²⁰⁵.

323. Ainsi, les rares décisions émises par la Cour européenne dans lesquelles elle n'effectue pas d'analyse du droit des biens français, mais d'autres systèmes juridiques pouvant se révéler analogues en raison de l'influence de la doctrine française sur la propriété publique permettent d'identifier une tendance du haut tribunal à préférer la protection de la propriété privée expressément garantie dans la Convention sur tout autre droit que les personnes publiques peuvent avancer concernant leurs biens, y compris les règles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité propres à la protection de la propriété publique²⁰⁶.

324. Quant au système américain, une ample interprétation de la propriété privée et de ses mesures de protection peut être constatée. Il a en outre développé une importante jurisprudence concernant les droits à la propriété des peuples autochtones et tribaux sur les territoires ancestraux qui manque à la jurisprudence européenne, sans pour autant s'intéresser à l'analyse de la protection de la propriété de l'État²⁰⁷. Ceci, entre autres parce que, conformément à son essence, l'État ne pourrait faire office en même temps de victime et de responsable sur le plan international.

325. Enfin, concernant les formes de gestion des ressources minières, une revue des tendances en matière de législation du secteur minier en Amérique latine durant les années 1990 permet de mettre en évidence que presque tous les pays de la région ont

²⁰⁵ Gonod P., Melleray F. et Yolka P., *Traité de Droit administratif*, Tome 2, Paris, Dalloz, 2011, p. 295-296.

²⁰⁶ Costa D., « L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public : à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur de Étienne Fatôme*, Paris, Dalloz, 2011, p. 89-95.

²⁰⁷ Steiner C., Uribe P., *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogota, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad-Adenauer-Stiftung y Editorial Temis, 2014, p. 503-529.

entrepris de réformer leurs réglementations minières, comme cela a été le cas de Cuba, du Vénézuéla, du Guatemala, de la Bolivie, du Mexique et du Pérou.

326. Dans d'autres pays comme le Brésil et l'Argentine, bien que la législation ancienne a été maintenue, elle a souffert de profondes réformes au cours des années 90. Ainsi, dans le but de stimuler l'investissement privé dans ce secteur, l'Argentine a introduit des modifications substantielles en 1992 et en 1995, alors que le Brésil a fait de même en 1996. La loi chilienne, pour sa part, s'avère être l'exception du continent, puisque les réformes remontent au début des années 1980. Celle-ci a donc été pionnière en matière de stimulus à la participation privée dans le secteur, générant ainsi des flux significatifs d'investissement que ce pays continue de capter grâce à sa région minière.

327. Cependant, les réformes minières du continent se sont distinguées par l'importance particulière qu'elles accordent à deux axes autour desquels elles s'articulent de façon plus ou moins harmonieuse : i) assurer la sécurité des droits miniers et ii) moderniser les régimes de concessions. Il ne s'est donc pas agi uniquement de créer des mécanismes efficaces permettant d'accélérer les processus propres à l'exploitation minière. Un ordre juridique stable, éloigné des fluctuations politiques et des décisions arbitraires des autorités, devrait surtout être mis en place.²⁰⁸

§2. Les modèles de propriété de l'État

328. Il y a des raisons de penser que la propriété de l'État n'est pas un phénomène uniquement capitaliste ou socialiste, ni un attribut de l'économie ou de l'économie avancée. Dans la plupart des pays, les politiques publiques sont construites sur l'idée que la propriété de l'État est un outil de la modernisation, la correction ou la régulation de l'économie nationale²⁰⁹.

²⁰⁸ Conformément aux indications de la CEPAL dans son étude sur les tendances de l'investissement dans le secteur minier latino-américain au cours de la dernière décennie : « La stabilité politique et la sécurité juridique sont des facteurs très appréciés des investisseurs. La stabilité politique implique l'existence de règles de cohabitation qui ne mettent pas en péril le pacte implicite contenu dans les normes constitutionnelles et qui supposent l'existence de mécanismes permettant de garantir les droits des investisseurs. » (voir référence en version originale dans la justification.

²⁰⁹ Kanov A., *La propiedad estatal y el desarrollo económico: presente y futuro*, Mexico, Red Aportes, 2006.

329. Par conséquent, au-delà de la détermination de l'origine et de la nature de ce que les lois comprennent plus ou moins clairement du concept de propriété de l'État ou de la propriété publique, leur analyse devient plus importante depuis le développement de différents modèles socio-économiques, principalement ceux de tendance capitaliste, qui malgré ses difficultés a défini que la propriété de l'État doit être exploitée comme une source importante permettant de résoudre de graves problèmes socio-économiques d'un pays²¹⁰.

330. En raison des changements que le monde a connus ces derniers temps comme l'intensification de la mondialisation, des théories présentent depuis la fin des années 90 les États comme des propriétaires et entrepreneurs inefficaces. La Constitution de 1991 a inspiré un modèle économique libéral qui montre une forte tendance à permettre au marché de réguler l'activité économique et la préférence pour les agents privés. Cette situation change obligatoirement le rôle de l'État, qui passe d'un rôle traditionnel d'État contrôleur à celui d'État essentiellement réglementaire, ce qui à son tour aura un impact sur sa condition d'État propriétaire.

331. Pour l'État surtout à partir de 1991, en pleine période de changement de modèle économique vers des politiques plus libérales, il était clair qu'une meilleure gestion du public exigeait une structure différente de l'État, y compris un régime de responsabilité plus stricte. Il n'était pas possible de penser au développement d'une économie moderne, en termes de politique industrielle et/ou agricole avec le modèle de l'État que nous avons.

332. Les changements économiques des années 90 ont rendu indispensable la reconstruction de la notion de propriété publique et en particulier la propriété minière en Amérique latine. C'est pourquoi au cours de cette décennie, des pays de la région tels que

²¹⁰ Ministère des Mines et de l'Énergie de Colombie, *Política Minera de Colombia: bases para la minería del futuro*, Bogota, 2016. La politique minière de la Colombie a fixé comme objectif fondamental que l'activité minière s'adapte aux changements imposés par le contexte international, et qu'elle se développe à toutes les échelles d'une manière ordonnée, inclusive, compétitive et responsable, de sorte que les externalités positives augmentent dans les territoires miniers en matière d'emploi, de revenus, de redevances et de taxes, entre autres. En ce sens, la Sentence n° C-389/16 de la Cour constitutionnelle souligne que selon la Constitution, l'activité minière devrait garantir : « (el) *Respeto a normas ambientales, condiciones mínimas del derecho al trabajo, permitir el aprovechamiento de los recursos naturales sin sacrificar esta posibilidad para generaciones futuras y respeto de derechos de los pueblos indígenas* ».

[Notre traduction :] « (le) respect des normes environnementales et les conditions minimales du droit au travail permettent l'exploitation des ressources naturelles sans sacrifier cette possibilité pour les générations futures ni le respect des droits des peuples autochtones ».

Cuba, le Vénézuéla, le Guatemala, la Bolivie, le Mexique et le Pérou ont mis à jour leur législation grâce à d'importants processus de réforme.

333. Ainsi, fortement influencé par la tendance régionale, le gouvernement de la Colombie promeut le projet de loi réformant le Code minier de l'époque et qui s'est traduit par l'élaboration de la loi 685 de 2001 (Code minier en vigueur actuellement). Au cours des débats, les questions de la croissante mondialisation des marchés, le nouvel ordre économique mondial, le retard évident de la législation colombienne par rapport à ses homologues régionaux et la nécessité d'un ordre juridique moderne et stable qui assurerait la sécurité juridique aux investisseurs est discutée et implique la redéfinition du rôle joué par les différents acteurs économiques au sein de la scène nationale. À cet égard, l'État a donné son engagement à titre d'exécuteur et a assumé le rôle de principal promoteur des différentes lignes de son économie, en concentrant ses efforts sur la création de nouveaux modèles qui permettent le développement du système économique et social, les fondamentaux pour assurer la compétitivité sur la scène internationale.²¹¹

334. Dans la rédaction initiale de la réforme en Colombie, conformément aux normes constitutionnelles, la propriété de l'État sur les ressources minérales trouvées dans le sol ou le sous-sol des terres publiques ou privées est conçue comme une présomption légale ce qui implique son caractère inaliénable et imprescriptible (art. 7 de la loi 685 de 2001).

335. Par conséquent, le droit d'explorer et d'exploiter était acquis par l'octroi d'un contrat minier. En conséquence, toute activité de prospection, de recherche ou d'exploitation, ou la possession matérielle de ces ressources, indépendamment de sa durée ou de ses caractéristiques, ne confère aucun droit ou priorité dans l'acquisition d'un contrat minier ni ne permet de s'opposer à des propositions de tiers (art. 6)²¹². Ainsi, pour accéder à une concession, le particulier devra remplir les conditions prévues dans le nouveau Code minier.

336. Cela a justifié des modifications dans le secteur minier, pour des motifs principalement d'ordre économique et administratif visant à créer un climat de

²¹¹ Colombie, Exposé pour le premier débat du projet de loi 127 de 2000 Assemblée législative, « por la cual se expide el Código de Minas », Bogota, 15 mai 2001.

²¹² *Ibidem*.

transparence et de sécurité juridique dans un cadre du respect de l'environnement, avec une structure institutionnelle solide et stable capable d'attirer les investissements nationaux et étrangers, changements identifiés à l'époque comme suit :

1. La loi a déclaré et classé les activités minières comme d'utilité publique et d'intérêt social^{213, 214}.
2. Le régime de concession (principe de l'uniformité du contrat de concession) est unifié, et la cession des zones à des entités gouvernementales, qui pouvaient les négocier dans le cadre de clauses particulières pour chaque cas, est exclue de la législation.
3. Mise en place d'un modèle de démocratie participative, car la gestion des ressources de l'État comprend la participation active des individus et des communautés, qui sera effective à travers la mise en œuvre des différents mécanismes constitutionnels de participation citoyenne²¹⁵.
4. Renforcement du principe constitutionnel de l'unité nationale, ce qui implique que la conception de la politique et de la gestion publique dans la gestion des ressources naturelles non renouvelables relèvent du gouvernement national, limitant ainsi la décentralisation dans ces domaines et ainsi que l'autonomie des entités locales et des

²¹³ Suivant la tendance des lois en vigueur dans la région à l'époque, l'importance d'inclure la déclaration d'utilité publique de l'activité minière a été identifiée dès les premiers débats au Congrès de la loi 685 de 2011 et finalement définie dans les termes suivants : « *Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo (...)* ».

[Notre traduction :] « Utilité publique. Dans le cadre du développement de l'article 58 de la Constitution politique, l'industrie minière dans toutes ses branches et phases est déclarée d'utilité publique. Par conséquent, les expropriations de la propriété de biens immeubles et d'autres droits constitués sur ceux-ci, nécessaires à son exercice et à son développement efficace, pourront être décrétées en sa faveur (...) ».

Colombie, Exposé pour le premier débat du projet de loi 127 de 2000 Assemblée législative, « por la cual se expide el Código de Minas », Bogota, 15 mai 2001.

²¹⁴ Voir Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 septembre 2015, Sentence n° C-619/15, dossier n° D-10673, M.R. Gloria Stela Ortiz Delgado. La Cour constitutionnelle y a souligné que les termes d'utilité publique et d'intérêt social sont des concepts juridiques, de sorte que leur contenu est déterminé dans l'exercice du pouvoir de configuration législative détenu par le Congrès.

²¹⁵ Voir Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 103 : « *Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.* »

[Notre traduction :] « Constituent des mécanismes de participation du peuple dans l'exercice de sa souveraineté : le vote, le plébiscite, le référendum, la consultation populaire, le Conseil ouvert, l'initiative législative et l'abrogation du mandat. La loi les réglera. »

Ces mécanismes ont été développés par les lois 131 et 134 de l'année 1994.

communautés ethniques en matière de gestion des questions liées aux ressources minières situées sur leur territoire²¹⁶.

5. Des réformes partielles de l'administration minière créant une espèce de déconcentration, ce qui a permis à l'Autorité minière de se rapprocher des citoyens au niveau local.

6. Une plus grande collaboration entre les différentes entités du gouvernement dans l'exercice de ses pouvoirs sur le domaine public.²¹⁷

337. Les modifications annoncées précédemment étaient pertinentes et nécessaires à l'époque, mais avec le temps, elles mettront à l'épreuve la politique publique de l'État en matière minière-énergétique, tout comme ses institutions et le cadre juridique développé avec la publication du Code des mines. La question de savoir si l'État est ou non propriétaire ou les caractéristiques et le contenu de ce droit de propriété ne constituent plus des sujets de débats. Ce sont maintenant deux intérêts basés sur la Constitution qui sont au centre des discussions actuelles autour de la question : quels sont les intérêts économiques poursuivis par l'exploitation de cette propriété publique sur les ressources naturelles et les impacts économiques et sociaux de différente ampleur qu'elle peut entraîner ? Voilà pourquoi la notion de fonction sociale (**A**) et la notion de fonction écologique (**B**) de la propriété du sous-sol acquièrent une telle importance.

A. Fonction sociale de la propriété du sous-sol

338. Il convient de souligner l'importance de l'influence des principes libéraux proclamés par la France révolutionnaire dans le processus de formation des États hispano-américains naissants.

339. Il existe de nombreuses imprécisions autour de la notion de libéralisme, car à chaque période de l'Histoire ce concept s'est transformé en fonction des faits et des

²¹⁶ Voir Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stela Ortiz Delgado : la tension apparente entre l'exercice de l'activité administrative par le gouvernement central et l'autonomie des collectivités locales a été traitée par la Cour constitutionnelle dans cette affaire, qui dénonçait la constitutionnalité de l'article 173 du Plan national de développement 2014-2018 (Loi 1753 de 2015) excluant l'activité minière des zones de « páramo ».

²¹⁷ La Constitution et la Loi donnent des fonctions de contrôle et de surveillance à des entités telles que la Cour des comptes (« *Contraloría General de la Nación* ») et le Ministère public (« *Procurador General de la Nación* »), en plus des compétences d'organismes tels que le Parquet (« *Fiscalía General de la Nación* »).

circonstances. D'un point de vue large, le libéralisme peut être défini comme une attitude générale de l'esprit, comme une mentalité, un comportement rationnel, une vision du monde afin de s'exprimer et de se développer sans obstacle (cette définition se base sur la liberté de l'individu dans tous les domaines : spirituel, politique, économique, entre autres). Une seconde conception du libéralisme le définit comme un ensemble philosophique cohérent prônant le développement libre de l'individu en tant que droit et comprenant son libre accès aux opportunités économiques à sa portée et la jouissance des richesses créées par son travail. Une dernière définition, sociale, décrit le libéralisme comme toute manifestation rationnelle ou sociale considérant la liberté comme principe ou finalité de l'activité humaine ou de l'organisation sociale, politique ou économique.²¹⁸

340. Néanmoins, les différents courants de la pensée libérale tout au long de l'Histoire, depuis le XVIII^e siècle jusqu'à la révolution néolibérale du XX^e siècle, ont subi de profondes transformations en raison des pratiques sociales et du besoin permanent d'organisation et de réorganisation de sociétés ayant en commun la même motivation : la propriété dans une société définie par ses relations de production.

341. Dans le système capitaliste actuel, la propriété (publique et privée) constitue sans aucun doute un élément moteur de l'économie. L'État démocratique libéral a été le modèle politique capable de s'adapter à sa logique et est devenu le principal promoteur de la mondialisation, en acceptant d'adopter toute une série de politiques de libéralisation et en laissant le marché résoudre au mieux les questions économiques de la société.

342. Les Ordonnances de Philippe II au XVI^e siècle mentionnées plus haut jusqu'à la Loi 38 de 1887 et l'article 3 de la Loi 20 de 1969 consacraient la nécessité d'exploiter économiquement la propriété, sans quoi tout droit sur celle-ci se perdait et était transmis à la Nation²¹⁹. C'est donc une idée très proche au sens figuré de l'élément économique proposé par León Duguit, lorsqu'il s'est interrogé sur le besoin économique que satisfait la propriété au début du XX^e siècle. Ce à quoi il a répondu : « il s'agit du besoin d'affecter

²¹⁸ Vachet A., *La Ideología Liberal* (traduction en espagnol de *L'idéologie libérale : l'individu et sa propriété*), Madrid, Editorial Fundamentos, 1972, p. 22 à 25.

²¹⁹ L'affiliation spirituelle de la conception de la propriété comme une fonction sociale est liée à Leon Duguit. Mais depuis la réforme de 1936, un nouveau concept de propriété avait déjà été inclus en tant que « fonction sociale », ainsi que la notion d'intérêt social et les motivations d'utilité publique afin de répondre aux situations évidentes d'iniquité sociale et économique.

certaines richesses à des fins individuelles ou collectives définies » (propriété-fonction).²²⁰ Cette dimension de la propriété, qui a largement dépassé la notion relevant essentiellement du « ius naturale » de la propriété au cours du XXe siècle, permet alors la conception de nouveaux contours du droit de propriété, y compris la propriété publique, au profit d'objectifs de redistribution.

343. Ainsi, le processus économique façonné d'après les idées libérales a dû fixer dans le droit subjectif de la personne privée ou publique le pouvoir de gestion économique des biens, afin de stimuler son initiative et par là même encourager la richesse nationale. En ce sens, l'idée qui prévaut est que l'intérêt général bénéficie d'un dividende social, assurément tangible, par le biais d'un profit monétaire direct dérivé de l'exécution d'une fonction sociale indéniable. L'affiliation spirituelle de la conception de la propriété comme une fonction sociale est donc réitérée et inscrite dans la Constitution de 1991 en tant que conquête définitive du droit constitutionnel colombien²²¹.

344. Dans le cadre de l'État social de droit, la protection du droit de propriété et d'autres droits acquis liés aux principes de solidarité et de prévalence de l'intérêt général (article 1 de la Constitution politique) est ensuite réaffirmée. Par conséquent, la fonction sociale qui est également inhérente à la propriété publique doit être orientée vers la réalisation des intérêts de la communauté et impose donc au propriétaire, dans le cas de l'État, en tant que titulaire du droit subjectif, de contribuer à la réalisation d'intérêts dépassant la sphère strictement individuelle (...) ²²².

345. Alors que la fonction sociale est considérée comme une limite du droit à la propriété privée, pour ce qui concerne la propriété publique elle devient sa finalité et sa raison d'être. Voilà pourquoi, tout en conservant l'idée d'une exploitation économique nécessaire de la propriété, l'État dispose aujourd'hui d'un mécanisme de nature

²²⁰ Florencia Pasquale M., «La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica», *Historia Constitucional* [en ligne], janvier-décembre 2014, [consulté le 22 septembre 2018], <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259031826005>.

²²¹ L'article 58 de la Constitution politique indique que : « La propriété est une fonction sociale qui entraîne certaines obligations. Elle possède donc une fonction écologique ».

²²² Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 4 décembre 2002, Sentence n° C-1074/02, dossier n° D-4062, M.R. Manuel José Cepeda Ospina. Les notes de bas de page de cette décision contiennent un important résumé jurisprudentiel concernant les caractéristiques, limites et d'autres aspects de la propriété.

contractuelle qui permet d'assurer cette fonction sociale de la propriété minière : l'expiration, qui permet de mettre fin de façon unilatérale au contrat unique de concession minière ou à tout autre titre minier d'un bénéficiaire. L'article 112 de la Loi 685 de 2001 décrit de façon stricte les causes de l'expiration, parmi lesquelles celles prévues à l'alinéa c), qui prévoit : « La non-réalisation des travaux et œuvres dans les délais établis dans ce Code ou la suspension non autorisée pour plus de six mois d'affilée », ou encore l'incapacité financière empêchant d'extraire le minerai. C'est donc le rôle coercitif de l'État qui est souligné.

346. Alors que, comme perçu par le passé, toute propriété représentant une source de richesse doit être exploitée²²³; des mesures de nature fiscale ont donc été adoptées à différentes époques afin de promouvoir l'exploitation des propriétés minières. Il s'agit de justifier par le biais de ce concept un discours autour d'une certaine efficacité économique de la propriété étatique, malgré les conséquences qu'elle peut entraîner. Cela crée forcément des débats à contenu partiellement éthique : l'exploitation des ressources en échange d'une reconnaissance sous forme d'argent, contre d'autres effets négatifs surgissant dans le cadre d'interactions sociales, comme la détérioration de l'environnement, les impacts sur la santé et le préjudice social. Enfin, on peut constater que l'on passe d'une approche économique à une logique en termes de droits.

347. Ainsi, la fonction sociale de la propriété minière est comprise comme *l'obligation* de l'État colombien d'extraire de façon directe ou indirecte la richesse minérale ou pétrolière découverte dans le sous-sol de l'État par les moyens technologiques les plus appropriés. L'objectif est d'obtenir plusieurs bénéfices, de nature économique (redevances, contre-prestations, emploi, impôts, entre autres) et sociale (qualité de vie, transferts de technologies et compétitivité) qui permettent à l'État d'atteindre les fins que lui attribue la Constitution elle-même.

348. Traditionnellement, le sous-sol de nature public a été maintenu en dehors du marché, et on ne lui attribue donc pas de valeur économique d'échange. De ce fait, son

²²³ Le cas du Chili est particulier, car il a ignoré au départ cette fonction sociale de la propriété, y compris de la publique, puisque d'après le Code minier les concessions pouvaient être octroyées en échange du paiement d'un impôt, sans qu'il existe d'obligation de développer des travaux miniers ni de trouver des minerais. L'accumulation de zones minières que cette mesure a entraînée, sans qu'aucun bénéfice économique ni social ne soit créé, les a obligés à établir en 2006 le paiement d'une « patente » pour non-utilisation du droit, dont la valeur est désormais doublée tous les quatre ans.

importance stratégique n'avait pas été considérée à sa juste valeur au plan économique. Cela n'a pas empêché, comme vu plus haut, l'autorisation de certaines utilisations et activités lucratives, ce qui suppose qu'il a eu une valeur économique au moins de façon temporaire. Cependant, cette vision limitée de la valeur de la propriété commence à changer ces derniers temps en raison de la mise en œuvre de nouvelles technologies et besoins qui permettent son exploitation extensive, dévoilant ainsi le réel intérêt économique que les États peuvent lui trouver.²²⁴ Ceci afin de ne pas oublier que du point de vue matériel, toute propriété en tant qu'élément fondamental du système social doit servir « à organiser et à appliquer la richesse sociale afin de promouvoir le développement économique » et répondre aux besoins de la population.²²⁵

349. L'intérêt démesuré des politiques de gouvernements précédents a mené à un développement accéléré et massif des ressources minières dans les territoires, révélant ainsi la valeur de la propriété de l'État. Cependant, ce changement évident a entraîné un problème de distribution de compétences entre les Autorités nationales (ministère des Mines et de l'Environnement) et l'autonomie et la souveraineté octroyée par la Constitution aux entités territoriales recevant les impacts directs de cette exploitation au niveau local. Un débat juridique est né autour de la question de l'autorité devant prévaloir.

350. La propriété de l'État sur les ressources du sous-sol et la faculté de décider de son exploitation a donc impliqué qu'il jouisse au départ d'une position privilégiée dans la définition des politiques relatives à l'exploitation des ressources naturelles. C'est ainsi que cela a fonctionné pendant des années, et cela a également été inscrit dans des normes, comme l'article 37 (partiel) de la Loi 685 de 2001 ou « Code des Mines », qui indiquait que « (...) aucune autorité régionale, de section ou locale ne pourra établir de zone du territoire où l'exploitation minière soit exclue de façon permanente ou transitoire. Cette interdiction inclut les plans d'aménagement du territoire dont traite l'article suivant. »

²²⁴ Un exemple des nouveaux intérêts économiques de l'État dans la « sphère publique » peut être le Décret 456 du 11 octobre 2013 qui régule l'exploitation économique de l'espace public, puisque celle-ci « génère à la fois des bénéfices particuliers et des coûts pour l'administration distritale ». Ce Décret vise à prévoir les ressources assurant son entretien et sa préservation dans la ville de Bogota, ce qui bénéficie le collectif, par le biais de formes d'exploitation économique ne portant pas atteinte à l'intégrité des citoyens, mais qui représentent une charge économique pour qui l'utilise, de façon équitable de la part des différents secteurs de la société et sans léser de manière disproportionnée un segment de la population.

Colombie, Mairie de Bogota, Décret 456 du 11 octobre 2013, « Por el cual se adopta el marco regulatorio del aprovechamiento económico del espacio público en el Distrito Capital de Bogota »

²²⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 18 janvier 1993, Sentence n° 006/93, dossier n° D-060, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

351. Cela pouvait se comprendre, puisque les entités territoriales se voyaient attribuer des compétences de régulation de l'aménagement du sol et établissaient ainsi leurs bases économiques et environnementales, à l'exclusion de toute compétence concernant la gestion du sous-sol, dont la propriété et l'administration relevaient clairement de l'État.²²⁶

352. La question prioritaire de constitutionnalité présentée contre l'article cité et qui de fait n'a pas abouti, mit en évidence pour la première fois depuis la Constitution de 1991 ce conflit de compétences entre la Nation et les territoires en ce qui concerne la politique économique à développer en matière de sous-sol et de ressources naturelles non renouvelables,²²⁷ preuve que le concept économique de propriété publique avait évolué.

353. Par conséquent, le débat s'est centré sur la question de savoir si la restriction légale du Code des Mines limite totalement les entités territoriales lorsqu'elles souhaitent réglementer l'utilisation du sol, y compris par le biais de certains types d'exclusion ou de restriction à l'exploration ou l'exploitation des ressources minières. Les principes que ce débat a opposés étaient donc le principe unitaire d'organisation de l'État et le principe de décentralisation et d'autonomie territoriale.

354. Le Juge constitutionnel a déclaré que cette norme était effectivement applicable, en mettant en avant qu'il n'y avait aucun doute concernant l'impact de cette activité sur l'aménagement du territoire et sur la réglementation de l'utilisation du sol. Par conséquent, exclure de façon absolue la participation des municipalités dans la décision d'autoriser ou non l'exploitation minière sur leurs territoires constituait une violation de l'autonomie des entités territoriales. La Cour a donc ordonné d'une part que les municipalités et les districts participent de façon active et décisive à l'élaboration de la politique minière du pays lorsque leurs régions se trouvaient impliquées (planification minière concertée).

²²⁶ Dans le cas espagnol, le Décret législatif 7/2015 du 30 octobre de cette année approuvait le texte revu de la Loi du sol et de la rénovation urbaine, qui avait pour but d'éviter la dispersion de ces normes et le fractionnement des dispositions de la législation d'État concernant le sol et la réhabilitation, la régénération et la rénovation urbaines. Ce recueil de normes comprend toute la réglementation concernant l'aménagement urbain depuis les sphères économique, juridique et environnementale, sans que le sous-sol qualifié par la doctrine juridique de « proche » ou urbain (à la différence de celui qualifié d'« éloigné », limité à la sphère minière) ne reste à l'écart de la portée desdites normes.

Espagne, Décret législatif 7/2015 du 30 octobre 2015 « por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana »

²²⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Alberto Rojas Ríos.

355. D'autre part, s'agissant des projets miniers concrets, elle a indiqué qu'un degré de participation raisonnable des municipalités et des districts devait être garanti dans la prise de décision sur leurs territoires concernant l'exploitation économique des ressources minières, afin que l'utilisation et le développement du territoire soient définis de façon démocratique et participative, même si dans l'exercice de cette prérogative l'activité minière finissait par être interdite et des ressources exploitables sur le plan économique ignorées.

356. Contrairement à l'argument statuant qu'il existe des questions qui, par leur complexité particulière, doivent être examinées et décidées dans des contextes techniques et centraux, les entités territoriales ont donc réussi à soumettre la politique économique de l'État concernant la gestion et l'exploitation des ressources minières à leur approbation. Cela a créé un impact négatif sur l'activité du secteur, qui perçoit cette situation comme une source potentielle de conflit entre les communautés et les projets miniers. Ceci, en raison de la présence d'intérêts cachés, de la corruption et des fortes tensions sociétales du pays qui affectent la capacité d'intervention des autres pouvoirs de l'État dans l'économie et qui remettent en question la sécurité juridique et la mise en œuvre des concessions octroyées.

357. L'État possède certains biens qu'il administre en tant que propriétaire, bien qu'en vertu de pouvoirs limités, car il ne peut par exemple les octroyer à titre gratuit. Cependant, le droit de propriété du sous-sol a toujours représenté le devoir de l'État de décider de sa meilleure exploitation économique possible, en tant que *res commercium*. Néanmoins, le reproche constant de la société concernant la façon dont est réalisée la gestion et l'attribution de la propriété publique, et en particulier la propriété minière, indique un intérêt toujours plus grand pour une limitation des pouvoirs de l'État en la matière. Cela constitue en principe une victoire de la souveraineté populaire, qui réclame davantage de droits sur ce domaine public.

B. Fonction écologique de la propriété du sous-sol

358. Enfin, il convient de mentionner que la Constitution de 1991 inclut la fonction écologique de la propriété dans la fonction sociale de la propriété, à titre de limite dans l'exercice des attributs de la propriété privée et de celle de l'État. Ce principe juridique

visé à répondre à la question principalement posée par l'exploitation et l'utilisation sans discernement des biens et des droits particuliers qui mettent en danger la préservation d'un environnement sain, situation que la jurisprudence a appelée : « verdissement de la propriété ». ²²⁸

359. Par conséquent, bien que notre Charte politique permet l'exploitation des ressources naturelles, cette autorisation ne peut entraîner de préjudices entraînant des dommages ou des détériorations à la diversité et l'intégrité de l'environnement. C'est pourquoi toute activité pouvant porter atteinte aux ressources naturelles doit être menée en tenant compte du critère de développement durable, compris comme « le modèle de développement permettant de répondre aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs »²²⁹.

²²⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 1er avril 1998, Sentence n° C-126/98, dossier n° D-1794, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

²²⁹ Le concept de durabilité apparaît pour la première fois dans le rapport « Stratégie mondiale de la conservation : la conservation des ressources vivantes au service du développement durable » publié en 1980 et qui insiste sur le maintien des équilibres écologiques. Mais c'est le rapport Brundtland qui a réellement popularisé le concept. Bien qu'il n'en donne pas une véritable définition, il aborde des questions éthiques autour du développement durable. Dans le cas de la Colombie, l'article 80 de la Constitution politique de 1991 reprend un concept de développement durable, également mentionné par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, dans des termes similaires aux précédents, et en parle comme un développement qui « satisfait les besoins présents sans compromettre la capacité des générations futures de répondre à leurs propres besoins ». Le concept de développement durable a été abordé par la Cour constitutionnelle, notamment dans les sentences :

Colombie, Cour constitutionnelle, 21 novembre 1994, Sentence n° C-519/94, dossier n° L.A.T.-036, M. R. Vladimiro Naranjo Mesa

Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 28 juin 2001, Sentence n° C-671 de 2001, dossier n° LAT-191, M. R. Jaime Araujo Rentería

Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 7 mai 2002, Sentence n° C-339/02, dossier n° D-3767, M.R. Jaime Araujo Rentería

Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 7 octobre 2003, Sentence n° C-894/03, dossier n° 4552, M. R. Rodrigo Escobar Gil

Colombie, Cour constitutionnelle, Septième salle de révision de tutelles, 10 mars 2015, Sentence n° T-095/15, dossier n° T-4.594.812, M. R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Colombie, Cour constitutionnelle, 16 juillet 2015, Sentence n° C-449/15, dossier n° D-10547, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio

Colombie, Cour constitutionnelle, Première salle de révision, 27 mars 2015, Sentence n° T-140/15, dossier n° T-4578549, M. R. María Victoria Calle Correa

Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stela Ortiz Delgado

Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 19 août 2016, Sentence n° T-445/16, dossier n° T- T-5.498.864, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

UICN, *Stratégie mondiale de la conservation : la conservation des ressources vivantes au service du développement durable*, Gland, ICN-PNUE-WWF, 1980.

CMED, *Rapport Brundtland : Notre avenir à tous*, Montréal, Le Fleuve, 1989.

360. Ceci pour indiquer que la fonction sociale ici présentée, que la propriété de l'État doit respecter en matière de ressources naturelles non renouvelables, n'est pas absolue. Comme c'est le cas pour tout autre droit, la propriété publique et son exploitation sont sujettes à des *limites et conditions* principalement établis par les normes environnementales nationales et internationales qui visent à rendre compatibles le développement économique durable et l'intérêt supérieur du maintien et de la préservation d'un environnement sain, par exemple.

361. La jurisprudence constitutionnelle colombienne²³⁰ a défini que toute activité économique doit s'adapter au cadre normatif qui l'oriente, la contrôle et la vérifie, afin qu'elle ne détériore pas l'environnement ou réduise cet impact au minimum. La détérioration environnementale a été définie en termes de « limite assimilable, tolérable ou niveaux acceptables ». Sont donc admis « l'exercice de toute activité économique légitime lorsque son exercice ne compromet pas les limites tolérables de pollution, et si elle les dépasse, le bien commun exigera que l'exercice de cette activité économique soit restreint ou interdit au particulier ». « [...] *Qui réalise une activité polluante doit savoir que sa responsabilité principale, par-dessus toute autre, consiste à établir les mécanismes les plus appropriés et efficaces pour supprimer ou tout du moins réduire à un minimum tolérable les effets nocifs pouvant découler de cette activité, ainsi qu'à payer en fonction des taux de rétribution environnementale établis* »²³¹.

362. En ce qui concerne l'exploitation de la propriété de l'État sur les ressources minières, l'une des difficultés est liée au fait qu'il n'existe pas d'études scientifiques, économiques, institutionnelles ou de normes identifiant et précisant les conclusions des

²³⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, 21 novembre 1994, Sentence n° C-519/94, dossier n° L.A.T.-036, M.R. : Vladimiro Naranjo Mesa.

²³¹ Peuvent également être consultés au sujet des limites tolérables des dégradations environnementales les sentences :

Colombie, Cour constitutionnelle, 16 juillet 2015, Sentence n° C-449/15, dossier n° D-10547, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio

Colombie, Cour constitutionnelle, Deuxième salle de révision, 30 juin 1993, Sentence n° T-254/93, dossier n° T-10505, M. R. Antonio Barrera Carbonell

Colombie, Cour constitutionnelle, Quatrième salle de révision, 17 juin 1992, Sentence n° T-411/92, dossier n° T-785, M. R. Alejandro Martínez Caballero

Colombie, Cour constitutionnelle, Salle de révision des tutelles, 27 avril 1993, Sentence n° T-163/93, dossier n° T-7828, M. R. Fabio Morón Díaz

Colombie, Cour constitutionnelle, Troisième salle de révision, 22 octobre 1993, Sentence n° T-469/93, dossier n° T-15233, M. R. Eduardo Cifuentes Muñoz

Colombie, Cour constitutionnelle, Neuvième salle, 31 janvier 1994, Sentence n° T-028/94, dossier n° T-19746, M. R. Vladimiro Naranjo Mesa.

entités territoriales à propos des impacts qu'entraîne une activité comme l'exploitation minière sur les écosystèmes du territoire colombien, qui constituerait la base permettant de concevoir un modèle de développement économique adapté aux besoins et aux capacités des collectivités.²³²

363. Tout ceci indique que la fonction sociale et écologique de la propriété est indépendante de sa nature. Pour cette raison l'État, dans la gestion de tous ses biens et en particulier de la propriété de l'État, doit respecter ces fonctions en vue de garantir l'intérêt collectif et d'éviter la détérioration de l'environnement ou la dégradation de l'écosystème.²³³

364. Il est donc possible d'identifier le renforcement de la protection de ce droit par la Constitution dans le but sans doute de construire de ce que certains ont appelé « L'État vert », comme une forme d'« organisation étatique fondée sur des valeurs comprenant la dignité universelle des êtres humains, le respect de et la reconnaissance envers la nature, et qui incorpore parmi ses valeurs supérieures celui de la solidarité, cadre juridico-politique adéquat pour que les valeurs de liberté et d'égalité puissent être atteintes ». ²³⁴ En complément, dans un tel État des espaces et des mécanismes de concertation citoyenne pour la construction de consensus doivent être créés, aspect très présent dans les dernières décisions de notre Cour constitutionnelle lorsqu'elle fait référence aux questions minières et environnementales.

365. Comme nous l'avons vu, des conditions ont historiquement été imposées en Colombie pour l'utilisation et l'exploitation de la propriété minière, en fonction de plusieurs facteurs comme le passage d'un système économique à un autre, les exigences posées par le développement économique, l'apparition de nouveaux acteurs et la

²³² Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 19 août 2016, Sentence n° T-445/16, dossier n° T- T-5.498.864, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio. Ici, la Cour constitutionnelle a ordonné à différentes entités de l'État liées à la gestion des ressources minières et la protection de l'environnement de constituer un groupe de travail interinstitutionnel à partir duquel organiser la réalisation d'une étude scientifique et sociologique mesurant les impacts de l'activité sur les écosystèmes du territoire colombien. Celle-ci se trouve en cours d'élaboration, compte tenu du fait que la Cour a octroyé un délai de deux ans pour sa présentation.

²³³ Londoño Toro B. et al, *Perspectivas del Derecho Ambiental en Colombia*, Bogota, Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 97-116.

²³⁴ Bellver Capella V., *Ecología: de las razones a los derechos*, Comaraes, Granada, 1994, p. 248. Cité dans Valencia Hernández J. G., *Estado Ambiental, "Democracia y Participación Ciudadana en Colombia a Partir de la Constitución de 1991"*, *Jurídicas* [en ligne], 4(2): 163-185, juillet-décembre 2007.

disparition d'autres, ainsi que l'évolution du droit positif et de la jurisprudence. Sans oublier la variation des forces politiques proposant des politiques publiques à court terme selon des visions de gouvernement et non d'État, ce qui a entraîné que de telles lignes directrices oscillent entre i) favoriser l'activité entrepreneuriale vis-à-vis de manifestations purement statiques et rentières de la propriété ou ii) subordonner son exploitation effective et adéquate et son utilisation aux limites indiquées par la loi. Quoiqu'il en soit dans un objectif (pas toujours réalisable) de justice et de développement économique.

Conclusion Section II

366. Une fois l'Indépendance déclarée vis-à-vis des autorités espagnoles, la propriété de toutes les mines est passée à la République de Colombie naissante. Le principe de division entre le sous-sol et le sous-sol se maintient et, étant donné la complexité de la réglementation du secteur minier, la législation de la Colonie continue d'être appliquée durant les premières années. Au cours de tout le processus de consolidation politique et économique de la République, l'administration des ressources est restée ambiguë. Le plus important à l'époque était d'assurer la collecte des impôts, activité qui en effet fut réglementée. En revanche, il n'y eut pas de grands débats autour du droit de propriété des mines. Ce n'est qu'avec la Constitution de 1886, et plus tard la Constitution de 1991, que la propriété de l'État sur les ressources du sous-sol est constitutionnalisée.

367. Cette période post-Indépendance a également mis en évidence que la plupart du temps la République s'est montrée l'héritière de la monarchie espagnole en assumant la propriété des ressources du sous-sol. Ce n'est qu'au cours de la période allant de 1858 à 1886 que l'administration des ressources minières se dispersa, à la faveur de l'organisation fédérale de l'État. Comme à l'époque coloniale, l'État a conservé les droits de propriété sur les ressources les plus profitables comme les émeraudes et les métaux précieux. Les États fédéraux en revanche se sont réservés la propriété des mines d'or, d'argent et de platine. Les processus de constitutionnalisation contribueront ensuite à la récupération de la propriété de l'État sur ces ressources et attribueront à la propriété en général des fonctions sociales et écologiques.

Section III. Contributions de la jurisprudence des Hautes Cours à la construction de la notion de propriété publique des ressources naturelles non renouvelables

368. La jurisprudence colombienne a joué un rôle crucial dans la construction du contenu de la notion de propriété publique et a pris une plus grande importance au cours des 10 dernières années, à l'occasion de l'intérêt et une augmentation importante des conflits due à l'exploitation des ressources non renouvelables. Pour cela, elle a impulsé des changements visant à définir les éléments pour fournir une notion moderne du public et la propriété publique.

369. Avant la création du Conseil d'État en Colombie a été la salle des affaires générales de la Cour Suprême de Justice qu'avaient la connaissance de litiges entre particuliers et l'État. Dans une de ses premières décisions, la Cour Suprême²³⁵, a fait précision sur la nécessité de réserver certains biens que pour des raisons de développement, prospérité et la sécurité de l'État, devant être exclus de l'ensemble de biens nationaux pour entrer à faire partie du patrimoine particulier de l'État. Ainsi, les ressources naturelles non renouvelables à partir des premières classifications de biens effectuées par la loi, au-delà des règles et des principes qui la régissent, ils ont été considérés comme deux biens fiscaux²³⁶.

370. Le gouvernement colombien, soutenu par les progrès et l'évolution des sociétés européennes et particulièrement influencées par le modèle de la Révolution française, a divisé le pouvoir afin d'améliorer l'administration de l'État, en établissant la propriété comme un axe dans la construction d'une société et le respect des principes constitutionnels concernant les garanties et les droits des habitants.

²³⁵ Voir Colombie, Cour Suprême de Justice, Salle plénière, sentence du 26 août 1921.

²³⁶ La Loi colombienne n°110 de 1912 considérait comme biens fiscaux : « *Las minas (...) como las de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto, etc., descubiertas o que se descubran en terrenos baldíos y en los que con tal carácter hayan sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1874 (...)* ».

[Notre traduction :] « Les gisements (...) comme ceux de charbon, de fer, de soufre, de pétrole, de goudron, etc., déjà découverts ou qui seraient découverts dans des terrains en friche et ceux de cette nature ayant été attribués après le 28 octobre 1874 (...) ».

Il s'agit donc d'une mauvaise interprétation des articles 1116 et 1126 du Code fiscal de 1873. Voir Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 28 janvier 1971, Sentence n° CE-SEC3-1971-01-28, C. R. Alfonso Castilla Saiz Bogota.

371. L'analyse présentée ci-dessous se développe à partir des lignes jurisprudentielles de la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État colombien. Les premières, émises lors de l'analyse de la constitutionnalité des lois ou la poursuite des actions pour la protection des droits fondamentaux (§1) et les secondes proférées dans le cadre de la résolution des conflits entre les individus et les entités publiques ou des consultations élevées à la salle de consultation afin de guider les actions du gouvernement (§2).

§1. Contributions de la jurisprudence du Conseil d'État

372. Il semble pertinent d'étudier les contributions du Conseil d'État au processus de construction et de développement du concept de propriété publique, y compris la disposition des ressources naturelles non renouvelables en tant que propriété de l'État, en déterminant dès à présent que la question de la propriété publique en Colombie a évolué loin des débats qui se sont tenus à ce sujet en France. La jurisprudence du Conseil d'État jusqu'au début du XXe siècle s'est développée à partir des réponses classiques fournies par le droit civil, puisque c'est au sein de ces normes que se trouvaient les bases de la propriété de l'État (article 614 et suivants du Code civil colombien). Cependant, c'est à partir de la Constitution de 1991 que des nouveautés ont été introduites, telles que : la clause de l'État social de droit, certaines obligations découlant de l'inclusion de droits collectifs, et la constitutionnalisation d'une nouvelle conception de la propriété qui a changé la compréhension de la propriété d'État. Il convient de remarquer que la jurisprudence du Conseil d'État est peu uniforme quant à la question de la propriété d'État, ce qui a rendu difficile l'identification et la construction d'une théorie générale en la matière qui permette à l'État et son administration de la gérer de façon efficace.

373. La théorie de la propriété publique appliquée aux biens d'usage public a été temporairement utilisée et développée par la jurisprudence colombienne à partir de la notion de « domaine ». Cette définition a été utilisée par les juges civils depuis la première moitié du XXe siècle, jusqu'à ce que la jurisprudence constitutionnelle, par la décision T-566 de 1992, divise les types de propriétés en affirmant qu'il en existe trois sortes : la privée, l'étatique et la publique ; à cette époque, il était déjà évident qu'il était conceptuellement impossible de continuer d'appliquer le concept de propriété du Code civil aux biens d'usage public.

374. Il faut également remarquer que dans la décision en question, la Cour tente de définir quels biens appartiennent à la Nation selon l'interprétation de l'article 102 de la Constitution, en définissant que l'État n'est pas titulaire du territoire en tant que propriétaire, mais dans le sens où il exerce sur lui sa souveraineté.²³⁷

375. Sans que la jurisprudence constitutionnelle soit citée de façon prépondérante, la formule reprise dans la jurisprudence du Conseil d'État dans un premier temps est que le droit exercé sur les biens d'usage public est un domaine éminent ; son contenu n'est pourtant pas très clair, ce qui rend difficile l'usage de la notion. Ainsi, certaines décisions y font allusion, sans que l'on puisse affirmer qu'elles constituent la base d'une théorie sur les biens. Elles font juste mention du concept comme support argumentatif du contenu, mais varient selon le cas particulier. On rencontre donc des cas dans lesquels l'expression de domaine éminent est utilisée pour exclure toute relation de propriété par rapport aux biens d'usage public. En ce sens, l'État détient par exemple un domaine éminent sur les chemins en vertu duquel il est appelé à exercer des fonctions de garde et de tutelle.²³⁸

376. Dans d'autres cas, la notion de domaine éminent est utilisée comme forme de propriété des personnes de droit public sur les biens publics. Ainsi, le Conseil d'État a considéré que les mines (qui appartiennent à l'État d'après l'article 332 de la Constitution) se trouvant sur les anciens territoires nationaux ont toujours fait partie du domaine éminent, « car il existe un droit de domaine de l'État sur les terrains mentionnés (...), puisque, à nouveau, de tels biens ne sont jamais sortis du patrimoine officiel »²³⁹. Ainsi, les rues et les places, en tant que biens d'usage public, ont appartenu uniquement à la Nation et l'État exerce sur elles un droit éminent.

377. Cette posture est reprise dans une décision postérieure qui indique que pour que des biens soient considérés d'usage public, ils doivent « appartenir à une entité de droit public et être destinés à l'usage commun des habitants. Ils ne sont pas transmissibles par voie de succession ni de cession, puisque chaque habitant du territoire possède un droit

²³⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Quatrième salle de révision, 23 octobre 1992, Sentence n° T-566/92, dossier n° 3848, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

²³⁸ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 15 juin 1962, Sentence n° CE-SCA-1962-06-15, C. R. Francisco Eladio Pérez.

²³⁹ Colombie, Conseil d'État, Salle plénière de contentieux administratif, 29 octobre 1996, Sentence n° S-404, C. R. Daniel Suárez Hernández.

naturel sur eux. L'État exerce la propriété de ces biens sur la base du domaine éminent qu'il possède sur le territoire national ; il ne le fait pas comme s'il s'agissait d'un droit réel, mais exerce sur eux une réglementation d'usage »²⁴⁰. Cela met donc en évidence des imprécisions conceptuelles graves, comme le fait qu'il s'agit de biens appartenant à l'État, mais que cette propriété n'est pas considérée comme un droit réel.²⁴¹

378. Certaines décisions font également référence au domaine éminent comme un synonyme de bien d'usage public, en signalant que « le pouvoir des curateurs urbains finit par affecter des biens appartenant au domaine éminent de l'État ou des biens d'usage public »²⁴² et enfin, d'autres décisions utilisent l'expression de domaine éminent comme expression de la souveraineté sur le plan interne, comme un pouvoir permettant de « réguler, orienter, et surveiller l'usage, l'exploitation et la disposition de la propriété »²⁴³. Une autre décision affirme qu'« il est clair que le domaine éminent est un droit de nature politique, et il n'est donc pas lié au patrimoine d'État, contrairement au domaine public de l'État, qui a lui un contenu économique »²⁴⁴. Il semble donc, bien que cela reste confus, qu'il existe un domaine éminent au contenu patrimonial, et un domaine au contenu non patrimonial.

379. C'est pourquoi la jurisprudence du contentieux administratif a abandonné de façon progressive les explications basées uniquement sur le concept de domaine éminent pour expliquer la relation entre les personnes de droit public et les biens d'usage public. Cette relation est aujourd'hui interprétée sur la base de l'affectation, laquelle est à son tour interprétée en fonction des obligations de l'État par rapport à la propriété publique, dans le cadre d'une vision particulière de l'État libéral et de la clause de l'État social de droit. Il est certain que les fonctions et obligations de l'administration publique propriétaire des biens se voient affectées par l'absence d'une construction conceptuelle claire concernant

²⁴⁰ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 10 août 2005, Sentence n° 08001-23-31000-1992-06673-01, C.R. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁴¹ Pimiento Echeverri J. A., *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación y régimen jurídico*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 241 et suiv.

²⁴² Voir Colombie, Conseil d'État, Salle de consultation et service civil, 2 juin 2005, Sentence n° 1650, C.R. Gustavo Aponte Santos, et Décret 1052 de 1998, modifié par le Décret 1547 de 2000 ; selon ces normes, le curateur urbain est un particulier exerçant des fonctions administratives en matière d'urbanisme, chargé de délivrer les licences de construction.

²⁴³ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 2 juin 2005, Sentence n° 25000-23-24-000-2004-00710-01, C.R. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁴⁴ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, première section, 23 novembre 1989, dossier 1278.

la propriété publique, ce qui rend difficile d'exercer de façon intégrale les impératifs constitutionnels qu'impliquent non seulement la protection et le maintien des biens qui font l'objet de la propriété, mais également de mener une gestion efficace à travers une exploitation sociale et économique adéquate et rationnelle de ces biens.

380. D'autre part, dans les textes mentionnant de manière spécifique la propriété et la gestion des ressources naturelles renouvelables ou non, le Conseil d'État indique que la propriété publique gérée par l'État implique l'obligation d'administrer l'exploitation de ces ressources et des biens de domaine public. Ceci explique que sa jurisprudence interprète que l'État a l'obligation d'assurer les conditions permettant aux personnes de profiter du droit à profiter d'un environnement sain, ce pour quoi il devra exercer les fonctions de contrôle et surveillance des activités économiques qui pourraient l'affecter, tout en permettant le développement durable, et en assurant en outre la gestion et l'exploitation correcte des ressources naturelles, rôle qui prend corps grâce à l'expédition constante de normes qui réglementent et fournissent les bases de la conservation et l'exploitation des ressources.

381. Cette jurisprudence permet d'observer avec une certaine clarté la façon dont les biens intégrant la propriété publique doivent être préservés, sans ignorer qu'ils sont associés au progrès des États. Ceci suppose le renforcement des mécanismes pour sa protection, tout en maintenant l'ordre social. C'est pour cela que le Conseil d'État insiste sur le fait que c'est au législateur de renforcer de façon permanente les mécanismes visant à protéger de tels biens, afin d'éviter les dégâts et les préjudices d'ordre public. Selon cette logique, à l'évidence protectionniste, la Constitution établit comme principe fondamental que non seulement l'État, mais également les personnes, doivent protéger les richesses de la Nation (art. 8 de la Constitution politique). Le premier niveau de protection doit être exercé par les habitants eux-mêmes en vertu de leur devoir social et peut se manifester par l'exercice des différents mécanismes de participation citoyenne offerts par le texte constitutionnel, telles que les actions populaires et les consultations, ou par des actions de tutelle²⁴⁵. Le deuxième niveau concerne la protection de l'État, qui doit fournir des politiques permettant une meilleure exploitation de ces richesses par ses habitants.

²⁴⁵ Nous faisons ici référence à l'action constitutionnelle prévue à l'article 86 de la Constitution politique de la Colombie, qui octroie par ce biais le droit à toute personne de réclamer à tout juge, à tout moment et en tout lieu, grâce à une procédure préférentielle et sommaire, la protection immédiate de ses droits

382. La jurisprudence définit également la propriété sur les ressources naturelles comme une manifestation d'un droit souverain, qui permet donc l'attribution à des tiers ou leur accès pour son exploitation adéquate. Il y a un certain temps en Colombie, la protection des ressources naturelles était couverte par le Décret 2811 de 1974²⁴⁶, qui établissait des politiques de contrôle de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables, définis comme biens fiscaux faisant partie de la propriété d'après le concept du développement durable.

383. Cette protection a également fait l'objet de plusieurs études de la part du Conseil d'État, qui a établi que « le développement durable sert à déterminer les limites de la croissance économique ainsi qu'à éviter de sacrifier de façon illimitée les ressources environnementales des pays. En d'autres termes, le développement durable vise à trouver un juste milieu entre le développement économique nécessaire pour satisfaire les besoins essentiels en sacrifiant le moins possible l'environnement et les ressources naturelles renouvelables ou non ».²⁴⁷

384. Dans tous les cas, l'évolution du concept de propriété publique, et en particulier de la propriété sur les ressources minières permet d'observer que, peu importe le moment historique et la situation politique ou économique vécue par la société ou l'État, la propriété a toujours été considérée comme une richesse publique stratégique de l'État, qui remplit une fonction sociale et doit donc être mise à profit dans l'intérêt de la société. Cependant, comme nous le verrons, les limitations environnementales croissantes vont modifier ce concept.

385. Enfin, dans le cadre du processus de construction de la notion de propriété publique, la jurisprudence du Conseil d'État a également fait référence au patrimoine public comme « *la totalité des biens, droits, obligations qui font partie de la propriété de*

constitutionnels fondamentaux, lorsque ceux-ci sont enfreints par l'action ou l'omission de toute autorité publique ou même de particuliers (réglementée à travers le Décret 2591 de 1991). Cette action est semblable au recours de protection du droit espagnol ou au référé liberté du droit français.

²⁴⁶ Colombie, Décret 2811 de 1974 « *Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente* ».

²⁴⁷ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, sous-section C, 26 novembre 2013, Sentence n° 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP), C.R. Enrique Gil Botero ; Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 15 août 2007, Sentence n° 19001-23-31-000-2005-00993-01(AP), C.R. Ruth Stella Correa Palacio.

l'État et qui sont employés uniquement pour le respect des attributions, conformément à l'ordre normatif »²⁴⁸, dont la défense relève de l'État afin d'atteindre deux objectifs : « *la première concerne le maintien de l'intégrité de son contenu, c'est-à-dire prévenir et combattre son détriment ; et la seconde la gestion efficace et responsable de ses composants* »,²⁴⁹ à partir de ce qui est rendu légitime par les politiques du gouvernement visant à assurer sa protection, prévention et restitution.

386. La jurisprudence récente reconnaît sans aucune difficulté que le patrimoine public est composé des biens d'usage public et des biens fiscaux, et que le critère prépondérant pour déterminer leur nature juridique est leur affectation. De cette façon, « *alors que les biens d'usage public sont ceux accessibles à tous les citoyens sur lesquels veille l'État, sans qu'ils puissent en aucun cas être acquis, les biens fiscaux sont en revanche des biens pouvant être achetés ou vendus et qui sont donc susceptibles d'être appropriés par des sujets de droit public ou par des particuliers, selon les modes d'acquisition autorisés par l'ordre juridique. La doctrine a établi à ce sujet que les biens fiscaux possèdent des caractéristiques semblables aux biens se trouvant entre les mains de particuliers, sauf exception liée à la nature imprescriptible de l'ensemble d'entre eux, et la nature insaisissable de certains d'entre eux (...) les biens fiscaux de l'État doivent également remplir les critères liés à la fonction sociale et écologique de la propriété, ce qui implique que leur saisie est pertinente, étant entendu que l'exercice du domaine sur ces biens doit être effectué dans le cadre des paramètres définis par la Constitution politique.* »²⁵⁰

387. Ainsi, concernant les biens d'usage public, la jurisprudence établit que : « *Le titulaire du droit de domaine est l'État, représenté par les entités publiques respectives exerçant des facultés spéciales d'administration, de protection, de contrôle et de police. Celles-ci sont déterminées par la Constitution ou la loi. Il s'agit de biens du domaine public caractérisés par leur affectation à des fins publiques, parce que leur utilisation et jouissance appartiennent à la communauté pour des raisons d'intérêt général. Ils sont sujets à un régime juridique en vertu duquel ils jouissent de privilèges comme leur*

²⁴⁸ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, cinquième section, 21 août 2014, Sentence n° 11001-03-15-000-2014-01544-00, C.R. Enrique Alfredo Daza Gamba.

²⁴⁹ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 8 juin 2011, Sentence n° 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP), C.R. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁵⁰ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 12 décembre 2014, Sentence n° 11001-03-26-000-2008-0111-00(36251), C.R. Danilo Roja Bethancourt.

caractère inaliénable, irrévocable et imprescriptible qui les place en dehors du marché »²⁵¹.

388. Concernant les biens fiscaux, la jurisprudence indique que ce sont « (...) ceux dont l'État détient le droit de domaine comme s'il s'agissait d'un bien de propriété particulière ; ce sont des biens qui sont sur le marché et qui sont destinés, en général, au fonctionnement de l'entité d'État à laquelle elle appartient ou à la prestation d'un service ; il convient de souligner pour cette catégorie de biens du domaine public leur caractère saisissable et aliénable, attendu que leur régime juridique est similaire à celui que l'ordre juridique accorde à la propriété privée ou particulière ».²⁵²

389. La jurisprudence de ce tribunal monte donc un développement qui, loin de se centrer sur l'effort de définition du concept juridique de propriété publique, justifie une meilleure affectation économique et sociale des biens au nom de l'intérêt général. Ceci se produit sur la base de la clause de l'État social de droit inclus dans la Constitution de 1991 pour caractériser la configuration étatique et qui servira de formule à l'État pour introduire des changements de fond au sein du système économique et social.

§2. Contribution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

390. Nous avons développé dans la section précédente la façon dont la juridiction du contentieux administratif a d'abord fourni la définition du contenu et de la portée de la propriété de l'État, notamment en ce qui concerne les ressources naturelles non renouvelables. Cependant à partir de la Constitution de 1990 et des nouvelles institutions mises en place par cette réforme, la Cour constitutionnelle va devenir un nouvel acteur dans ce domaine et redéfinir de façon progressive l'interprétation des normes sur la propriété des minéraux de la part de l'État.

391. Notons qu'actuellement les décisions de la Cour constitutionnelle en la matière sont devenues d'une grande pertinence, non seulement à cause de leurs implications juridiques, mais surtout en raison des conséquences économiques. Ceci au point que

²⁵¹ Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, quatrième section, 20 novembre 2003, Sentence n° 25000-23-24-000-2002-01503-01 (AP-01503), C.R. Ligia López Díaz.

²⁵² Colombie, Conseil d'État, Salle de contentieux administratif, troisième section, 18 mars 2010, Sentence n° 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390), C.R. Mauricio Fajardo Gómez.

certaines de ses décisions sont en train de contribuer à fixer les contours d'une politique publique inexistante en matière d'administration des ressources minérales de l'État.

392. De fait, le développement de la jurisprudence concernant les questions en lien avec la propriété de l'État ou la gestion des ressources minérales est resté relativement faible durant les premières années après la création de la Cour constitutionnelle en 1991. La majorité des décisions publiées se centrent sur l'interprétation des normes octroyant depuis l'époque de l'Indépendance la propriété des minéraux et des hydrocarbures à la Nation et à l'État ainsi que sur l'incompatibilité potentielle des normes évoquées avec la Constitution et la garantie des particuliers réclamant parfois la propriété privée de ces ressources.

393. Étant donné que la structure sociale suppose une structure juridique ainsi qu'une structure économique²⁵³, il convient de rappeler que la Constitution de 1886 était basée sur une conception paternaliste et caritative de l'État. Voilà pourquoi l'exploitation de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables était décrite comme suit à la fin des années 50 : « *Malheureusement pour le pays, l'industrie minière n'est pas seulement en période de stagnation, mais de recul. Cela répond à de multiples causes d'ordre économique, tant sur le plan interne qu'international, comme en premier lieu le manque d'encouragements fiscaux, mais également la surproduction mondiale de certains minéraux ayant eu pour conséquence la baisse drastique des prix et rendant peu tentants les investissements dans certaines activités. En outre, cette surproduction a obligé des pays comme les États-Unis d'Amérique (grand consommateur, mais également producteur) à imposer des quotas d'importation, politique qui, en plus de la baisse des prix, a également réduit les marchés en volume*²⁵⁴.

²⁵³ Madrid Malo N., *Revista Anales de la Universidad de Antioquia. Seguridad jurídica e inseguridad económica*, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, enero a junio, 1965. p. 152. Cité par González Salazar N. E., *La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica* [en ligne], Sánchez Hernández H. A. (dir.), thèse de Droit, Universidad del Rosario, 2014, p. 250, [consulté le 20 février 2017] <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/8987>.

²⁵⁴ Revollo Bravo A., “Clasificación legal de las minas en Colombia”, *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, n° 499, mars – mai 1959, p. 79. Cité par González Salazar N. E., *La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica* [en ligne], Sánchez Hernández H. A. (dir.), thèse de Droit, Universidad del Rosario, 2014, p.250, [consulté le 20 février 2017] <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/8987>.

394. Bien qu'au cours des années 50 le développement de la production minière aurait pu être plus important et mieux adapté à la réglementation constitutionnelle, l'État n'a pas accru les marchés et a capitalisé les richesses en faveur d'un secteur limité. En effet, la Constitution de 1886 contenait des dispositions permettant à l'État de réduire les libertés politiques et économiques afin de favoriser certains citoyens au détriment d'autres, de maintenir un système de justice segmenté, de distribuer de façon bureaucratique l'accès à la richesse par le biais de droits de douane, licences et permis, de monopoliser l'activité bancaire en faveur de l'État et d'imposer de faibles contributions. Ce qui prédominait était donc la piètre liberté économique, le fort protectionnisme et le faible développement des marchés de capitaux.

395. Cela peut être attribué à l'origine même de la souveraineté, qui dans la Constitution de 1886 résidait en une Nation unifiée par la religion catholique autorisant l'autoritarisme par le biais d'un gouvernement central. Or la Constitution de 1991 a effectué une transition vers la souveraineté du peuple détenteur de droits et de responsabilités représentés par des libertés politiques et économiques et dont la volonté limite les gouvernements et permet de déployer des initiatives pour participer à la construction de l'État, tel que c'est effectivement le cas aujourd'hui.

396. Pendant les années 80, la Colombie est l'un des rares pays d'Amérique latine à jouir d'une relative stabilité macroéconomique²⁵⁵. Cependant, cette stabilité a été accompagnée d'un système politique fermé qui a entraîné de nombreux individus ainsi que des mouvements de jeunes à l'insurrection ; ceci a conduit aux premiers pourparlers de paix pendant le gouvernement du président Belisario Betancourt (1982-1986), lequel a donné son aval au premier projet d'élections populaires des maires, affaiblissant par conséquent dans une grande mesure le modèle centralisé et bureaucratique que représentait la Constitution de 1886.

²⁵⁵ Kalmanovitz S., "Constitución y modelo económico" [en ligne], in Facultad de Derecho, Universidad Nacional e ILSA, *Diez años de la Constitución colombiana 1991-2001: Seminario de Evaluación*, Auditorio León de Greiff, 14 et 15 juin 2001, Bogota, ILSA, 2001, 31 p., [consulté le 20 février 2017] : « La croissance économique de la Colombie au cours du XXe siècle a été de près de 4,7 % par an (Greco), ce qui a permis l'exploitation du produit refoulé à la fin du XIXe siècle lors du boom du café et constitue un bon résultat en termes internationaux. Entre 1905 et 1949, dans des conditions de plus ample liberté économique que celles qui ont suivi dans les années 50, la croissance annuelle a été de 4,93 %, alors qu'entre 1950 et l'an 2000 elle a été de 4,51 % ; cette importante différence laisse entendre que la moindre liberté économique, le fort protectionnisme et le faible développement des marchés de capitaux ont entraîné des résultats économiques moins bons dans la deuxième moitié du XIXe siècle. »

397. Dans ce contexte, la réalité prendra un tour différent au début des années 90, alors que l'État colombien commence à s'insérer dans l'économie globale et à s'adapter à l'ouverture du commerce mondial ; les structures juridiques et économiques sont donc élaborées autour de l'idée de la liberté de commerce, la liberté d'investissement du capital et la liberté de création d'entreprise dans des pays étrangers. La charte politique colombienne de 1991 modifiera donc l'orientation économique fondamentale basée sur un fort protectionnisme que le pays avait adoptée dans les années 50.²⁵⁶

398. Ainsi au début des années 90 il existe une importante exploitation de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables, conformément au modèle conservateur précédent basé sur la concession et inspiré de la Loi 20 de 1969 et le Décret 2655 de 1988 dans lequel se distinguent la faible compétence et le désintérêt de l'État et des communautés pour les formes d'administration et d'exploitation de ces ressources. Une fois les failles précédentes identifiées, la Constitution politique de 1991 a été expédiée afin de répondre aux exigences nationales et internationales et assurer la génération de ressources pour la Nation en profitant des timides investissements qui commençaient à entrer dans le pays²⁵⁷. C'était pour la Colombie les débuts du néolibéralisme, l'ouverture économique, la mise en place d'un modèle économique d'État basé sur une économie de marché, en plein processus d'adaptation et plus tard la forte promotion de l'arrivée de capitaux étrangers et de l'initiative citoyenne.

399. Parmi les aspects remarquables de la Constitution de 1991 se trouvent la conservation et le développement durable des ressources naturelles, bien que par le passé la préservation, prévention et régulation des ressources naturelles et la protection de l'environnement avaient été établies par le biais du Décret 2811 de 1974²⁵⁸ ; à cette occasion, les normes sont adaptées afin de contrôler l'exploitation de ressources naturelles non renouvelables en tant que biens fiscaux intégrant la propriété en lien avec le développement durable.

²⁵⁶ Kalmanovitz S., "Constitución y modelo económico", *op. cit.*

²⁵⁷ Revollo Bravo A., "Clasificación legal de las minas en Colombia", *op. cit.*, p. 79.

²⁵⁸ Colombie, Décret 2811 de 1974 «*Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*».

400. La Constitution est également pionnière en matière de protection des biens d'usage public, interdisant leur vente et conservant le droit sur ceux-ci et sur le patrimoine culturel de la Nation, conformés par des biens matériels de nature meuble ou immeuble pouvant appartenir à la Nation ou à des entités publiques.²⁵⁹ Enfin, elle proclame le régime du Trésor public, en disposant que les ressources naturelles non renouvelables appartiennent à l'État et en octroyant à celui-ci la possibilité de contrôler leur exploitation.

401. La première décennie de jurisprudence de la Cour constitutionnelle concernant les droits de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables s'est limitée dans la plupart des cas à réaffirmer leur propriété et leur contenu face à d'éventuelles revendications provenant de tiers. Ainsi, la première décision de la Cour constitutionnelle ayant abordé la question de la propriété de l'État est la décision T-566 de 1992²⁶⁰ qui, comme il a été mentionné, revêt une importance particulière puisqu'elle a tenté pour la première fois de distinguer différents types de relations juridiques pouvant être établies entre les biens et l'État et ses entités. En effet, elle interprète les types de propriétés à partir de l'article 58 de la Constitution, en faisant une différence au moins conceptuelle entre la propriété privée, publique et de l'État, dépassant enfin la division classique des biens publics, entre biens fiscaux et d'usage public, fixée par le Code civil depuis 1887.

402. Cependant, il convient de remarquer que la définition que la décision établit en matière de propriété de l'État et de propriété publique a peu été prise en compte dans le développement postérieur de la jurisprudence, et éclaire encore moins la définition des concepts actuels ayant en réalité leur source directe dans la Constitution lorsque celle-ci attribue la propriété exclusive de certains biens à l'État dans certains de ses articles.

403. Dans la décision C-006 de 1993²⁶¹ la jurisprudence constitutionnelle élargit pour la première fois le concept classique de propriété, qui en termes génériques suppose l'organisation de la richesse sociale pour le développement économique, et introduit le terme de *propriété solidariste*, marquée de façon importante par les exigences de justice

²⁵⁹ Colombie, Loi 1185 de 2008, « Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones ».

²⁶⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Quatrième salle de révision, 23 octobre 1992, Sentence n° T-566/92, dossier n° 3848, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

²⁶¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 18 janvier 1993, Sentence n° C-006/93, dossier n° D-060, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

et de développement économique et qui établit « *qu'elle oblige son titulaire à exercer le droit dans le cadre du bien commun* » d'après les concepts de fonction sociale de la propriété et d'utilité publique pour certaines activités économiques (l'exploitation minière, entre autres). Le modèle économique libéral commence ainsi à effacer la figure étatique précédente de propriétaire-gestionnaire unique, en créant de nouvelles forces sociales pour lesquelles la propriété doit répondre aux besoins collectifs de la vie économique.

404. Par conséquent, la jurisprudence stimule différentes formes de richesse et insiste sur l'exploitation et l'utilisation effective et adéquate des ressources naturelles non renouvelables, ce qui justifie l'imposition de règles d'usage et de jouissance des biens qui garantissent la préservation de l'environnement. Le développement économique et social est donc le responsable ultime de la mutation du concept et du sens que la jurisprudence et la société colombienne ont donné à la propriété publique et privée au cours du temps.

405. Dans la décision C-216 de 1993,²⁶² la Cour établit que « *la garantie qu'offre l'article 63 de la Constitution²⁶³ est le caractère intangible du bénéfice commun concernant les biens d'usage public, mais pas le caractère inutile ou l'absence forcée d'exploitation économique, puisqu'elle reconnaît que ces biens font partie de la richesse nationale dont l'État doit prendre soin, conformément à l'article 8 de la Constitution, justement à cause de l'importance que revêt leur exploitation appropriée pour la collectivité. Bien que la décision citée ne le mentionne pas, il n'existe pas d'argument économique, juridique ou social justifiant que la nécessité d'une exploitation économique appropriée de la propriété ne puisse pas également s'étendre aux biens appartenant à l'État, comme c'est le cas des ressources naturelles non renouvelables. Ceci tout en rappelant que depuis l'époque coloniale et les périodes postérieures, la nécessité d'une exploitation adéquate et rentable des ressources naturelles en tant que source importante de financement des dépenses de la Couronne et ensuite de la République a toujours été présente* ».

²⁶² Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 9 juin 1993, Sentence n° C-216/93, dossier n° D-218, M.R. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁶³ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 63 : « *Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.* »

[Notre traduction :] « Les biens d'usage public, les parcs naturels, les terres communales des groupes ethniques, les terres des réserves, le patrimoine archéologique de la Nation et les autres biens indiqués par la loi sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. »

406. Cependant, la jurisprudence signale que ce besoin économique ne peut engendrer des comportements amples et tolérants sacrifiant la nécessaire protection de l'environnement et des ressources naturelles renouvelables, puisque cela serait clairement incompatible avec les nouveaux postulats inclus dans la Constitution en matière environnementale. Voilà pourquoi l'article 246 du Décret 2655 de 1988 signalant que l'octroi d'un titre de concession minière par l'État incluait de façon implicite les permis environnementaux a été déclaré inapplicable.

407. Depuis lors, dans le cas colombien, l'administration des ressources minières et l'administration de l'environnement sont parfaitement différenciées en termes d'autorités, de procédures et d'obligations. Cela est donc devenu la source de graves inconvénients qui se sont accrues au cours des dernières années en raison du manque de coordination et d'identité dans les politiques et les objectifs poursuivis.

408. La décision C-424 de 1994²⁶⁴, qui analyse l'action publique pour inconstitutionnalité de la Loi 97 de 1993 « selon laquelle la Loi 20 de 1969 est interprétée avec autorité et d'autres dispositions sont dictées », renforce le critère introduit sur la propriété du sous-sol depuis la Constitution de 1886, dans laquelle l'article 202 a ordonné que les mines appartiennent à la Nation, nonobstant le respect des droits qui auraient été constitués en faveur de tiers. La Cour rappelle les critères inclus en matière de propriété du sol depuis 1886 autour de la séparation de la propriété du sol et de la propriété du sous-sol, ainsi que la règle générale selon laquelle le sous-sol appartient à la République.

409. Cette jurisprudence comme il est possible de constater, réitère qu'une fonction sociale a historiquement été attribuée à la propriété de l'État et suppose des obligations se réalisant par l'exploitation et l'entretien adéquat de la propriété, logique qui a justifié, bien qu'un peu tard, la publication de la Loi 20 de 1969 visant à adapter la législation sur le sous-sol à l'ordre constitutionnel de 1886 et à éliminer certains obstacles entravant le développement et l'usage correct des activités d'exploration, d'exploitation et de profit sur les ressources non renouvelables.

²⁶⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, 29 septembre 1994, Sentence n° C-424/94, dossiers n° D-540, 548 et 555 (accumulés), M.R. Fabio Morón Díaz.

410. Des décisions comme la C-519 de 1994 soulignent et effectuent une interprétation de la portée de la fonction sociale (liée à la richesse minière) et écologique (limites tolérables de dommage environnemental) que doit remplir l'exploitation de la propriété publique sur les ressources naturelles non renouvelables. On peut donc observer que la jurisprudence opte pour une posture tolérante face au développement des activités économiques, qui doivent s'adapter au cadre réglementaire qui les oriente, les contrôle et les surveille afin qu'elles ne causent pas de dommages à l'environnement ou qu'elles réduisent cet impact à de minimes conséquences. Cependant, ce Tribunal a expliqué ce qui suit concernant les limites assimilables : « L'autorité environnementale doit admettre l'exercice d'une activité économique légitime lorsque son exercice ne compromet pas les limites tolérables de pollution, et si elle les dépasse, le bien commun exigera que l'exercice de cette activité économique soit restreint ou interdit au particulier ».

411. D'autre part, la décision C-647 de 1997²⁶⁵ explique comment l'État, dans l'exercice des attributs de propriété qu'il détient sur les ressources non renouvelables, peut permettre la participation du secteur privé par le biais de différentes modalités de contrat afin d'assurer leur exploitation et leur gestion, sans affecter sa titularité qui ne peut lui être retirée. Reconnaissant la faible capacité de l'État en tant qu'entrepreneur²⁶⁶, la Cour justifie la mise en oeuvre de différentes formes d'association qui permettent à l'État de pallier l'absence d'infrastructure, de technologie ainsi que les coûts élevés que le développement de ces activités exige.

²⁶⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Deuxième salle de la Cour d'appel du travail et de la prévoyance sociale, 23 décembre 1997, Sentence n° C-647/97, M.R. Fabio Morón Díaz.

²⁶⁶ Il convient de remarquer que l'exploitation des salines maritimes et terrestres a toujours reçu un traitement spécial, différent des autres minéraux ; la Banque de la République puis l'Institut de promotion industrielle « Instituto de Fomento Industrial » ont agi en tant que concessionnaires pour l'exploitation des salines. L'article 321 du Décret 2655 de 1988 (ancien Code des Mines) signale : « *Salinas marítimas y terrestres. La explotación de las salinas marítimas y terrestres, así como la elaboración, refinación y expendio de sal y demás productos resultantes, continuarán rigiéndose por el contrato de administración delegada, conocido como "Concesión Salinas", celebrado con el Instituto de Fomento Industrial, mediante la Escritura Pública número 753 de abril 2 de 1970. Terminado dicho régimen se explotarán por el sistema de aportes otorgados a empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional o a la entidad que determine el Ministerio.* »

[Notre traduction :] « Réserves de sel maritimes et terrestres. L'exploitation des réserves maritimes et terrestres ainsi que l'élaboration, le raffinement et la distribution du sel et d'autres produits dérivés continueront d'être régis par le contrat d'administration déléguée connu sous le nom de "Concesión Salinas" signé entre l'Institut de Fomento Industrial (IFI) sous l'écriture publique n° 753 du 2 avril 1970. À l'issue de ce régime, elles seront exploitées par le biais du système d'apports octroyés aux entreprises industrielles et commerciales de l'État d'ordre national ou à l'entité désignée par le ministère. »

412. Elle précise également que, bien que certaines normes citées font mention de la Nation en tant que propriétaire des ressources naturelles non renouvelables, de façon rigoureuse et d'après l'interprétation choisie par la Cour constitutionnelle, la Charte politique a recours au terme « Nation » pour désigner les autorités centrales en les différenciant des décentralisées, permettant de manière plus conforme à la Constitution de comprendre que le domaine de ces ressources appartient à l'État, terme faisant pour sa part référence à « l'ensemble des autorités publiques ». ²⁶⁷ Enfin, elle signale que bien que la Constitution n'a pas imposé à l'État comment administrer ces ressources de manière spécifique, il était clair que la propriété étatique de ces ressources impliquait la possibilité de les exploiter directement ou indirectement, ou encore de les réserver de façon temporaire pour des raisons d'intérêt public. ²⁶⁸

413. Dans la sentence C-191 de 1998²⁶⁹, la Cour a analysé le contenu de l'article 102 de la Constitution, en déterminant que l'article tel qu'il était conçu contenait une double connotation : politique et juridique. Le contenu politique peut être interprété à partir de l'expression « Le territoire... appartient à la Nation », faisant référence au territoire comme un élément de l'État ; il serait donc impossible à l'État de se déclarer propriétaire de cet élément. La connotation juridique peut être identifiée dans l'expression « les biens publics qui en font partie appartiennent à la Nation ».

414. Ainsi, alors que sur le territoire c'est l'État qui exerce la souveraineté, en ce qui concerne les biens publics se trouvant sur le territoire c'est le droit de l'État en matière de propriété publique qui s'applique, compris non seulement sur le spectre électromagnétique (article 75 de la Constitution) et sur le sous-sol (article 332 de la Constitution), mais également sur le reste des biens publics qui composent le territoire.

415. Cette interprétation permet d'expliquer que des personnes différentes de l'État soient propriétaires des biens publics se trouvant sur son territoire, sans que ce droit suppose l'exercice d'un acte de souveraineté - laquelle appartient de façon exclusive à la Nation et valable par rapport aux autres États - ce qui permet de distinguer clairement

²⁶⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, 29 avril 1997, Sentence n° C-221/97, dossier n° D-1458, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

²⁶⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 9 juin 1993, Sentence n° C-216/93, dossier n° D-218, M.R. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁶⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 6 mai 1998, Sentence n° C-191/98, dossier n° D-1868, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

entre les notions classiques de souveraineté internes et externes construites par le droit constitutionnel.²⁷⁰

416. Les décisions prises entre 2000 et 2010 laissent de côté le débat autour de la titularité et le contenu de la propriété sur les ressources naturelles non renouvelables et mettent en évidence d'autres problématiques dérivées tout d'abord de la vision centraliste qui prédominait en matière de politique de gestion des ressources minières, et ensuite de la constitutionnalisation du droit à l'environnement et au développement durable. Ces problématiques ont des conséquences juridiques pertinentes, puisqu'elles impliquent que certains concepts juridiques et processus sociaux précédemment considérés comme acceptables commencent à perdre leur légitimité quand ils ne reconnaissent pas les mandats écologiques supérieurs.

417. Ainsi, dans la décision C-1160 de 2000²⁷¹ qui résout l'action publique d'inconstitutionnalité contre certains articles, en particulier de la Loi 141 de 1994 « Selon laquelle sont créés le Fonds national de redevances et la Commission nationale de redevances, le droit de l'État à percevoir des redevances pour l'exploitation de ressources naturelles non renouvelables est régulé et les règles pour sa liquidation et distribution sont établies, ainsi que d'autres dispositions ».

418. Cette jurisprudence a précisé que selon l'article 360 de la Constitution, c'est au législateur régulier que correspond tout ce qui se réfère aux ressources naturelles non renouvelables et aux droits des entités territoriales sur ceux-ci, notamment les départements et les municipalités ; de même, elle a spécifié que les redevances reviennent à l'État et que les départements et les municipalités ainsi que les ports maritimes et fluviaux ont le droit d'en obtenir une participation, mais n'en sont pas les titulaires ni ne peuvent les revendiquer comme étant leur propriété. Il est donc clair que pour cette époque, l'interprétation que la jurisprudence faisait des questions minières accordait davantage d'importance à un critère essentiellement centraliste, circonstance qui sera modifiée par la suite.

²⁷⁰ Pactet P., Melin-Soucramanien F., *Derecho Constitucional*, (traduction en espagnol de *Droit constitutionnel* par Corina Duque Ayala), Buenos Aires, Editorial Legis, 2011, p. 53 et 54.

²⁷¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 6 septembre 2000, Sentence n° C-1160/00, dossier n° D-2834, M.R. Fabio Morón Díaz.

419. Au vu de cette situation, la Cour a conclu que, bien que les entités territoriales ne sont pas propriétaires des redevances et des compensations engendrées par l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables ou du transport de celles-ci ou de leurs dérivés, elles ont le droit d'en obtenir une participation. En effet, les redevances et compensations sont considérées comme des sources exogènes de financement de l'entité territoriale, et les droits de participation de celle-ci sur les redevances doivent être déterminées par la loi ; le législateur est donc autorisé à signaler sa destination sans pour autant violer l'autonomie territoriale ni les dispositions de l'article 360 de la Constitution.²⁷²

420. Dans la décision C-339 de 2002 ²⁷³ qui répond à la question prioritaire de constitutionnalité contre l'intégralité des articles 4 et 34 et une partie des articles 3, 18 et 36 ainsi que les alinéas a) et c) de l'article 35 de la Loi 685 de 2001 (Code des Mines), on peut observer que la Cour reconnaît la menace que constitue une activité comme l'extraction pour les personnes et pour l'environnement ainsi que les limites devant lui être imposées, à partir de l'interprétation des obligations corrélées dérivant de la Constitution écologique pour l'État et les communautés.

421. C'est ainsi que l'on constate une approche abordant la question environnementale du point de vue éthique, économique et juridique. Sur le plan éthique, un principe biocentré apparaît, considérant que l'homme comme faisant partie de la Nature et leur octroyant aux deux la même valeur. Sur le plan économique, le système productif ne peut plus extraire de ressources ni produire de déchets de façon illimitée : il doit s'assujettir à l'intérêt social, à l'environnement et au patrimoine culturel de la Nation, et trouve ses

²⁷² La loi 141 de 1994 prévoyait que les redevances constituaient une compensation visant principalement à satisfaire les besoins élémentaires primaires des communautés directement affectées par l'exploitation des ressources minières. On s'attendait donc à ce que ces ressources soient investies de façon exclusive dans des mesures de satisfaction des besoins élémentaires comme les égouts et l'eau potable, la santé de la population la plus pauvre et son éducation. Cependant, le faible niveau des investissements de ressources dans ces domaines par les administrations locales après 20 ans de vigueur de ce modèle a rendu légitime la réforme du Système général de redevances en 2010, alors que les investissements dans les projets miniers connaissaient un essor très important. Cette réforme du système de redevances a démocratisé la participation des communautés à ces ressources. Le champ d'attribution des ressources reçues au titre de redevances a donc été élargi et ces fonds distribués dans tout le pays à travers le Fonds pour la science, la technologie et l'innovation, le Fonds de développement régional, le Fonds de compensation régionale, d'épargne et de stabilisation et le FONPET, tout en conservant le modèle d'affectation directe (Acte législatif n° 05 du 8 juillet 2011).

²⁷³ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 7 mai 2002, Sentence n° C-339/02, dossier n° D-3767, M.R. Jaime Araujo Rentería.

limites dans le bien commun et la direction générale de l'État chargée de ces questions (articles 333 et 334 C.P.).

422. Sur le plan juridique, le droit et l'État doivent non seulement protéger la dignité et la liberté de l'homme face aux autres hommes, mais également face à la menace que représentent l'exploitation et l'épuisement des ressources naturelles ; de nouvelles valeurs, normes, techniques juridiques et principes doivent donc être élaborés et accorder davantage d'importance aux droits collectifs qu'aux valeurs individuelles (article 67 alinéas 2, 79, 88 et 95 alinéa 8 C.P.).

423. La décision C-1071 de 2003²⁷⁴ établit le fondement écologique et économique du droit que détient l'État d'encaisser une redevance générée par l'exploitation des ressources minières, indépendamment du fait que le titulaire de sa propriété soit une personne publique ou privée. La Cour conclut que cette perception est légitime en raison en premier lieu du besoin de compensation des dommages environnementaux et sociaux produits par l'épuisement des ressources non renouvelables (fonction sociale de la propriété comprenant une fonction écologique inhérente) et en deuxième lieu comme une contre-prestation suite à l'exploitation d'un bien relevant de la propriété de l'État.

424. La décision C-813 de 2009²⁷⁵ précise que l'utilisation des ressources minières doit se faire en harmonie avec les principes et les normes d'exploitation rationnelle et le concept intégral de développement durable, et que les normes minières ainsi qu'environnementales développent des normes constitutionnelles ordonnant à l'État de planifier et de contrôler l'exploitation des ressources afin de garantir la conservation d'un environnement sain. Pour toutes ces raisons, bien que l'étape exploratoire d'un projet minier ne requière pas en principe de permis environnemental, elle reste sujette au respect des règles et normes environnementales garantissant une protection contre d'éventuels impacts ou dommages à l'environnement.

425. À cette étape de la jurisprudence, il devient évident que la Cour met l'accent sur l'interprétation des normes environnementales affectées par l'exploitation de la propriété

²⁷⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 13 novembre 2003, Sentence n° C-1071/03, dossier n° D-4583, M.R. Rodrigo Escobar Gil.

²⁷⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 18 novembre 2009, Sentence n° C-813/09, dossier n° D-7720, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables. Voilà pourquoi à partir de la réaffirmation de la propriété de l'État sur le sous-sol et les ressources naturelles non renouvelables (article 332 C.P), l'État se voit obligé d'établir une série de politiques de planification visant la protection de l'environnement et de la biodiversité, en harmonie avec l'exploitation des ressources naturelles (articles 80 et 339 C.P).

426. Enfin, la jurisprudence constitutionnelle sur la propriété des mines prononcée entre 2010 et 2016 est plus étoffée et met davantage en évidence les tensions entre le développement de l'activité économique (particuliers-État) et la conservation d'un environnement sain. En ce sens, l'exploitation de diverses ressources, dont celles appartenant à l'État, est sujette à des limites strictes et à des conditions établies par les normes environnementales nationales et internationales qui cherchent à rendre compatible le développement économique durable avec l'intérêt supérieur lié à la conservation et préservation d'un environnement sain. Le postulat de la démocratie participative prévu à l'article 2 de la Constitution prend tout son sens lorsque cette même Cour soutient et promeut la participation des citoyens dans la prise de décisions concernant la vie économique, politique, administrative et culturelle de la Nation.

427. La décision T- 458/2011²⁷⁶, bien qu'elle continue de respecter la liberté de l'activité économique développée par les particuliers, impose une série de limites et de conditions à son exercice, qui tendent à les rendre compatibles avec l'exploitation des ressources naturelles renouvelables selon le critère de développement économique durable et le nécessaire besoin de préservation et de conservation d'un environnement sain. De même, la décision T-154/2013²⁷⁷ établit que dans le cadre constitutionnel, l'exploitation des ressources naturelles, bien qu'autorisée, ne peut entraîner de préjudices en termes de salubrité individuelle et sociale ni provoquer de dommages ou de dégâts portant atteinte à la diversité et l'intégrité de l'environnement. En d'autres termes, la Constitution de 1991 vise un modèle de développement durable dans lequel l'activité productive est orientée par les principes de conservation, restauration et substitution.

²⁷⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Septième salle de révision, 31 mai 2011, Sentence n° T-458/11, dossier n° T-2'843.002, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁷⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 21 mars 2013, Sentence n° T-154/13, dossier n° T-2550727, M.R. Nilson Pinilla Pinilla.

428. D'autre part, la décision C-123 de 2014²⁷⁸ analyse la constitutionnalité de l'article 37 du Code des Mines et est particulièrement significative quant à l'interprétation qu'avait effectuée la Cour dans la décision C-1160 de 2000 en étudiant l'autonomie des entités territoriales en matière d'exclusion des activités minières. À cette occasion, l'analyse a porté sur l'apparente disproportion établie par la norme mise en cause, lorsqu'elle interdit de façon absolue que les conseils municipaux et de district excluent ou restreignent la mise en œuvre d'activités d'exploration et d'exploitation minière sur leur territoire, ignorant ainsi les principes de coordination et de concurrence dans l'exercice des compétences dérivées du principe d'autonomie territoriale, conformément à l'article 288 C.P, ce qui peut engendrer le non-respect du devoir de protection du patrimoine culturel de la Nation ainsi que du devoir de protection de l'environnement dans les territoires municipaux et de district.

429. Pour la Cour, une interprétation préliminaire de la norme mise en cause peut trouver sa justification dans le principe constitutionnel de l'organisation unitaire de l'État colombien qui privilégie la position de la Nation dans la détermination des politiques relatives à l'exploitation des ressources naturelles. Néanmoins, il faut également tenir compte d'autres contenus constitutionnels de même valeur au sein de l'organisation de l'État, comme les principes d'autonomie et de décentralisation dont bénéficient les entités territoriales en matière d'administration de leurs intérêts (article 287 C.P) et de coordination et de concurrence (article 288 C.P). Ces principes doivent être respectés au moment du partage de compétences entre la Nation et, dans ce cas, les municipalités et les districts.

430. Pour cette raison, et afin d'apporter une solution permettant d'appliquer de façon harmonieuse le contenu des principes faisant l'objet de tensions, la Cour déclare que le processus d'autorisation de la mise en œuvre de toute activité d'exploration et d'exploitation minière doit tenir compte des questions de coordination et de concurrence basées sur le principe constitutionnel de l'autonomie territoriale. Dans la pratique, la Cour exige que ces processus permettent la participation active et efficace des entités municipales et de districts impliqués, par le biais d'accords concernant la protection de

²⁷⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Alberto Rojas Ríos.

leurs ressources hydriques et la santé de la population, ainsi que les aspects fondamentaux de leur développement économique, social et culturel.

431. Dans la décision T-080-2015²⁷⁹, la Cour indique que, sans avoir l'intention de soutenir un modèle de développement particulier ni d'écarter complètement la pertinence de la croissance durable du capital pour le bien-être social, dans le cadre de la Constitution politique de 1991 et du souhait de création d'un État social et démocratique de droit, l'ouverture au pluralisme, trait déterminant de l'ordre juridique colombien, constitue un impératif absolu. En ce sens, la reconnaissance de la diversité culturelle ne doit pas être appréciée uniquement dans ses aspects tangibles comme la religion ou la consultation préalable, mais également dans les domaines de l'économie et de ce que recouvre le terme de « développement ». D'ailleurs, les postulats économiques trouvent leur fondement et leur diffusion grâce à des modèles tenant compte de l'individu et des relations qu'il établit avec la société et l'environnement dans lesquels il vit.

432. Les décisions constitutionnelles les plus pertinentes publiées en 2015 et 2016²⁸⁰ et qui seront l'objet d'une analyse détaillée dans la troisième partie de ce document ont en commun les références répétées au principe participatif dans la gestion des ressources naturelles. Non seulement parce qu'en général, et conformément au principe démocratique établi par les articles 1, 2 et 3 de la Constitution, toutes les personnes ont le droit d'influencer les décisions les concernant, mais également parce qu'en matière d'écologie,

²⁷⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 20 février 2015, Sentence n° T-080/15, dossier n° T-4.353.004, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁸⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 6 mai 2015, Sentence n° C-261/15, dossier n° D-10391, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 septembre 2015, Sentence n° C-619 /15, dossier n° D-10673, M.R. Gloria Stela Ortiz Delgado.

Colombie, Cour constitutionnelle, Quatrième salle de révision, 16 décembre 2015, Sentence n° T-766/15, dossier n° T-4.327.004, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stela Ortiz Delgado.

Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 18 mai 2016, Sentence n° C-259/16, dossier n° D-10891, M.R. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Colombie, Cour constitutionnelle, 25 mai 2016, Sentence n° C-273/16, dossier n° D-11075, M.R. Gloria Stela Ortiz Delgado.

Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M.R. María Victoria Calle Correa.

Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 juin 2016, Sentence n° C-298/16, dossier n° D-10935, M.R. Alberto Rojas Ríos.

Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 19 août 2016, Sentence n° T-445/16, dossier n° T- T-5.498.864, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

la Constitution indique expressément que le législateur doit garantir la participation des communautés dans les décisions ayant un impact sur l'environnement (article 79 C.P).

433. Depuis la Constitution de 1991, l'État colombien est doté d'une orientation sociale, contraignante et obligatoire pour tous les pouvoirs publics, y compris le pouvoir judiciaire. Par conséquent, l'interprétation effectuée par la Cour constitutionnelle de l'exploitation de la propriété étatique est fortement déterminée aujourd'hui par la clause de l'État social de droit prévue comme l'un des fondamentaux de l'État dans l'article 1 de la Constitution politique²⁸¹, contrairement à la France où elle n'est pas reconnue dans la Constitution.

434. La jurisprudence de la Cour montre que l'on a insisté sur le fait que l'adoption du principe de l'État social de droit ne suppose pas la constitutionnalisation d'un « modèle économique restreint, rigide, inamovible, qui aurait pour effet de légitimer de façon exclusive une idéologie ou un parti et d'interdire tous leurs contraires »²⁸² ; la Constitution doit donc être comprise comme un texte neutre, indifférent au comportement économique des particuliers ou de l'État. Au contraire, la Cour indique que « le nouveau droit constitutionnel conçoit un cadre économique qualifié sur le plan ontologique, qui part de la reconnaissance de l'inégalité sociale existante (article 13 C.P), de la consécration de certaines valeurs déterminées comme la justice et la paix sociale, des principes comme l'égalité et la solidarité, et des droits et libertés en matière civile, sociale, économique et culturelle qui conforment la raison d'être et les limites du rôle de l'État »²⁸³.

435. Étant donné que ce principe a été inclus sans prétendre imposer un modèle économique ou social de l'État²⁸⁴, il est certain que, selon le moment historique, il va déterminer le contenu et la direction de telles politiques ; voilà pourquoi le principe a même

²⁸¹ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 1 : « *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.* »

[Notre traduction :] « La Colombie est un État social de droit, constitué en République unitaire, décentralisée et composée d'entités territoriales autonomes, démocratique, participative et pluraliste, fondée sur le respect de la dignité humaine, le travail, la solidarité des personnes qui la composent et la primauté de l'intérêt général. »

²⁸² Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 23 février 1994, Sentence n° T-074/94, dossier n° 22897, M.R. Hernando Herrera Vergara.

²⁸³ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 23 février 1994, Sentence n° T-074/94, dossier n° 22897, M.R. Hernando Herrera Vergara.

²⁸⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 10 octobre 2001, Sentence n° C-1064/01, dossier n° D-3449, M.R. Manuel Jose Cepeda Espinosa et Jaime Cordoba Triviño.

été défini dès les premières décisions de la Cour comme « le passe-partout de l'ordre constitutionnel économique »²⁸⁵.

436. Ainsi, la clause de l'État social de droit aura le pouvoir juridique de mobiliser les organes publics afin de concrétiser à chaque moment historique un mode de vie publique et communautaire qui offre aux personnes les conditions matérielles adéquates permettant de jouir d'une liberté semblable²⁸⁶

437. Dans le cas colombien, l'État social de droit se fonde sur les valeurs traditionnelles de la liberté, l'égalité et la sécurité, qui excluent l'idée de promouvoir un rôle d'assistantat de la part d'un État pourvoyeur de biens et services. Par conséquent, « les droits en matière de prestations sont compris comme des fins sociales de l'action publique, offerts à des individus afin que ceux-ci puissent disposer d'une capacité réelle d'autodétermination »²⁸⁷ et permettent d'assurer la liberté et le développement personnel sain et nécessaire de l'individu. Contrairement à l'État social de droit qui s'occupe exclusivement d'un concept formel d'égalité et de liberté, la Cour a établi que « dans un État social de droit, l'égalité matérielle est déterminante en tant que principe fondamental qui guide les tâches de l'État afin de corriger les inégalités existantes, promouvoir l'inclusion et la participation et garantir aux personnes ou aux groupes en position de faiblesse la jouissance effective de leurs droits fondamentaux. »²⁸⁸

²⁸⁵ Voir Colombie, Cour constitutionnelle, Deuxième salle de révision, 28 août 1992, Sentence n° T-505/92, dossier n° T-2535, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz : « *El Estado social de derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales, y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación –propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y gasto público* ».

[Notre traduction :] « L'État social de droit, les principes de dignité humaine et de solidarité sociale, la finalité principale de promotion de la prospérité générale et de garantie de l'efficacité des droits, devoirs et principes constitutionnels, et le droit fondamental à l'égalité des chances guident l'interprétation de la Constitution économique et irradient tous les domaines de sa régulation : propriété privée, liberté d'entreprise, exploitation des ressources, production, distribution, utilisation et consommation de biens et services, régime fiscal, budgétaire et dépenses publiques. »

²⁸⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 6 mars 1997, Sentence n° SU-111/97, dossier n° T-107601, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 novembre 1995, Sentence n° C-566/95, dossier n° D-823, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 10 octobre 2001, Sentence n° C-1064/01, dossier n° D-3449, M.R. Manuel Jose Cepeda Espinosa et Jaime Cordoba Triviño.

438. La Cour a également dit que la finalité du principe d'un État social de droit est contraire à celle de l'État de droit libéral, puisque l'État social de droit ne se limite pas uniquement à assurer les biens juridiques de grande valeur comme la vie, la propriété ou la liberté, fonctions typiques de l'État gendarme. Ses finalités ont maintenant une plus grande portée et comprennent, entre autres, de « promouvoir la prospérité générale, de garantir l'efficacité des principes, droits et devoirs consacrés dans la Constitution, de faciliter la participation de tous aux décisions qui les affectent et affectent la vie économique, politique, administrative et culturelle de la Nation, et d'assurer qu'un ordre juste est en vigueur (article 2 de la Constitution) ». ²⁸⁹

439. Dans la Constitution, la matérialisation du principe d'un État social de droit se projette de deux manières. En premier lieu, dans la consécration du principe d'égalité et son corollaire inévitable : les droits sociaux et économiques et la prestation des services publics. En deuxième lieu, à travers les droits de participation de tous aux décisions qui les affectent et qui affectent la vie économique, politique, administrative et culturelle de la Nation, synthétisés dans le principe démocratique et grâce auquel l'État et les différentes instances du pouvoir au sein de la communauté sont socialisés²⁹⁰, rendant notable la connexion entre le principe de l'État social de droit et le principe démocratique.

Conclusion Section III

440. D'après ce qui précède, les mesures adoptées par les autorités dans le cadre d'un État social de droit doivent faire référence à la réalité des faits sur laquelle elles auront des effets, comme l'adoption de politiques concernant la gestion ou la conservation de la propriété de l'État, qui peuvent avoir des objectifs liés à la régulation, de réglementation ou d'interdiction²⁹¹ afin de matérialiser la finalité fondamentale affectée à l'État et aux institutions publiques : promouvoir des conditions de vie dignes et prospères pour l'ensemble de la population.

²⁸⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 9 septembre 2003, Sentence n° C-776/03, dossier n° D-4429, M.R. Manuel Jose Cepeda Espinosa.

²⁹⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 novembre 1995, Sentence n° C-566/95, dossier n° D-823, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁹¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 25 février 2003, Sentence n° C-150/03, dossier n° D-4194, M.R. Manuel Jose Cepeda Espinosa.

441. Ce que l'on peut donc conclure pour le moment à l'aune de la jurisprudence créée entre 2010 et 2016, c'est que la question environnementale possède une nature dynamique dans le temps et l'espace, et commence à s'imposer à partir de différentes interprétations qui auront un impact direct sur le contenu et la gestion de la propriété de l'État. Cela implique par exemple que d'une moyenne de 25 décisions publiées entre 2010 et 2016 concernant l'exploitation de la propriété de l'État en matière de ressources naturelles non renouvelables, plus de 90 % d'entre elles ont été résolues en faveur des populations les plus vulnérables, qui dans la plupart des cas ont invoqué la violation de leur droit à l'environnement. Ceci selon une logique dans le cadre de laquelle la Cour entend d'affirmer que, bien que l'exploitation des ressources naturelles est une activité autorisée, elle ne peut entraîner de dommages ou de dégâts irrationnels affectant la diversité et l'intégrité de l'environnement ainsi que le bien-être des communautés. Il est donc nécessaire de commencer à fixer les règles pour harmoniser l'exploitation économique et l'environnement écologique et social sur lequel elle s'appuie.

Conclusion Chapitre II

442. L'examen historique de la législation et des institutions chargées de l'administration des ressources minières a permis d'établir que la propriété de l'autorité souveraine sur les ressources minières s'est faite de façon quasi naturelle. Elle n'a en effet pas donné lieu à de grands débats ni à de fortes résistances. L'héritage des traditions espagnoles explique cela. En effet, la priorité au cours de la période postérieure à l'Indépendance jusqu'à la consolidation de la République de Colombie a été de réglementer et de garantir l'exploitation de ces ressources afin de couvrir les dépenses de l'État.

443. Les premières Constitutions ne comportent que quelques allusions ponctuelles à la propriété de l'État sur les mines, et cela se disperse encore davantage avec la mise en place de l'État fédéral, période au cours de laquelle les États fédéraux permirent au propriétaire du sol de devenir également propriétaire du sous-sol à titre privé. C'est avec le retour à une forme d'État unitaire, avec la Constitution de 1886, que l'importance et la nécessité que l'État récupère la propriété sur l'ensemble des ressources du sous-sol sont reconnues, donnant lieu à plusieurs processus de nationalisation des ressources minières. La Constitution de 1991 va réaffirmer la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables, en leur attribuant en outre un caractère supérieur d'utilité publique et d'intérêt social. Ainsi, l'État assurait sa prérogative liée au contrôle de leur exploitation, et développa pour cela une législation et des institutions.

444. Les contributions de la jurisprudence ont donc également été pertinentes pour la définition de la titularité et du contenu de la propriété sur les ressources naturelles non renouvelables. C'est un débat très présent jusqu'au début de l'an 2000, époque à laquelle d'autres problématiques apparaîtront, découlant davantage de la vision centraliste traditionnellement accordée à la politique de gestion des ressources du sous-sol et à la mise en œuvre des principes et des fins de l'État social de droit.

CONCLUSION PREMIÈRE PARTIE

445. Étant donné que l'objet central de cette analyse vise en partie à comprendre la relation juridique établie par l'État vis-à-vis de biens spécifiques comme les ressources naturelles non renouvelables et donc ses devoirs quant à sa gestion et sa protection, nous avons jugé pertinent de remonter aux origines de la propriété en général, et plus particulièrement en Colombie. Nous avons étudié l'origine de la propriété sur les ressources minières en raison de leur importance stratégique et des tensions que leur exploitation a entraîné vis-à-vis de droits fondamentaux ainsi que d'ordre social et économique.

446. L'Histoire est parsemée de débats passionnés autour des expressions les plus anciennes de la propriété. La « *mancipium o mancipium, de manu capere* », qui supposait l'acquisition par la force, ou le concept de « *dominus* » ou « *propietas* » qui impliquait la prérogative du propriétaire sur une chose corporelle, faisaient référence au départ à une conception très ample de la propriété. Celle-ci permettra ensuite de reconnaître différents types, par exemple la propriété collective, directement associée à la terre (propriété immobilière).

447. Les définitions initiales de la propriété, y compris les romaines, comportaient trois éléments essentiels propres aux lois civiles qui font toujours partie du droit à l'heure actuelle et qui caractérisent les pouvoirs absolus que l'on peut détenir sur les choses : le *ius utendi o usus*, ou droit qu'avait le propriétaire de se servir de la chose et d'en obtenir tous les avantages potentiels ; le *ius fruendi o frutus*, lié à la faculté d'obtenir les fruits civils et naturels que le bien peut produire ; et le *ius abutendi o abusus*, qui implique le pouvoir de consommer la chose et d'en disposer de façon absolue et définitive. Ces trois pouvoirs relevaient exclusivement des lois civiles.

448. Mais les transformations et limites dont la propriété privée fera l'objet favoriseront de façon presque parallèle à son évolution l'apparition des premiers éléments de construction d'un concept différent de propriété basée sur l'État et associée à la souveraineté, généralement appelée propriété publique. Une série de classifications se distinguent, en fonction de la nature du bien et de son affectation (p.e. *ager romanus* et

ager publicus). Elles sont sujettes à un régime d'exploitation particulier, conformément aux usages de l'époque, et l'État pourra exercer sur elles les mêmes pouvoirs d'*usus, fructus o abusus*. Il est donc prévu en principe qu'en sa qualité de propriétaire du sol, l'État pourra également devenir propriétaire des ressources du sous-sol au moyen de l'accession.

449. Ce régime de la propriété qualifié d'objectif sera radicalement modifié ensuite. D'abord au Moyen-Âge, lorsque la monarchie absolue s'attribue la propriété du royaume en constituant un patrimoine unique rassemblant les biens du roi. C'est ce que l'on appellera plus tard un régime subjectif de la propriété. Puis la Révolution française et les idées libérales, sans faire aucune distinction entre la propriété publique et privée, substituent la totalité de la propriété du roi par celle de la Nation (propriété de la Nation). La souveraineté sera l'attribut de l'État qui permettra l'ouverture vers d'autres classifications des biens. Dans ce cadre, l'État présentera différents types de relations, ce qui a justifié qu'elles ne puissent toutes être soumises au droit commun.

450. Au cours des années suivantes, le sujet des discussions consistera donc à déterminer si l'État et les personnes publiques peuvent exercer un véritable droit de propriété ainsi que sur le contenu et la portée de ce droit et de ses mécanismes de protection. En parallèle, sous l'influence des idées postrévolutionnaires et en raison de la diversité des affectations des choses, des classifications et des régimes concrets de biens seront élaborés. Ils seront ensuite plus ou moins adoptés en Amérique latine, notamment via la rédaction des différents Codes civils, qui ont été les premiers textes à s'occuper du régime juridique des biens en général.

451. L'approche historique des concepts ici abordés a permis d'établir que l'adoption des idées françaises en la matière n'a pas été très claire en Colombie. À l'époque de la rédaction de notre Code civil (1873), les concepts de propriété publique, de propriété de l'État, de biens d'usage public, de biens fiscaux et de domaine public (ce dernier amplement développé par la doctrine française) ont été compris de façon confuse par la doctrine et la jurisprudence du moment. Par conséquent, le rôle du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle a été (et restent aujourd'hui) prépondérant quant à la définition des concepts décrivant les différents types de propriétés.

452. Nous avons également pu constater qu'historiquement, il n'y a pas eu en Colombie de véritable intérêt du législateur pour le développement d'un droit des biens en tant que tel, contrairement à ce que l'on identifie en droit comparé et notamment en France. La classification des biens et le régime juridique consacrés par les législations du XIXe siècle, toujours en vigueur, s'avèrent insuffisants pour expliquer aujourd'hui la nature de toute une série de biens nouveaux et les réguler. Le régime juridique des biens en Colombie est diffus. Il est établi dans différentes normes, ce qui complique son examen, sa compréhension et son application harmonieuse et va clairement à l'encontre de sa conservation et de sa protection.

453. En outre, nous avons mis en évidence qu'en Colombie (comme dans d'autres systèmes juridiques), la reconnaissance de la propriété publique s'est faite à partir des différents types de relations que l'État peut entretenir avec les biens. Ainsi, dans certains cas il agira avec les pouvoirs absolus d'un propriétaire vis-à-vis de certains biens qui serviront à satisfaire les besoins de l'État (soit les biens fiscaux ou patrimoniaux). Et dans d'autres cas, il sera titulaire de biens sur lesquels il exerce plutôt des droits d'administration et de police afin de garantir et de protéger leur jouissance et usage commun, pour des raisons d'intérêt général. Dans cette dernière situation, il s'agit de biens destinés à l'usage et à la jouissance de tous les habitants du territoire et qui ne peuvent être utilisés de façon différente à celle prévue par la réglementation (biens d'usage public).

454. Enfin, il existe un autre type de propriété, le plus important pour l'objet de ce travail, représenté par la propriété attribuée à l'État en tant que souverain et représentant social, responsable de l'exécution de la loi et de la promotion de la richesse nationale (la propriété étatique). Elle s'exerce par exemple sur les ressources du sous-sol, propriété qui en plus, d'après notre ordre juridique, mérite une protection particulière par la Constitution politique.

455. Concernant ce dernier type de propriété, la propriété étatique, il convient de signaler que tout au long de notre Histoire, l'État s'est presque toujours attribué la propriété absolue de toutes les ressources du sous-sol (l'exception étant constituée par la courte existence de l'État fédéral). Conformément à une tradition fortement centraliste, la possibilité que les entités territoriales puissent réclamer des droits de propriété sur de tels biens parce qu'ils sont situés sur leur territoire est donc exclue. Dans cet ordre d'idées, la

responsabilité de leur administration relève exclusivement de l'État. Toute décision les concernant est associée à son pouvoir de gouvernance, ce qui implique que l'affectation des ressources du sous-sol échappe à la gestion que les entités territoriales effectuent sur leurs territoires.

456. Cependant, les temps ont changé et les questions autour de la propriété de ces ressources sont aujourd'hui au cœur des débats les plus intenses. Les discussions actuelles s'interrogent sur la possibilité des communautés ou des autorités locales de conditionner ou même d'interdire l'exploitation de ces ressources, puisqu'il s'agit de biens appartenant à tous, et feront l'objet de l'examen et de l'analyse développés dans la deuxième partie de cette recherche.

SECONDE PARTIE

LES TENSIONS GÉNÉRÉES PAR LA PROPRIÉTÉ DE L'ÉTAT QUANT À L'EXPLOITATION DES RESSOURCES NATURELLES NON RENOUVELABLES EN COLOMBIE

457. Dans la partie précédente, l'histoire de l'origine de la propriété de l'État et en particulier celle concernant les ressources naturelles non renouvelables en Colombie nous a permis de déterminer que ces ressources d'une valeur incalculable, source de richesse et de progrès collectif, ont augmenté. Depuis l'époque de la Conquête jusqu'à la moitié du XIXe siècle, leur exploitation a favorisé les intérêts des institutions représentant l'État, titulaire et propriétaire exclusif de ces ressources en sa qualité d'autorité souveraine.

458. Pour le cas de la Colombie, les modèles économiques et politiques d'État s'avèrent incompatibles. Le pays étant reconnu comme puissance minière dans la région, il est indéniable que l'exploitation des ressources du sous-sol affecte de façon significative les finances et le développement de l'État. Ceci, en raison de la mise en œuvre de politiques économiques d'État favorisant plusieurs aspects, dont : l'investissement étranger, la dérégulation de l'activité minière et l'imposition d'un modèle d'extraction massive. Tout cela pour favoriser, au moins en apparence, le développement national et local du fait de la participation des entités territoriales aux redevances. Cependant, le modèle d'État politique, celui de l'État social de droit, se voit affecté par le modèle économique mis en place pour l'exploitation de ces ressources.

459. Cette tension est devenue une source complexe de conflits avec les communautés autour de questions d'ordre environnemental, social et économique, mettant même à l'épreuve le respect même des fins de l'État prévues par la Constitution (**Chapitre I**). La situation précédente a entraîné l'augmentation des fonctions du juge, en particulier du juge constitutionnel. En adoptant le rôle d'arbitre central dans de nombreux conflits, celui-ci sera fondamental pour protéger les droits civils et les droits sociaux. Ce sera en particulier le cas dans les conflits socio-environnementaux, y compris ceux liés à ce que l'on appelle les consultations populaires. Il s'agit en effet d'un mécanisme de participation politique qui est en train de se renforcer et qui limite le pouvoir de l'État-propriétaire des ressources

du sous-sol. En ce sens, la justice environnementale constituera l'une des frontières essentielles des droits vers laquelle commencent à tendre la doctrine et la jurisprudence constitutionnelles (**Chapitre II**).

Chapitre I

Le débat sur l'importance économique de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables

460. Depuis l'époque de la Conquête jusqu'à la moitié du XIXe siècle, l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables a favorisé les intérêts des institutions représentant l'État, titulaire et propriétaire exclusif de ces ressources en sa qualité d'autorité souveraine. Cependant, à partir de la moitié du XIXe siècle, la gestion et l'exploitation de la propriété sur les ressources naturelles non renouvelables ont privilégié des intérêts spécifiques, de personnes ou de groupes d'affaires d'origine nationale ou étrangère, de façon progressive et en suscitant une certaine préoccupation. Ces intérêts se sont avérés favorisés par la lente transition des États entrepreneurs vers des États contrôleurs, tendance qui s'est pleinement imposée vers le milieu du XXe siècle. Cette évolution s'est faite dans le cadre de ce que l'on a appelé l'Interventionnisme d'État²⁹², résultat des mesures que les États se sont vu dans l'obligation d'adopter face aux crises cycliques dont le modèle capitaliste faisait déjà preuve, et aux effets des deux grandes guerres mondiales pendant lesquelles les États ayant souscrit au modèle capitaliste ont dû prendre le contrôle direct de secteur-clé de l'économie.²⁹³

461. Ainsi, l'exploitation actuelle des ressources naturelles est réalisée avec l'autorisation de l'État colombien dans un but principalement individuel et non dans le cadre de la quête d'un bien collectif générant de la richesse pour tous. C'est donc la raison principale pour laquelle elle est devenue source de conflits multiples entre l'État, les communautés et l'industrie ou les entreprises.

462. Dans ce contexte, nous chercherons dans un premier temps à identifier et à décrire ce que l'exploitation des ressources du sous-sol a représenté et représente actuellement

²⁹² Sanchez Hernandez H., *La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y en Colombia*, 1^{re} édition, Bogota, Editorial Doctrina y Ley, 2016, p. 136 et 137. « L'interventionnisme se base sur la théorie de l'État émise par Jhon Maynard Keynes, modèle qui succéderait au capitalisme individualiste des époques précédentes et qui consoliderait le rôle actif de l'administration publique dans la planification économique, le contrôle de la demande et la création d'emploi. »

²⁹³ Echeverri Uruburu Á., *Teoría Constitucional y Ciencia Política*, 7e édition, Bogota, Ediciones Librería el Profesional, 2002, p. 130.

pour l'État colombien et les communautés sur le plan économique (**Section I**), ainsi que les structures économiques et politiques que l'État colombien a adoptées au cours du temps et la façon dont elles ont influencé la gestion et l'exploitation de la propriété étatique sur les ressources naturelles non renouvelables (**Section II**), et finalement la pression subséquente que ces modèles économiques et politiques exercent sur la jouissance des droits fondamentaux et sociaux des communautés proches des activités d'exploitation minière et qui sont devenus une source importante de conflit entre l'État, les communautés et les entrepreneurs, remettant en question le rôle de l'État comme propriétaire de ces ressources et la nécessité de les exploiter (**Section III**).

Section I. La situation de la Colombie et son potentiel minier dans un contexte mondialisé et les contributions de l'industrie extractive à l'économie nationale

463. Dans la région, les pays présentant une plus grande tradition en matière de ressources du sous-sol sont le Chili, le Pérou et le Mexique. Ces pays possèdent des avantages compétitifs associés au modèle d'administration, à l'interprétation et à l'exécution de la régulation existante et présentent moins d'incertitude liée au système légal minier-environnemental, aux décisions des autorités et des juges et à la sécurité, entre autres. Par conséquent, ils se distinguent par rapport à d'autres pays de la région, dont la Colombie.

464. Voilà pourquoi depuis plusieurs années, la Colombie a tenté de surmonter d'intenses débats autour de l'importance et des politiques liées à l'exploitation de la propriété des ressources du sous-sol. Bien que les chiffres concernant le paiement de contre-prestations et les volumes d'exportation démontrent l'intérêt démesuré en Colombie pour le potentiel de ressources apparent dans le sous-sol, cela ne se reflète pas nécessairement dans son développement économique, notamment local (§1). En raison d'une série de circonstances externes et internes, l'État a adopté depuis l'an 2000 une stratégie permettant de créer un environnement de stabilité et de crédibilité à partir de politiques d'État, afin de se consolider comme puissance dans la région. Cela a coïncidé avec les périodes de transformation de la politique de l'État quant à l'exploitation des ressources du sous-sol, au cours desquelles les ressources naturelles ont été offertes pour le développement de projets censés avoir un important impact économique et social (§2).

§1. L'intérêt démesuré en Colombie pour le potentiel de ressources du sous-sol

465. La Colombie est un pays possédant un potentiel minier considérable dans la région. Son territoire abrite des émeraudes, de l'or, du charbon et du nickel, entre autres minerais, ainsi que du pétrole et du gaz. L'augmentation de l'exploitation de ces ressources est le résultat de politiques publiques concernant l'administration des ressources du sous-sol qui ont proliféré dans toute la région avec des résultats similaires entre 2000 et 2010 (A). Malgré l'abondance de ressources minières appartenant à l'État, seuls 3,66 % de la superficie du territoire national est consacré à l'exploitation minière, soit 4,1 millions d'hectares des plus de 114 millions d'hectares du pays. Les projets qui à ce jour mènent des activités d'extraction sont situés sur à peine 1 % du territoire national, et génèrent pourtant des revenus essentiels pour l'économie de l'État, redistribués au niveau local, non sans difficulté (B).

A. Comparatif régional du potentiel en ressources minières

466. En raison du précédent historique constitué par la présence de fortes communautés autochtones exploitant l'or avant la découverte du continent, la Colombie était considérée comme un important producteur d'or du temps des anciennes colonies espagnoles (jusqu'à la moitié du XIXe siècle), malgré les difficultés matérielles de son extraction dues au climat, au terrain et au manque de voies d'accès et de transport, flagrant à cette époque.

467. Cependant, durant la seconde moitié du XIXe siècle, c'est le laisser-aller et la négligence avec lesquels les gouvernements considéraient les territoires miniers qui l'ont emporté. En outre, bien que la propriété minière devait être source de mouvement et de production, la réglementation de l'époque permettait à des particuliers ou à des sociétés de posséder des concessions non productives ou mortes, à condition qu'elles assument le paiement de certains droits et impôts fixés sur ce type de propriétés. Cette circonstance a favorisé l'accumulation de propriétés minières entre les mains de peu de personnes ne possédant guère d'information quant à leur potentiel minier réel. Ces dernières spéculaient et rendaient impossible toute négociation rationnelle, décourageant ainsi la constitution de

sociétés pour l'exploitation et la mise en valeur des mines²⁹⁴. C'est à cette situation que l'on attribue l'une des causes de la stagnation économique de l'activité minière colombienne à cette époque.

468. La situation changera à partir des années 90 avec la confluence de plusieurs situations. D'une part, la chute du mur de Berlin a remis en cause au niveau international la validité du modèle économique socialiste. Et d'autre part, la réforme de l'économie mondiale au début des années 90 a consolidé le modèle économique capitaliste à partir des politiques économiques établies dans ce que l'on a appelé le « Consensus de Washington »²⁹⁵. Dans ce contexte, des organismes multilatéraux comme le Fonds monétaire international (FMI) et la Banque mondiale (BM) ont fait la promotion dudit modèle, en recommandant à de nombreux pays en voie de développement ou de transition vers des économies de marché de lancer des programmes d'investissement dans le but d'attirer des capitaux étrangers²⁹⁶.

469. Parallèlement à cette directive, on a pu constater que la demande de matières premières et de métaux précieux par des pays émergents comme la Chine et l'Inde (déterminants dans le fonctionnement du marché mondial) a augmenté, accroissant la pression et l'intérêt pour l'exploration de nouveaux gisements et l'accélération de leur

²⁹⁴ Pereira Gamba, F., *Riqueza mineral de la Republica de Colombia*, Bogota, Colombie, Imprenta de la Crónica, 1901, p. 17 à 23.

²⁹⁵ Serrano, J., *El "Consensus de Washington" ¿Paradigma económico del capitalismo triunfante?* [En ligne], [consulté le 29 janvier 2017], <https://www.cepal.org/Mujer/proyectos/gobernabilidad/manual/mod01/13.pdf> Le Consensus de Washington est un accord initial établi entre le Congrès des États-Unis, les hauts fonctionnaires de l'administration, la Réserve fédérale, le FMI, la BM et un groupe d'experts autour de 10 questions de politique économique, préconisant grosso modo « l'adoption de mesures macroéconomiques, des gouvernements de dimensions moindres, mais plus efficaces, un secteur privé efficace, mais en expansion, et des politiques de réduction de la pauvreté ». Le Consensus ne fait donc pas allusion à des questions sociales comme l'équité et l'écologie, ce qui constitue l'une de ses grandes faiblesses. Cependant, les questions traitées par cet accord sont devenues moins exigeantes depuis 1993, au fur et à mesure de la publication de recommandations faites dans différents forums ayant réuni les grandes puissances économiques, comme le G7 en 1998 ou le Sommet des Amériques de 1998 d'où est issu le « Consensus de Santiago ».

²⁹⁶ Garay Salamanca, L., *Minería en Colombia, fundamentos para superar el modelo extractivista*, Bogota, Colombia, Contraloría General de la Republica, 2013, p. 182 : « Le modèle ayant fourni les bases de ce que l'on a appelé le Consensus de Washington ont été formulées au départ par John Williamson dans un document publié en novembre 1989 intitulé "What Washington Means by Policy Reform", plus tard codifié sous forme de politique de libération économique promue par les organismes multilatéraux, la Banque mondiale (BM) et le Fonds monétaire international (FMI) comme fondement de leur stratégie d'encouragement de réformes économiques structurelles dans les pays en développement ou en transition vers une économie de marché. Bien que de nombreux auteurs rejettent l'association du Consensus de Washington avec le néolibéralisme, le fait est que dans le fond les deux font la promotion de l'élargissement et la consolidation des forces du marché comme un moyen d'accélérer la croissance économique et de dépasser le chômage structurel, ainsi que d'équilibrer les finances publiques, de contrôler l'inflation, d'accroître les exportations et d'attirer les investissements étrangers. »

exploitation. Ce sont les débuts de l'essor mondial des ressources qui, selon des données de la Banque mondiale, ont entraîné une augmentation des investissements dans l'exploration minière pouvant aller jusqu'à 90 % au niveau mondial entre 1990 et 1997, alors que dans certains pays la croissance de l'investissement a même atteint les 2 000 %.²⁹⁷

470. Bien que l'État colombien continue de susciter un grand intérêt du fait de sa richesse minière supposée d'après les caractéristiques de son territoire²⁹⁸, et en vertu du contexte décrit ci-dessus, l'exploitation minière colombienne n'a atteint ses plus hauts niveaux de production qu'au cours de la décennie 2000-2010. Ceci s'est produit grâce à l'exploitation minière du charbon et du nickel, aux développements de l'exploitation minière de taille moyenne de l'or et de l'exploitation minière locale de matériaux de construction, ainsi qu'à l'industrie du ciment²⁹⁹.

471. L'examen de la trajectoire de l'État colombien en matière d'exploitation minière nous permet donc de conclure qu'il constitue un participant relativement récent et n'est pas un grand producteur de minéraux, à l'exception des gisements d'émeraude exploités, dont il reste le premier producteur du continent et le second au niveau mondial. Quant à la production d'autres minéraux comme le charbon et dans des proportions moindres l'or et l'argent, l'État est moins bien placé sur le plan international et en Amérique latine, comme nous pouvons le constater ci-dessous³⁰⁰ :

²⁹⁷ Misereor, *La minería en los países en desarrollo, Desafíos y propuestas de acción*, [En ligne], [consulté le 11 juillet 2017].

https://www.misereor.org/fileadmin//user_upload/misereor_org/Publications/spanisch/documento-de-posicion-mineria-en-paises-desarrollo.pdf.

²⁹⁸ Selon des données de l'UPME, « les calculs indiquent que seuls 50 % du territoire national ont été explorés, mais l'augmentation des demandes de contrats de concession met en évidence l'intérêt de l'investissement dans le secteur minier, ce qui représente une opportunité d'approfondissement des connaissances géologiques du pays et de développement futur de projets miniers. » [en ligne], [consulté le 9 août 2017]. http://www.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Indicadores_de_la_mineria_en_Colombia_2010.pdf

²⁹⁹ Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), *Indicadores de la Minería en Colombia* [en ligne], [consulté le 10 août 2017], http://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Indicadores_de_la_mineria_en_Colombia_2010.pdf

³⁰⁰ Cité dans : Centro de Investigación Económica y Social (FEDESARROLLO), *Estudio sobre los impactos socio económicos del sector minero en Colombia* [en ligne] [consulté le 30 janvier 2018], <http://www.acmineria.com.co/sites/default/files/publications/Informe%20%20La%20miner%C2%B0a%20en%20Colombia%20180513%20%282%29.pdf>

Produit	Rang mondial	Rang en Amérique latine
Charbon vapeur	9	1
Nickel	9	2
Or	19	6
Émeraudes	1	1

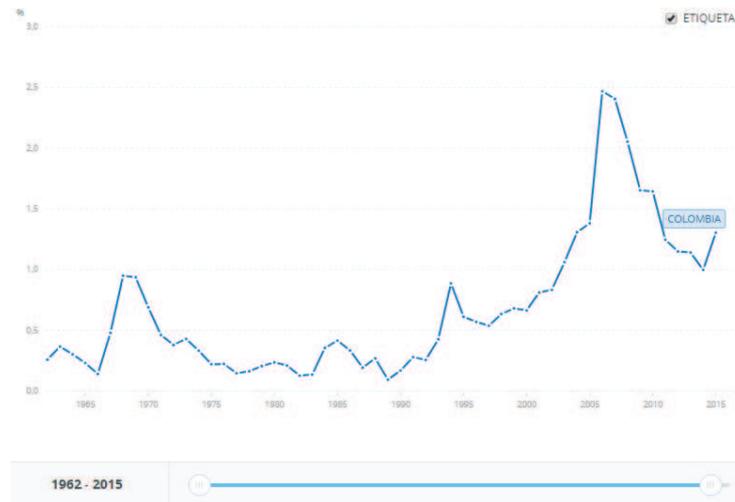
*Données pour l'année 2010

Source : nickel (2012) : US Geological (Survey 2013) ; charbon (2011) : World Coal Association ; or (2011) : Reuters

Il convient également de rappeler qu'avec la publication de la loi minière actuellement en vigueur (Loi 685 de 2001), l'État colombien cesse d'avoir le rôle de propriétaire, administrateur de la ressource et investisseur tout risque qui a grandement influencé les résultats néfastes obtenus dans le passé. Ceci l'oblige donc à repenser son rôle vis-à-vis de l'exploitation minière. Ainsi, l'État colombien est régi par les dispositions établies dans le Code des mines, qui le définit principalement comme un État catalyseur et contrôleur du développement des projets miniers, tout en lui imposant l'obligation de promouvoir de manière efficace et déterminée l'investissement privé, dans le cadre de sa fonction de renforcement économique.

472. Selon les estimations de la Banque mondiale³⁰¹ quant aux exportations de métaux et de minerais servant d'indicateur des volumes de production d'un État, le comportement historique pour la Colombie oscille à peine entre 0,2 % et moins de 1,0 % de 1965 à l'an 2000. Depuis cette année-là, le volume commence à monter lentement jusqu'à atteindre un pourcentage de 2,4 % entre 2005 et 2010, un des niveaux les plus hauts jamais atteints. Cependant, à partir de 2010 jusqu'en 2015, la situation changera de façon drastique avec une diminution importante des exportations, qui réussiront quand même à rester tout juste au-dessus de 1 %.

³⁰¹ Source : <https://datos.bancomundial.org/indicador> [en ligne] [consulté le 9 août 2017]



Source : Exportations de minerais et métaux de la Colombie d'après la Banque Mondiale <https://datos.bancomundial.org/indicador/TX.VAL.MMTL.ZS.UN?contextual=default&end=2015&locations=CO&start=1962&view=chart> (consulté le 9 août 2017)

473. Álvaro Uribe Vélez a été président de la République de Colombie entre 2002 et 2010. La continuité du modèle néolibéral a constitué l'axe de son intervention au gouvernement, par le biais notamment de la déréglementation du marché dans tous les secteurs de la vie économique, la privatisation ouverte ou cachée des entreprises étatiques, la libéralisation du commerce extérieur et l'absence de politiques sociales de type structurel. Cette dernière connotation n'a pas complètement exclu le recours à des programmes microsociaux visant à renforcer une relation de type paternaliste du président envers les secteurs les plus pauvres³⁰².

474. Ainsi, l'essor décrit en matière d'exportations minières en Colombie a répondu pour partie à l'adoption de lois destinées à surmonter les effets de la grave crise économique vécue entre 1998 et 1999. Or ces lois étaient excessivement favorables aux investissements étrangers afin d'attirer leur intérêt sur différents secteurs économiques du pays. Elles prévoyaient entre autres d'importantes exonérations fiscales ou encore la possibilité d'établir des contrats de stabilité juridique³⁰³ permettant la non-modification de

³⁰² Ce type de programmes appelé « Familias en acción » était financé par des ressources du Plan Colombia par le biais de l'Agence des États-Unis pour le développement international (USAID), et octroyait une petite subvention mensuelle aux foyers défavorisés.

³⁰³ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 24 avril 2006, sentence C-320 de 2006, dossier D-5983, M.R. Humberto Antonio Sierra Porto. (...) « *la stabilité juridique fait référence à la permanence provisionnelle, grâce à la souscription d'un contrat étatique, d'un cadre normatif donné, favorable aux grands investissements qui impliquent donc un plus grand risque de perte. Il ne s'agit pas pour autant d'une immuabilité de l'ordre juridique, mais de l'application d'un régime juridique convenu au préalable et délimité par les clauses du contrat* ». C'est-à-dire que « *les contrats de stabilité juridique ne garantissent pas aux investisseurs la non-modification de la loi, mais leur assure la permanence, dans les termes de l'accord établi avec l'État, des mêmes conditions légales qui existaient au moment de la conclusion du contrat, de*

la norme économique la plus favorable pour l'investisseur³⁰⁴. En outre, pour offrir de plus amples garanties à l'investisseur, une politique forte de sécurité démocratique a été mise en œuvre, dans le cadre de laquelle l'État a repris en main l'ordre et la sécurité du territoire face aux menaces des guérillas et d'autres groupes armés illégaux.

475. En ce sens, le gouvernement de Colombie a encouragé la réforme du Code des mines en 2001, ce qui a abouti à l'adoption de la Loi 685 de 2001 toujours en vigueur. Ce Code a été établi pour répondre aux changements inclus dans la Constitution de 1991, sur des questions comme la présomption de la propriété des ressources minières, la fonction sociale de la propriété et l'utilité publique de l'activité minière. Les règles et procédures pour l'adéquation de la gestion des ressources minières ont pu être systématisées, et ont inclus en outre certains principes d'interprétation, les droits économiques dérivés de l'extraction de la ressource, et ses nouvelles formes et aspects environnementaux, entre autres questions pertinentes. Ces normes visent à envoyer un signal clair de sécurité juridique aux investisseurs nationaux et étrangers pour ce secteur de production de Colombie.

476. Produit de ce travail, une procédure administrative rapide et simple a été établie quant à la demande d'autorisation de l'État colombien pour mener des activités d'exploration et d'exploitation minières. Ceci s'est traduit par une augmentation significative des démarches administratives concernant les propositions de concessions minières aux autorités minières^{305, 306} qui a en outre entraîné une crise des institutions existantes à l'époque. En effet, elles se sont montrées insuffisantes face à la croissance des

telle manière qu'en cas de modification de ladite norme et d'apparition d'une controverse à ce sujet, il soit possible d'avoir recours à des mécanismes d'indemnisation visant à éviter que l'équilibre économique initialement convenu soit affecté, ou encore une décision judiciaire en dernier recours. »

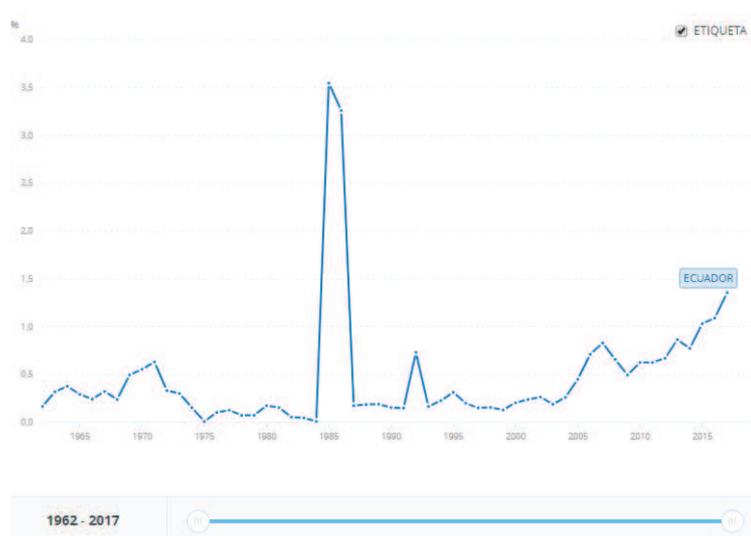
³⁰⁴Echeverri Uruburo, et al, *Política y constitucionalismo en Sur America*, 1re édition, Bogota, Éd. Ibañez, 2015, p. 31-36.

³⁰⁵ L'octroi de droits d'exploitation minière se fait par le biais du principe « premier arrivé, premier servi ». Ainsi, le Code des mines colombien, Loi 685 de 2001, prévoit à son article 16 : « Validité de la proposition. La première demande ou proposition de concession, tant qu'elle se trouve en cours de traitement, ne confère pas en elle-même, vis-à-vis de l'État, de droit à conclure de contrat de concession par rapport à d'autres demandes ou à des tiers. Elle ne confère à l'intéressé qu'un droit de priorité ou de préférence pour l'obtention de ladite concession si les conditions sont remplies. »

³⁰⁶ Alors qu'en 2004 l'autorité minière a reçu 1 511 demandes d'autorisation pour explorer et exploiter les minéraux dans le pays, ce chiffre a atteint 2 645 en 2005, 2 641 en 2006, 3 334 en 2007 et 5 679 en 2008. [en ligne],[consulté le 9 août 2017] http://www.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Indicadores_de_la_mineria_en_Colombia_2010.pdf

activités du secteur, ce qui a justifié une ultime restructuration institutionnelle mise en place par le gouvernement du président Santos en 2011.³⁰⁷

477. Un pays voisin comme l'Équateur constitue un autre exemple, puisqu'il présente des comportements très semblables au cas colombien, avec des niveaux d'exportation des métaux et minéraux constamment inférieurs à 0,5 % depuis 1965. Ces niveaux ont connu une augmentation exceptionnelle en 1985, en atteignant un sommet de 3,5 %, mais sont redescendus à partir de 1990 à des niveaux inférieurs à 0,5 %. Une légère hausse des niveaux d'exportation des métaux et minéraux s'est présentée entre 2005 et 2015, mais sans dépasser 1,0 %.



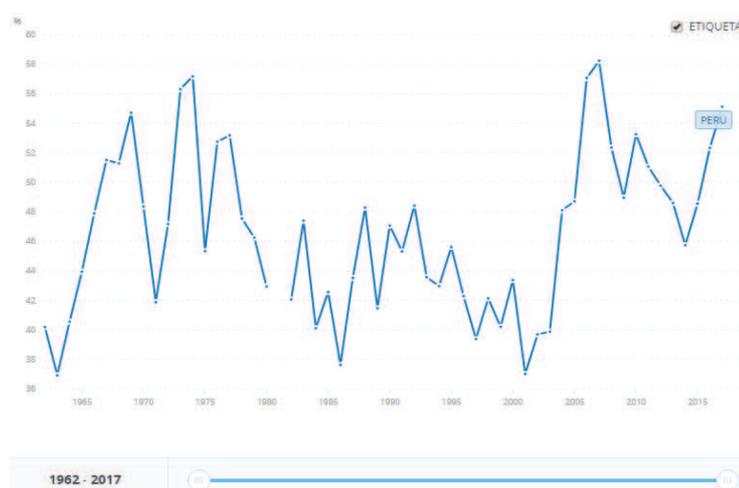
Source : Exportations de minerais et métaux de l'Équateur d'après la Banque Mondiale. <https://datos.bancomundial.org/indicador/TX.VAL.MMTL.ZS.UN?locations=EC&view=chart> (consulté le 9 août 2017)

478. Le comportement précédent répond au fait qu'en novembre 2006, Rafael Correa Delgado a gagné les élections présidentielles pour le parti politique Alianza País orienté à gauche. Durant la campagne, il milite pour la création d'une Assemblée constituante dans le but d'effectuer un changement structurel du système politique et économique équatorien, Assemblée qui sera approuvée en 2008. La réforme a approfondi la reconnaissance des droits et des garanties ainsi que de la démocratie participative, et a en outre établi que des ressources comme le pétrole, la sécurité sociale, l'énergie électrique

³⁰⁷ Source : <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/614096/2-Reestructuracion.pdf/25ab9ff3-6b39-41f9-8a72-9c2843375291> [en ligne] [consulté le 12 janvier 2018].

et les télécommunications représentaient le patrimoine de tous les Équatoriens, exigeant donc l'intervention directe de l'État³⁰⁸ et la restriction de l'exploitation économique de ces ressources.

479. Le panorama précédent tranche avec la situation d'autres pays de tradition minière de la région, comme le Pérou, le Chili et la Bolivie. À nouveau d'après des estimations de la Banque mondiale, le Pérou est le pays qui présente les niveaux les plus élevés et les plus stables d'exportations de toute la région. Entre 1965 et 2015, le pays a maintenu des niveaux constants d'exportation de métaux et de minéraux, s'établissant au-dessus de 40 %, avec un plafond entre 55 % et 60 % et de légères diminutions en 1965, 1979, 1985 et 2000 ne passant pas sous les 35 % dans tous les cas.



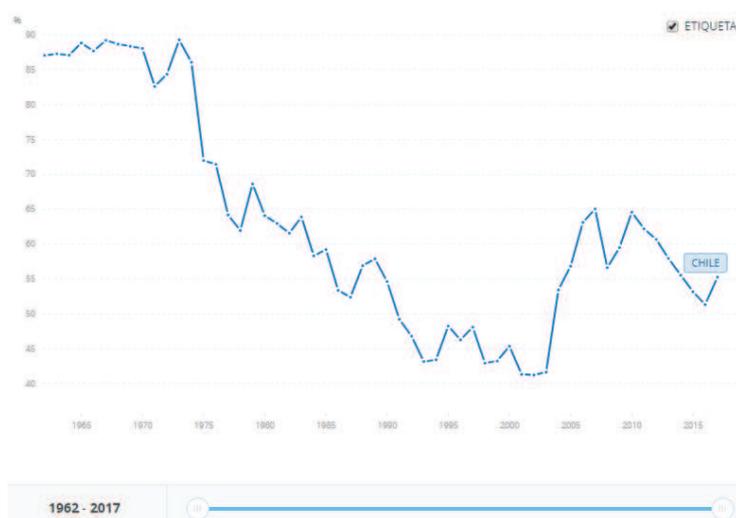
Source : Exportations de minerais et métaux du Pérou d'après la Banque Mondiale. <https://datos.bancomundial.org/indicador/TX.VAL.MMTL.ZS.UN?locations=PE&view=chart> (consulté le 9 août 2017)

480. Le cas du Pérou est particulier, car il s'agit du pays le plus stable en termes de niveaux d'exportation de minéraux, alors qu'il est aussi l'un des États les plus instables de la région sur le plan politique. Alberto Fujimori Fujimori (1990-2000), Valentin Paniagua (2000-2001), Alejandro Toledo Manrique (2001-2006), Alan García Perez (2006-2011), Ollanta Umala Tasso (2011-2016) et Pedro Pablo Kuczynski Godard (2016-2021) se sont succédé à la tête de l'exécutif. Cela est dû au fait que ces dirigeants,

³⁰⁸ Plazas Vega M., *La cuestión social y la nueva izquierda en América Latina: ¿hacia otra ética de la globalización?*, 1^{re} édition, Bogota, Temis, 2007, p. 140.

représentants néopopulistes et antipolitiques dans leur majorité³⁰⁹, ont adhéré aux politiques néolibérales à partir desquelles l'investissement étranger et la signature de traités de libre commerce ont été encouragés de façon permanente.

481. La situation du Chili est différente et présente la plus grande instabilité de la région. Alors que les exportations de métaux et de minéraux ont atteint des niveaux maximums de 90 % entre 1965 et 1975, à partir de cette année-là elles ont connu une diminution accélérée jusqu'à atteindre un plancher de 40 %, leur niveau le plus bas, en 2000 et 2005. Cependant, ce pourcentage reste proche des niveaux de production maximums atteints au cours de la même période dans d'autres pays comme la Colombie et l'Équateur. De 2005 à 2010, ce niveau augmente à nouveau, sans dépasser 65 %, présentant une nouvelle tendance à la baisse entre 2010 et 2015, avec des pourcentages maximums de 50 %.



Source : Exportations de minerais et métaux du Chili d'après la Banque Mondiale. <https://datos.bancomundial.org/indicador/TX.VAL.MMTL.ZS.UN?locations=CL&view=chart> [consulté le 9 août 2017]

482. Les données précédentes mettent en évidence des signes de récupération économique au Chili durant la présidence de gouvernements d'orientation socialiste entre 2000 et 2011³¹⁰, en réponse à une série de circonstances comme : une relative solidité de l'économie mondiale, le comportement généralement positif des marchés

³⁰⁹ Mayorga R., *Antipolitica y Neopopulismo en América Latina*, La Paz, Cebem, 1^{re} éd., 1995.

³¹⁰ Présidence de Ricardo Lagos (parti socialiste) 2000-2006. Présidence de Michelle Bachelet (parti socialiste) 2006-2010, réélue pour la période 2014-2018 qui, sans fondamentalement démanteler les politiques néolibérales, a encouragé la dépense sociale de l'État dans une tentative de dissimuler les conditions d'iniquité générées par les modèles néolibéraux.

émergents, la robustesse des prix des produits de base³¹¹ et les valeurs historiques atteintes par les prix internationaux des métaux comme l'or et l'argent³¹², en plus de circonstances de nature politique communes à la région, relatives à la stabilité institutionnelle et aux conditions de sécurité. Ces circonstances ont un impact important sur l'intérêt principalement de type privé pour la localisation de nouveaux gisements miniers, ce qui va entraîner à court terme l'augmentation des niveaux de production et d'exportation de métaux et de minéraux. Le Chili constituera un cas exceptionnel affichant une diminution durant la période 2000 à 2005, ce qui a justifié l'augmentation des investissements et des capitaux chiliens à l'étranger.

483. Pour conclure l'analyse de l'état des exportations de la région, voyons le cas de la Bolivie, où les exportations de métaux et de minéraux ont atteint des niveaux maximums de 92 % entre 1965 et 1970. À partir de cette année-là, elles présentent une diminution accélérée jusqu'à arriver à 16,8 %, leur niveau le plus bas, en 2005. De 2005 à 2010, ce niveau augmente à nouveau, sans dépasser 35 %, présentant une nouvelle tendance à la baisse entre 2010 et 2015, avec des pourcentages maximums de 25 %.

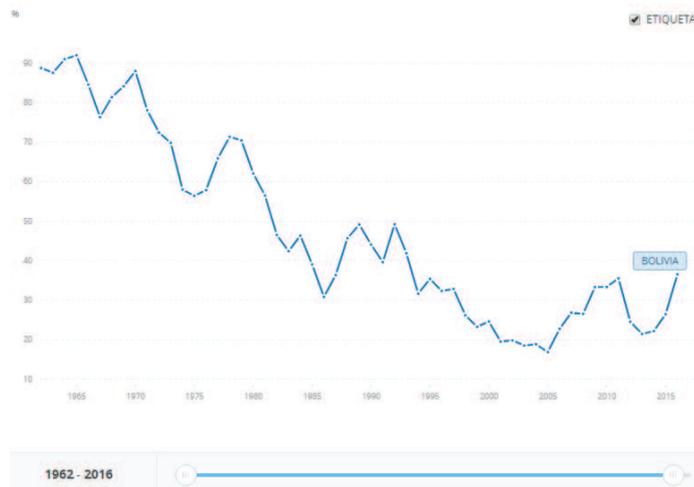
³¹¹ Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), *Indicadores de la Minería en Colombia* [en ligne] [consulté le 9 août 2017],

http://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Indicadores_de_la_mineria_en_Colombia_2010.pdf

³¹² L'or a atteint en 2011 une valeur de 1 500 USD l'once, et l'argent 30 USD l'once.

<https://www.mgsrefining.com/es/recursos/precios-historicos-de-metales-preciosos/historico/historia-del-precio-del-oro> [consulté le 9 août 2017] et

<https://www.mgsrefining.com/es/recursos/precios-historicos-de-metales-preciosos/historico/historia-del-precio-del-plata> [consulté le 9 août 2017]



Source : Exportations de minerais et métaux de la Bolivie d’après la Banque Mondiale. https://datos.bancomundial.org/indicador/TX.VAL.MMTL.ZS.UN?end=2016&locations=BO&name_desc=true&start=1962&view=chart [consulté le 10 janvier 2018]

484. Le résultat présenté par le graphique est dû au fait qu’Evo Morales, l’une des icônes de la gauche au plan international et l’un des symboles de la résistance contre le modèle néolibéral en Bolivie, faisait ses premiers pas sur la scène politique en 2000. Il a ainsi gagné les élections présidentielles en 2005 avec l’organisation politique Movimiento al Socialismo (MAS), créée en 1995 et qui milite pour la revendication autochtone, la lutte contre tout ce qui représente des intérêts capitalistes ainsi qu’un virement idéologique marqué à gauche.

485. La politique économique de son gouvernement s’est caractérisée par des processus de nationalisation des entreprises d’hydrocarbures et de gaz détenues par des multinationales titulaires de contrats de concession. Voilà pourquoi à partir de 2006 il a décrété la nationalisation des ressources d’hydrocarbures, en exigeant que les entreprises exploitant les gisements soient détenues au moins à 51 % par des capitaux étatiques et que l’État récupère 82 % des bénéfices.

486. En décembre 2007, l’Assemblée constituante a approuvé une nouvelle Constitution dotée d’un fort composant social et environnemental, et en général ses politiques économiques ont encouragé d’importants processus de nationalisation « tendant au maintien du contrôle étatique sur les activités d’extraction de ressources naturelles, et interdisant ou limitant l’investissement étranger dans ces secteurs stratégiques de l’économie ». Ces processus se sont poursuivis jusqu’en 2012, ce qui a engendré

d'importants revenus avec lesquels le gouvernement de Morales a pu financer différents programmes de contenu social.³¹³

487. Ainsi, il est possible de considérer comme déterminants pour la hausse ou la baisse de l'activité minière dans les principaux pays miniers de la région andine durant la période 2000-2010 les facteurs suivants :

1. Depuis 1998, la région andine dans son ensemble a traversé une conjoncture critique associée à l'épuisement des politiques économiques néolibérales, ce qui a limité et dans d'autres cas a entraîné des actions de la part des gouvernements en place.³¹⁴
2. Les gouvernements de gauche sont réapparus dans la région, comme en Équateur, en Bolivie et au Vénézuéla, ce qui encouragé ce que l'on a appelé le « Socialisme du XIXe siècle »³¹⁵. Cela n'a pas été le cas au Chili et en Argentine, pays qui se sont démarqués par leur volonté de ne pas abolir l'économie de marché ni de s'opposer à l'investissement étranger³¹⁶.
3. Les leaderships de type néolibéral, défenseurs à outrance de l'économie de marché et de l'investissement étranger dans des pays comme la Colombie et le Pérou, prédominant, ainsi que des leaderships néopopulistes, comme cela a été le cas de l'Équateur et de la Bolivie, qui n'ont pas basé leur légitimité sur les institutions, mais sur le rôle de leader charismatique capable de mener des politiques publiques de type social en faveur des groupes les plus vulnérables de la population.³¹⁷
4. Entre 2000 et 2010, avec le virage à gauche des gouvernements de la région, il y a eu prédominance de mouvements de réforme de la Constitution visant à refonder les régimes, et dans certains cas comme celui de l'Équateur et de la Bolivie, de

³¹³ Echeverri Uruburo Á., *et alii*, *Política y constitucionalismo en Sur América*, 1^{re} édition, Bogota, Éd. Ibañez, 2015, p. 48-54.

³¹⁴ Tanaka M., "La Crisis en la representación de los países andinos y el "viraje a la izquierda" ¿hacia una renovación de la representación política?", in *Reforma de los partidos políticos en Chile*, Santiago, PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, Proyectamérica y Cieplan, 2008, p.275-276 [en ligne] [consulté le 12 janvier 2018) http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/176/Capitulo_4_P4.pdf

³¹⁵ Echeverri Uruburo Á., *et alii*, *op. cit.*, p. 37 « Cette description idéologique qui semblerait s'appuyer sur une critique voilée de l'échec du modèle du "socialisme réel" de l'ancienne Union soviétique et des pays de l'Est de l'Europe manque, cependant, d'élaboration technique ; c'est-à-dire que ni les leaders ni les mouvements par eux créés n'ont pu expliquer quel type de société et d'État correspondrait audit concept »

³¹⁶ À l'exception du cas bolivien ayant nationalisé certaines entreprises étrangères

³¹⁷ Echeverri Uruburo Á., *et alii*, *op. cit.*, p. 31-42.

soutenir les processus d'expropriation ou de nationalisation des entreprises exploitant les ressources naturelles non renouvelables.

5. La région s'est renforcée avec la récupération économique qu'elle a effectuée depuis 2004 grâce à la réduction de la dette publique des pays dont la base des exportations est constituée par les produits miniers et autres matières premières, et qui sont également favorisés par la dynamique des prix externes des minéraux.³¹⁸

488. Après une croissance rapide des économies de la région grâce à l'augmentation de l'activité minière, la situation changera entre 2011 et 2015, en grande partie à cause de l'apparition d'une crise financière globale. En effet, les pays d'Amérique du Sud vont présenter une tendance à un ralentissement de l'ensemble de leur activité économique, en raison entre autres de la diminution des prix des produits miniers et énergétiques (comme le gaz, le pétrole et le charbon). Cela a radicalement affecté les productions internes et les niveaux d'investissement dans les États pendant cette période,³¹⁹ investissement qui reste réduit à cause d'un élément supplémentaire d'origine interne cette fois : l'augmentation des protestations des citoyens contre l'exploitation étrangère des ressources naturelles non renouvelables et pour la protection de l'environnement.

489. Il s'agit d'une sorte d'héritage de ce que l'on a appelé « la nouvelle gauche », née au début du XXI^e siècle et qui a sensibilisé les citoyens afin qu'ils participent davantage et soient plus conscients de leurs droits, en particulier ceux liés à la protection des ressources naturelles renouvelables et non renouvelables. Cela a constitué le point de départ de revendications massives actuelles de groupes de citoyens dans toute la région, lesquelles ont affecté le développement de certains secteurs de l'économie.

³¹⁸ Commission économique pour l'Amérique Latine et les Caraïbes (CEPAL), *Estudio Económico de América Latina y el Caribe, Desafíos para impulsar el ciclo de inversión con miras a reactivar el crecimiento*, [en ligne], [consulté le 16 août 2017],

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38713/S1500733_es.pdf

³¹⁹ Commission économique pour l'Amérique Latine et les Caraïbes (CEPAL), *Estudio Económico de América Latina y el Caribe, Desafíos para impulsar el ciclo de inversión con miras a reactivar el crecimiento*, 2015 [en ligne] [consulté le 15 janvier 2018]

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38713/S1500733_es.pdf

B. Les contributions économiques de l'industrie minière à l'économie nationale

490. Bien que l'économie colombienne bénéficie de sources de financement diverses, le secteur minier a traditionnellement constitué un pilier fondamental de l'économie nationale. Cependant, comme indiqué plus haut, la période 2000-2010 a présenté une hausse jamais vue auparavant de l'investissement étranger direct et de la production de minéraux grâce aux conditions analysées précédemment. Cela a représenté une augmentation interne des apports pour le paiement de redevances et d'impôts, et a eu un impact considérable sur les finances de l'État.

491. Entre 2010 et 2014, un changement de gouvernement s'est produit, et Juan Manuel Santos a commencé son premier mandat de président de la République de la Colombie. Convaincu que les conditions économiques internes et externes ayant prévalu lors du gouvernement précédent allaient se maintenir, il a défini l'encouragement et le développement du secteur minier énergétique comme un objectif fondamental du nouveau plan de gouvernement. Cet objectif a été inclus au Plan national de développement (PND) en tant qu'activité essentielle à la bonne marche de l'économie et pilier du développement et de la stabilisation sociale du pays, comme source directe et indirecte d'emploi³²⁰.

492. Le PND pour la période 2010-2014 intitulé « Vers la prospérité démocratique » indiquait dans son introduction : « *Nous sommes véritablement optimistes quant à notre avenir, et nous avons une confiance incomparable dans le potentiel du pays ainsi qu'une image clairement positive à l'étranger. Après avoir été perçus par le monde comme un État défaillant*³²¹, nous sommes devenus une économie émergente, attractive pour

³²⁰ Plan national de développement (PND). Conformément à l'article 339 du Titre XII « Du régime économique et du fisc », chapitre II « Des plans de développement » de la Constitution politique de Colombie de 1991, le PND est un outil formel et légal dans lequel sont fixés les objectifs du gouvernement en exercice, ce qui permet l'évaluation postérieure de sa gestion.

³²¹ Berrio M. A., "Los Estados Fallidos", in Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Nuevos riesgos para la sociedad del futuro*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2003, p. 199-227, p. 199-202 : « L'État défaillant a été considéré comme une manifestation supplémentaire du processus d'érosion du rôle central que l'État a traditionnellement occupé en tant qu'acteur des relations internationales et régulateur des relations sociales. L'expression, traduction inévitablement insatisfaisante de l'anglais *Failed State*, indique que la réalité que décrit le concept est imparfaite, incomplète. Deux éléments se mêlent pour que l'on puisse parler d'État défaillant : l'existence formelle d'un État et sa déficience dans les faits ». (...) « Un groupe de travail mis sur pied par la CIA a identifié 113 cas d'États défaillants entre 1955 et 1994. Une dizaine d'entre eux constituent d'authentiques cas d'effondrement total de l'État. Sans en arriver à une situation extrême, comme c'est par exemple le cas de la Somalie, la dissolution de l'autorité dans des portions significatives du territoire, comme cela se produit en Colombie, peut être associée au concept d'État défaillant. Dans les deux cas, l'élément déterminant est l'absence d'un gouvernement effectif ». Le concept d'État défaillant est relativement récent

l'investissement et le tourisme. » Cela pour montrer que malgré les difficultés propres à chaque gouvernement, entre 2000 et 2014 le pays a parié sur le fait qu'une grande partie du développement se ferait grâce à l'activité minière-énergétique, raison pour laquelle les politiques d'État ont toujours encouragé la croissance de cette activité. Ceci, bien entendu d'après une vision éminemment économique et basée sur les rentes, et au prix du développement d'autres secteurs de l'économie.

493. Rien que pendant la période allant de 2010 à 2014, le secteur minier a présenté une croissance moyenne de 4,5 % par an et une participation moyenne au PIB d'environ 6,7 %. Quant aux finances publiques du pays depuis 2008, le secteur minier a apporté 1,2 milliard de pesos. En 2011, cette contribution a été de 1,6 milliard de pesos avec une participation du charbon de 78 %. En 2012, les redevances générées par le secteur minier ont atteint près de 2 milliards de pesos, avec une participation du charbon de 82 %. La part du secteur a augmenté en raison d'une extraction de charbon, de métaux précieux et d'émeraudes plus importante.³²²

494. Voilà pourquoi la production de ce secteur est considérée depuis longtemps comme un outil permettant d'atteindre des niveaux plus élevés de prospérité générale. Ceci est d'ailleurs défini comme l'une des fonctions propres à l'État dans la Constitution colombienne³²³, sans qu'il soit prévu que l'État puisse ne pas disposer de la capacité ni de la solidité institutionnelle pour faire face aux impacts que ces décisions entraînent sur l'environnement et les communautés.

dans le domaine de la Science politique et des relations internationales. Il est apparu dans les années quatre-vingt-dix apparu dans les années quatre-vingt-dix au regard de la politique extérieure des États-Unis dans des pays comme la Somalie. Il fait référence à l'échec des États en ce qui concerne la mise en œuvre de ses fins essentielles, comme le contrôle du territoire, la sécurité citoyenne, et récemment l'accès aux besoins fondamentaux et la réalisation de droits comme l'éducation et la santé.

³²² Fedesarrollo, Centro de Investigación Económica y Social, 2013, *Estudio sobre los impactos socioeconómicos del sector minero en Colombia: encadenamientos sectoriales*, Estudio preparado para la Asociación del Sector de la Minería a Gran Escala, Bogota, p. 10

³²³ Colombie, Constitution de 1991. Artículo 2° *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (...)*

[Notre traduction] *Article 2°.* « Les finalités essentielles de l'État sont les suivantes : servir la communauté, promouvoir la prospérité générale et garantir l'effectivité des principes, droits et devoirs consacrés par la Constitution ; faciliter la participation de tous aux décisions qui les concernent et à la vie économique, politique, administrative et culturelle de la Nation ; défendre l'indépendance nationale, maintenir l'intégrité territoriale et assurer un vivre-ensemble pacifique et l'exercice d'un ordre juste. »

495. Par conséquent, le modèle actuel d'exploitation minière basé sur les politiques définies dans la Loi 685 de 2001 a requis deux réformes des institutions minières. La première date de 2004 et a eu pour priorité de faciliter l'accès des entreprises intéressées par l'exploration et l'exploitation des ressources minières potentielles sur le territoire national, et l'autre, effectuée en 2012, a eu pour but principal d'ordonner, de contrôler et de surveiller les activités minières. Certaines réformes ont également eu lieu sur le plan normatif, dont un ajustement au Système général de redevances qui a même justifié certaines modifications de la Constitution³²⁴.

496. Certains chiffres permettant de décrire le secteur minier colombien sont présentés ci-après afin de mettre en évidence son importance dans l'économie nationale. Les premiers concernent les investissements étrangers grâce à la confiance des investisseurs (1), et les seconds sont liés au système de distribution de redevances entre les entités territoriales (2).

1. Investissement étranger grâce à la politique de « Confiance des investisseurs »

497. Dans les années 70 et jusqu'au début des années 80, le comportement du flux annuel d'investissement étranger arrivant dans le pays ne dépassait pas les 400 millions USD. Durant la période 1984-1986, l'investissement étranger moyen a connu une augmentation importante et a atteint 754,5 millions USD pour le développement de projets d'hydrocarbures et miniers.

498. Mais le véritable positionnement du secteur minier dans l'économie du pays s'effectuera entre 2000 et 2010. Selon des données fournies par la Banque de la République, un volume d'investissement étranger conséquent est entré dans le pays à cette période. L'investissement étranger direct est passé de 2 134 millions USD en 2002 à environ 10 596 millions en 2008 et 8 231 millions USD en 2009. L'investissement réalisé

³²⁴ Acte législatif du 18 juillet 2011 « Par lequel est constitué le Système général de redevances, sont modifiés les articles 360 et 361 de la Constitution politique et sont dictées d'autres dispositions concernant le régime de redevances et compensations » ; Loi 1530 du 17 mai 2012 « Par laquelle sont régulés l'organisation et le fonctionnement du Système général de redevances ».

uniquement dans le secteur minier est passé de 466 millions USD en 2002 à environ 3 054 millions USD en 2009, soit une croissance de 555 %³²⁵.

499. Ce « boom des investissements » s'explique par la confluence de diverses situations d'origine interne et externe ayant accéléré l'entrée de nouveaux capitaux. Parmi les causes internes, nous pouvons relever : i) une réforme de la Loi sur les mines ayant modernisé et unifié le système de contrats miniers et établi des règles et procédures simples et claires pour l'investisseur ; ii) des réformes législatives comme le Décret 4743 de 2005 par lequel sont octroyées des exemptions douanières pour l'importation de machines, équipements et pièces de rechange destinées au développement de l'activité minière à toutes les étapes du projet ; iii) une politique nationale de sécurité citoyenne impulsée par le président Álvaro Uribe, grâce à laquelle il récupérera la présence de l'État dans des territoires traditionnellement dominés par des groupes illégaux comme les paramilitaires ou les guérillas.

500. Parmi les causes externes, celles-ci : i) une incertitude générale dans la région en raison de la grande quantité des réformes constitutionnelles promues et de l'ascension des idéologies de gauche ; ii) la demande croissante et la pénurie de ressources minières et de pétrole ayant entraîné un flux supplémentaire d'investissement ; iii) les valeurs élevées atteintes par les métaux et autres minéraux.

501. Cependant, l'investissement croissant et soutenu mis en évidence à cette époque a non seulement renforcé le développement de l'activité minière, mais a également eu un effet direct sur l'augmentation d'autres activités, comme les exportations, la collecte d'impôts, et au niveau local, les contributions aux municipalités et aux gouvernements régionaux dans lesquels s'effectuaient les activités minières.

502. Comme analysé plus haut, après l'essor du secteur minier, la tendance s'est constamment affichée à la baisse. Pour l'année 2014, le secteur des mines et carrières a présenté une baisse de 46,86 % par rapport à 2014, en passant de 2 977,27 millions USD

³²⁵ Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), *Indicadores de la Minería en Colombia* [en ligne], [consulté le 10 août 2017], http://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Indicadores_de_la_mineria_en_Colombia_2010.pdf

à 1 582,06 millions USD³²⁶. Une autre diminution s'est fait sentir entre les années 2011 et 2012, avec un investissement de 2 454,8 millions et 2 262,7 millions respectivement³²⁷. Les chiffres ne s'améliorent pas pour l'année 2015, pendant laquelle les secteurs du pétrole et des mines ont représenté 29, % de l'investissement étranger direct en Colombie, pour un total de 3 596 millions USD. À la même période, l'investissement direct étranger a diminué de 25,8 % en raison d'une chute de 66,28 % des injections dans le secteur minier et de 35,27 % dans le secteur du pétrole³²⁸. Les causes de cette baisse sont liées à l'arrivée à la présidence du président Juan Manuel Santos Calderon et au changement de politiques, à la hausse du sentiment d'insécurité juridique de la part des autorités minières et environnementales, à l'augmentation du recours aux initiatives populaires et à leurs résultats défavorables à l'exploitation minière, et au sentiment protectionniste des décisions des Cours, en particulier de la Cour constitutionnelle, qui n'encouragent pas le secteur à poursuivre ou à développer de nouveaux projets miniers.

2. Transfert de ressources au niveau local au titre de redevances

503. Actuellement, l'investisseur privé achète l'accès à la ressource minière, mais l'État n'a pas pleinement connaissance de la localisation de ladite ressource. Les intéressés doivent donc assumer le risque ainsi que tous les coûts liés à cette recherche.

504. Plus tard, lors de l'étape d'exploration de la ressource, les redevances correspondent à la participation de l'État. Elles sont déterminées par le calcul d'un pourcentage sur le produit brut exploité, en tant que contre-prestation sur les droits du propriétaire du sous-sol, conformément à l'article 332 de la Constitution politique (principe d'universalité de la redevance)³²⁹, sans préjudice de tout autre droit ou compensation accordée. Par conséquent, leur nature juridique ne correspond pas à un impôt, ni à un coût de production, mais à une participation de l'État et des entités

³²⁶ Ministerio de Minas, *Boletines análisis minero* [en ligne], [consulté le 11 septembre 2017], <https://www.minminas.gov.co/boletines?idBoletin=229>

³²⁷ Ministerio de Minas. *Anuario Estadístico Minero 2007-2012* [en ligne] [consulté le 11 septembre 2017], <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/ANUARIO+ESTAD%EF%BF%BDSTICO+MINERO+COLOMBIANO+2007-2012.pdf/fe3a06be-ac0b-47ac-abd5-26edbf9aee53>

³²⁸ Unidad de Planeación Minero Energética (UPME). *Boletín estadístico de minas y energía 2012-2016*, [en ligne] [consulté le 11 septembre 2017], http://www1.upme.gov.co/simco/Documents/Boletin_Estadistico_2012_2016.pdf

³²⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, 30 novembre 1995, Sentence n° C-567/95, dossier n° D-850, M.R. Fabio Morón Díaz.

territoriales dans l'investissement productif³³⁰. Pour les entités territoriales, cette contre-prestation n'est pas non plus considérée comme « un bien ou un droit compris dans l'une des catégories de ressources relevant de la propriété exclusive des entités territoriales mentionnées (...) »³³¹. Elles ne constituent pas non plus une espèce de droit acquis par les entités territoriales, mais un droit de participation économique dans une activité qui implique des biens relevant de la propriété de l'État³³². Elle peut en revanche faire l'objet d'une réglementation indiquant les compétences des entités territoriales en matière de promotion de l'activité régulatrice à leur charge, comme l'établit la Constitution dans ses articles 298, 300, 311 et 313.³³³

505. La Cour constitutionnelle colombienne a insisté de façon réitérée sur le fait que cette redevance relève de la propriété exclusive de l'État, ce qui implique que le législateur reconnaisse aux entités territoriales³³⁴ leur droit constitutionnel à la participation, en s'attribuant donc la fonction de réguler leur distribution³³⁵. Cela s'est effectivement produit à travers la Loi 141 de 1994, puis grâce à tout le processus de réforme ayant établi le Système général de redevances. Par conséquent, les entités territoriales ne peuvent revendiquer la propriété de ces ressources, mais elles peuvent avoir une participation dans celles-ci afin d'atténuer sur leur territoire les effets environnementaux défavorables dérivés de la mise en œuvre de ces activités. Les redevances deviennent donc une source exogène de financement.

506. Les entités territoriales dépendent donc de la façon dont le législateur décide de leur distribution et affectation à travers la loi. L'unique contrainte de ce dernier est de

³³⁰ Voir les sentences : Sentence C-660/2002, M.R. Alvaro Tafur Galvis ; C-221/97 et C-987/99, M.R. Alejandro Martínez Caballero, ainsi que la réserve juridique des magistrats Alejandro Martínez Caballero et Eduardo Cifuentes Muñoz à la sentence C-065/98, M.R. Fabio Morón Díaz.

³³¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 6 septembre 2000, Sentence n° C-1160/00, dossier n° D-2834, M.R. Fabio Morón Díaz.

³³² Voir les sentences C-567 du 30 novembre 1995, M.R. Fabio Morón Díaz ; C-128 de 1998, M.R. Fabio Morón Díaz, T-141 de 1994, M.R. Vladimiro Naranjo Mesa, C-478 de 1992, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-346 de 1995, M.R. Carlos Gaviria Díaz.

³³³ Colombie, Cour constitutionnelle, 30 novembre 1995, Sentence n° C-567/95, dossier n° D-850, M.R. Fabio Morón Díaz.

³³⁴ El artículo 286 : *“Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.”*

[notre traduction] « L'article 286 prévoit que les entités territoriales sont les départements, districts, municipalités et territoires autochtones, et que la loi peut également octroyer cette qualification aux régions et provinces. »

³³⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 6 septembre 2000, Sentence n° C-1160/00, dossier n° D-2834, M.R. Fabio Morón Díaz.

respecter les principes constitutionnels applicables en la matière, sans méconnaître leur autonomie territoriale ni les dispositions de l'article 360 de la Constitution politique que nous avons citées de nombreuses fois déjà.³³⁶ Ainsi, avant la dernière réforme du Système général de redevances, ces revenus avaient une affectation spécifique : l'investissement et la dépense sociale, notamment l'investissement dans les besoins fondamentaux non satisfaits de la population³³⁷, soit en d'autres termes, ces ressources avaient été conçues à l'origine pour financer des services publics et sociaux de base et promouvoir le développement régional à partir de projets identifiés par les entités territoriales comme étant prioritaires, conformément à l'exercice de leurs facultés de gouvernance autonome et à la participation citoyenne. Malheureusement, après 20 ans de fonctionnement de ce régime, ces finalités n'ont pas été respectées et n'ont pas non plus aidé à améliorer les indicateurs en raison du manque d'efficacité avec lequel les administrations ont géré ces ressources.

507. Il convient de rappeler qu'un impôt sur l'exploitation minière existait depuis l'époque de la Colonie. Il fut réduit par les Bourbons du pourcentage initial de 5 % à celui de 3 % afin de stimuler les activités minières, ce qui était censé avoir des effets multiplicateurs et conduire à la prospérité générale du royaume. Bien que cette prospérité désirée ne se soit pas concrétisée, elle a depuis lors mis en évidence l'insertion du secteur minier dans l'histoire économique du pays.

508. Pendant les années 80 et 90, les revenus pour redevances ont été significatifs, notamment grâce à l'exploitation du charbon. Ces revenus étaient affectés au renforcement du développement des municipalités et départements miniers. Durant l'année 2006, environ 740 milliards de pesos en redevances minières ont été distribués. Étant donné que deux ans auparavant elles ne dépassaient pas les 300 milliards de pesos, cela représente un énorme progrès en matière de collecte.³³⁸ Compte tenu de la production

³³⁶ « Les départements et les municipalités sur les territoires desquels s'effectue l'exploitation de ressources naturelles non renouvelables, ainsi que les ports maritimes et fluviaux par lesquels sont transportés ces ressources ou produits dérivés pourront participer aux redevances et compensations. »

³³⁷ Conformément aux objectifs prévus dans l'article 366 de la Constitution, les redevances étaient destinées à répondre aux besoins fondamentaux non satisfaits et à assurer la prestation de services essentiels comme la santé, l'éducation, les réseaux d'assainissement et l'eau potable (prioritaires et fondamentaux dans un État social de droit). Ces objectifs étaient quant à eux couverts par le vaste éventail de fonctions attribuées aux entités territoriales par la nouvelle Constitution.

³³⁸ Unidad De Planeacion Minero Energetica (UPME). *Boletín estadístico de minas y energía 2012-2016*, [en ligne] [consulté le 11 septembre 2017],

d'hydrocarbures et de l'extraction plus importante de charbon, de métaux précieux et d'émeraudes en Colombie depuis 2008, la contribution du secteur minier énergétique a augmenté de façon significative en apportant aux caisses de l'État un montant jamais vu auparavant dans l'histoire économique du pays, soit environ 1,2 billion de pesos. En 2011, cette contribution a été de 1,6 milliard de pesos avec une participation du charbon de 78 %.

509. En 2012, les redevances générées par le secteur minier ont atteint près de 2 milliards de pesos, avec une participation du charbon de 82 %.³³⁹ Conformément à la Loi 141 de 1994 (Loi sur les redevances)³⁴⁰, les ressources reçues à ce titre étaient distribuées parmi les municipalités et les départements miniers où s'effectuaient des travaux d'exploration et d'exploitation ou étaient octroyées directement de ces activités vers des programmes sociaux et environnementaux spécifiques.

510. Les excédents atteints par les chiffres de ce qui a été appelé la « manne minière » entre 2000 et 2010 ainsi que les résultats néfastes de la gestion de ces ressources de la part des administrations locales jusqu'alors ont justifié l'acte législatif 05 de 2011 qui a modifié l'article 360 de la Constitution et la réforme à la Loi 141 de 1994 avec la publication de la Loi 1530 de 2012 réorganisant l'ensemble du Système général de redevances³⁴¹. La réforme a permis d'abandonner le critère restrictif selon lequel seules les entités territoriales productrices pouvaient bénéficier du transfert de ces ressources, afin qu'en application du principe d'équité, celui-ci soit élargi à toutes les régions du pays.

http://www1.upme.gov.co/simco/Documents/Boletin_Estadistico_2012_2016.pdf

³³⁹ Fedesarrollo, Centro de Investigación Económica y Social), *Estudio sobre los impactos socio económicos del sector minero en Colombia* [en ligne] [consulté le 30 janvier 2018],

<http://www.acmineria.com.co/sites/default/files/publications/Informe%20%20La%20miner%C2%B0a%20e n%20Colombia%20180513%20%282%29.pdf>

³⁴⁰ Loi 141 de 1994. « Selon laquelle sont créés le Fonds national de redevances et la Commission nationale de redevances, le droit de l'État à percevoir des redevances pour l'exploitation de ressources naturelles non renouvelables est régulé et les règles pour sa liquidation et distribution sont établies, ainsi que d'autres dispositions ».

³⁴¹ Plus de 20 ans après la promulgation de la Loi 141 de 1994 et après d'intenses débats politiques, juridiques et normatifs autour des droits à davantage d'égalité, d'équité et de participation de toutes les régions dans les revenus générés par l'exploitation minière, les articles 360 et 361 de la Constitution politique ont été réformés par l'Acte législatif 05 du 18 juillet 2011 et la Loi 1530 de 2012 réorganisant l'ensemble du Système général de redevances a été publiée. Récemment, l'Acte législatif 04 de 2017 a complété l'article 361 de la Constitution politique de Colombie et a introduit une nouvelle réforme sur la question en prévoyant que : « Au cours des 20 prochaines années, ces projets devront avoir pour objectif la mise en œuvre de l'Accord de paix, y compris le financement de projets destinés à la réparation intégrale des victimes ».

Colombie, Acte législatif n° 05 du 8 juillet 2011 « Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones »

Colombie, Acte législatif n° 04 du 8 septembre 2017 « Por el cual se adiciona el artículo 361 de la Constitución política ».

Ces ressources peuvent désormais être obtenues selon différentes modalités et pour une variété de projets d'investissement, principalement en matière de recherche, sciences, technologie et innovation, renforcement institutionnel et formation de capital humain dans toutes les régions.

511. En outre afin de promouvoir, entre autres, la stabilité macroéconomique et la croissance économique régionale à travers les projets d'investissement et de viser une distribution plus équitable des redevances dans toutes les entités territoriales, la modification de l'article 360 de la Constitution a inclus l'élargissement des affectations possibles des redevances. Aujourd'hui, il est permis qu'elles financent « des projets destinés au développement social, économique et environnemental des entités territoriales ; des économies relatives au passif en matière de retraites ; des investissements physiques en éducation aux investissements en sciences, technologie et innovation ; la création d'économies publiques ; le contrôle de l'exploration et de l'exploitation du sous-sol ; et servent à augmenter la compétitivité générale de l'économie en cherchant à améliorer les conditions sociales de la population ».

512. Bien que la dynamique du secteur ait été à l'origine de la réforme du Système gérant ces ressources, il faut tenir compte du fait que c'est toujours la loi datant de 1994 qui fixe les prix sur lesquels est calculée la valeur de la redevance. Par conséquent en Colombie, la valeur pour le paiement de la redevance de la part d'une entreprise nationale ou étrangère exploitant les ressources minières oscille depuis plus de 20 ans entre 1 % et 12 %³⁴² selon le minéral. Ces pourcentages sont considérés par certains comme étant parmi les plus élevés des pays de la région,³⁴³ malgré le fait que certains secteurs demandent leur actualisation afin que les redevances génèrent davantage de revenus pour le pays.

513. Il est pleinement établi que l'exploitation minière représente une source significative d'activité économique pour le pays, et bien que les revenus perçus et transférés par l'État au titre de redevances peuvent être vus comme considérables, il est

³⁴² Les pourcentages sont de 1 % pour les matériaux de construction, de 4 % pour l'or, de 10 % pour le charbon (dans les exploitations de plus de 3 millions de tonnes par an) et de 12 % pour le nickel (article 16 de la Loi 141 de 1994).

³⁴³ Garay Salamanca L., *Minería en Colombia, fundamentos para superar el modelo extractivista*, op. cit., p. 143.

certain que la loi qui fixe et calcule leur paiement correspond à la logique économique marchande de l'époque (1994) et ne s'ajuste en rien à la situation actuelle du pays, aux volumes de minéraux extraits et aux dommages environnementaux qu'ils entraînent. Par conséquent, l'État n'a que trop tardé à réformer cette loi afin que les paiements et la collecte, compétitifs pour la région, puissent être en harmonie avec les objectifs actuellement poursuivis par la politique minière colombienne, et que les communautés notamment puissent obtenir de meilleures contreparties vis-à-vis des coûts et des bénéfices que représente le développement d'une activité comme l'exploitation minière sur leur territoire.

514. Enfin, le nouveau système de participation aux redevances a suscité un débat supplémentaire en lien avec sa recentralisation, par rapport au modèle décentralisé mis en œuvre par le système de gestion précédent. Ainsi, en raison de l'incapacité des administrations locales à investir de façon adéquate les ressources qui leur était transférées au titre de redevances et des mauvais résultats en matière de planification et de développement territorial affichés pendant des années, le gouvernement national actuel considère comme justifié de recentraliser l'investissement de ces ressources. Cela n'a pas été bien reçu de la part des anciens bénéficiaires privilégiés de cette contre-prestation et a créé des tensions dans les relations entre le niveau central et le décentralisé. En effet, ce dernier se sent diminué et menacé dans l'exercice de son autonomie territoriale par la nouvelle forme de gestion de ces ressources provenant de l'exploitation de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables.

515. La jurisprudence constitutionnelle et le Conseil d'État ont affirmé de façon pacifique que, conformément aux dispositions des articles 101 et 332 de la Charte politique, l'État est l'entité constitutionnelle titulaire du droit aux redevances sur l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables ainsi que le bénéficiaire de leur paiement. Ces ressources font donc partie du patrimoine de l'État de par son statut d'unique propriétaire du sous-sol³⁴⁴, et ne peuvent constituer des biens d'utilisation

³⁴⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 novembre 1995, Sentence n° C-567/95, dossier n° D-850, M.R. Fabio Morón Díaz. Voir également Sentences C-075/93, M.R. Alejandro Martínez Caballero, T-141/94, M.R. Vladimiro Naranjo Mesa, C-567/95, M.R. Fabio Morón Díaz, C-691/96, M.R. Carlos Gaviria Díaz et C-221/97, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

publique puisqu'elles sont définies comme des « rentes nationales sur lesquelles certaines entités territoriales ont droit à une participation ». ³⁴⁵

516. Par conséquent, bien que l'on affirme que les entités territoriales bénéficient d'une autonomie administrative concernant la gestion de leurs biens ³⁴⁶, en matière de redevances il convient de préciser les points suivants. En premier lieu, il ne s'agit pas d'un bien ou d'un droit associé à l'une des catégories de ressources relevant de la propriété exclusive des entités territoriales mentionnées. Au contraire, c'est une ressource d'origine externe à l'entité territoriale et qui, en tant que telle, peut faire l'objet d'une réglementation ou de l'intervention de la part du législateur, sans pour autant vider de son contenu la garantie d'autonomie des territoires. ³⁴⁷ En deuxième lieu, d'après le régime précédent de gestion des ressources, la loi indiquait une affectation spécifique liée à la satisfaction des besoins fondamentaux non satisfaits. Et en troisième lieu, les entités territoriales, dans l'exercice de leur autonomie administrative dans le cadre des compétences qui leur sont imposées par la loi, pouvaient disposer et investir librement ces ressources tout en étant sujettes à de sévères contrôles permettant d'assurer leur gestion efficace et rationnelle.

517. Nonobstant, la réforme a établi un modèle administratif très différent. Aujourd'hui, les projets d'investissement présentés par les entités territoriales peuvent être financés par différents fonds, dont : Le Fonds de développement régional, le Fonds pour les sciences, la technologie et l'innovation et le Fonds de compensation régionale. Mais ils doivent obtenir un vote en leur faveur de la part de l'un des Organes collégiaux d'administration et de décision (« Órganos Colegiados de Administración y Decisión » -

³⁴⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 26 août 1998, Sentence C-447 de 1998. Dossier n° D-1962, M.R. Carlos Gaviria Díaz.

³⁴⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 juin 2001, Sentence C-579 de 2001, Dossier n° D-3260 y D-3262, M.R. Eduardo Montealegre Lynett.

« Conformément aux dispositions de l'article 287 de la Charte politique, les entités territoriales jouissent d'une autonomie dans la gestion de leurs affaires et intérêts. Pour cela, elles ont le droit d'être gouvernées par des autorités propres, d'exercer les compétences qui leur correspondent, de gérer leurs ressources, d'établir les contributions nécessaires au respect de leurs fonctions et de participer aux rentes nationales. Ces droits essentiels des entités territoriales doivent être respectés par le législateur, car ils constituent le contenu minimum du principe d'autonomie territoriale ». Ce modèle administratif a été adopté comme une forme de rejet du modèle d'État centralisé ayant prédominé sous la Constitution de 1886 ayant renforcé l'abandon des régions. Le modèle décentralisé a eu au contraire l'intention de promouvoir le développement local compte tenu des principes de justice sociale et d'équité dans la distribution des ressources, ainsi que de donner les moyens d'agir aux communautés quant à la gestion de leurs affaires par le biais de différents mécanismes de participation directe au niveau local, comme la consultation populaire et le Conseil ouvert.

³⁴⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 29 mai 2002, Sentence n° C-427/2002, dossier n° D-3822, M.R. Clara Inés Vargas Hernández.

OCAD- et du Département national de planification, organismes de type centralisé représentant le gouvernement national. Cela a ouvert un débat sur la prédominance de la volonté du pouvoir central et la diminution potentielle de l'autonomie des entités territoriales dans la gestion de leurs intérêts et la détermination des priorités de développement, ce qui serait contraire à la démocratie et au progrès local.³⁴⁸

§2. Politiques nationales mises en place pour l'exploitation des ressources du sous-sol

518. Pour comprendre la politique de gestion des ressources du sous-sol au cours des années 2000 à 2018, il est nécessaire de consulter les plans de développement. Il s'agit d'instruments formels et légaux conçus par les gouvernements en place et traçant les objectifs à suivre en la matière **(A)**. Pour cette même période, les plans contiennent les lignes directrices d'une politique d'extraction agressive et massive sur l'ensemble du territoire national **(B)**.

A. Plans nationaux de développement

519. Les approches spécifiques ou prioritaires des quatre derniers gouvernements³⁴⁹ visant l'exploitation de la propriété publique sur les ressources minières sont principalement contenues dans les lois adoptant les Plans nationaux de développement. Ces normes constituent la base des politiques gouvernementales des gouvernements successifs ayant accordé la priorité à l'exploitation minière en tant que moteur du développement.

³⁴⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 11 septembre 2013, Sentence n° C-624/2013, dossier n° D-9538, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁴⁹ Gouvernement Alvaro Uribe Velez (2002-2010), Gouvernement Juan Manuel Santos Calderón (2010-2018)

Année	Objectif	Loi portant approbation	Axes stratégiques
Plan National de développement 2014-2018	« Todos por un nuevo país » Une société en paix pouvant centrer ses efforts sur la réduction des brèches et investir ses ressources dans l'amélioration de la couverture et de la qualité de son système éducatif, dans le cadre d'une stratégie de croissance verte.	Loi 1753 de 2015	i) Renforcer le processus de construction de la paix et assurer sa viabilité afin de permettre au pays d'atteindre son plein potentiel en tant que Nation. ii) Intégrer le territoire et ses communautés afin de contribuer à réduire les brèches sociales et en termes de population, en stimulant la connectivité pour l'inclusion productive et l'accès aux biens publics, aux services sociaux et à l'information. iii) Réduire les inégalités sociales et territoriales entre les milieux urbains et ruraux par le biais du développement intégral des campagnes, comme garantie de l'égalité des chances.
Plan National de développement 2010-2014	« Prosperidad para todos »	Loi 1450 de 2011	Convergence et développement régional, croissance et compétitivité, égalité des chances, consolidation de la paix, innovation, viabilité environnementale, bonne gouvernance et pertinence internationale
Plan National de développement 2006-2010	« Estado Comunitario. Desarrollo para todos 2006-2010 »	Loi 1151 de 2007	Consolider une croissance économique importante, afin de créer de l'emploi et de distribuer ses bénéfices à tous les

			Colombiens ; Accent sur la réduction de la pauvreté, l'équité, la compétitivité, le développement durable, le renforcement de la décentralisation et de la démocratie ; Sécuriser les réussites de la Politique de défense et de sécurité démocratique afin de consolider la confiance dans le pays
Plan National de développement 2002-2006	« Hacia un Estado Comunitario »	Loi 812 de 2003	Assurer la sécurité démocratique, promouvoir la croissance économique durable et la création d'emploi, construire l'équité sociale, augmenter la transparence et l'efficacité de l'État,

Elaboré par l'auteur

520. Au cours des deux gouvernements du président Álvaro Uribe, l'importance du secteur privé en tant que créateur de richesse dans le secteur minier a été reconnue. En particulier, les mesures inscrites au Plan de développement 2006-2010³⁵⁰ prévoyaient que le développement du potentiel minier du pays exigeait la consolidation d'une politique permettant, d'une part, d'augmenter la productivité des exploitations minières traditionnelles légales, et d'autre part, de promouvoir la participation d'investisseurs stratégiques dans l'exploration, l'exploitation et le développement durable des gisements miniers. Ces mesures ont provoqué une augmentation démesurée des demandes de concessions minières, au point que la capacité institutionnelle a atteint la paralysie.

³⁵⁰ Plan national de développement « Estado Comunitario. Desarrollo para todos 2006-2010 », Département de planification nationale, Tome 1, 2007, [en ligne] consulté le 1^{er} avril 2018, https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND_Tomo_1.pdf

521. D'après le Plan national de développement 2010-2014, le secteur minier-énergétique a été considéré par le gouvernement comme la locomotive de la croissance de l'économie : « Les projections élevées de production de pétrole et de charbon pour les prochaines années, les estimations à la hausse des prix internationaux du panier minier-énergétique et l'activité croissante de l'exploration sur le territoire national démontrent clairement le rôle fondamental de ce secteur dans l'économie colombienne au cours des prochaines années ».

522. Le gouvernement national a établi le Plan national de développement 2010-2014 sur trois grands piliers : 1) l'innovation, les politiques de compétitivité et de productivité et la promotion des locomotives de la croissance et de la création d'emploi. Le secteur minier-énergétique a été défini comme constituant l'une de ces locomotives. Ainsi, quatre objectifs stratégiques ont été formulés afin de profiter du potentiel minier-énergétique de façon durable sur les plans économique, social et environnemental, et à partir de là, contribuer à la prospérité du pays. Certains des objectifs stratégiques définis sont les suivants : i) créer des institutions et des mécanismes garantissant une exploitation minière responsable et compétitive ; ii) le ministère des Mines et de l'Énergie mettra en œuvre des actions visant à promouvoir l'augmentation de la productivité des exploitations minières légales ; iii) le ministère des Mines et de l'Énergie dirigera un processus d'ajustement du Code des Mines afin que cette norme soit cohérente avec les réformes institutionnelles et les initiatives de promotion minière proposées plus haut ; iv) il fera la promotion du développement de projets d'infrastructures de transport permettant d'optimiser la commercialisation de minéraux exploités sur tout le territoire national ; v) la concrétisation de programmes attendant leur légalisation.³⁵¹

523. En somme, le contexte de crise économique, politique et sociale précédent a engendré et établi un puissant discours de développement de type économique sur une base extractive, en augmentant l'importance de l'exploitation minière au sein de l'économie, en particulier entre 2002 et 2014. L'objectif fondamental est donc d'exploiter au maximum le potentiel minier ainsi que la propriété minière, en respectant des critères

³⁵¹ Plan national de développement « Prosperidad para todos 2010-2014 », Département de planification nationale, Tome 1, 2011, [en ligne] [consulté le 1^{er} avril 2018]
<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND2010-2014%20Tomo%20I%20CD.pdf>

de durabilité et de protection de l'environnement. Pour y arriver, l'État s'est assuré d'offrir les conditions juridiques et institutionnelles nécessaires afin de provoquer l'arrivée massive d'investissements dans le but d'obtenir des concessions minières pour leur exploration et leur exploitation et dont ils réclament aujourd'hui que les droits soient dûment protégés par l'État.

524. Les politiques concernant la gestion des ressources minières au cours du dernier gouvernement 2014-2018 sont différentes dans la mesure où la priorité a été accordée au renforcement de la politique sociale et à l'obtention et la mise en œuvre des Accords de paix signés à La Havane le 24 novembre 2016 et ratifiés par le Parlement le 1er décembre de la même année.³⁵²

525. Pour le nouveau mandat présidentiel 2018-2022, le Plan national de développement, toujours en construction, est baptisé « Pacte pour la Colombie ». Quatre orientations principales de gouvernement sont déjà connues : légalité, entrepreneuriat et productivité, développement durable, et science, technologie et innovation.

526. Les objectifs fixés par ce nouveau gouvernement sont principalement axés sur une transformation sociale impliquant une inclusion sociale durable, l'accélération de l'inclusion productive et des actions concertées pour surmonter la pauvreté. Pour mener à bien ces changements, le Plan propose des stratégies qui toutefois n'ont pas encore été approuvées : profiter au mieux du potentiel productif, stimuler le secteur privé par le biais d'exemptions fiscales et de réglementations encourageant la création d'emploi, et promouvoir l'économie orange. Le gouvernement reconnaît qu'il existe une forte dépendance envers l'exploitation minière et les hydrocarbures ainsi qu'une lente transformation productive. Contrairement aux plans de développement précédents, le secteur minier ne bénéficie pas pour le moment d'un traitement privilégié.

³⁵² Depuis que la Colombie s'est constituée en République, sa vie politique a été marquée par la violence. Assister à la signature en septembre 2016 d'un accord de paix entre le gouvernement et l'un des acteurs les plus importants de la guerre civile, la guérilla des Farc, a marqué la vie et le futur de toute la Nation colombienne, parce qu'elle prétend mettre un terme à un conflit vieux de plus de 50 ans avec ce groupe. L'objectif principal de l'Accord de paix a été de conclure le conflit territorial existant et de lancer un processus de construction d'une paix stable et durable. Au cours de la construction de l'Accord, la participation de représentants des communautés autochtones, des victimes, des entrepreneurs, des populations LGTBI, des afrodescendants, des universitaires et des paysans a été assurée par le biais de forums et de la présence de délégations directement à la table des négociations. Cela a permis de conférer au processus des caractéristiques participatives et transparentes.

B. Le modèle extractiviste colombien

527. Les politiques inscrites dans les Plans de développement détaillés et les modèles de développement adoptés mettent en évidence la dépendance historique de l'État colombien vis-à-vis de l'exploitation des ressources minières et son importance clé dans les finances publiques de l'État en tant qu'instrument permettant l'obtention de ses fins les plus essentielles. Bien que l'État tente de remplir une fonction notable en matière d'exploitation et de contrôle des ressources minières et du sous-sol en général, il légitime un modèle économique fondant le bien-être et le développement social sur l'extraction, la réception et la distribution de redevances.

528. Le modèle extractiviste prévaut dans différents pays d'Amérique du Sud, avec certaines différences dans les modalités liées à la structure et à la façon d'incorporer ce secteur des matières premières à l'économie nationale. Dans nombre d'entre eux, de profondes réformes ont été effectuées dans les années 80 et 90, principalement autour de la privatisation des entreprises d'État d'exploitation minière et de l'amélioration des conditions pour l'investissement étranger direct.

529. Dans un tel contexte, deux modèles fondamentaux distincts se sont cristallisés depuis le début de ce millénaire. D'un côté, certains pays ont continué le processus de privatisation du secteur des matières premières. C'est le cas de la Colombie, du Pérou et du Chili, où par conséquent des multinationales dominent actuellement le secteur. L'autre modèle de politique est celui représenté par des pays comme la Bolivie et l'Équateur, qui dans le cadre de gouvernements de gauche réclament la nationalisation des ressources naturelles non renouvelables et s'efforcent de rapatrier les profits générés par l'extraction de matières premières.³⁵³

530. C'est pourquoi, dans des pays comme la Bolivie, l'État est devenu un acteur clé du secteur extractif, et l'Équateur tente de consolider un entrepreneuriat minier étatique par le biais d'Entreprises d'État mettant en œuvre des politiques économiques de type nationaliste, dans le but d'assurer une plus grande participation de l'État aux revenus

³⁵³ Felt H., “*¿Nuevas reglas de juego para el extractivismo? El papel de las iniciativas internacionales de transparencia y control para las industrias extractivas*”, in Göbel B., Ulloa A., *Extractivismo minero en Colombia y América Latina*, Universidad Nacional de Colombia et Ibero-Amerikanisches Institut, 2014, p. 459 et s.

provenant de l'exploitation des ressources naturelles, avec lesquelles financer des programmes sociaux et des mesures de réduction de la pauvreté.

531. Dans le cas concret de la Colombie, avec l'entrée en vigueur du Code des mines en 2001, un nouveau modèle minier a été introduit, qui intensifie la politique économique extractiviste basée sur l'exploitation et l'exportation des ressources découvertes ainsi que sur une proposition de développement minier de grande envergure, en grande partie encouragée non pas par ses propres gouvernants, mais par des organismes comme la Banque mondiale dans le cadre de différents programmes de promotion de l'investissement privé dans l'exploitation minière et en particulier de l'investissement étranger.³⁵⁴ Le rôle de l'État a par conséquent été réduit, et le secteur s'est ouvert au libre intérêt particulier, notamment aux grandes compagnies minières.³⁵⁵

532. Le modèle extractiviste proposé a facilité à ce moment-là de façon extrême l'arrivée de capitaux étrangers, en concédant des bénéfices et privilèges fiscaux et tributaires discutables. Par ailleurs, il s'est basé sur des politiques mises en place par l'État pour promouvoir avant tout un mode de production minier à grande échelle de minéraux possédant une valeur stratégique mondiale, raison pour laquelle l'un de ses objectifs principaux est d'augmenter les niveaux d'exportation de minéraux. On peut donc affirmer qu'il s'agit d'un modèle répondant à une vision axée sur le développement et qui privilégie totalement l'aspect économique dans le sens d'une accumulation de richesse, sans tenir compte de l'intensification des conflits et des risques sociaux et environnementaux que cette activité implique.³⁵⁶

533. Le nouveau modèle de gestion des ressources minières mis en œuvre par la Constitution avec les compétences d'intervention attribuées à l'État dans certains secteurs de l'économie et la nouvelle législation minière tentait donc de répondre à un contexte de crise économique interne et externe hérité du passé. Néanmoins, le modèle extractiviste promu depuis lors ne représente pas la volonté et les intérêts de la société quant à l'administration des ressources naturelles non renouvelables. Ceci, car l'extractivisme

³⁵⁴ Gomez Montes I., *et alii*, "Conflictos socioambientales de la minería del oro y el rol del modelo económico dominante en América Latina", in Göbel B., Ulloa A., *Extractivismo minero en Colombia y América Latina*, *op. cit.*, p. 416.

³⁵⁵ Garay Salamanca L., *Minería en Colombia, fundamentos para superar el modelo extractivista*, *op. cit.*, p. 194.

³⁵⁶ Göbel B., Ulloa A., *Extractivismo minero en Colombia y América Latina*, *op. cit.*.

accélération actuelle, qui n'assume pas la responsabilité des impacts environnementaux et sociaux à long terme, a mis en évidence une faiblesse institutionnelle et un manque de contrôle de l'État qui s'avère risqué. En somme, il existe actuellement sur cette question une brèche entre ce que les citoyens attendent de leurs États et ce que leurs États sont capables de leur offrir.

534. Les caractéristiques que l'on peut attribuer au modèle extractiviste actuel en Colombie sont les suivantes :

- La force politique et sociale du modèle est basée sur la consolidation d'une classe (corporations, secteur industriel, institutions de l'État) qui arrive à des consensus par le biais d'un puissant discours visant à démontrer que l'extraction minière privée est le facteur principal et naturel de la croissance économique, et à la fois la condition nécessaire au bien-être social du pays.
- En termes économiques, la croissance s'appuie sur l'attraction d'un important capital étranger pour le développement de l'exploitation minière à grande échelle avec des schémas flexibles de régulation privilégiant le secteur privé.
- Mener à bien ce modèle a impliqué, outre l'importation de connaissances et de technologies spécifiques permettant de prendre en compte des gisements qui n'étaient pas économiquement viables auparavant, une solide capacité en matière d'infrastructures routières et de services publics devant être fournie par les États producteurs.
- Ce modèle a eu pour objectif l'enrichissement accéléré de l'entreprise privée, généralement étrangère, et s'est éloigné des intérêts de l'être humain et de l'environnement local.
- Des réformes radicales sont promues afin d'adapter les institutions et les normes de l'État au développement extractif.
- L'État présente des difficultés à faire office de régulateur et de contrôleur de façon efficace.
- Les communautés expriment un rejet important du modèle en raison des impacts négatifs sur la population et le territoire, ce qui a entraîné l'exercice d'actions collectives pour la protection de leurs droits.

535. Ce modèle d'expansion extractive imposé par les politiques des organismes internationaux est également entré en conflit avec des processus environnementaux institutionnels semblant se réaliser à contre-courant. L'absence d'inventaires environnementaux et de cartes ou de relevés actualisés des zones protégées en raison de leur nature sensible, comme les parcs et les landes, ainsi que le manque d'articulation institutionnelle et normative des secteurs minier et environnemental, voire les chevauchements de compétences, aggravent le conflit interne en cours, qui remet en question les institutions, la pertinence du système normatif en vigueur et jusqu'au respect même des fins de l'État.

536. Depuis la mise en œuvre des politiques économiques néolibérales dans ces pays, les multinationales ont augmenté leurs investissements dans les secteurs miniers et énergétiques et donc leur présence dans les zones rurales de la région. Au fil des ans, cette croissance et les profits observés et attendus ont été accompagnés de la crainte des différentes sociétés par rapport aux risques de pollution et de déracinement territorial dans les zones rurales.

537. Le modèle de développement actuel exacerbe les conflits et la violence, mais montre des signes d'épuisement. En Colombie, où les querelles autour des matières premières constituaient avant l'an 2000 4 % du total des conflits enregistrés dans le pays, le Centro de Investigación y Educación Popular a identifié entre 2000 et 2011, 274 conflits liés à l'extraction minière et pétrolière, et une forte tendance à la hausse³⁵⁷.

538. Malgré la grande amplitude de stratégies économiques et de développement possibles dans le cadre des limites aux principes et droits imposés par la Constitution, il s'est avéré impossible de se mettre d'accord sur le modèle de développement minier dont le pays a besoin, à partir duquel découleraient des mesures pertinentes et une planification efficiente, avec une intervention étatique moins importante et plus efficace, mais dans le cadre d'un État renforcé. Au contraire, le renforcement de la protection des droits des citoyens les plus conscients de leurs droits et de l'importance de la sphère publique, qui peuvent se voir affectés par le développement d'une activité comme l'exploitation des ressources minières, a favorisé l'émergence de mouvements sociaux et l'augmentation de

³⁵⁷ CINEP, *Minería, conflictos sociales y violación de Derechos Humanos en Colombia*, 2012. [en ligne] [consulté le 20 mai 2018], https://www.alainet.org/images/IE_CINEP_octubre_2012.pdf

l'utilisation des mécanismes de débat public pour la construction de consensus en matière environnementale. En vertu de ce qui précède, ces communautés ont même démontré qu'elles étaient prêtes à renoncer à ses bénéfices économiques.

539. La conception actuelle de la politique publique en matière d'administration et d'exploitation de la propriété minière doit passer par la reconnaissance des droits des citoyens dans les territoires affectés par l'impact de l'exploitation de ces ressources. Ceci exige donc un rôle plus actif de l'État en tant que recteur de l'économie et de la société, afin de réduire les brèches sociales créées par le marché, tout en conservant la base extractiviste de l'économie, ce qui signifiera pourtant la défaite de l'État en tant qu'entrepreneur minier **(1)** et l'échec de la politique économique de la période 2000-2010 **(2)**.

1. La défaite de l'État en tant qu'entrepreneur minier

540. Le libéralisme économique inspirant le capitalisme, ainsi que les coûts élevés de l'investissement en matière de connaissances et technologie a entraîné, du moins dans la région, le retrait progressif des États vis-à-vis de la prise en charge directe du développement de l'industrie minière³⁵⁸. Par conséquent, ces derniers ont préféré le modèle de concession au secteur privé, créant ainsi des sortes de monopoles miniers permettant de favoriser de façon exclusive des capitaux privés, et de laisser de côté les convenances ou les intérêts nationaux. Au contraire, il se trouve qu'ils conservent en général et avec plus ou moins d'efficacité leur rôle interventionniste afin de planifier et d'organiser le secteur minier en tant qu'activité industrielle.

541. Ainsi, l'on observe que le bien collectif pèse peu dans les décisions de l'État ou des responsables de l'activité et des directeurs des entreprises du secteur privé eux-mêmes, et la production et l'approvisionnement en métaux restent subordonnés à l'intérêt particulier.

³⁵⁸Avec la réactivation mondiale de l'exploration minière enregistrée à partir de l'année 2003, des entreprises minières transnationales ont commencé à arriver en Colombie, intéressées principalement par le charbon, l'or et des métaux de base. La multinationale canadienne Greystar était attirée par la confirmation d'importants gisements d'or et d'argent de la municipalité de California (département de Santander) et la société sud-africaine AngloGold par les gisements d'or de La Colosa. En outre, la hausse des prix internationaux de minerais a encore davantage encouragé l'arrivée de sociétés minières dans le pays.

542. Le secteur minier a pour but principal l'exploitation des minéraux afin d'augmenter la production générale et la richesse. Mais il est clair qu'au sein d'un régime d'économie capitaliste, l'exploitation historique des gisements miniers a été réalisée dans le cadre de la recherche d'un bénéfice individuel qui ne profite pas dans la même proportion les communautés et ne contribue pas réellement à l'amélioration de la qualité de vie des populations.

543. Aujourd'hui, l'État colombien est en outre propriétaire des ressources naturelles non renouvelables, d'une variété de biens et de moyens de production, comme les Entreprises industrielles et commerciales de l'État, des sociétés d'économie mixte³⁵⁹. Il apparaît donc comme un acteur important de la vie économique, stimulant la création de richesse et la pleine utilisation des ressources humaines.

544. C'est pourquoi actuellement, les minéraux de tout type et emplacement, gisant dans le sol ou le sous-sol, dans n'importe quel état physique naturel, appartiennent de façon exclusive à l'État. Cette propriété est même présumée sur le plan légal. Ceci, sans égard pour le fait que la propriété, possession ou détention des terrains où se trouvent ces ressources ou des terres où seront développés des projets miniers, relève d'autres entités publiques, de particuliers ou de communautés ou groupes. Voilà pourquoi l'activité minière est considérée par l'article 58 de la Constitution politique de 1991 comme étant d'utilité publique, ce qu'a déclaré l'article 13 de la Loi 685 de 2001³⁶⁰. Dans la pratique, cela a longtemps signifié que les droits miniers et les activités minières l'emportaient face à tout autre droit privé ou activité économique.³⁶¹

³⁵⁹ Constitution politique de 1991, article 150, le Congrès a l'obligation de voter les lois. Par leurs biais, il exerce les fonctions suivantes : « 7) créer ou autoriser la constitution d'Entreprises industrielles et commerciales de l'État et de sociétés d'économie mixte ».

³⁶⁰ Loi 685 de 2001. Article 13. Utilité publique. Dans le cadre du développement de l'article 58 de la Constitution politique, l'industrie minière dans toutes ses branches et phases est déclarée d'utilité publique. Par conséquent, les expropriations de la propriété de biens immeubles et d'autres droits constitués sur ceux-ci, nécessaires à son exercice et à son développement efficace, pourront être décrétées en sa faveur, sur demande de la partie intéressée et conformément aux procédures établies dans ce Code. L'expropriation consacrée par cet article ne pourra en aucun cas s'appliquer aux biens acquis, construits ou destinés par les bénéficiaires d'un titre minier à l'exploration ou l'exploitation ou à l'exercice des servitudes correspondantes.

³⁶¹ Tant le droit international que le droit national reconnaissent la fonction sociale de la propriété. Cependant, en matière d'affectation de la propriété, l'utilité publique et l'intérêt national sont supérieurs au simple intérêt individuel ou privé, national comme étranger.

545. Les conséquences juridiques de la proclamation de l'exploitation minière en tant qu'activité d'utilité publique et d'intérêt social, qui sont définies par le Code des mines, comprennent : celle de l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des ressources minières pour les particuliers (article 6), la possibilité d'expropriation des biens immeubles (article 13), la reprise gratuite de l'infrastructure, des instruments et des bâtiments utilisés par les entreprises minières par l'État lorsqu'un contrat de concession prend fin à n'importe quel titre (article 113), l'obligation pour les entreprises minières de recueillir et de remettre à l'État l'information concernant la richesse minière qu'elles possèdent (article 339), et l'obligation d'actualiser le cadastre minier ainsi que la nature publique de l'information que ces entreprises recueillent concernant la richesse géologique du pays (article 340).

546. Malgré toutes les garanties ou les mécanismes de protection de la propriété de l'État en matière de ressources minières qui précèdent, il n'en demeure pas moins que l'État a désormais échoué en tant que gérant des ressources minières, et les institutions sont inefficaces. Le contexte décrit plus haut se voit en outre complété par le fait que, malgré l'importance stratégique que représente de nos jours la propriété sur les ressources minières, le manque de clarté, l'absence de critères explicites de la part du législateur et des gouvernements vis-à-vis de la façon d'exploiter ces ressources et l'incertitude quant aux impacts environnementaux de l'activité priment, et les citoyens ont peu confiance dans les conditions du développement qui leur est proposé. Tout semble jouer en défaveur du modèle extractiviste.

2. L'échec de la politique économique à la période 2000-2010

547. La situation économique difficile par laquelle est passé l'État colombien au cours des années 90 a donné lieu en 1999 à une contraction de sa croissance de 4,2 %, ce qui a représenté à l'époque la plus grosse chute de son histoire économique des 100 dernières années.³⁶² Pour faire face à cette situation, l'administration en place au cours de la première décennie du XXI^e siècle, influencée comme nous l'avons vu plus haut par les

³⁶² Banque de la République, *La Economía Colombiana: Situación actual frente a los noventa y sus perspectivas*, Décembre 2006, [en ligne] [consulté le 23 juin 2018], <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra429.pdf>.

« Parmi les causes de la récession se trouvent, en premier lieu, l'instabilité des marchés internationaux de capitaux depuis la moitié des années 90 et leur retrait postérieur des économies émergentes, y compris la Colombie, à la fin de la décennie, et en deuxième lieu, la crise du système hypothécaire ayant affecté tant les foyers que le secteur financier. »

hauts responsables d'instances internationales comme le Fonds monétaire international, s'est vu dans l'obligation d'adopter une politique permettant de lentement récupérer le dynamisme et la croissance de l'économie. Cette politique, dénommée « Confiance des investisseurs »³⁶³ a orienté l'économie colombienne du XXI^e siècle. Elle se base sur deux principes : le libre marché et le soutien à l'initiative privée, principalement fondé sur la création de conditions permettant d'attirer la confiance des investisseurs étrangers dans différentes activités économiques comme l'exploitation primaire des ressources naturelles offrant de hauts retours³⁶⁴.

548. Cette politique, qui a constitué l'un des axes de continuité entre les gouvernements de l'ex-président Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) et du président Juan Manuel Santos (2010-2018) a abouti à de bons résultats en apparence. Dans les faits, les chiffres qui montrent l'efficacité des autorités minières dans la gestion des ressources minières ainsi que les niveaux réels de l'amélioration du niveau de vie des Colombiens au cours de la période (de 2002 à 2010) se sont révélés inférieurs à l'évolution attendue.

549. L'agence nationale pour les questions minières est opérationnelle depuis juin 2012. Elle a repris la gestion des ressources minières relevant auparavant de l'Institut colombien de géologie et des questions minières (Ingeominas), aujourd'hui dénommé Service géologique colombien. Elle a identifié qu'à cause de cette politique de « Confiance des investisseurs », la gestion par l'État en matière de contrats et de titres miniers accuse un retard de près de quatre décennies.

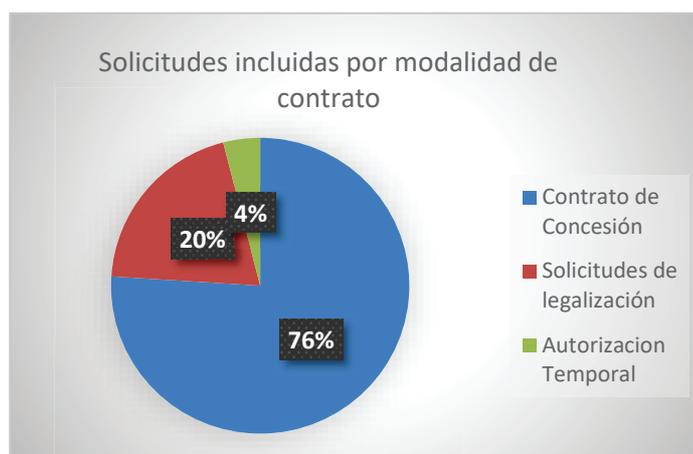
550. Depuis le 12 février 2011, date à laquelle la nouvelle entité minière a commencé à fonctionner, et après avoir réalisé l'inventaire des demandes de contrats de concession, d'autorisations temporaires et de demandes de légalisation minière de fait et traditionnelles, l'Agence a constaté que bien que les investisseurs avaient fait preuve de

³⁶³ On entend par « Confiance des investisseurs » l'ensemble de la politique économique, de change, monétaire et fiscale adoptée par un gouvernement en faveur du capital financier international et des compagnies transnationales, soutenues par une législation conforme à cette politique, comme cela a été le cas de la législation minière mise en place par le Code des mines actuel ou par les réformes fiscales.

³⁶⁴ Suarez Montoya A., «La Economía Uribista o el fracaso de la confianza inversionista» [en ligne] consulté le 23 juillet 2018, http://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2012/07/2-Fracaso_Confianza_Inversionista.pdf.

« Au cours de cette seule décennie, le capital étranger sous forme d'investissement direct a atteint plus de 55 milliards USD, mais dès 2009 le montant transféré à titre de bénéfice et de dividendes aux maisons mères dépassait ce qui avait été investi dans l'année ».

leur intérêt pour le pays et ses ressources minières, 19 629 demandes étaient encore en cours de traitement, dont 14 452 (74 %) relevaient de la responsabilité des autorités au niveau central (le Service géologique colombien) et 5 177 (26 %) des autorités décentralisées, c'est-à-dire des gouvernements régionaux délégués par le Ministère des Mines et de l'Énergie. Des 19 629 demandes en cours, 379 (2 %) correspondaient aux années 70, 80 et 90 et 98 % avaient été déposées après l'an 2000, en particulier entre 2006 et 2010, période à laquelle 86 % du total de demandes a été présenté.³⁶⁵



Source : « Informe de Gestión 2013- Agencia Nacional de Minería »

551. En deuxième lieu, cette politique mise en place dans le cadre d'un modèle de développement centré sur l'augmentation des indicateurs de croissance économique par le biais de l'exploitation minière et pétrolière à grande échelle qui a favorisé un régime d'accumulation protégé par un système d'incitatifs destinés aux investisseurs et au capital étranger a fini par approfondir les inégalités en concentrant la richesse sur un petit nombre de secteurs et en étendant l'exclusion sociale à la majeure partie de la population colombienne. Par conséquent, vu d'un autre point de vue, cette politique n'a pas apporté à l'État et aux communautés autant de bénéfices que ce que l'aurait souhaité montrer.

552. Les principaux indicateurs économiques et sociaux de l'époque (2000-2010) sont le produit de la politique économique ayant prédominé ainsi que du modèle de croissance adopté³⁶⁶. Sur le plan interne, la stratégie de la « Confiance des investisseurs » a donc

³⁶⁵ Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), "Indicadores de la Minería en Colombia", Bogotá, 2014.

³⁶⁶ Banque de la République. "La Economía Colombiana: Situación actual frente a los noventa y sus perspectivas", [en ligne], décembre 2006, consulté le 23 juin 2018, <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra429.pdf>.

entraîné l'augmentation des taux de chômage habituels, qui ont fini par compter parmi les plus élevés du continent, ainsi que les niveaux d'informalité, mis en évidence par la mauvaise qualité des contrats de travail et le manque de conditions minimum en matière de travail décent. Il convient d'ajouter aux conséquences sociales l'impact aggravant de la pauvreté et de l'indigence, qui trouvent leur origine dans la détérioration de la distribution des ressources. Ceci, encore renforcé par les réformes constitutionnelles qui ont coupé par deux fois en dix ans les transferts budgétaires du gouvernement central aux municipalités et départements pour la prise en charge en matière de santé, d'éducation et de réseaux d'assainissement.³⁶⁷ En conséquence, la Colombie était classée à cette époque parmi les pays les plus inégaux au monde d'après le Rapport sur le développement humain 1991-2009³⁶⁸ sur la base du coefficient de Gini, considéré comme l'indicateur le plus complet pour l'identification des inégalités entre les différents secteurs de la société.

Conclusion Section I

553. L'exploitation du sous-sol a toujours constitué une importante source de financement de l'État. Cependant, en raison du contexte politique et économique de la fin du siècle dernier, elle connut un essor jamais vu auparavant en matière de développement des activités d'exploitation des ressources du sous-sol. L'arrivée massive de capitaux dans le pays et l'augmentation des demandes d'octroi de concessions minières a obligé l'État colombien à mener une réforme légale et institutionnelle afin de s'adapter aux nouvelles exigences du marché. Le contexte de la décennie 2000-2010 a incité les gouvernements à faire de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables un aspect central de leurs politiques économiques. Par conséquent, un modèle extractiviste général et massif a été mis en place sur tout le territoire et a rapporté à l'époque de grands profits à la Nation, dont les entités territoriales ont pu bénéficier par le biais des redevances.

« Comme la majorité des économies émergentes et en particulier celles d'Amérique latine, l'économie colombienne traverse une période favorable. Les économies latino-américaines ont crû en moyenne de 5,9 % en 2004, le taux le plus élevé depuis 1981. Pour sa part, la croissance en Colombie est revenue à des taux supérieurs à 4,5 % et le taux de chômage et la pauvreté ont diminué. La phase d'expansion du cycle se caractérise par une reprise de la confiance, des investissements dynamiques, ainsi qu'une croissance de la consommation des foyers que l'on ne voyait pas depuis le milieu des années 90. »

³⁶⁷ Suarez Montoya, A., "La Economía Uribista o el fracaso de la confianza inversionista".

[en ligne] [consulté le 23 juillet 2018] http://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2012/07/2-Fracaso_Confianza_Inversionista.pdf.

³⁶⁸ Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Rapport sur le développement humain 1991-2009* [en ligne] [consulté le 23 juin 2018] <http://www.saludcolombia.com/actual/Salud%2084/Colombia%20IDH.pdf>.

554. Cependant, les résultats économiques, sociaux et environnementaux de ce modèle de développement n'ont pas produit les résultats espérés en termes d'amélioration de la qualité de vie des communautés au cours de la même période. Les statistiques internationales relatives aux indices de pauvreté et d'inégalités pour l'époque l'ont mis en évidence, et la relation coût-bénéfice de ce modèle économique est donc remise en cause.

Section II. Connotations économiques et politiques de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie

555. L'histoire de la gestion et de l'exploitation de la ressource minière en Colombie a été définie à partir de caractéristiques appartenant essentiellement au modèle économique capitaliste, dans lequel l'État a eu différents rôles selon l'époque, ce qui a également supposé une redéfinition de ses fonctions et de sa relation avec la propriété de la ressource minière.

556. Tout en reconnaissant que dans l'exercice de la liberté de configuration législative, le législateur peut recourir à différents modèles ou conceptions lui permettant de respecter les finalités de l'État, les constituants de 1991 ont fixé à ce moment-là le cadre d'un modèle économique construit à partir de clauses comme : l'intervention de l'État et la planification économique ; la propriété privée et la liberté d'entreprise ainsi que l'initiative privée³⁶⁹. Ces clauses constitueront la base de l'adoption d'un modèle propre d'économie sociale de marché exigeant le recours à une série de principes et d'institutions permettant d'harmoniser l'intervention de l'État avec la liberté des citoyens, notamment en attribuant à la liberté économique une valeur supérieure dans l'ordre juridique.³⁷⁰

557. Cependant, en raison de l'indéniable besoin financier des États d'obtenir d'importantes ressources provenant de la gestion de la propriété étatique et publique comme l'une de leurs principales sources de financement, il convient d'analyser la situation de la valorisation de la propriété dans le cadre des modèles économiques adoptés

³⁶⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 13 juin 2001, Sentence n° C-616/01, dossier n° D-3279, M.R. Rodrigo Escobar Gil

³⁷⁰ El artículo 333 de la C.P establece que : *la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. (...)*

[Notre traduction] L'article 333 de la Constitution politique établira que l'activité économique et l'initiative privée sont libres, dans les limites du bien commun (...)

dans le cas colombien. Par sa nature même, tout type de propriété peut être l'objet d'une exploitation économique. Si ce n'est pas possible, à cause par exemple des normes qui le protègent, comme les restrictions environnementales, l'État se voit obligé de remplacer ces sources ordinaires de financement par des moyens extraordinaires, comme l'augmentation du fardeau fiscal des citoyens (§1).

558. Quant au modèle politique, compris comme la forme adoptée par l'État depuis que la Colombie a consolidé son indépendance vis-à-vis des autorités espagnoles vers 1820, il a consisté en un État libéral³⁷¹, au sein duquel règne une idéologie associée à la démocratie, libérale elle aussi. Sous cette forme d'État, des formes d'organisation des relations État-société civile devront être fixées. Cela s'obtiendra par l'application, dans un premier temps, de la formule d'un État social et dans un deuxième temps depuis la Constitution de 1991, par un État social de droit qui vise en particulier à : « développer de façon satisfaisante les besoins les plus élémentaires des citoyens en matière de dignité humaine, de justice sociale et de bien-être général, de la protection des plus faibles ou des personnes dans des conditions de grande vulnérabilité, de la reconnaissance de la diversité ethnique et culturelle de la Nation et de la protection de l'environnement et des ressources naturelles, piliers constitutifs de la République ». ³⁷² Les finalités essentielles de l'État social de droit comprennent donc la promotion de la prospérité générale et la garantie de la réalisation effective des droits, des devoirs et des principes constitutionnels, essentiels à l'interprétation des aspects économiques présents dans la Constitution et qui vont rayonner sur tous les domaines de sa réglementation dans des domaines comme l'exploitation des ressources naturelles (§2).

559. Nonobstant, il convient de remarquer que le développement réussi des activités de ce secteur, le choix d'une meilleure exploitation de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables ou d'aucune, ne dépend pas exclusivement d'une politique

³⁷¹ Matteucci N., *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 258 : « Une importante phase constituante dans l'histoire occidentale s'est achevée avec la Révolution française, au cours de laquelle des procédures déterminantes ont été établies, et des modèles de Constitutions ont été offerts, qui servirent d'inspiration aux forces politiques des XIXe et XXe siècles, sans que des inventions soient présentées ni que de nouveaux modes d'organisation du pouvoir d'une grande pertinence ne soient exposés sur le plan de l'ingénierie constitutionnelle (...) la seule innovation constitutionnelle du XIXe siècle, concernant uniquement les pays continentaux, est l'État de droit, qui fait référence à la justice de l'administration. »

³⁷² Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 10 novembre 2016, Sentence n° T-622/16, dossier n° T-5.016.242, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

et la gestion efficace de l'État. En effet, elle est fortement déterminée par un marché global qui, paradoxalement, tend à présenter un comportement cyclique. Nous verrons que dans tous les cas, toutes les politiques mises en œuvre jusqu'à maintenant ont tenté de s'aligner sur certains modèles, les priorités du cycle marchand leur correspondant ainsi que sur certaines conditions particulières.

§1. Rôles de l'État quant à la propriété minière en fonction du modèle économique

560. Même pour les économies qui dépendent en grande mesure de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables, comme cela peut être le cas de la Colombie, aucune relation positive n'existe qui permettrait d'affirmer que l'abondance de ressources du sous-sol apporte forcément à la Nation une croissance économique plus importante et plus soutenue ; certaines expériences sembleraient en revanche démontrer le contraire³⁷³.

561. Cependant, l'importance de ces ressources a eu une influence sur les modèles économiques fixés par l'État colombien à chaque étape de son Histoire. Il est indéniable que le développement économique national ou régional se voit chaque jour plus touché par les nouvelles et nombreuses limites et interprétations environnementales créant une tension entre le besoin d'exploiter économiquement la propriété de l'État sur les ressources minières (en vertu de l'argument selon lequel elles représentent une source de croissance économique) et la protection d'un droit collectif comme le droit à l'environnement.

562. Ainsi, on distingue une période pendant laquelle l'État est intervenu dans le but de réglementer l'activité économique (économie dirigée - État régulateur) **(A)** ; ii) la période marquée par un modèle libéral qui repose sur la capacité d'autorégulation du marché (État interventionniste) **(B)** ; et iii) une période pendant laquelle prime un modèle mixte ou néolibéral (qui mélange certains aspects de l'économie dirigée et du modèle libéral) **(C)**³⁷⁴.

³⁷³ Sanchez Alzate, M., "¿Condicionan los recursos naturales el crecimiento económico?", *Semestre Económico Universidad de Medellín*, [en ligne], Vol. 14, n°. 29, 2011, p. 117-128 [consulté le 15 juin 2016], <http://www.scielo.org.co/pdf/seec/v14nspe29/v14nspe29a7.pdf>

³⁷⁴ Sarria E., *Derecho de Minas, Régimen jurídico del subsuelo*, 2e édition, Bogota, Editorial Temis, 1960, p. 5 « De nos jours, il est considéré comme utopique, pour des raisons économiques et politiques, de mettre en place un modèle d'économie collective où prédomine l'intérêt collectif et où l'exploitation de ces ressources échappe au simple trafic mercantile. Cependant, cela permettrait selon certains de considérer par exemple l'exploitation des ressources comme un service public pour lequel la fonction régulatrice de l'État irait jusqu'à permettre l'extinction de la propriété privée des mines ». Il s'agit clairement d'un scénario chaque

A. Modèle d'économie libérale

563. La première chose à signaler est que la Colombie, alors qu'elle se consolidait comme un État souverain indépendant, constitutionnel et libéral, a adopté différentes politiques économiques et de gestion de la propriété des ressources minières qui reflètent la vision avec laquelle le développement minier a été encouragé. Comme démontré plus haut, sauf cas exceptionnel, l'État a été et reste le propriétaire de toutes les ressources minières existantes sur son territoire, raison pour laquelle durant toute l'époque républicaine, il a cherché à ce que l'exploitation et le profit provenant des mines constituent une importante source de ressources pour ses finances publiques³⁷⁵. Ainsi, toutes les politiques de gestion et de conservation de la propriété sur les ressources minières historiquement mises en application par les gouvernements successifs ont traduit une recherche constante d'un meilleur modèle de promotion du développement minier de la façon la plus opportune pour les intérêts de l'État et les communautés.

564. Des politiques de gestion des ressources minières ont été créées en fonction du contexte économique de chaque époque, et permettent ainsi d'identifier les différents rôles que l'État a joués en tant que propriétaire de ces ressources vis-à-vis de leur éventuelle exploitation.

565. Dans un premier temps, au cours de l'époque de sujétion à l'autorité espagnole, l'organisation économique coloniale était inefficace et basée sur le monopole public et privé de la production et du commerce. Il s'agissait d'un système économique fondé sur le manque de libertés et sur des castes qui déterminaient le droit d'accès et d'appartenance aux institutions représentatives du pouvoir, comme les Conseils, l'Armée ou l'Église.

jour plus difficile à imaginer en ces temps moderne et postmoderne se caractérisant d'une part, par la croissance de la propriété privée et de ses moyens de protection, et d'autre part par la tendance des États à assurer la propriété et un pouvoir de disposition absolu sur les ressources qu'ils qualifient de stratégiques pour des raisons économiques, voire de sécurité nationale.

³⁷⁵ Il est indiscutable que les États ont besoin que la gestion de la propriété étatique génère d'importantes ressources et constitue ainsi l'une de leurs principales sources de financement. Néanmoins, dans la pratique, la valorisation de la propriété publique dans le cadre des modèles économiques adoptés par l'État devient une source fréquente de conflit. Par exemple, l'existence de normes protégeant la propriété, comme les restrictions environnementales, et la nécessité de son exploitation économique obligent l'État à commencer à remplacer ces sources traditionnelles de financement par d'autres de nature extraordinaire, comme l'augmentation des charges tributaires sur les citoyens.

566. Cependant, cette faible cohésion a permis une croissance économique qui a perduré jusqu'avant l'Indépendance en 1810, en grande partie grâce à la production agricole et à l'intérêt des gouvernements bourbonniens pour la promotion de l'exploitation minière. Ils ont pour cela adopté des mesures telles que la publication d'ordonnances régulant cette activité ; la création de tribunaux spéciaux destinés à résoudre les litiges générés par la propriété et l'exploitation des ressources minières ; des politiques de réduction d'impôts, en particulier sur l'exploitation de l'or ; les subventions à ses intrants ; et enfin, l'intérêt pour l'attraction d'un personnel connaisseur, comme les minéralogistes, fondeurs et ouvriers habiles³⁷⁶. Tout cela a contribué à l'essor de cette activité, en plus d'autres politiques visant l'augmentation de la fiscalité sur les autres activités économiques.

567. Plus tard, l'État espagnol s'est effondré en raison de l'invasion et des guerres contre Napoléon. En outre, une crise fait rage jusque dans les années 1850 à cause de plusieurs facteurs, comme la guerre d'Indépendance de 1810, l'interruption généralisée du commerce et la décadence du modèle esclavagiste, qui entraîneront la récession d'une partie du secteur minier dépendant de la main-d'œuvre que représentaient les esclaves³⁷⁷. En parallèle, le phénomène de la globalisation commençait à poindre, et prenait toute son importance après 1850, alors que l'État colombien récemment créé se trouvait trop plongé dans ses conflits internes pour pouvoir profiter de l'expansion du commerce mondial.

568. Le modèle économique colonial, largement axé sur la production et l'exportation de produits agricoles et les industries extractives, s'est prolongé de la moitié du XIXe siècle et jusqu'au début du XXe siècle³⁷⁸. Au cours de ces premières années après l'Indépendance, le secteur industriel était pratiquement inexistant, et uniquement représenté par de petits ateliers d'artisans dédiés à la production d'outils et d'instruments pour l'agriculture³⁷⁹ et l'exploitation minière, activités également importantes à l'époque.

³⁷⁶ Garrido M., "*Ordenanzas, dominios y jurisdicción en las Minas de la Nueva Granada durante el siglo XVIII*", in *Minería y Desarrollo*, Tomo V, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 127-377 ; Kalmanovitz S., "Consecuencias económicas de la Independencia en Colombia", *Revista de economía institucional*, Universidad Externado de Colombia, vol. 10, n° 19, 2^e semestre 2008, p. 207-233, [en ligne] [consulté le 27 avril 2016], <https://www.economiainstitutional.com/pdf/No19/skmanovitz19.pdf>

³⁷⁸ Gómez Montes I., et alii., "Conflictos socioambientales de la minería del oro y el rol del modelo económico dominante en América Latina", in *Extractivismo minero en Colombia y América Latina*, op. cit., p. 389.

³⁷⁹ Artal Tur A., "Modelos de Desarrollo económico latinoamericano y Shocks Externos: una revisión histórica", [en ligne] consulté le 27 avril 2018,

Dans le contexte de l'État colombien récemment fondé, le manque d'expérience et les difficultés qui s'étaient présentées au cours du XIXe siècle ont débouché sur une faible croissance économique, surtout durant les 50 premières années. L'incompétence et les conflits entre les personnes souhaitant conserver leurs privilèges et les institutions de la Couronne espagnole et celles exigeant leur démantèlement l'emportaient alors. Ce contexte évoluera ensuite avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 1886, traduisant les premiers indices de stabilité politique et donc le début d'un certain progrès économique et d'un renforcement de l'État.

569. C'est ainsi que dans le contexte d'une économie pratiquement autarcique et faisant face aux limites propres à un État naissant se détachant avec difficulté des traditions institutionnelles et législatives de la Colonie, l'État colombien n'a pas eu d'autres intentions à l'époque concernant la destination des ressources minières, et les exploiter directement ne l'intéressait pas non plus. Pour les autorités étatiques de l'époque, la priorité en la matière fut donc d'organiser un régime légal et institutionnel de la propriété sur les ressources minières, afin d'assurer qu'elles soient attribuées à qui serait capable de les maintenir en activité et par conséquent généreraient des bénéfices fiscaux pour l'État. Ce modèle a prévalu jusqu'à nos jours, à l'exception d'une courte période pendant laquelle l'État a tenté de devenir entrepreneur et investisseur principal.

570. Durant les premières années d'Indépendance, la base de l'économie était essentiellement liée à la production agricole destinée à la modeste exportation de produits agricoles emblématiques, comme le café, les bananes et les fleurs. Le modèle de développement économique existant à l'époque, non seulement pour la Colombie, mais également en Amérique latine, se caractérisait par sa vision à court terme dans le cadre de laquelle prévalaient l'utilisation non efficiente des ressources naturelles et l'inégalité dans la distribution des bénéfices. Le mode de production et de distribution avait pour objectif le profit accéléré bénéficiant aux intérêts du secteur privé (en général étranger), et marquait presque toujours une distance avec les intérêts des communautés et de l'environnement local. Ceci explique que les États de la région aient, comme de nos jours,

de graves difficultés à consolider des alternatives de développement durable, tant sur le plan environnemental que social et économique.³⁸⁰

571. Cependant, la première crise mondiale du capitalisme survient durant la Grande Dépression économique de la fin des années 20, et jusque dans les années 30. Elle a constitué la fin d'une époque pendant laquelle l'idéologie libérale avait proposé à l'État une intervention minimale dans l'économie et dans l'organisation de la vie sociale. L'État s'est limité à définir les règles du jeu ne découlant pas des lois propres de la rationalité économique, et sa fonction s'est donc réduite à celle de simple spectateur ou d'arbitre du jeu économique et social. À cette période, c'est donc une attitude passive de l'État en matière économique et sociale qui a prédominé. En effet, il s'est simplement chargé de garantir de la meilleure manière possible les idéaux de l'individualisme déjà promus par la Constitution politique de 1886.

572. Mais ce modèle entrera en crise en raison des conditions établies par le contexte économique international. Au terme de la Première Guerre mondiale, les échanges commerciaux internationaux chutent dans le monde entier, et la considérable réduction des exportations latino-américaines vers les pays industrialisés, ajoutés à la conformation de blocs commerciaux de nature discriminatoire ainsi que des accords bilatéraux nettement protectionnistes³⁸¹ obligent les États à réorienter leur production vers le marché interne.

573. Plus tard, ce sont les néfastes conséquences économiques provoquées par la Seconde Guerre mondiale qui ont fait que le rôle de l'État change de façon radicale dans les années suivantes (1947-1970-80). Dans cette perspective, l'idée d'une intervention directe de l'État dans l'économie a été proposée parmi les différentes solutions permettant de sortir de la crise économique généralisée. La principale stratégie a consisté à stimuler l'investissement, l'emploi et la consommation. En ce sens et en tant que réponse à cette proposition, commence une période pendant laquelle sont attribuées progressivement de nouvelles fonctions et responsabilités à l'État. Il se voit alors dans l'obligation

³⁸⁰ Gómez Montes I., et alii., "Conflictos socioambientales de la minería del oro y el rol del modelo económico dominante en América Latina", *op. cit.*, p. 405.

³⁸¹ Artal Tur A., "Modelos de Desarrollo económico latinoamericano y Shocks Externos: una revisión histórica", *op. cit.*

d'abandonner le rôle d'arbitre que l'idéologie libérale lui avait octroyé, et se transforme en ce que l'on a appelé « l'État interventionniste » : il doit donc assurer un rôle bien plus actif et déterminant pour la vie économique et sociale.

574. C'est à ce moment-là que les États, avides d'investissement et d'emploi, se retrouvent à la fin des années 60 et au début des années 70 autour du débat sur les ressources naturelles et la croissance économique. Ces deux approches analytiques prédominantes proposent une explication à la relation entre ressources et croissance. La première approche conçoit la richesse minérale comme un avantage, une force pour les États, parce qu'elle représente des rentes plus élevées. Cette approche avance de manière radicale ou conditionnelle l'existence d'une relation positive entre la croissance économique et la qualité de l'environnement, et prétend que malgré l'atténuation des dommages dont elle est l'objet, cette dernière peut bénéficier d'innovations technologiques et de financements plus importants contribuant à des politiques environnementales saines. La deuxième approche est une perspective pessimiste, qui met en évidence la relation entre ressources et croissance comme une source de distribution inégale des revenus et de conflits sociaux. Elle conclut que la croissance économique entraîne des préjudices environnementaux, sociaux, culturels, la corruption, en plus de favoriser la dépendance à certains types d'économies (comme l'économie minière-énergétique). C'est pourquoi cette approche propose de réduire les niveaux de croissance de certains secteurs économiques afin d'améliorer la qualité de l'environnement et de favoriser d'autres secteurs.³⁸²

575. Le fait est que les conditions économiques et politiques actuelles des États ne leur permettent pas d'opter de façon radicale pour l'une ou l'autre perspective. Il ne s'agit pas ici de poser un dilemme entre la conservation absolue des ressources ou la croissance économique. La réalité montre que, sans mettre en péril l'intérêt général, des compromis doivent être trouvés entre deux intérêts de valeur égale pour la société, et l'intervention de l'État doit être acceptée dans son rôle de promoteur du développement, mais également de garant de l'égalité des chances pour tous, dans un climat de profond respect aux identités et libertés collectives.

³⁸² Sánchez Alzate M., “¿Condicionan los recursos naturales el crecimiento económico?”, *op. cit.*

B. Modèle économique interventionniste

576. Au cours de la période allant de l'après-Seconde Guerre mondiale à la fin des années 60 dans certains États et jusqu'aux années 70 et 80 dans la majorité des pays du monde, l'État commence à devenir le responsable de la conception, l'élaboration et la mise en marche des grands travaux marquant le cours de la croissance économique.

577. Pendant cette période, l'État intervient directement dans les processus économiques, non seulement en tant qu'agent économique, mais également comme directeur général de l'économie, promoteur de la croissance économique et responsable direct de la justice et de l'équité sociale.

578. En outre, l'État reçoit la responsabilité clé de la promotion du développement. Cela signifie que l'État doit diriger le processus économique, canaliser les ressources subventionnées vers la production et l'emploi, et créer des protections spéciales pour les activités productives dans lesquelles existe un intérêt particulier. Apparaît alors le besoin d'un discours social de l'État du bien-être qui s'articule avec l'économie ; dialogue qui, comme nous l'avons dit pour le cas colombien, s'est polarisé.

579. Il convient de souligner la spécificité de l'interventionnisme d'État en Amérique latine. Celui pratiqué en Colombie, en particulier, s'éloigne substantiellement du processus des pays développés. Il se centre essentiellement sur un modèle de développement orienté par la CEPAL par le biais de son discours autour de la planification, qui considère qu'un appareil d'État efficace, capable d'élaborer et d'exécuter des plans de développement est nécessaire. Il vise à avancer vers la mise en place d'une société moderne en augmentant l'industrialisation de secteurs importants pour l'économie³⁸³. En réponse à cette logique et dans son rôle d'État entrepreneur, régulateur, employeur et versant des subventions, il stimule des changements structurels fondamentaux, comme le régime de la propriété et l'exploitation des ressources naturelles. Cela s'est terminé, comme nous l'avons vu, par la modification totale du système

³⁸³ Ramírez Brochoud M., "Las Reformas del Estado y la Administración Pública en América Latina y los intentos de aplicación del New Public Management", *Estudios Políticos*, 34, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, p. 115-141, [en ligne] [consulté le 20 juin 2018] <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/view/2810/2491>

d'administration des ressources minières établi dans le Code des mines colombien (Loi 685 de 2001).

580. En parallèle avec le contexte international précédent, l'État interventionniste en Colombie a été présent de façon claire lors des réformes constitutionnelles de 1936, 1945 et 1968. Plus tard, dans une logique de forte protection de la production nationale et des politiques d'industrialisation, l'État colombien a agi directement comme entrepreneur par le biais de formes d'organisation marquées par une tendance au monopole, dénommées Entreprises industrielles et commerciales, appartenant à l'État, mais financées par les secteurs public et privé. Ce modèle a fonctionné durant environ 15 ans, avec différents types d'Entreprises, comme Ecominas (1968), Econiquel (1970), Carbocol (1976), Coluranio (1977) et Ecocarbón (1992)³⁸⁴, qui ont été chargées de la gestion et de l'exploitation des ressources minières dans un contexte de franche concurrence soumise aux règles du marché. Mais le manque de ressources pour leur fonctionnement, leur structure légale limitée et leurs maigres résultats affectèrent leur viabilité et les conduisirent à un échec cuisant. Cela obligea l'État à renoncer définitivement à se constituer comme entrepreneur minier, pour adopter au début du XXIe siècle un rôle fondamentalement régulateur de l'activité.

581. À partir de là, l'État n'interviendra plus au cours d'aucune phase du secteur minier et se chargera uniquement de réguler un cadre normatif (sans interférer avec les règles du marché) afin de concéder aux particuliers le droit d'extraire le minerai sans ingérence, et en se constituant comme simple bénéficiaire de la rente pouvant être générée par les investisseurs privés³⁸⁵.

582. Ce modèle interventionniste a fonctionné jusque dans les années soixante. À ce moment-là, il a commencé à montrer des signes d'épuisement, la capacité de l'État s'est révélée surdimensionnée et le protectionnisme s'est avéré dysfonctionnel pour le

³⁸⁴ Ministère des Mines et de l'énergie, *Política Minera de Colombia, Bases para la minería del futuro*, [en ligne] consulté le 27 novembre 2017, <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/Pol%C3%ADtica+Minera+de+Colombia+final.pdf/c7b3fcad-76da-41ca-8b11-2b82c0671320>

³⁸⁵ Cette rente se traduit par exemple par le paiement de frais ou de droits administratifs (procédures correspondantes aux propositions, démarches et suivi environnemental, contrôles de l'activité minière et amendes), impôt minier, redevances et dans certains cas contre-prestations supplémentaires, ainsi que les différentes taxes propres à toute activité de production, pouvant résulter dérisoires vis-à-vis des volumes de matériaux extraits et des rentes que représente l'exploitation minière en Colombie pour les investisseurs.

développement de la productivité. Cette situation s'est aggravée dans les années 80, lorsque les déficiences internes ont alimenté les effets de la récession mondiale. De sorte que la chute des prix des matières premières et la hausse des taux d'intérêt (mesure de la Réserve fédérale visant à enrayer l'inflation aux États-Unis) ont conduit à l'effondrement économique de la « décennie perdue » en Amérique latine.³⁸⁶

583. Par conséquent, bien que les années 80 seront marquées dans la région par les crises économiques, sociales et de perte des libertés politiques dans la plupart des États de la région, c'est également à cette époque que seront établies les bases du rebondissement latino-américain des années 90. Ce sera notamment le cas avec un modèle basé sur des propositions de politiques néolibérales pour l'insertion dans l'économie mondiale qui entraînera une reprise de l'économie, en particulier d'une économie agrominière exportatrice. Les changements précédents seront conditionnés par les directives dispensées aux États d'Amérique latine par le Consensus de Washington (1989) sur des questions comme la discipline fiscale, les privatisations, la dérégulation, la libéralisation commerciale et financière, les réformes budgétaires, les changements dans les priorités en matière de dépenses, etc.³⁸⁷

C. Modèle mixte ou néolibéral

584. La Constitution de 1991 capte donc toutes les tendances internationales en matière économique et change alors l'orientation économique de l'État en vigueur jusqu'alors. Bien qu'elle n'ait pas constitutionnalisé un modèle économique déterminé, celui qui s'appliquera sera de nature capitaliste néolibérale et l'État se verra confier le développement de la vie économique des citoyens. Le rôle des entreprises privées, les libertés et les droits économiques des particuliers en constituent donc des éléments fondamentaux. La Cour constitutionnelle a indiqué à ce propos que : « *l'État constitutionnel colombien est incompatible tant avec un modèle de libéralisme économique classique au sein duquel l'intervention étatique est interdite, qu'avec les modalités d'une économie de planification centralisée dans lesquelles l'État est l'unique agent pertinent du marché et la production de biens et services relève du monopole public.*

³⁸⁶ Ramírez Brochoud, M., "Las Reformas del Estado y la Administración Pública en América Latina y los intentos de aplicación del New Publica Management", *op. cit.*

³⁸⁷ *Ibidem*

*Au contraire, la Charte adopte un modèle d'économie sociale de marché, qui reconnaît à l'entreprise et en général à l'initiative privée le statut de moteur de l'économie, mais qui limite de façon raisonnable et proportionnée la liberté d'entreprise et la libre concurrence économique dans l'unique but de respecter des fins constitutionnelles précieuses visant la protection de l'intérêt général ».*³⁸⁸

585. Cependant, le modèle d'État adopté par la Constitution de 1991 ne présente pas un contenu neutre en matière économique. Les règles fixant la relation entre l'État et le marché sont basées d'une part sur la protection de la liberté d'entreprise et l'initiative privée, et d'autre part sur la fonction intervenante de l'État en sa condition de directeur général de l'économie (article 334 de la Constitution). C'est par exemple le cas pour assurer l'utilisation adéquate des ressources naturelles et du sol.³⁸⁹

586. En outre, l'État intervenant est consacré par le biais d'un ensemble systématique de dispositions juridiques poursuivant la réalisation d'un ordre économique et social juste, dans le cadre d'un nouveau concept : l'État social de droit.³⁹⁰ Ainsi, d'après la Constitution colombienne, l'intervention de l'État dans l'économie se justifie non seulement du point de vue organisationnel, mais également axiologique, puisqu'il vise la concrétisation de principes et de valeurs consacrées par le texte constitutionnel.

587. La Constitution pourvoit pour cela l'État « *d'une série d'instruments d'intervention dans la sphère privée, dans le monde social et économique, afin de corriger à partir de l'action publique les déséquilibres et les inégalités que la Charte elle-même reconnaît et que le dessein qualifié sur le plan ontologique et qui donne tout son sens à l'ordre juridique*

³⁸⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, 24 mars 2010, Sentence n° C-228/2010, dossier n° D-7865, M.R. : Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁸⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, 24 mars 2010, Sentence n° C-228/2010, dossier n° D-7865, M.R. : Luis Ernesto Vargas Silva. La jurisprudence a autorisé la fonction intervenante de l'État notamment pour : « la production, utilisation et consommation des biens et services publics et privés ; la rationalisation de l'économie afin d'arriver à l'amélioration de la qualité de vie des habitants ; la distribution équitable des opportunités et des bénéfices du développement et la préservation d'un environnement sain ; l'obtention du plein emploi des ressources humaines ; l'assurance que toutes les personnes, et en particulier celles à faibles revenus, ont un accès effectif aux biens et services de base ; et enfin, la promotion de la productivité, de la compétitivité et du développement économique. »

³⁹⁰ Avec le changement constitutionnel, les monopoles d'État sur la prestation de services comme les communications, la télévision, l'énergie, le gaz et d'autres ont été abandonnés. C'est pourquoi le secteur minier et les éléments économiques fixés par le nouveau pacte social depuis 1991 visent à obtenir auprès des gouvernements des niveaux d'engagement plus importants en matière de dépenses publiques sociales, la privatisation de certaines entreprises étatiques et une décentralisation relative afin d'assurer une plus grande efficacité dans la gestion de l'État ainsi qu'une plus ample liberté économique.

puisse être recherché de façon réelle et effective », et elle dote « *les agents sociaux, individuels et collectifs de davantage d'instruments de gestion, de surveillance, de contrôle et de décision concernant la chose publique* »³⁹¹.

588. Ceci pour insister sur le fait que la Constitution colombienne n'est pas neutre en termes économiques. Au contraire, elle est contraignante pour les pouvoirs publics en tant que norme juridique, parce qu'elle établit des limites aux politiques en la matière. Il s'agit donc d'une Constitution normative, qui en outre reconnaît des principes et des droits ainsi que des formes judiciaires pour sa protection. Ceci implique donc des restrictions juridiques aux actions des autorités économiques. Néanmoins, c'est également une Constitution ouverte, car elle ne fixe pas un modèle économique précis et rigide. En revanche, elle octroie, dans le cadre des limites normatives et estimatives, une ample liberté de décision au législateur ainsi qu'une appréciable marge de manœuvre à l'Exécutif et aux autres autorités économiques^{392, 393}.

589. Au-delà du fait que le modèle économique adopté correspondra à des circonstances internes et externes, ce qui est réellement déterminant dans le cas colombien, c'est qu'il se montre apte à la consécution de ce qui a été défini comme étant les fins de l'État, centrées principalement sur le respect de la clause de l'État social de droit visant l'amélioration de la qualité de vie des habitants, la distribution équitable des opportunités et des bénéfices du développement ainsi que la préservation d'un environnement sain, entre autres.

590. Malgré tous ces objectifs devant être poursuivis par l'État, au cours de la période 1996-2001 la croissance de l'économie a été minime et l'impact social a été énorme en raison de l'augmentation des indices de pauvreté et d'inégalité,³⁹⁴ une constante qui s'est maintenue dans les années suivantes. À partir de l'an 2000, la confiance, l'investissement et la consommation privée ont diminué de façon continue, atteignant des

³⁹¹ Colombie, Cour constitutionnelle, 8 février 2017, Sentence n° C -077/2017, dossier n° D-11275 et D-11276, M.R. : Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁹² Uprimy R., *et alii*, "Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho", [en ligne] [consulté le 1er mars 2018] https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_775.pdf

³⁹³ Uprimy R., *et alii*, *Los derechos sociales en serio. Hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas*, 2e éd., Bogota, IDEP, Serie Investigación 2012, p. 17-53.

³⁹⁴ Plan national de développement « Estado Comunitario. Desarrollo para todos 2006-2010 », Département de planification nationale, Tome 1, 2007, [en ligne] consulté le 1^{er} avril 2018, https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND_Tomo_1.pdf

niveaux historiquement bas avec l'intensification du conflit armé et la grave situation d'insécurité menaçant le pays³⁹⁵. À l'époque, l'investissement s'en est allé chercher d'autres horizons, réduisant ainsi les possibilités de prospérité et croissance pour la Colombie. Cela a entraîné la stagnation générale de l'activité minière et de la politique de gestion de la propriété étatique sur les ressources minières. Les objectifs de l'État social de droit étaient loin être réalisés. En plus du contexte précédent, outre l'inefficacité des démarches administratives concernant les concessions minières, l'augmentation des activités illégales et la faiblesse des institutions ont fini par affecter l'emplacement et l'identification des nouvelles propriétés minières.

591. En 2002 et malgré une réforme normative et institutionnelle récente, le pays n'arrivait toujours pas à récupérer son rythme de croissance économique. Par conséquent, ce contexte a constitué la justification pour que les gouvernements suivants adoptent une série de politiques visant à favoriser la présence du secteur privé, le dynamisme et l'initiative de l'entreprise privée et l'investissement national et étranger, comme source de richesse et acteur essentiel à la croissance économique.

592. Entre 2004 et 2007, dans un contexte normatif et institutionnel plus compétitif, l'économie colombienne a atteint son plus haut niveau de croissance des trois dernières décennies. Cependant, cette période d'essor s'est vue brutalement interrompue par une profonde crise internationale initiée par un déséquilibre des systèmes financiers des pays développés et qui s'est propagée au reste du monde. La Colombie a reçu une partie de cet impact, ce qui a à nouveau gelé la croissance économique entre la fin 2008 et le début de l'année 2009.

593. Cette année-là, la Colombie démarrera une phase de récupération, avec une reprise de l'investissement local et étranger et une croissance économique positive. L'unique objectif des gouvernements à partir de là a été de fournir les conditions nécessaires à l'obtention d'une croissance économique plus importante, mais surtout durable dans le temps et sur le plan social et environnemental.

³⁹⁵ *Ibidem*

594. L'État, conformément à la Constitution, a donc actuellement la responsabilité de stimuler le développement des entreprises d'une façon efficace et efficiente, en tant qu'axe de l'ordre économique constitutionnel, dans le cadre des relations de marché et de la Constitution. Il reconnaît également que l'entreprise et l'initiative privée sont le moteur de l'économie et du développement social³⁹⁶ et a donc accepté « l'importance d'une économie de marché et de la promotion de l'activité des entreprises »³⁹⁷.

595. Cependant, bien que l'activité de l'État se heurte à la limite constitutionnelle et légale consistant à adopter un modèle de développement tenant compte des principes fondamentaux de l'État social de droit, cela n'a pas pu être réalisé. Le Juge constitutionnel est donc intervenu à de nombreuses reprises, comme un moyen exceptionnel de contrôler l'économie. Le scénario évident de l'activisme judiciaire de la Cour constitutionnelle colombienne obéit à la concrétisation de la nature normative de la Constitution, dans laquelle les principes et valeurs se matérialisent à travers l'exercice d'une justice constitutionnelle renforcée. Celle-ci intervient donc comme garante à travers diverses mesures comme le contrôle abstrait et concret des lois et la connaissance des « actions de tutelle ». L'objectif est en effet d'empêcher que les principes recteurs de l'activité économique et sociale de l'État provenant des actions directes du pouvoir législatif et indirectement du pouvoir exécutif ne deviennent inopérants, notamment lorsque l'État conçoit et met en œuvre une politique minière et d'utilisation des ressources minières qui ne respecte pas les principes fondamentaux garantis par la Constitution.

596. On pourrait espérer que l'intervention de l'État dans l'univers du progrès socio-économique permette le respect des fonctions inaltérables de la clause de l'État social de droit afin d'arriver à une distribution plus équitable du revenu, des opportunités et des bénéfices du développement. Néanmoins, les résultats du modèle de développement et la façon dont les ressources minières ont été gérées après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991 tendent à indiquer le contraire.

³⁹⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, 24 mars 2010, Sentence n° C-228/2010, dossier n° D-7865, M.R. : Luis Ernesto Vargas Silva. Réitéré dans : Cour constitutionnelle, 6 avril 2011, Sentence C-263 de 2011, dossier n° D-8270, M.R. : Jorge Ignacio Pretelt.

³⁹⁷ Cour Constitutionnelle, 6 avril 2011, Sentence C-263 de 2011, dossier n° D-8270, M.R. : Jorge Ignacio Pretelt.

597. Le modèle d'administration et de développement prédominant dans les dernières années est fondé un État régulateur et contrôleur absent face au dynamisme accéléré du modèle extractiviste. Le modèle économique dont le pays a besoin doit être le résultat d'une interconnexion essentielle et dynamique entre différents acteurs : gouvernements et organisations privées et publiques, sujets à un ensemble de normes, règles et procédures visant à réguler les actions et les comportements, légitimer les droits et surtout indiquer les obligations et les responsabilités au sein de la société.

§2. Rôles de l'État quant à de la propriété minière en fonction du modèle politique

598. Ce chapitre vise à comprendre comment l'État libéral et démocratique a, dans le cas colombien, modifié et défini la gestion actuelle de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables. Cependant, l'exercice du pouvoir et la consolidation du modèle d'État démocratique en Colombie ne peuvent être analysés de façon isolée des événements de la région. Il est possible de constater une stabilité apparente dans la région au cours du XXe siècle **(A)**, avant la conformation de deux blocs idéologiques bien différenciés, qui mèneront des politiques très différentes, mais déterminantes quant à l'exploitation économique des ressources du sous-sol **(B)**, et l'émergence et renforcement des États démocratiques participatifs dans la région **(C)**.

A. Stabilité apparente dans la région au cours du XXe siècle

599. À l'occasion des actes d'Indépendance des États de la région et du retrait de la Couronne espagnole du territoire latino-américain, des pays comme l'Argentine et le Chili ont aussitôt instauré des régimes libéraux ouverts au commerce et ont rapidement atteint la stabilité politique et constitutionnelle. Au contraire, les pays ayant vécu avec intensité la transition vers une République, comme cela a été le cas en Colombie, ont tardé à atteindre ces objectifs. Les changements constitutionnels ont été très fréquents en Colombie au cours du XIXe siècle : le pays a connu 9 nouvelles Constitutions entre 1830 et 1916, alors que les pays du Cône Sud n'en ont connu qu'une. Mais certains pays ont connu une instabilité encore plus grande : le Vénézuéla et l'Équateur sont passés par 12 nouvelles Constitutions au cours de la même période.³⁹⁸

³⁹⁸ Garcia Villegas F., *et alii*, *El Derecho Frente al Poder. Surgimiento, desarrollo y Crítica de la Constitución y el Constitucionalismo modernos*, Ed. Universidad Nacional. 2018, p.. 450.

600. Clairement influencées par le constitutionnalisme moderne, principalement développé à partir des débats et conflits survenus aux États-Unis et en France à la fin du XVIII^e siècle³⁹⁹, les premières Constitutions de la région latino-américaine au cours du XIX^e siècle se caractériseront par la conception d'un ordre juridique libéral encourageant la séparation des pouvoirs, le suffrage censitaire et la consécration de droits comme la légalité des peines et le procès régulier. Ces idées ont mis en lumière un courant nettement conservateur défendant la nature confessionnelle de l'État et une organisation territoriale fortement centraliste.

601. Le libéralisme radical ne s'impose qu'au milieu du XIX^e siècle dans la majorité des pays sud-américains, à l'exception du Chili et de l'Équateur qui l'incorporent plus tard, à la fin des XIX^e et XX^e siècles respectivement. Ce changement a entraîné la séparation de l'État de l'Église, et donc le droit des personnes à une éducation laïque et universelle, la régulation de l'état civil par l'État et l'adoption de modèles fédéraux en matière d'aménagement du territoire. Cependant, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, l'instauration de dictatures vient à bout des idées libérales, comme au Vénézuéla jusque dans les années 60.

602. Après la Deuxième Guerre mondiale, un nouveau modèle de Constitution se répand, celui de l'État social de droit. Ce modèle rompt avec celui de l'État de droit, purement juridique. Grâce à l'importante influence des courants européens encourageant ce nouveau modèle de Constitution, les Constitutions de la région sud-américaine reconnaîtront des principes et des droits et incluront en tant qu'obligations permanentes des États des aspects comme la justice, l'égalité, la prospérité et le bien-être général. Cela constituera la base de l'incorporation de normes renforçant la responsabilité de l'État dans le respect de ces fins essentielles.

603. Au cours du XXI^e siècle et sous l'influence du courant néolibéral, les processus de globalisation économique et les transformations internes des États mettent en évidence une diminution du rôle de l'État régulateur de l'économie et une transition vers des

³⁹⁹ Guerra F.X., *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, Madrid, Éd. Mapfre, 1992.

marchés ouverts. Cette période coïncide avec de forts processus de réforme constitutionnelle, qui adoptent des Constitutions à contenu formel de démocratie sociale et établissent également un régime économique de type néolibéral. Les Constitutions de la région ont en commun de renforcer la démocratie participative, d'incorporer de nouveaux droits et de doter les citoyens de moyens juridiques efficaces pour leur protection.⁴⁰⁰

604. Depuis l'Indépendance, la classe politique locale récemment constituée n'avait aucune expérience dans l'organisation et le fonctionnement de l'État en formation. Au départ, les divisions autour du choix de la forme d'organisation de la République l'ont donc emporté. Cependant, l'établissement d'un système politique moins conflictuel que celui ayant prévalu au XIXe siècle ne sera possible, partiellement, qu'au XXe siècle.⁴⁰¹ Néanmoins, malgré les difficultés, les institutions politiques et juridiques héritées de la Couronne espagnole ont pu être modernisées.

605. La République naîtra à partir d'un héritage absolutiste et confessionnel. Les bénéfiques, moins tangibles au début, se sont consolidés avec le temps. Ils comprenaient les éléments suivants : une réduction notoire des impôts, y compris l'élimination de la dîme ecclésiastique, une modernisation des Constitutions et du Code civil, la libération des esclaves, la consolidation d'un marché foncier, l'actualisation de la législation commerciale, bancaire, des sociétés et des poids et mesures, l'abolition du monopole du commerce, des bureaux de tabac et du crédit, détenus auparavant par l'Église, ce qui a permis l'apparition de banques modernes et privées.⁴⁰²

606. La première classe politique du pays hésita entre le modèle centraliste et le fédéraliste. Elle considérait que ce dernier offrait de meilleures possibilités de consolider ou de défendre leurs politiques (1863-1886). Or, une fois l'époque de flottement et de confusion quant à l'organisation de l'État surmontée, la Constitution de 1886, bien que marquée par l'héritage centraliste propre à la tradition hispanique, mettra en évidence les

⁴⁰⁰ Gargarella, R., "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes".

[en ligne] [consulté le 22 mars 2016]

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴⁰¹ Kalmanovitz S., "Consecuencias económicas de la Independencia en Colombia", *op. cit.*

⁴⁰² *Ibidem*

premiers indices d'instabilité politique. Cette Constitution portait d'une conception morale essentiellement paternaliste et caritative de l'État et de la souveraineté nationale émanant d'une Nation unifiée par la religion catholique, en introduisant une espèce de droit divin destiné à justifier l'autoritarisme caractérisant le gouvernement central. La majorité des décisions était prise par le pouvoir exécutif et la vie politique locale dépendait de la volonté du président, qui nommait les gouverneurs, qui nommaient à leur tour les maires. Cela freinait donc toute décision des citoyens, considérés comme des sujets dépourvus de toute initiative. Ce panorama allait changer de façon radicale avec la modernisation accélérée du pays et sa sécularisation, inscrite dans la Constitution de 1991.

607. En matière économique, la Constitution de 1886 contenait des dispositions permettant à l'État de réduire les libertés politiques et économiques afin de favoriser certains citoyens au détriment d'autres, de maintenir un système de justice segmenté, de distribuer de façon bureaucratique l'accès à la richesse par le biais de droits de douane, licences et permis, et de monopoliser l'activité bancaire en faveur de l'État. Tout cela afin de renforcer un État unitaire, centraliste, protectionniste au sein duquel la souveraineté repose sur la Nation, contre les réformes libérales en constante progression au milieu du siècle, et de le doter de certaines caractéristiques permettant de le qualifier d'autoritaire.

608. Au début du XXe siècle, le processus de consolidation de la forme démocratique dans la région est lancé, bien qu'interrompu par les gouvernements dictatoriaux du début des années 30. L'Amérique du Sud a connu 15 dictatures à l'époque, mais après la Seconde Guerre mondiale une fragile démocratie réapparaît, toujours menacée par des incursions militaires ponctuelles. Cela a servi de justification à la réapparition de gouvernements dictatoriaux, produits de la Guerre froide et des politiques anticomunistes encouragées par les États-Unis pendant les années 50, mettant ainsi en évidence la lutte des États latino-américains pour s'intégrer au monde occidental qui se débattait entre libéralisme et socialisme, capitalisme et communisme.

609. Vers 1959, la division sociale en Amérique latine était notoire, et a favorisé dans de nombreux territoires le surgissement de groupes de guérilla. Cela a contribué à la domination de fortes dictatures et gouvernements autoritaires jusque dans les années 70

et 80⁴⁰³, tous dépendants d'une force militaire répressive acquise à la Doctrine de sécurité nationale qui, au final, ne reconnaissait aucun droit et ni aucune garantie civile. Cette situation changera avec le retour de la démocratie formelle dans la majorité des pays de la région dans les années 90⁴⁰⁴.

610. Ainsi, des pays comme le Mexique, le Vénézuéla et la Colombie se sont distingués en Amérique latine pour leur stabilité politique durant la Guerre froide. En revanche, l'Argentine, le Chili et le Brésil, par exemple, ont vécu des situations très différentes, avec des successions de coups d'État, dictatures et gouvernements de courte durée jusqu'aux années 90.

611. Dans le cas de la Colombie, qui a hérité d'une continuité institutionnelle respectée à partir des années 30, s'est illustrée par l'un des systèmes politiques les plus stables d'Amérique du Sud, dirigé par des gouvernements civils grâce à la tenue périodique d'élections. Cependant, après la Seconde Guerre mondiale, la concentration massive de la terre entre les mains de grands propriétaires terriens, favorisée par l'exode de paysans offrant leur main-d'œuvre pour la construction des villes, aura d'importantes répercussions sur les années suivantes⁴⁰⁵. La Colombie n'a connu qu'une courte dictature menée par le général Rojas Pinilla entre 1953 et 1957. Puis commencera l'alternance du pouvoir entre les partis dominants de l'époque : le Parti libéral et le Parti conservateur. Cette période est connue sous le nom du « Frente Nacional » et a eu pour conséquence l'apparition de la guérilla, à l'origine de plus de 50 ans de conflit armé auxquels l'Accord de paix signé entre l'État colombien et les Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) a partiellement mis un terme en 2016. La situation de la Colombie s'est de plus en plus aggravée jusque dans les années 80 et 90, et les paysans et les couches les plus vulnérables de la société continueront de compter parmi les plus lésés.

⁴⁰³ Argentine : 1962-1963 ; 1966-1973 ; 1976-1983 ; Bolivie : 1964-1966 ; 1970-1982 ; Brésil : 1964-1985 ; Colombie : 1953-1957 ; Chili : 1973-1990 ; Équateur : 1963-1965 ; 1972-1979 ; Guatemala : 1957-1966 ; 1970-1986 ; Honduras : 1963-1971 ; 1972-1982 ; Panama : 1968-1989 ; Pérou : 1962-1963 ; 1968-1980 ; Uruguay : 1973-1985.

⁴⁰⁴ Echeverri Uruburo Á., *et alii, Política y constitucionalismo en Sur América, op. cit.*, p. 248-249.

⁴⁰⁵ Agüero Gracia J., "América Latina durante la Guerra Fría (1947-1989): Una Introducción", *Revista de las Sedes Regionales*, Universidad de Costa Rica, vol. XVII, núm. 35, 2016, p. 2-34.

612. Au début du XXI^e siècle, l'exercice du pouvoir dans la région Andine s'est divisé entre deux orientations idéologiques prédominantes : a) des caudillismes⁴⁰⁶ de type néolibéral, défenseurs à outrance de l'économie de marché et de l'investissement étranger, caractérisé par le rôle de premier plan acquis par un leader charismatique utilisant habilement les institutions et les mécanismes de participation citoyenne pour rendre légitime et assurer son maintien au pouvoir. Parmi les gouvernements de ce type, l'on peut citer ceux d'Alberto Fujimori (Pérou) et d'Álvaro Uribe Vélez (Colombie). Et b) des caudillismes de type néo-populiste, également menés par un leader charismatique, mais qui appartient, lui, à un courant idéologique de gauche. Ces régimes défendent l'étatisme en matière économique et sont peu favorables aux investissements étrangers. Ce groupe de leaders a été représenté par le bloc conformé par les gouvernements d'Hugo Chávez, Rafael Correa et Evo Morales, qui ont à l'époque déclaré appartenir au « socialisme du XXI^e siècle ».⁴⁰⁷

613. Le caudillisme a trouvé un terrain fertile en Amérique latine en raison des conditions structurelles existantes sur les plans économiques, sociaux et culturels. L'échec ou les fortes critiques reçues par le modèle néolibéral, accusé d'aggraver les inégalités en matière de distribution des revenus, du travail et du progrès de secteurs entiers, notamment les plus pauvres, ainsi que la perception des gouvernements et des politiques jugés incapables et corrompus ont contribué à créer un environnement propice à ce que le caudillo projette, bien que de façon illusoire et démagogique, une image plus positive auprès des secteurs les plus vulnérables. Son discours et sa pratique, ajoutés à la légitimité cruciale octroyée par les urnes, ont conféré un rôle éminent et porteur d'espoir à des secteurs de la société capables de décider du cours de la politique dans leur pays.

⁴⁰⁶ Castro P., "El caudillismo en América Latina, ayer y hoy", *Polít. cult.*, n° 27, 2007, p. 9-29 [en ligne] [consulté le 9 septembre 2018] http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422007000100002&lng=es&nrm=iso ISSN 0188-7742 « le terme de caudillisme fait généralement référence à tout régime centré sur une personne et quasi militaire, dont les mécanismes de parti, les procédures administratives et les fonctions législatives sont soumis au contrôle immédiat et direct d'un leader charismatique et de sa cohorte de fonctionnaires intermédiaires »

⁴⁰⁷ Il se distingue du caudillisme néolibéral, car il s'identifie avec l'idéologie des partis de gauche. Bien qu'il cherchât à l'époque à constituer une réponse à l'échec de ce que l'on a appelé le « socialisme réel » de la défunte Union soviétique, il s'agit en fait d'un concept indéfini parce qu'il n'est pas basé sur une véritable production théorique qui explique clairement le type d'État et de société visés.

B. Régimes de type néolibéral et régimes de gauche ou Socialisme du XXI^e siècle

614. Ces formes sont caractérisées par un exercice du pouvoir de la part du chef de l'État qui, bien qu'il bénéficie d'une légitimité et de suffisamment de soutien parlementaire, acquière au fil du temps des airs de gouvernement autoritaire défiant gravement l'équilibre des pouvoirs et les principes libéraux.

615. Cela a été le cas du Pérou sous l'autorité de Fujimori⁴⁰⁸ (1990-1995 ; 1995-2000 ; 2000-2001), dont les gouvernements ont été qualifiés de type « civique-militaire, qui en concentrant le pouvoir sur l'exécutif, en soumettant les autres pouvoirs de l'État et en limitant les compétences et l'opposition politique, a fait que la population se désintéresse de la politique comme des partis, a entraîné la méfiance envers les idéologies et a encouragé des politiques néolibérales en matière macroéconomique et néo-populistes en matière sociale ». ⁴⁰⁹

616. L'idéologie dominante a été celle du néolibéralisme et du pragmatisme. Les décisions se sont centrées de façon anormale sur le pouvoir exécutif, et le parlement et le pouvoir judiciaire ont perdu leur autonomie. En outre, les autorités de contrôle ont été dénaturées et leurs membres persécutés ou destitués. Cette situation n'a pas empêché d'encourager la confiance des entrepreneurs par le biais de l'ouverture des marchés, une moindre intervention de l'État dans l'économie, la privatisation des entreprises publiques et la flexibilisation des relations de travail. Enfin, des politiques sociales ont été mises en place, mais fortement concentrées et à la charge du pouvoir exécutif. Au niveau microsocial, cela a entraîné l'échange de bénéfices matériels en échange de soutien politique au chef de l'État, malgré le contexte d'apparente austérité économique promue par son gouvernement.

617. Pour sa part, et de façon similaire au gouvernement Fujimori, les mandats de l'ex-président Álvaro Uribe Vélez (2000-2004 ; 2004-2008) se sont centrés sur la continuité du modèle néolibéral, notamment grâce à la déréglementation du marché dans tous les

⁴⁰⁸ Pearce García H., *La autocracia fujimorista. Del Estado intervencionista al Estado mafioso*, Lima, Fondo de Cultura Económica y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

⁴⁰⁹ Lopez S., *El fujimorismo como régimen político: Límites y perspectivas. En Perú actores y escenarios al inicio del nuevo milenio*, Lima, Fondo editorial PUCP, p. 171.

secteurs de la vie économique, la privatisation ouverte ou cachée des entreprises étatiques, la libéralisation du commerce extérieur et l'absence de politiques sociales de type structurel. Cette dernière particularité n'a pas exclu des programmes microsociaux destinés à renforcer une relation de type paternaliste du chef de l'État avec les secteurs les plus pauvres⁴¹⁰.

618. Mais contrairement au Pérou, en Colombie les tentatives du président Uribe Vélez de constituer un gouvernement autoritaire⁴¹¹ se sont heurtées à un pouvoir judiciaire jaloux de son indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif⁴¹² et à l'impossibilité de contrôler tous les moyens de communication, dont certains ont émis des critiques et dénoncé des scandales mettant en cause le gouvernement d'Uribe Vélez. La solide indépendance démontrée par le pouvoir judiciaire face au pouvoir exécutif a permis, à une époque de graves scandales de corruption impliquant le gouvernement et ses partisans, que la Cour Suprême enquête sur les hommes politiques proches de l'administration, malgré les fortes pressions exercées sur elle. La Cour constitutionnelle, pour sa part, a déclaré inapplicables des initiatives manipulées par le gouvernement visant à se maintenir au pouvoir de façon « démocratique » malgré les limites claires établies par la Constitution. Cela a donc représenté un retour à la démocratie formelle, qui a toujours constitué une particularité de la Colombie dans la région.⁴¹³

619. En somme, ces deux gouvernements ont établi des alliances avec des entrepreneurs, des investisseurs et des organismes internationaux afin de poursuivre l'application de politiques néolibérales d'ajustement du Consensus de Washington et du Fonds monétaire international. Dans le cas de la Colombie, cela s'est fait avec en outre une proposition concrète d'assurer l'ordre public et la sécurité des investisseurs⁴¹⁴. Cette alliance s'est maintenue grâce au fait que les deux gouvernements ont lutté pour imposer des réformes constitutionnelles autorisant la réélection présidentielle, ce qui a permis à

⁴¹⁰ Ce type de programmes appelé « Familias en acción » était financé par des ressources du Plan Colombia par le biais de l'Agence des États-Unis pour le développement international (USAID), et octroyait une petite subvention mensuelle aux foyers défavorisés.

⁴¹¹ Galindo Hernández, C., «Neopopulismo en Colombia, el caso de Álvaro Uribe Vélez», *Revista de Ciencias Sociales* Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Académica de Ecuador, n° 27, janvier 2007, p. 147-162.

⁴¹² Revelo-Rebolledo, J., «La independencia judicial en tiempos de Uribe», *Pap. Polít.*, Bogota, vol. 13, n° 1, janvier-juin 2008, p. 53-94.

⁴¹³ Echeverri Uruburo Á., *et alii, Política y constitucionalismo en Sur América, op. cit.*, p. 34-35.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 30-32.

Fujimori de se maintenir au pouvoir pendant quatre mandats consécutifs et à Álvaro Uribe Vélez de faire de même pendant deux mandats.

620. C'est dans ce contexte de relative stabilité politique que les conditions ont été réunies pour l'essor de l'exploration et de l'exploitation des ressources minières dans une partie de l'Amérique latine au début du XXI^e siècle. Ce secteur est ainsi devenu une affectation intéressante de l'investissement minier international de 1995 à 2014. À l'époque, des contrats de concession minière ont permis d'octroyer le droit à des particuliers de participer à des activités d'exploration et d'exploitation. Cependant, après la cession de leurs droits par les titulaires initiaux, ce sont les entreprises nationales et étrangères qui finiront plus tard par assumer la charge de cette activité.

621. En ce qui concerne les régimes de gauche ou Socialisme du XXI^e siècle au début du XXI^e siècle, les gouvernements du Vénézuéla, d'Équateur et de Bolivie ont mené des processus similaires de réforme de leurs Constitutions afin de viser la démocratie participative, attirant l'attention sur leurs modèles de production sans pour autant les définir de façon concrète.

622. Ainsi, la période faisant l'objet de cette analyse coïncide en partie avec l'ascension d'Hugo Chávez (1999-2013), qui a découvert un environnement politique et économique favorable du fait de l'essoufflement du modèle de développement néolibéral en Amérique latine ayant aggravé la pauvreté et les inégalités entre ses habitants. Cela était en grande partie dû aux effets de la mise en place des politiques suggérées deux décennies auparavant par le Consensus de Washington mentionné plus haut, qui avait encouragé des politiques de privatisation radicales, de marchés ouverts et d'austérité fiscale sévère dans les États de la région. Ces conditions ont été à la source de ce que l'on a appelé la Révolution bolivarienne au Vénézuéla, qui a permis à Hugo Chavez d'arriver au pouvoir par les urnes⁴¹⁵. Celle-ci proposait un projet de construction d'un État providence sur des bases plus démocratiques, ce qui a revitalisé (du moins au début) la société civile vénézuélienne.

⁴¹⁵ Ce régime a bénéficié de la légitimité dérivée d'un exercice démocratique qui s'est maintenu au-delà du premier scrutin : Hugo Chávez a remporté les élections présidentielles de 1998 avec 56 % des suffrages et la nouvelle Constitution a été approuvée en décembre 1999 avec 72 % des voix. Puis Chávez a obtenu un mandat de six ans en 2000 avec 59 % des voix et gagné le référendum de révocation (devenu référendum de confirmation) en novembre 2004 après une tentative de coup d'État en août de cette même année. Cité dans Castro P., "El caudillismo en América Latina, ayer y hoy", *op. cit.*

623. Le Vénézuéla étant un pays totalement dépendant de la production et de l'exportation d'hydrocarbures, la révolution chaviste a renégocié les contrats en vigueur au Vénézuéla avec les entreprises étrangères chargées de l'exploitation des ressources minières, en obligeant les grandes entreprises américaines et européennes à payer davantage d'impôts et de redevances afin d'élargir la base de financement des programmes sociaux. Cependant, ces mesures n'ont pas comblé les intérêts de l'État, qui s'est attaqué à l'investissement étranger privé en nationalisant l'industrie minière et pétrolière. Cela a donc entraîné la résiliation des contrats de concession encore en vigueur. Cela a été rendu possible par l'incorporation à la Constitution de clauses permettant à l'État, en tant que propriétaire, de se réserver certains secteurs, exploitations ou services d'intérêt public pour des raisons d'utilité nationale.

624. En Bolivie, la description des étapes de l'arrivée d'Evo Morales à la présidence de l'État plurinational ainsi que des raisons de la conformation d'une Assemblée constituante chargée d'élaborer un nouveau texte nous permet de conclure que les aspects les plus pertinentes de ce processus constituant sont la lutte pour l'égalité de ce que l'on appelle à tort les classes sociales, la possibilité d'intégration de tous les peuples autochtones appartenant à la Nation et de reconnaissance de leurs droits et du caractère impérieux de la défense de leur territoire, ainsi que de leur indépendance de toute ingérence étrangère sur le plan économique afin de s'alimenter de leurs propres terres.

625. Concernant l'Équateur, le président Rafael Correa Delgado (2006-2018) a mis l'accent dès son arrivée au pouvoir sur les effets négatifs du néolibéralisme et de la réduction du rôle de l'État dans l'économie et les affaires sociales. Dans ce but, et afin de lancer un processus de transformations sociales, économiques et politiques nécessaires au maintien d'une solide démocratie auparavant contrariée par l'instabilité du gouvernement, Rafael Correa a alors soutenu un projet de nouvelle Constitution plus tard ratifiée par la population.

626. Proche des pratiques du président Hugo Chávez et étroitement lié au président péruvien Evo Morales, critique de l'économie capitaliste et de la pensée libérale, Rafael Correa a inscrit ses politiques dans le cadre du modèle de l'économie solidaire. Contrairement au modèle libéral, ce schéma établit que la satisfaction des besoins se fait

par le biais de la constitution d'organisations et de politiques fondées sur des valeurs comme la coopération et l'aide mutuelle.⁴¹⁶

627. Parallèlement à la mise en place de politiques d'assistanat, il a également mené des processus de restructuration des contrats avec les entreprises exploitantes et de réallocation des rentes pétrolières et minières vers l'investissement social. Il a ainsi obligé les entreprises exploitantes à reconnaître à l'État équatorien un pourcentage bien plus élevé sur leurs extraordinaires bénéfices, réduisant leurs profits afin de favoriser la récupération de la souveraineté, du contrôle et du bénéfice pour la population. Il a également disposé que toutes les concessions minières devaient payer des redevances, et a donc négocié avec elles afin d'obtenir des transferts de revenus plus importants vers la Nation en leur imposant le respect de l'environnement et des sources d'eau. Cela a entraîné une importante tension entre l'État et les intérêts privés, dont certains ont même menacé d'abandonner le pays. Sans mener de processus de nationalisation, comme cela a été le cas au Vénézuéla et au Pérou, le président Correa a donc maintenu le contrôle sur l'exploitation de ces ressources, en augmentant considérablement les contre-prestations économiques en faveur de la Nation, ce qui a alors freiné le volume de l'investissement étranger dans son pays.⁴¹⁷

628. Ceci dans le cadre de la mise en place du « Programme de révolution démocratique » qui prévoyait cinq révolutions, dont la « Révolution économique et productive » selon laquelle le pétrole, la sécurité sociale, l'énergie électrique et les télécommunications ont été redéfinis comme relevant du patrimoine de tous les Équatoriens et exigeant donc l'intervention directe de l'État.

629. Enfin, en ce qui concerne Evo Morales (2006 à nos jours), l'élément stratégique de son gouvernement concerne la récupération des ressources et des secteurs stratégiques de l'économie⁴¹⁸. En effet, sa politique économique se distingue par les processus de nationalisation des entreprises étrangères exploitant les ressources naturelles du pays par

⁴¹⁶ Jaramillo Jassir M., *La Revolución Democrática de Rafael Correa*, Centro de Estudios Políticos e Internacionales – CEPI–. Facultades de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008 (Serie Documentos. Borradores de Investigación, 27).

⁴¹⁷ *Ibidem*

⁴¹⁸ Insignares S., *Construcción constitucional del proceso de integración suramericano*, Barranquilla, Universidad del Norte, Éd. Ibañez, 2015, p. 95.

le biais de concessions. En vertu de cette politique, ces concessions devenaient donc nulles et non avenues. Ces actions, comme dans les cas précédents, garantissaient l'augmentation des revenus du gouvernement afin de financer les différents programmes d'investissement social.

630. En conclusion, lorsqu'ils se sont interrogés sur le rôle de l'État vis-à-vis de l'économie, ces trois gouvernements ont jugé nécessaire de revendiquer de différentes façons la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables en tant qu'acte de souveraineté, interdisant même sa privatisation et limitant la participation des investissements étrangers dans les activités d'exploration et d'exploitation des ressources comme une manière de protéger le patrimoine public. Nonobstant, les investissements étrangers restés sur le territoire malgré les exigences des États se sont vus obligés de contribuer davantage au développement social. Cette politique a permis aux gouvernements, par la mise en place de politiques sociales de plus grandes portée et qualité bien que relevant de l'assistanat, d'encourager une distribution plus efficace des ressources afin d'atteindre de plus hauts niveaux d'équité au sein de la population. Mais cette politique n'a pas eu les résultats escomptés. Bien que l'investissement étranger était considéré comme une menace et qu'une série de décisions fut prise pour protéger les intérêts nationaux et le bien commun, la richesse continua d'être concentrée entre les mains de quelques-uns. Cela entraîna la généralisation de la condition d'informalité, les inégalités et la marginalité de leurs populations.⁴¹⁹

C. Apparition du modèle d'État démocratique participatif

631. La finalité de la démocratie en Amérique latine consiste en l'obtention de hauts niveaux de bien-être pour de larges secteurs de la population, en satisfaisant en outre leurs défis les plus importants liés à une véritable égalité et justice sociale, et en renforçant l'État social de droit par le biais du soutien de la société, à condition qu'il existe un authentique engagement des acteurs et des partis politiques envers la société civile, et inversement.

⁴¹⁹ Toro Pérez C., *et alii*, *Minería, Territorio y Conflicto en Colombia*, Bogota, Universidad Nacional, 2012, p. 17-30.

632. Le cadre juridique de la Constitution de 1886 établissait l'état de droit et indiquait que la démocratie se fondait sur la représentativité et le centralisme, et que la participation du peuple ou de la société civile était limitée au droit de vote afin d'élire leurs représentants. En revanche, la Constitution de 1991, considérée comme l'un des événements les plus démocratiques qu'a vécu la société colombienne, a défini l'État comme un État social de droit en le reconstituant sous la forme d'une République « démocratique, participative et pluraliste ». Cela a créé un système à la base de profondes transformations, d'une démocratie représentative et centraliste à une démocratie fortement participative. La participation est donc devenue l'axe fondateur de l'État⁴²⁰, essentielle à l'aménagement territorial, en permettant au citoyen de participer de façon directe dans l'exercice et le contrôle du pouvoir politique.⁴²¹

633. Ainsi, un cadre juridique est déployé depuis la Constitution afin de promouvoir, protéger et garantir les différentes modalités du droit à participer non seulement dans la vie politique, comme cela s'entendait habituellement, mais également dans d'autres domaines, comme sur les plans administratifs, économiques, sociaux et culturels. L'article 3 décrit par exemple la forme de cette participation à partir du concept de souveraineté populaire. L'article 40 indique également que « tout citoyen a le droit de participer à la conformation, l'exercice et le contrôle du pouvoir politique », en établissant la façon d'exercer ce droit⁴²². L'article 103 énonce, lui, les mécanismes de participation que sont le vote, le plébiscite, le référendum, la consultation populaire, le Conseil ouvert, l'initiative législative et la révocation du mandat, entre autres, qui visent à matérialiser le droit à la participation dans des domaines spécifiques, que l'État doit faciliter et garantir.

⁴²⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, 7 mars 1996, Sentence n° C-103/96, dossier n° P.E.-008., M.R. : Fabio Morón Diaz.

⁴²¹ Différents instruments internationaux établissent la participation en tant que droit. La Charte démocratique de l'Organisation des États américains établit à son article 6 que *la participation des citoyens aux décisions relatives à leur propre développement est un droit et une responsabilité*. Pour sa part, l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 23 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme prévoient le droit à la participation en décrivant son contenu et sa portée.

⁴²² Pour cela, l'article 40 cité plus haut établit comme droits dérivés du droit général à la participation les garanties permettant : (1) de participer aux élections en tant qu'électeur ou élu potentiel, (2) d'intervenir dans la prise de décisions par le biais des différents mécanismes de participation démocratique, parmi lesquels le plébiscite, le référendum, les consultations populaires et la révocation du mandat, (3) de constituer et d'appartenir à un parti, mouvement et groupement politique en diffusant, affichant ou en faisant la promotion de ses idées et programmes, (4) de présenter des initiatives auprès des différentes entités publiques, (5) de promouvoir la défense de la Constitution et la loi par l'élaboration des actions publiques prévues et (6) d'occuper des fonctions publiques.

634. Le cadre constitutionnel mentionné plus haut est complété par un développement législatif qui prévoit une structure normative à partir de textes comme la Loi 134 de 1994⁴²³, la Loi 850 de 2003⁴²⁴ et la plus récente, la Loi 1757 de 2015⁴²⁵, qui crée un cadre institutionnel plus dense pour la participation citoyenne ainsi que des fonds départementaux, municipaux et distritaux pour la participation et complète les procédures des mécanismes de participation existants, entre autres mesures.

635. Le développement pratique de la participation a entraîné la création d'autres mécanismes en dehors de ce cadre légal, reconnu par la jurisprudence⁴²⁶, qui signale que la participation est dynamique et changeante et obéit aux besoins et aux réalités sociales devant être garanties afin d'atteindre l'objectif amplement exprimé de l'article 2 de la Constitution. La Cour a donc statué qu'il est nécessaire de concevoir des ajustements normatifs afin de conférer aux citoyens une plus grande incidence dans la résolution de conflits entre l'État et la société.⁴²⁷

636. Voilà pourquoi, à partir de l'hypothèse que la démocratie participative suppose une tendance à l'expansion⁴²⁸, la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle en la matière, notamment la sentence C-150 de 2015⁴²⁹, reconnaît et standardise différentes formes de participation, depuis le domaine de la protection personnelle et individuelle, la participation des communautés ethniques vis-à-vis des questions les concernant, la participation sociale par la conformation d'organisations, les formes de participation dans les entités publiques ou dans l'exercice de fonctions publiques, la participation dans l'exercice des actions administratives ou judiciaires pour le contrôle de l'État ou pour

⁴²³ « Selon laquelle sont établies des normes concernant les mécanismes de participation citoyenne »

⁴²⁴ « Selon laquelle sont réglementés les observatoires citoyens »

⁴²⁵ « Selon laquelle sont établies les dispositions en matière de promotion et de protection du droit à la participation démocratique »

⁴²⁶ « En effet, eu égard au caractère expansif de la démocratie et à la condition de mandat d'optimisation du principe de participation, il est possible d'identifier et de développer d'autres instruments afin de réaliser l'engagement constitutionnel de promotion, dans la mesure du possible, de l'incidence des citoyens sur les décisions les concernant (article 2). » Extrait de la sentence C-150 de 2015.

⁴²⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 18 juillet 2016, Sentence n° C-379/16, dossier n° P.E.-045., M.R. : Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴²⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, 12 mars 2002, Sentence n° C-179/02, dossier n° P.E.-014., M.R. : Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴²⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, 8 avril 2015. Contrôle a priori de constitutionnalité du projet de loi statutaire 134 de 2011 « Par laquelle sont dictées des dispositions en matière de promotion et de protection du droit à la participation démocratique », Dossier n° PE-038, M.R. : Mauricio González Cuervo

l'efficacité des droits collectifs, les instruments permettant d'élire ou d'être élu et d'autres formes de participation directe des citoyens. Par conséquent, de tels mécanismes affichent une tendance à l'actualisation, l'amplification, l'ajustement ou la correction, puisque leur optimisation est régulée par le législateur.

637. Les derniers développements légaux et jurisprudentiels relatifs aux mécanismes de participation permettent de consolider et d'approfondir la démocratie au-delà de la sphère électorale⁴³⁰, vers d'autres processus publics et sociaux dans lesquels des décisions sont prises et des pouvoirs sont concentrés et qui intéressent la communauté en raison de l'influence qu'ils peuvent avoir sur la vie sociale et personnelle.

638. Cependant dans les faits, malgré la ratification des mécanismes et l'existence de contextes garantissant en apparence la démocratie et la participation, il est évident qu'il existe des lacunes, problèmes d'efficacité, contraintes et contre-indications lorsqu'il s'agit de les utiliser ou d'exercer la souveraineté populaire en matière de questions de compétence territoriale.

639. Et l'évolution mondiale actuelle paraît indiquer que nous sommes face à un nouveau concept de démocratie, dans lequel la notion de citoyen passif cède la place à celle de citoyen actif et où prédomine un État de libertés, dans lequel les citoyens ont des droits et des responsabilités et peuvent développer des initiatives afin de participer notamment aux questions publiques les concernant, garantissant ainsi l'égalité des opportunités sur le plan individuel et l'équité en matière sociale, et contribuant donc à la construction de l'État.

640. C'est pourquoi l'État social de droit ne se limite plus uniquement à garantir la vie, la propriété et la liberté par le biais de la protection contre la fraude, le vol, l'inexécution contractuelle ou les dommages causés par des tiers : fonctions typiques de l'État gendarme. Ses finalités ont une plus grande portée et comprennent, entre autres, de « promouvoir la prospérité générale, de garantir l'efficacité des principes, droits et devoirs consacrés dans la Constitution, de faciliter la participation de tous aux décisions qui les

⁴³⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière de la Cour constitutionnelle, 23 mars 1994, Sentence n° C-145/94, dossier n° D-489, D-492, D-495, D-500, D-506, D-507, D-508, D-511, D-512 et D-515 (synthèses), M.R. : Alejandro Martínez Caballero.

affectent et affectent la vie économique, politique, administrative et culturelle de la Nation, et d'assurer qu'un ordre juste est en vigueur (article 2 de la Constitution) ».

641. Pour remplir les objectifs précédents, outre les amples facultés d'intervention octroyées à l'État en matière économique comme analysé plus haut, l'État aura donc au moins trois rôles économiques fondamentaux. Le premier consiste à créer l'environnement approprié pour une croissance durable, y compris la notion de viabilité environnementale nous garantissant que cette croissance ne porte pas préjudice à notre patrimoine naturel, base productive actuelle et future de la Nation. Le second consiste à créer les conditions nécessaires pour qu'une conception ample du développement complète la croissance. Sur cette question en particulier, l'État doit veiller à l'équité sociale, en s'assurant que les bénéficiaires de la croissance bénéficient à toute la population. Et le troisième consiste à ce que l'État devienne promoteur, c'est-à-dire qu'il doit lancer le développement d'activités ou de projets promissoires dans lesquels, au départ, le secteur privé ne souhaite pas s'impliquer.⁴³¹

642. Cela ne signifie pas qu'il est souhaitable que l'État devienne entrepreneur, rôle qu'il n'a pas été capable d'endosser auparavant, comme nous l'avons vu. Il s'agit pour l'État de promouvoir la croissance économique tout en protégeant l'environnement et en se faisant le garant de la cohésion sociale et de l'équité, rôles qui semblent parfois incompatibles dans leur exécution. Les tensions pouvant apparaître entre un modèle politique (démocratique, participatif et pluraliste) et économique de l'État (modèle de gestion néolibérale) pour la réalisation de ses fins, loin de supposer une transition pacifique vers une solution, posent des questions économiques et constitutionnelles d'une formidable complexité.

643. La forme actuelle de l'État octroie aux citoyens une faculté *prima facie* d'exiger d'amples possibilités d'intervention dans la conformation, l'exercice et le contrôle du pouvoir politique. Cependant, dans l'actualité, ces facultés affectent gravement les activités de l'État, qui ne peut par exemple prendre de décisions concernant la gestion de la propriété sur les ressources minières. Il relève du devoir de l'État de s'abstenir de

⁴³¹ Plan national de développement, "Estado Comunitario. Desarrollo para todos 2006-2010", Département de planification nationale, Tome 1, 2007, [en ligne] consulté le 1^{er} avril 2018, https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND_Tomo_1.pdf

prendre des mesures de tout type empêchant le libre exercice de ce droit à la participation⁴³². Néanmoins, celle-ci doit présenter différents niveaux d'intensité et d'intervention établis par voie législative la limitant, comme tout autre droit de nature fondamentale. Mais la réalité est tout autre. Ces limites se révèlent établies non par le pouvoir législatif, mais par le pouvoir judiciaire, par le biais du juge qui, révolutionnant son rôle traditionnel en allant au-delà de la simple interprétation de la loi, fournit une contribution essentielle à la conception de politiques publiques comme l'environnementale et la minière.⁴³³

644. Ainsi, bien qu'à première vue il existe une tension irréconciliable entre le modèle d'État politique et économique, la formule permettant de modérer ces relations est d'établir qu'il existe différents niveaux d'intensité et d'intervention de la participation citoyenne vis-à-vis de la gestion de l'État. Ceci parce que certains domaines exigent, par leur complexité particulière, qu'ils soient examinés et que les décisions les concernant soient prises dans un contexte technique, avec une incidence citoyenne limitée, afin de définir par exemple où, comment et pourquoi il est nécessaire de tirer profit de la propriété de l'État sur les ressources minières.

645. Outre ce qui précède, l'État doit établir les conditions permettant de rendre effective cette participation, puisque tout système politique nécessite quatre prérequis afin de consolider la participation, soit : 1. Le respect des garanties individuelles, 2. Les canaux institutionnels et les cadres juridiques, 3. L'information, 4. La confiance des citoyens dans les institutions démocratiques.⁴³⁴

⁴³² Dans sa sentence C-150, la Cour indique que : « (...) la participation en tant que droit des citoyens et axe fondamental de l'aménagement du territoire actuel implique (i) le devoir de l'État de s'abstenir d'adopter des mesures de tout type empêchant le libre exercice de la participation par les citoyens et les organisations sociales, (ii) le devoir d'adopter des mesures de tout type évitant que les autorités publiques ou les particuliers interfèrent ou affectent le libre exercice des facultés relatives à l'exercice de la participation et (iii) le devoir de mettre en place des mesures visant à optimiser le développement des différentes formes de participation et qui, en même temps, évitent un recul injustifié concernant les niveaux de protection acquis ».

⁴³³ Guzmán Jiménez L. F., *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales. Análisis de caso en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 155, p. 30-32.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 155.

Conclusion Section II

646. Le rôle de l'État quant à la propriété publique sur les ressources minières doit être analysé en lien avec les modèles économiques et politiques des États et avec la situation de la région à la fin du siècle dernier. La jurisprudence constitutionnelle colombienne confirme que la Constitution de 1991 n'a pas inclus de modèle économique particulier. Cependant, de larges fonctions d'intervention dans certains secteurs stratégiques de l'économie sont reconnues à l'État. C'est le cas du secteur minier-énergétique, ce qui correspond également à l'adoption de politiques propres au modèle néolibéral, comme la déréglementation et la libéralisation des marchés. Le contexte créé par ces décisions économiques constituera un fort encouragement à l'arrivée massive de nouveaux investisseurs et de projets liés aux ressources du sous-sol. Sur le plan politique, deux tendances très claires se distinguent dans la région. Les États préconisant les idées du Socialisme du XXI^e siècle, protecteurs de la propriété publique de l'État sur les ressources sensibles comme celles du sous-sol, résistantes à l'arrivée d'investissements étrangers d'un côté, et les États de type néolibéral, qui voient dans l'exploitation de ces ressources une opportunité économique leur permettant de financer des programmes sociaux ainsi que le développement local.

Section III. Les tensions constitutionnelles entre les modèles économiques et politiques de gestion de la propriété publique sur les ressources naturelles non renouvelables

647. Comme nous l'avons dit, l'importance de l'exploitation économique des ressources du sous-sol pour le développement a été déterminante avant et après la naissance de la Colombie en tant qu'État républicain. Conformément aux informations fournies par l'Autorité minière colombienne (ANM) en 2017, 10 161 concessions minières ont été octroyées par l'État colombien. 75 % d'entre elles appartiennent à des entreprises et des particuliers colombiens, 10 % à des entreprises multinationales, 6 % à des réserves autochtones, 1 % à des associations minières, 0,4 % à des coopératives et 9 % correspondent à des autorisations temporaires (permis particuliers pour les concessionnaires de travaux d'infrastructures). Le type de minerai le plus exploité concerne les matériaux de construction (53 %), suivi des métaux précieux (39 %). Les titres miniers en étape d'exploitation, c'est-à-dire ceux qui dans lesquels des minerais sont

extraits, occupent à peine 1 % du territoire national⁴³⁵. Cela n'a pourtant pas empêché l'augmentation des conflits en raison de la présence de cette activité près des communautés, conséquence de la mise en place des politiques d'État depuis l'an 2000, principalement autour de l'exploitation des ressources du sous-sol (§1). Le renforcement de la mobilisation sociale que cela a entraîné a mis en évidence la tension évidente entre l'exercice légitime du droit à la participation et le modèle de développement que l'État prétend imposer (§2).

§1. Les conflits sociaux entraînés par l'exploitation des ressources du sous-sol

648. Historiquement, la richesse nationale n'a pas toujours constitué une source de conflits. Ce qui a changé, c'est la perspective avec laquelle ces dilemmes ont été abordés dans le cadre de la Charte de 1991. En plus d'élever le principe de participation à la catégorie de finalité principale de l'État (article 2 de la Constitution), de reconnaître le droit de toutes les personnes à jouir d'un environnement sain (article 79 de la Constitution) et de consacrer l'obligation étatique de protéger les richesses naturelles et culturelles de la Nation (article 8 de la Constitution) ainsi que sa diversité ethnique et culturelle (article 7 de la Constitution), elle a engagé l'État à planifier la gestion et l'exploitation des ressources naturelles afin de garantir leur développement durable, leur conservation, leur restauration et substitution (article 80 de la Constitution), à intervenir dans son exploitation, dans l'exercice de ses compétences vis-à-vis de l'orientation générale de l'économie (article 334 de la Constitution), elle l'a identifié comme propriétaire du sous-sol et des ressources naturelles non renouvelables (article 332 de la Constitution)⁴³⁶ et lui a imposé le devoir de veiller à ce que les revenus générés par l'exploitation de ces ressources soient affectés au financement de projets pour le développement social, économique et environnemental des entités territoriales et en général à l'amélioration des conditions sociales des Colombiens (article 316 de la Constitution).

⁴³⁵ Asociación Colombiana de Minería, Desarrollo del Sector Minero 2018-2002, [En ligne], [consulté le 26 janvier 2018,]

<http://acmineria.com.co/PublicacionesACM-DesarrolloSectorMinero-2018-2022>.

⁴³⁶ À la différence de la Constitution de 1886, dont l'article 202 reconnaissait le domaine de « la Nation » sur les terrains à l'abandon, les mines et les réserves de sel appartenant auparavant aux États souverains au cours de la période de la République des États-Unis de Colombie et leur « possession » des mines d'or, d'argent et de pierres précieuses situées sur le territoire national.

649. En outre, les politiques néolibérales du XXI^e siècle ayant permis l'arrivée de volumes importants d'investissements étrangers pour l'exploration et l'exploitation de la propriété de l'État, la grande quantité de concessions minières octroyées par l'État, les difficultés de l'administration pour exercer de façon adéquate ses fonctions de contrôle des activités menées par ces concessionnaires, ainsi que les entraves environnementales ont considérablement accru les conflits socio-économiques, politiques et environnementaux du pays, remettant en question le rôle de l'État dans sa gestion de la propriété publique concernant les ressources minières⁴³⁷. C'est à l'occasion de l'adoption du cadre constitutionnel élargi décrit plus haut que le débat autour des impacts d'un modèle économique extractiviste est passé à la sphère judiciaire.

650. Parmi les 362 articles de la Loi 685 de 2001, à peine 2 (les articles 37 et 299) ont été déclarés inapplicables parce qu'ils contredisaient ouvertement la Charte. Quelques expressions seulement ont été retirées de l'ordre juridique pour la même raison. En revanche, la Cour a identifié de nombreuses dispositions du Code ne s'avérant compatibles avec la Constitution que d'après cette interprétation, rendue explicite par le biais de décisions allant dans le sens d'une constitutionnalité conditionnelle.

651. Les instances de vérification de tutelles ont abouti à des résultats différents. Les questions examinées dans ce cadre ont révélé que le déroulement d'activités minières selon les hypothèses normatives de la Loi 685 de 2001 porte atteinte de diverses façons à l'environnement, aux communautés et aux employés du secteur et entraînent souvent des violations des droits fondamentaux, comme nous le démontrerons ci-après. Mais à partir de 2002, les conflits entre les différents acteurs (entités de l'État, communautés et secteur industriel) ont augmenté de façon significative à cause de la politique économique précédente.

652. Concernant la question faisant l'objet de notre analyse, les juges sont devenus les principaux protagonistes et permettent de résoudre la tension entre les droits pouvant être affectés lorsque la fonction sociale de la propriété sur les ressources minières est respectée. Leurs décisions ont maintes fois été qualifiées de militantes et ont influencé la construction

⁴³⁷ Padilla Ormeño C., "Minería y Conflictos Sociales en América Latina", in Toro Pérez C., *et alii*, *Minería, Territorio y Conflicto en Colombia*, *op. cit.*, p. 37-58.

de politiques publiques, outrepassant ainsi les limites traditionnelles de leur rôle de juge. C'est le cas par exemple de l'imposition à l'administration d'ordres ou de mesures qu'elle doit respecter en matière de gestion des affaires publiques, un rôle qui ne correspond pas nécessairement à sa fonction et qui, pour ses critiques, peut représenter un risque au principe libéral et démocratique de séparation des pouvoirs.⁴³⁸ En conséquence, les principaux objets d'étude qu'entraînera l'intervention récurrente du pouvoir judiciaire concerneront les conflits socio-environnementaux et les types de décisions adoptées par les autorités **(A)** ainsi que les conflits liés aux répercussions sur le territoire et à l'exploitation minière illégale **(B)**.

A. Conflits pour des raisons socio-environnementales et de décisions des autorités

653. La Colombie est l'un des pays présentant le plus de conflits socio-environnementaux du monde⁴³⁹. Le contexte de ces conflits s'explique en grande partie par le fait que la Colombie est cataloguée comme le deuxième pays le plus riche au monde en matière de biodiversité, et l'un des pays où la ressource hydrique est la plus abondante en Amérique latine⁴⁴⁰. En raison de la succession d'activités découlant de processus de production menés par des individus, les gouvernements et la société colombienne ont pris conscience au cours des dernières années du rythme de transformation des écosystèmes et de l'exploitation des ressources naturelles renouvelables et non renouvelables.

654. Certes, la société requiert une consommation minimum de la nature pour survivre. Cependant, une politique publique d'État aurait dû être élaborée depuis longtemps afin de proposer une consommation responsable de l'environnement dans des termes de durabilité écologique qui permettent, d'un côté, de satisfaire les besoins de la population, et d'un autre côté, de le faire avec l'impact environnemental le plus faible possible.⁴⁴¹

⁴³⁸ Guzmán Jiménez L., *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales. Análisis de caso en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado*, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 29.

⁴³⁹ Environmental Justice Atlas, <http://ejatlas.org/country/colombia>

⁴⁴⁰ La Cour constitutionnelle a reconnu la Colombie comme un pays « mégabiodivers » dans sa sentence C-519 de 1994 M.R. : Vladimiro Naranjo Mesa, doté de sources de richesse inestimables, sans équivalent dans le reste du monde, et qui mérite, dans le cadre d'une coresponsabilité universelle, un devoir de protection spécial ou renforcé pour le bien-être de l'humanité. Voilà pourquoi faire référence au concept et à la nature juridique du droit à l'environnement, dont les définitions sont multiples, est particulièrement important.

⁴⁴¹ Riechmann J., "Tres principios básicos de justicia ambiental", *Revista internacional de filosofía política*, n° 21, 2003, [en ligne], Universidad Autónoma Metropolitana, [consulté le 1^{er} juin 2018],

655. Bien que, comme nous l'avons mentionné, il n'existe pas d'informations ou de chiffres permettant de connaître l'état, l'estimation ou le comportement de toutes les ressources naturelles renouvelables et non renouvelables afin d'alimenter la prise de décisions et les actions opportunes depuis la politique publique,⁴⁴² le modèle d'économie dominante visant une croissance économique continue et faisant la promotion d'une consommation accélérée par le développement des technologies s'est transformé en un grave problème socio-environnemental.

656. Voilà pourquoi ce type de conflit met en évidence des intérêts opposés, le privé contre le public, le particulier contre le collectif. Cela mène les autorités environnementales et les juges et magistrats des Hautes Cours à réaliser des exercices permanents de pondération des droits afin de rendre justice, généralement par le biais de décisions formulées en termes de justice environnementale.⁴⁴³

657. En premier lieu, l'environnement a constitué l'un des principaux éléments de configuration et de caractérisation de l'ordre constitutionnel colombien instauré à partir de 1991. La Constitution de 1991 met l'accent sur un ensemble de dispositions qui, comprises de façon systématique, évoquent l'importance de l'environnement dans notre ordre juridique en tant que principe fondamental, droit et/ou devoir constitutionnel. Le concept pris en considération par la Constitution de 1991 est complexe et implique différents éléments qui s'assemblent pour former le contexte dans lequel se développe la vie des êtres humains, lequel comprend entre autres la flore et la faune se trouvant sur le territoire colombien.

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2003-21-1117&dsID=pdf>.

⁴⁴² Depuis 1993, la Colombie a conçu un cadre institutionnel afin d'aborder les questions environnementales à travers le Système national environnemental SINA (« Sistema Nacional Ambiental »). Le système institutionnel est décentralisé et dirigé par le ministère de l'Environnement et du Développement durable et d'autres Unités administratives spéciales comme celles chargées du réseau de parcs et l'Agence de licences environnementales. Outre la grande quantité d'entités techniques, on trouve au niveau régional les Corporations autonomes régionales CAR qui ne correspondent pas à la division territoriale, mais à une division selon les écosystèmes stratégiques, indépendantes des autorités centrales.

⁴⁴³ En termes généraux, la justice environnementale peut être expliquée à partir d'une distribution équitable des charges, bénéfices et dommages environnementaux à toutes les personnes de la société, qui tiennent compte de la situation communautaire et des capacités de ces personnes et leur participation dans la prise des décisions qui les concernent. Voir également le rapport de Garay Salamanca L. J. (dir.), *Minería en Colombia, Fundamentos para superar el modelo extractivista*, Contraloría General de la República, Bogota, 2013.

658. Cependant, cette relation entre les humaines et l'écosystème est gravement altérée, en premier lieu si l'on tient compte du fait que l'exploitation des ressources du sous-sol est considérée comme l'une des plus nocives pour l'environnement. L'intervention faite à l'environnement afin d'extraire les ressources minières et d'en tirer profit implique dans la plupart des cas la destruction de grandes surfaces de sol, qui doit être retiré pour accéder au minerai, détériorant ainsi la végétation, la faune, l'eau, portant atteinte à la santé et à l'existence même des personnes. En outre, les mesures prises par les entreprises exploitantes ne sont pas suffisantes pour atténuer ou réparer les dommages causés.

659. En deuxième lieu, la dynamique des relations économiques, qui implique différents facteurs de nature écologique et sociale, fait que dans la pratique, le développement d'une activité économique ignore des aspects fondamentaux comme la complexité culturelle et ethnique des territoires ainsi que leurs populations, qui sont souvent durement touchées. Parmi les impacts, on peut citer l'arrivée massive de nouveaux habitants, la demande plus élevée de services publics (services de base, éducation et santé), une insécurité accrue, transformations qui exigent une gestion et une réponse plus conséquente de la part des autorités locales.

660. Le comportement traditionnel de l'industrie et la connaissance des impacts négatifs de l'activité sur l'environnement et les dynamiques locales ont entraîné l'intensification des plaintes des communautés dans le but de limiter ou d'exclure les activités minières de leurs territoires, après qu'elles soient arrivées à la conclusion que leurs bénéfices supposés n'étaient pas réels.

661. On peut donc constater la tension récurrente qui existe face à des activités économiques légitimes impliquant des biens juridiques différents comme la liberté d'entreprise et l'exploitation économique de la propriété. L'exploitation de la propriété publique, notamment, est déterminante pour le développement économique, malgré les conséquences qu'elle peut avoir sur l'environnement et les dynamiques locales. Ceci a entraîné d'intenses débats, qui dépassent non seulement l'aspect économique, mais touchent également à des aspects de la sphère sociale, morale et même politique chaque

jour plus importants pour la société⁴⁴⁴. Bien que l'on prétendît à une époque faire prévaloir la liberté économique protégée par la Constitution et la loi⁴⁴⁵, les changements progressifs de jurisprudence ont accordé la priorité à la protection de l'environnement et aux droits fondamentaux et collectifs des personnes plutôt qu'aux intérêts économiques privés.

662. La solution proposée est donc celle du développement durable, terme encore en construction en Colombie, qui avance d'élever la qualité de vie des personnes et le bien-être en général, sans excéder la capacité de charge des écosystèmes qui constituent la base biologique et matérielle de l'activité productive.

663. Cette intention est en partie concrétisée par l'article 336 de la Constitution qui établit en tant qu'objectif social fondamental de l'État « rechercher l'amélioration des conditions de vie de la population ». Par conséquent, le débat ne doit pas se centrer sur le dilemme consistant à imposer ou non des limites au développement. Il doit au contraire être réorienté et conditionné par les besoins spécifiques en temps et lieu de chacune des communautés, qui apportent les éléments nécessaires à l'identification du modèle de développement le plus approprié, optimal et efficace pour atteindre les objectifs envisagés par cette définition de la durabilité.

664. Une interprétation ajustée de ce principe cherchant à harmoniser le droit au développement, indispensable à la satisfaction des besoins humains, aux restrictions dérivées de la protection de l'environnement doit donc dépasser les positions « conservatrices », voire radicales, concernant la protection de l'environnement⁴⁴⁶. Cela implique nécessairement de la part de la société la volonté de sacrifier une part du second

⁴⁴⁴ Amaya Navas O. D., *La Constitución Ecológica de Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 24. « *La perspective politique de la question environnementale touche les relations de pouvoir et implique de façon particulièrement urgente les pouvoirs publics ainsi que les droits et les devoirs des gouvernants* ».

⁴⁴⁵ Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991, article 333 : « L'activité économique et l'initiative privée sont libres, dans les limites du bien commun. Pour leur exercice, personne ne pourra exiger de permis préalables ni de conditions requises sans autorisation de la loi.

La libre concurrence économique est un droit de tous qui implique des responsabilités.

L'entreprise en tant que base du développement a une fonction sociale entraînant des obligations. L'État renforcera les organisations solidaires et stimulera le développement des entreprises.

L'État, en vertu de la loi, empêchera tout obstacle ou restriction à la liberté économique et évitera ou contrôlera tout abus de position dominante de personnes ou d'entreprises sur le marché national.

La loi délimitera la portée de la liberté économique lorsque l'intérêt social, l'environnement et le patrimoine culturel de la Nation l'exigent. »

⁴⁴⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Cinquième salle de révision, Sentence C-058/98, dossier n° T-6.418.361, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

droit au profit du premier, à condition qu'un certain équilibre écologique soit garanti grâce à la prise de conscience que le développement en lui-même n'est pas une valeur absolue, mais relative.

665. Concernant ce point, il convient également de mentionner que, suite à la signature des Accords de paix entre l'État colombien et les FARC⁴⁴⁷, un travail de construction de la paix avec une perspective territoriale est désormais mené. En effet, bien que l'Accord établit des droits et engagements ponctuels de l'État et de la société, sa mise en œuvre doit se faire de façon différenciée dans chacun des territoires, car les expériences des communautés vis-à-vis du conflit et leurs besoins en matière de réparation sont différents. Parler d'exploitation économique et de développement des communautés doit se faire selon la même logique. Le pays a besoin de développement, de tirer parti de ses ressources au profit des populations, mais la stratégie doit être différenciée.

666. Le débat ne tourne plus seulement autour de la question de savoir si l'État doit cesser d'être propriétaire des ressources minières, comme c'est le cas pour d'autres modèles d'administration. Compte tenu du fait que nous restons fidèles à une certaine forme d'organisation politique et à un modèle régalien qui implique que les ressources minières appartiennent à l'État, souverain pour ce qui concerne leur exploitation, cela ne saurait être différent. Nonobstant, les politiques publiques concernant l'exploitation de ces ressources et le modèle de développement nécessaire doivent être construites depuis les régions, avec les secteurs sociaux enracinés sur le territoire, et en tenant compte des particularités sociales, économiques et culturelles de chaque contexte.

667. En ce qui concerne les conflits en raison des décisions des autorités il faut signaler que lors de ces événements, les conflits surgissent à cause d'une décision prise soit par l'autorité minière soit l'autorité environnementale, lorsqu'elles publient des normes et des actes administratifs portant atteinte à la sécurité juridique devant réguler les relations contractuelles entre d'un côté l'État et l'investisseur et de l'autre les droits acquis des contractants.

⁴⁴⁷ Dans le cadre de la mise en place d'une politique de paix au cours de son premier mandat, le président Juan Manuel Santos (2010-2018) a inauguré le 18 octobre 2012 à Oslo (Norvège) les pourparlers avec les Forces armées révolutionnaires de Colombie FARC-EP. Ces négociations ont abouti à la signature de l'Accord de paix le 24 novembre 2016, ratifié par le Congrès de la République le 1er décembre 2016 et dont la mise en œuvre s'étendra jusqu'en 2030.

668. Il existe en Colombie un cas emblématique illustrant cette question, avec la création en octobre 2009 d'un Parc national naturel dans la réserve autochtone de Yaigojé Apaporis dans l'Amazonie colombienne. Ce parc visait à protéger les valeurs matérielles et immatérielles des peuples autochtones, à conserver le « Complexe culturel du Vaupés », à contribuer à la connectivité des écosystèmes des bassins des fleuves Caquetá et Negro ainsi qu'à renforcer le « Système des sites sacrés » et les rituels associés.

669. Cependant en ce même mois, deux jours après la création du Parc, l'autorité minière a octroyé un titre minier à l'entreprise Cosigo Resources, concession minière IGH-15001X, pour l'exploitation d'un gisement d'or, alors que d'après l'article 34 de la Loi 685 de 2001, tout type d'exploitation minière était interdite dans la zone. Cette maladresse a ainsi exposé un manque d'articulation évident entre les institutions et les différents intérêts en jeu (économiques d'un côté et relatifs à l'environnement et au patrimoine culturel de la Nation de l'autre).

670. Une plainte internationale contre la Colombie a été déposée sur cette question auprès des tribunaux d'arbitrage international (le CIRDI)⁴⁴⁸ pour plus de 16 500 millions USD en raison du non-respect probable des Traités de libre commerce souscrits entre les États-Unis et la Colombie. La plainte considère que la clause de protection de l'investissement étranger n'a pas été respectée, portant gravement atteinte à la confiance légitime de l'investisseur et violant le traitement juste et équitable établi dans les accords formels.

671. On peut également signaler le cas de l'entreprise canadienne Eco Oro, qui après plus de 10 ans de travaux d'exploration dans une zone caractérisée par un écosystème de plateau andin en tant que titulaire d'une concession minière, élabore et remet fin décembre 2009 une Étude d'impact environnemental au ministère de l'Environnement, du Logement et du Développement territorial afin de demander une licence environnementale

⁴⁴⁸ Parmi les alternatives de résolution de litiges différentes de celles offertes par le droit interne, il existe un organisme dont l'importance s'est accrue au cours des dernières années. Il s'agit du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé par le biais de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, chargé de résoudre les conflits en matière de protection des investissements entre le gouvernement de l'un des États contractants et un ressortissant d'un autre État contractant (article 1 alinéa 2 de la Convention). Les décisions du CIRDI établissent un nouveau type de responsabilité économique de l'État.

qui lui permettrait de lancer l'étape d'exploitation de l'or et l'argent à ciel ouvert. L'étude a néanmoins été rejetée.

672. L'autorité environnementale a justifié sa réponse par la création postérieure du Parc naturel régional Páramo de Santurbán⁴⁴⁹, considéré comme une zone dotée d'une richesse naturelle particulière et où toute activité économique était interdite. L'autorité environnementale a donc appliqué de façon rétroactive les effets de la création du Parc à l'étude de la demande de licence environnementale.

673. Bien que l'entreprise possédait un titre minier lui octroyant certains droits dans la zone, elle ne pouvait donc mener d'activités d'exploration en l'absence de licence environnementale. L'autorité environnementale de l'époque s'est prononcée sur cette question en signalant : « (...) les titres miniers déjà octroyés par le ministère des Mines pour l'exploration dans le secteur du Parc naturel devenaient caducs ; les entreprises ne pourront mener aucune opération et devront céder leurs terrains à titre de réserve. »

674. Par conséquent, le 2 août 2016 une résolution a été publiée (Résolution n° VSC 829) notifiant Eco Oro de la révocation de ses titres miniers situés dans le plateau andin de Santurbán, situation qui a entraîné, comme dans le cas précédent, une plainte internationale contre l'État colombien auprès du même tribunal d'arbitrage international (CIRDI). La plainte pour 764 millions USD avance que les décisions des autorités étatiques ont gravement porté atteinte à leurs droits et attentes économiques, et se trouve actuellement en attente d'une décision. Cela a obligé l'État colombien à déployer une stratégie de défense aguerrie afin de ne pas exposer sa stabilité économique par le fait de ce type de plaintes.

675. Les situations décrites, malgré les inconvénients légaux pour la Nation, ne constituent que des exemples de cas dans lesquels l'État décide de poser des limites à l'exploitation de la propriété sur ces ressources, sacrifiant un intérêt économique au bénéfice du droit collectif à l'environnement et au patrimoine culturel de la Nation. Cela n'est pas discutable en soi, mais la façon dont cela a été réalisé, si.

⁴⁴⁹ Résolution n° 2090 du ministère de l'Environnement et du Développement durable du 19 décembre 2014.

B. Conflits liés aux répercussions sur le territoire et à l'exploitation illégale

676. Le modèle économique de développement basé sur l'extraction a entraîné de multiples conflits, en raison de la manière dont ils touchent les espaces de vie et la façon dont les communautés habitent, vivent et produisent sur le territoire. Il a mis en évidence l'incompatibilité et la divergence existant entre les intérêts au niveau national et aux niveaux régionaux et locaux qui, en outre, ne disposent pas des institutions capables de répondre à ce modèle et au réaménagement territorial urbain et environnemental propre des territoires.

677. Comme nous l'avons indiqué, au cours des dernières années, les entités territoriales ont commencé à exiger énergiquement des compétences pour influencer la planification et la gestion de ces ressources appartenant à l'État. Elles mettent en avant qu'il s'agit d'activités ayant un impact direct sur leurs territoires⁴⁵⁰, et que les décisions concernant la gestion des ressources minières et leur affectation ne sont pas prises dans le cadre d'un dialogue entre les gouvernements et les communautés des territoires où seront exécutés les projets.

678. Toutefois, le développement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle au cours des dernières années impose toujours plus d'obligations et de limites à l'État et aux entités nationales chargées de la gestion de la propriété des ressources minières lorsqu'elles octroient un contrat de concession, voire pendant la mise en œuvre de celui-ci.⁴⁵¹

679. Une question prioritaire de constitutionnalité contre l'article 37 de la Loi 685 de 2001⁴⁵² a fait ressortir une tension inédite entre des principes de rang constitutionnel. D'une part, le principe de la forme d'organisation unitaire de l'État (article 1 de la Constitution politique) et d'autre part, le principe d'autonomie des entités territoriales

⁴⁵⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 19 août 2016, Sentence n° T-445/916, dossier n° T-5.498.864, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁵¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M.R. Maria Victoria Calle Correa.

⁴⁵² Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Alberto Rojas Rios.

(article 288 de la Constitution politique)⁴⁵³. Cela, car bien que l'État est propriétaire du sous-sol et des ressources naturelles non renouvelables et est donc compétent pour mener l'intervention d'État dans l'exploitation de ces ressources et dans l'utilisation du sol (articles 332 et 334 de la constitution politique), cela ne pouvait impliquer que les entités territoriales, compétentes pour administrer leurs intérêts, y compris la définition de l'utilisation du sol, soient privées de toute autonomie dans la prise de décisions interdisant le développement d'une activité minière.

680. La Cour a indiqué que cette tension entre les droits mettait en exergue un besoin d'harmonisation, étant donné la limite fondée sur le principe d'organisation unitaire de l'État (article 1 de la Constitution) s'avérait excessive par rapport à l'autre principe constitutionnel que l'on souhaitait limiter, soit le principe d'autonomie territoriale (article 288 de la Constitution).⁴⁵⁴

681. Cependant, une fois le précédent judiciaire existant revu dans le cadre de la juridiction du contentieux administratif et constitutionnel⁴⁵⁵, il a été mis en évidence que plusieurs interprétations des deux principes en question ont été développées. Certaines de ces interprétations ignorent les règles existantes en matière de propriété et de gestion des ressources naturelles non renouvelables, qui avaient traditionnellement centré sur le gouvernement et l'administration centrale toutes les décisions économiques et

⁴⁵³ Artículo 288. *La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.*

[Notre traduction] Article 288. «La loi organique d'aménagement du territoire établira la distribution des compétences entre la Nation et les entités territoriales. Les compétences attribuées aux différents niveaux territoriaux seront exercées conformément aux principes de coordination, concurrence et subsidiarité dans les termes établis par la loi. »

⁴⁵⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 4 mars 2010, Sentence C-149/10, dossier n° D-7828 et D-7843, M.R. Jorge Ivan Palacio Palacio. Dans cette sentence, la Cour constitutionnelle effectue un ample relevé de sa jurisprudence concernant la tension entre les principes unitaire et d'autonomie de la Constitution, en indiquant : « Comme cela a été signalé de façon réitérée par la jurisprudence constitutionnelle, dans le cadre de ce schéma et selon la structure fixée directement par la Constitution, la distribution des compétences entre la Nation et les entités territoriales est un aspect que l'ordre supérieur a confié au législateur et pour lequel une série de règles minimum ont été établies afin d'assurer l'articulation entre la protection due de l'autonomie territoriale et le principe unitaire, règles qui à certaines occasions octroient la primauté au niveau central, alors qu'elles font la promotion de la gestion autonome des entités territoriales dans d'autres ».

⁴⁵⁵ Voir les sentences : Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Alberto Rojas Ríos // Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 19 août 2016, Sentence n° T-445/16, dossier n° T-5.498.864, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio // Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado // Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa // Colombie, Cour constitutionnelle, 25 mai 2016, Sentence n° C-273/16, dossier n° D-11075, M. R. Gloria Stela Ortiz Delgado.

administratives concernant l'affectation de ces ressources. Cette position a affaibli le principe d'organisation unitaire de l'État et a considérablement renforcé le principe d'autonomie, qui dans le fond prétend exiger davantage de participation des entités territoriales dans la prise de décisions touchant leurs territoires et leurs communautés.

682. D'autres décisions émises par les tribunaux de contentieux administratif défendent au contraire les compétences de la Nation, entraînant le mécontentement social ainsi que des manifestations anti-minières menées par les gouvernements locaux et les communautés elles-mêmes et qui ont pour conséquence de freiner certains projets miniers, y compris ceux d'importance nationale. Certes, il est clair que dans des aspects comme celui analysé, les compétences des uns et des autres se rejoignent et doivent être exercées de façon coordonnée et harmonieuse par le biais d'accords et de consensus. Néanmoins, il est urgent qu'un arrêt unificateur soit émis par le tribunal de clôture.

683. Le gouvernement central ne tient pas non plus compte des effets qu'un projet à petite ou grande échelle entraîne sur les territoires occupés par des communautés autochtones et d'ascendance africaine qui, en tant que minorités, bénéficient d'après la Constitution d'une protection renforcée. Ainsi, les processus comme la consultation préalable⁴⁵⁶ deviennent complexes et lents. Mais ils ne peuvent être omis, car en plus d'être un droit constitutionnel contrôlé, ils constituent la seule façon de rendre légitimes et durables les macroprojets, en impliquant les intérêts régionaux et locaux et en permettant l'harmonie entre les grands intérêts économiques et les objectifs de développement de la Nation.

684. La portée de ce droit récent s'est élargie grâce à l'interprétation jurisprudentielle réalisée par la Salle plénière de la Cour constitutionnelle⁴⁵⁷, qui a établi que toutes les

⁴⁵⁶La consultation préalable est un droit en construction, qui a acquis une importance et un développement particuliers au cours des dernières années du fait que la Constitution politique de 1991 a octroyé une plus grande reconnaissance et protection aux minorités ethniques colombiennes. En outre, le cadre juridique colombien a adopté une série de normes qui protègent les droits de ces communautés et reconnaît la diversité ethnique de la Nation colombienne, renforçant ainsi ce droit. En tant que mécanisme de participation uniquement pour les communautés autochtones et noires, ce droit qui naît avec la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail (OIT) a connu un développement notable tant sur le plan international qu'au niveau national. Il convient de souligner que l'article 7 de cette Convention mentionne le droit de ces communautés à participer aux questions les concernant. Au niveau national, c'est le cas de la loi 21 de 1991 et du Décret 2613 de 2013.

⁴⁵⁷Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 28 février 2017, Sentence n° SU 133/2017, dossier n° T-4561330, M.R. Luis Ernesto Vargas Silva

personnes, familles et communautés potentiellement affectées par une activité comme l'exploitation minière ont le droit de participer de façon libre, informée et effective à la définition de leurs impacts, même si elles ne revendiquent pas une identité ethniquement diverse.

685. Ce précédent a ouvert la possibilité aux communautés non différenciées sur le plan ethnique de demander la réalisation d'une consultation préalable lors du développement d'un projet minier. En effet, en tant que droit fondamental spécialement protégé qui doit nécessairement rester cohérent avec son objectif principal, qui est de « protéger l'intégrité culturelle, sociale, économique et la garantie du droit à la participation des communautés ethniques ». Cela entraîne sans aucun doute de nouveaux défis pour l'État, qui devra commencer à identifier toutes ses communautés, à établir des dialogues avec elles et à promouvoir avec elles la viabilité des investissements dans le pays en matière de projets engageant la propriété sur les ressources minières.

686. Ce qui précède peut être interprété dans l'univers des droits comme une conquête des communautés et la concrétisation d'une Constitution qui reconnaît des principes et des droits. Néanmoins, l'absence d'une norme précisant la portée, les limites et les prérogatives que l'exercice de ce droit fondamental implique a entraîné le blocage du développement de projet par certaines communautés. Circonstance aggravante : il n'existe pas de mesures légales ou administratives permettant à l'État de dépasser cette situation conjoncturelle, qui peut d'une part dériver en un abus potentiel du droit par les communautés porteuses d'intérêts différents dans ces processus, et d'autre part, entraîner le non-respect des obligations contractuelles des concessionnaires miniers.

687. Autre circonstance, et non des moindres, en plus des conflits pouvant surgir sur le territoire entre l'État et les communautés autour du développement d'activités d'exploitation dans les zones de plateaux andins ou les environnements sous protection spéciale : les conflits avec le propriétaire, détenteur ou occupant des terrains où un projet d'exploitation minière est prévu. Cela est dû au fait que notre système n'exige pas d'autorisation préalable de la part des propriétaires des terrains afin d'octroyer des permis

miniers ou environnementaux, contrairement à d'autres modèles administratifs comme le français⁴⁵⁸ ou l'allemand⁴⁵⁹.

688. Dans de telles conditions, les personnes privées ne trouvent pas dans l'État un soutien leur permettant de conserver le terrain où ils habitent, indifféremment du droit qu'ils détiennent sur celui-ci. Cela est dû, entre autres, au fait qu'en Colombie l'expropriation de ces biens est fondée en tant que mesure permettant de garantir le montage de l'infrastructure et le développement d'une activité économique considérée comme d'utilité publique ou d'intérêt social.⁴⁶⁰

689. Une autre situation, source de conflit social, est celle générée par l'exploitation minière illégale. Cette source de conflit par rapport à l'exploitation des ressources relevant de la propriété de l'État survient comme une conséquence de l'activité de personnes sans autorisation de l'État et sous l'influence de différents groupes armés illégaux impliqués dans le conflit armé colombien ayant trouvé dans cette extraction une importante source de financement de leurs activités, dans certains cas criminelles, aggravant la confrontation et les niveaux de violence au détriment des droits de la population civile.

⁴⁵⁸ Dans le cas français, les droits d'exploration et d'extraction des minéraux de grande valeur ou d'importance nationale comme l'or, l'argent, le plomb, le cuivre, le zinc, le charbon relèvent de la propriété de l'État. Alors que les droits sur les autres minéraux comme le calcaire, les roches magmatiques, le sable et le gravier relèvent du propriétaire de la terre. (Code de Mines articles 2 et 4).

⁴⁵⁹ Moreu Carbonell E., "Régimen jurídico de las actividades extractivas en el derecho alemán, Un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero", *Revista de Administración Pública*, Madrid, n° 152, 2000, ProQuest ebrary, Web. 10 janvier 2017, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. « Le droit allemand opte, lui, pour un système d'aménagement de l'exploitation minière appelé Interdiction préventive avec réserve d'autorisation (praventives Verbal mil Erlaubnisvorbeha.lt) se basant sur deux principes fondamentaux : la séparation du sol et du sous-sol, et l'interdiction de rechercher et d'exploiter des ressources minières sans autorisation préalable, ce qui garantit à ses titulaires un *droit public subjectif* lors du développement de projets miniers. Il convient de préciser, cependant, qu'un tel système ne s'applique pas à toutes les activités minières, mais uniquement à celles qui concernent les ressources mentionnées dans la BBergG (Loi fédérale sur les mines) en tant que *Hergfreie Bodenschätze* ou « minéraux libres », qui sont les seuls à requérir une autorisation préalable pour leur recherche et exploitation. L'exploitation d'autres substances, dénommés *Grundeigene Bodenschätze* est attribuée au propriétaire du sol. Il s'agit d'activités laissées à la libre décision du propriétaire de la surface et, régulées - sauf dans les exceptions établies par la loi, par les normes. En réalité, la BBergG ne semble pas compter la définition de la propriété des gisements minéraux et d'autres ressources géologiques parmi ses préoccupations fondamentales. »

⁴⁶⁰ Código de Minas, Article 186. *Biens expropriables*. « L'exploitation minière constituant une activité d'utilité publique et d'intérêt social, l'expropriation des biens immeubles par nature ou adhésion permanente et d'autres droits constitués sur ceux-ci pourra être exigée s'ils sont indispensables aux édifications et installations propres à l'infrastructure et aux montages du projet minier, pour la réalisation de l'extraction, la captation des minéraux au cours de la période d'exploitation et l'exercice des servitudes correspondantes. À titre exceptionnel, l'expropriation sera également justifiée pour les travaux exploratoires.

690. L'exploitation minière à petite échelle, traditionnelle, est reconnue par différents instruments internationaux comme un type de production puisant ses racines dans la culture et l'économie d'Amérique latine. Cette exploitation économique illégale de la propriété de l'État échappe à tout contrôle social et environnemental par l'État, en partie à cause de l'éloignement et de l'absence totale de l'État dans les territoires où elle est effectuée. En plus d'entraîner de nombreux dégâts non seulement à l'environnement, mais aux finances de l'État, car celui-ci n'a aucune participation dans la rente minière par le biais d'impôts ou de redevances. Il s'agit également d'un problème de nature sociale qui renforce l'insécurité et le sous-développement économique des régions.

691. La situation est devenue inquiétante en raison de son expansion en Colombie, et du fait que cette activité implique la participation de groupes armés illégaux qui sont allés jusqu'à déplacer les mineurs traditionnels, ce qui a exigé de l'État des actions à court, moyen et long terme, ainsi que la définition de politique publique en matière économique, sociale et environnementale.

692. Certains facteurs peuvent expliquer la diffusion de cette pratique illégale : i) une politique minière conçue pour que, dans le cadre de la légalité, ne subsistent que des entreprises fortes, parce que le petit mineur doit respecter les mêmes exigences que les grandes concessions minières afin d'obtenir les autorisations minières et environnementales correspondantes ; ii) le faible contrôle et la rare présence de l'État dans les territoires, ainsi que le manque de coordination avec les autorités locales, et iii) le manque d'opportunités et la pauvreté dans laquelle vivent de nombreux Colombiens dans les zones rurales, qui voient dans cette activité une façon de répondre de manière immédiate à leurs besoins fondamentaux⁴⁶¹.

693. Le Code des Mines décrit l'exploitation minière illégale comme « l'activité d'exploration ou d'extraction de minéraux, qu'ils relèvent de la propriété de la Nation ou de particuliers, menée sans le titre minier correspondant en vigueur ou sans l'autorisation

⁴⁶¹ Cour des comptes, Rapport spécial sur l'exploitation minière illégale : l'exploitation illicite de ressources minérales en Colombie (cas du Valle del Cauca - Fleuve Dagua - et du Chocó - Fleuve San Juan), effets sociaux et environnementaux, 2013. [en ligne] [consulté le 1^{er} octobre 2018] <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/198738/Separata-Mineria-Ilegal.pdf/4d3d5cbe-4bda-430a-831e-ef2f6bbf5d0d?version=1.0>

du titulaire de la propriété privée » où se trouve le projet. En outre, le Code pénal⁴⁶² l'identifie comme un délit. Concernant l'exploitation minière illégale, la Loi 99 de 1993 (Loi sur l'environnement) établit pour sa part : i) les mécanismes permettant d'exercer une autorité sur le plan environnemental lorsque cette activité nuit à l'environnement, ou ii) des fonctions de Police exercées par les autorités locales avec le soutien des Forces de l'ordre et l'accompagnement technique des autorités minières et environnementales.

694. Les mesures adoptées par l'État pour faire face à cette situation et éviter que des ressources stratégiques pour l'État continuent d'être exploitées illégalement sont par exemple : la mise en place de processus massifs de formalisation, des contrôles plus importants de l'activité d'extraction illégale dans les territoires par le biais des municipalités et de la Police, et la publication par le précédent gouvernement du Décret 2235 de 2012⁴⁶³ régulant l'exercice par l'État de fonctions de saisie, confiscation, actions visant à immobiliser, rendre inutilisable ou neutraliser la machinerie lourde et ses pièces, utilisées dans l'exploration ou l'exploitation de minéraux sans remplir les exigences légales, en plus d'autoriser la destruction de celles-ci et d'adopter d'autres mesures de contrôle afin d'endiguer les dommages environnementaux et criminels irréparables qu'entraîne ce genre d'activités. Cependant, toutes ces mesures se sont révélées insuffisantes, ce que démontre le fait que les pourcentages de l'activité d'exploitation minière illégale sont supérieurs à ceux des exploitations formelles disposant des permis des autorités minières et environnementales.

695. Bien qu'il n'existe pas d'information à jour et vérifiable sur les caractéristiques et les conditions dans lesquelles se déroule l'exploitation minière de fait dans le pays, d'après le dernier recensement minier ayant identifié 14 357 exploitations à petite échelle, 63 %

⁴⁶²Artículo 338. "El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

[Notre traduction] Article 338. Exploitation illicite de gisements miniers et d'autres matériaux. « Qui exploite, explore ou extrait d'un gisement minier ou exploite du sable, du matériel pierreux ou charrié des lits ou des berges des fleuves par des moyens capables de causer de graves dommages aux ressources naturelles ou à l'environnement, sans permis d'une autorité compétente ou dans le non-respect des normes en vigueur, s'exposera à une peine de prison de trente-deux (32) à cent quarante-quatre (144) mois et à une amende de cent trente-trois virgule trente-trois (133,33) à cinquante mille (50 000) salaires minimums légaux en vigueur. »

⁴⁶³ « Régule l'article 6 de la Décision n° 774 du 30 juillet 2012 de la Communauté andine et l'article 106 de la Loi 1450 de 2011 concernant l'utilisation de machinerie lourde et de ses pièces dans des activités minières sans les autorisations et exigences prévues par la loi »

ne disposaient pas de titre minier⁴⁶⁴ alors que l'on estime que l'exploitation minière illégale est présente dans 44 % des municipalités du pays, ce qui représente 30 % du total des exploitations minières⁴⁶⁵.

696. En effet, ces formes d'exploitation sans contrôle peuvent être plus compétitives, plus rentables et moins perturbatrices pour l'environnement et le contexte social. L'État fait donc face à des défis conséquents concernant ses devoirs vis-à-vis de cette problématique complexe, dotée de facettes sociales, environnementales, économiques, juridiques, voire liées aux droits de l'Homme.

697. Certaines des mesures qui permettraient à l'État de récupérer le contrôle en ce qui concerne l'administration des ressources minières lui appartenant sont : i) mettre en place des politiques claires, simples et efficaces de formalisation ; ii) fournir une assistance technique afin d'améliorer les conditions d'extraction du matériel et la gestion environnementale ; iii) accorder la priorité à, ou faciliter la relation entre une personne souhaitant légaliser son activité minière dans une zone faisant l'objet d'un contrat de concession octroyé au préalable et ledit concessionnaire ; iv) articuler les différentes entités de l'État afin d'offrir des opportunités d'inclusion sociale et de travail aux communautés exerçant cette activité ; v) promouvoir des formes de structures organisationnelles leur permettant de rendre leur activité plus compétitive sur le marché et d'avoir une meilleure représentation auprès des autorités locales et nationales.

§2. Mécanismes de protection : participation ou modèle de développement

698. Le droit de participer de façon directe et indirecte à la vie publique est fondamental pour l'autonomisation individuelle et collective orientée vers la réponse aux inégalités et à l'exclusion. Ce droit est développé par les conventions internationales signées par l'État colombien, et incorporé de différentes façons à l'ordre juridique national (A). Voilà pourquoi la protection des facteurs de conflit et de tension comme exposés précédemment s'effectue par le biais de différents mécanismes procéduraux amplement garantis par la

⁴⁶⁴ Ministère des Mines et de l'Énergie, Recensement minier départemental 2010-2011, 2012, [en ligne], [consulté le 1^{er} juillet 2018.]

⁴⁶⁵ Bureau du Défenseur du peuple de Colombie, Exploitation minière de fait en Colombie, 2010, [en ligne] [consulté le 1^{er} octobre 2018] http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F11B784C597AC0F005257A310058CA31/%24FILE/La-miner%C3%ADa-de-hecho-en-Colombia.pdf

Constitution et les lois, comme la tutelle, les actions collectives et les actions populaires. Ces dernières, en tant que mécanisme de participation citoyenne, permettent que, sur initiative citoyenne, un gouvernant s'en remette à la population afin de connaître et de prendre le pouls de ses attentes, mécanisme en nette ascension **(B)**.

A. Droit à la participation en droit international

699. Cette garantie découle du droit humain à « prendre part à la direction des affaires publiques de son pays », tel que consacré à l'article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Par ailleurs, l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que les citoyens ont le droit de « prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis », tout comme le prévoit l'article 20 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme et l'article 23 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, système international de justice auquel appartient l'État colombien.

700. Les différents accords sur l'environnement contiennent également de nombreuses références au droit à la participation, bien qu'ils le mentionnent souvent de façon très générale dans le sens que les États membres « fassent la promotion et facilitent » la participation publique à des questions liées à la gouvernance environnementale. La Convention sur la diversité biologique, ratifiée par la Colombie par le biais de la Loi 165 de 1994 et entrée en vigueur le 26 février 1995 en est un exemple.

701. De la même façon, la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques prévoit à ses articles 4, paragraphe 1, alinéa a) et 6 que tous les États membres doivent promouvoir la plus ample participation dans le processus de négociation de la réglementation du changement climatique et faciliter à l'échelle nationale, régionale et sous-régionale, conformément aux lois et réglementations nationales, l'accès à l'information publique et la participation publique.

702. Enfin, des organismes internationaux comme la Banque mondiale ou le Fonds monétaire international, qui comme nous l'avons vu influencent la formulation des politiques économiques des États de la région, exigent souvent que les projets de développement, notamment ceux qui supposent l'extraction de ressources naturelles,

prévoient une « licence sociale » constituée par l’aval de la communauté vis-à-vis de l’exécution ou de la réalisation d’un projet ayant un impact important sur leur territoire. Dans le cas colombien, ce sont les normes environnementales qui prévoient cette licence, au moment d’effectuer les évaluations de l’impact environnemental de projets spécifiques.

703. Bien qu’aucune norme internationale ne fait expressément référence aux consultations populaires, ce type de mécanisme est répandu dans le monde comme l’une des façons de protéger les droits individuels de participation à la prise de cette sorte de décisions. Les expériences sociales et juridiques dans la région, notamment andine, montrent que les communautés touchées par des projets affectant l’environnement ont fréquemment eu recours à ce type de consultations.

704. La plupart des Constitutions d’Amérique latine, dont celles d’Argentine, de Bolivie, du Brésil, de Colombie, du Costa Rica, de Cuba, de l’Équateur, du Guatemala, du Panama, du Pérou, de l’Uruguay et du Vénézuéla protègent le droit à la participation. En outre, les Constitutions d’États comme le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, Cuba, le Guatemala, Panama, et l’Uruguay fixent des mécanismes de participation semblables aux consultations populaires, bien qu’elles puissent dans certains cas être restreintes à des questions nationales et spécifiques⁴⁶⁶.

705. Presque tous les contextes décrits plus haut décrivent comment l’exercice du droit à la participation s’intensifie en tant que mécanisme de confrontation sociale, économique et politique entre différents acteurs d’origine publique ou privée, locaux, nationaux ou internationaux, entre autres, en vertu de l’existence d’intérêts différents en lien avec l’utilisation, la gestion, l’exploitation, l’exploration, la conservation, la protection et/ou la destination de la propriété de l’État sur les ressources et l’environnement. L’accès limité à l’information, les rares espaces d’incidence sociale et le manque de mécanismes de prévention, qui entraînent une tendance marquée à la judiciarisation des disputes, justifient également l’exercice de ce droit par les communautés, comme on peut le constater dans la région.

⁴⁶⁶ Rodríguez Garavito C., “Las nuevas fronteras de la justicia constitucional: la democracia ambiental y las consultas populares en conflictos socioambientales”, in *Memorias Encuentro constitucional por la Tierra*, Cour constitutionnelle, décembre 2015.

B. La consultation populaire, un mécanisme de participation politique en hausse

706. En plus de concrétiser le droit à la participation citoyenne, la consultation populaire est devenue en Colombie une façon de canaliser les conflits entre deux organes du pouvoir public puisant leur légitimité dans des mécanismes démocratiques (l'exécutif et le législatif), en permettant que des questions complexes opposant ces pouvoirs puissent être résolues par la population, évitant ainsi la paralysie dans l'adoption de ces décisions. Certes, la consultation n'aboutit pas à une décision concernant la question consultée, mais elle impose un mandat à l'exécutif en fonction du résultat. Voilà pourquoi elles sont de plus en plus utilisées par les citoyens et sont devenues l'axe central de la jurisprudence colombienne, en particulier en matière de protection de la propriété publique minière.

707. La consultation populaire est un mécanisme de participation traditionnellement conçu pour les contextes politiques. Néanmoins, l'expérience de la Colombie a montré qu'il est possible d'utiliser des mécanismes de différents types autour de projets d'exploitation des ressources naturelles, et cet exercice participatif a laissé plusieurs enseignements importants à analyser. En effet, les critères ne sont pas unanimes au sein de l'État face à la nature contraignante des consultations populaires en tant que mécanisme permettant de définir si des projets miniers peuvent être menés ou non sur des territoires donnés.

708. Lors de décisions récentes de la Cour constitutionnelle (C-389/2016⁴⁶⁷, T-704/16⁴⁶⁸, SU-133/17⁴⁶⁹), celle-ci a clairement affirmé que le droit fondamental à la participation citoyenne établi dans la Constitution politique de Colombie doit être garanti, puisque toutes les activités couvertes par l'exploitation réelle des ressources du sous-sol l'affectent de manière directe. Ainsi, la Cour constitutionnelle a réaffirmé par le biais de la transcendantale sentence T-445 de 2016⁴⁷⁰ que les consultations populaires sont obligatoires et non facultatives dans les municipalités où des projets miniers vont être

⁴⁶⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁴⁶⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Neuvième salle de révision, 13 décembre 2016, Sentence n° T-704/16, dossier n° T-5.451.805, M. R. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁶⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 28 février 2017, Sentence n° SU 133/2017, dossier n° T-4561330, M. R. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁷⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 19 août 2016, Sentence n° T-445/16, dossier n° T-5.498.864, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

réalisés. Pour comprendre comment arriver à cette position, il convient d'examiner le cadre normatif des consultations populaires (1) et le contenu du droit qu'il lui attribue afin d'analyser la capacité de ces consultations à interdire le développement du sous-sol minier (2).

1. Cadre normatif des consultations populaires en Colombie

709. L'article 8 de la Loi 134 de 1994⁴⁷¹ indique que « la consultation populaire est l'institution par laquelle une question d'ordre générale concernant un problème d'importance nationale, départementale, municipale, distritale ou locale est soumise par le président de la République, le gouverneur ou le maire, selon le cas, à la population afin que celle-ci se prononce formellement à ce sujet ». Conformément à l'article 5 de la Loi 1757 de 2015⁴⁷² : « tout citoyen, organisation sociale, parti ou mouvement politique pourra demander au Bureau de l'État civil correspondant son inscription comme promoteur d'un référendum, d'une initiative législative et normative, d'une consultation populaire d'origine citoyenne ou d'une révocation de mandat. »

710. L'article 18 de la Loi 1757 de 2015 fait référence à certains sujets ne pouvant faire l'objet d'une consultation populaire, comme les questions liées au budget, au fisc, ainsi que les questions d'impôts et les relations internationales. Pour sa part, l'article 33 de la Loi 134 de 1994 prévoit que les municipalités et districts aient également la faculté de mener des consultations populaires lorsque le développement d'une activité comme l'extraction de minéraux implique un changement significatif de l'utilisation du sol entraînant la transformation des activités traditionnelles de l'entité territoriale.

711. En outre, ces initiatives de consultations sont sujettes à un contrôle des représentants du pouvoir législatif et judiciaire au niveau qui leur correspond. Ainsi, l'article 20 de la Loi 1757 de 2015 prévoit la procédure administrative permettant de mettre en place la consultation.

⁴⁷¹ Loi 134 de 1994 « selon laquelle sont établies des normes concernant les mécanismes de participation citoyenne ».

⁴⁷² Loi 1757 de 2015 « selon laquelle sont établies les dispositions en matière de promotion et de protection du droit à la participation démocratique »

712. Ce mécanisme de participation dans lequel le président de la République, le gouverneur d'un département ou le maire d'une municipalité consulte les citoyens autour d'une question d'importance nationale, départementale, locale, respectivement, suppose une procédure : l'exécutif élabore la question qui sera soumise aux citoyens, et à laquelle ils ne pourront répondre que par oui ou par non. Cette initiative est présentée au Sénat si la question est d'importance nationale, à l'Assemblée dans le cas des départements et au Conseil pour les municipalités, afin que ces organismes approuvent la pertinence de la tenue de cette consultation. En cas de décision défavorable, le gouverneur ou le maire ne peut convoquer la consultation.

713. Dans certains cas, l'intervention de l'organe de représentation populaire au niveau local a malheureusement miné la transparence et le caractère démocratique avec lequel la procédure a été conçue afin de réaliser les consultations, car elle a servi à alimenter le débat et est devenue une source de prébendes et d'intérêts cachés.

714. Enfin, le texte de la consultation doit être soumis à un contrôle de constitutionnalité effectué par le juge de contentieux administratif, décision qui détermine si la consultation peut être réalisée ou non. Une fois toutes ces démarches achevées et la consultation approuvée, les consultations départementales et locales doivent être convoquées dans les trois prochains mois avec l'aide des autorités nationales électorales et à la charge du budget de la Nation.⁴⁷³

715. Pour que la consultation soit approuvée par les citoyens, la moitié plus un des suffrages doit être affirmatif, et un tiers des électeurs inscrits sur les listes électorales doivent avoir participé. Concernant les effets de la consultation, l'article 41 de la loi mentionnée prévoit que « la décision du peuple sera contraignante pour tous les mécanismes de participation démocratique lorsque les prérequis suivants sont remplis (...) Pour le cas de la consultation populaire, que la question soumise à la population ait obtenu

⁴⁷³ Article 33 de la Loi 1757. Décret concernant l'organisation. Dans les 8 jours suivant la notification de la décision de la Cour constitutionnelle ou du tribunal de contentieux administratif correspondant, la certification du Bureau de l'État civil attestant du respect des prérequis pour la révocation du mandat, de l'Avis de la corporation publique pourvue par voie d'élections populaires dans le cas du plébiscite et de la consultation populaire, le président de la République, le gouverneur ou le maire, selon le cas, fixera la date à laquelle se tiendra le vote du mécanisme de participation citoyenne correspondant et adoptera les mesures supplémentaires nécessaires pour sa réalisation (...) la consultation populaire se tiendra dans les trois mois suivants la date de l'avis préalable de la corporation publique respective ou à l'échéance du délai par elle indiqué

la moitié plus un du vote affirmatif lors d'un scrutin valide, à condition que pas moins du tiers des électeurs inscrits sur les listes électorales aient participé ».

716. Ainsi, pour garantir que la décision se concrétise, cette même norme indique que si une loi, une ordonnance, un accord ou une résolution locale est nécessaire, la corporation respective doit la publier pendant la session en cours ou au plus tard lors de la session suivante. Si à l'échéance de ce délai le Congrès, l'assemblée, le conseil ou le conseil administratif local ne la publie pas, le président de la République, le gouverneur, le maire doit l'adopter dans les quinze (15) jours suivants par le biais d'un décret ayant force de loi, ordonnance, accord ou résolution locale, selon le cas. Dans ces circonstances, le délai pour rendre la décision populaire effective sera de deux mois. Ces actes administratifs peuvent également être soumis à un contrôle de légalité de la part de la juridiction de contentieux administratif, ce qui entraîne que dans certains cas ces accords soient déclarés illégaux et la décision populaire reste sans effets.

717. Voilà pourquoi ce mécanisme est actuellement remis en question. En effet, il a un impact toujours plus grand dans la prise de décisions de l'exécutif, et est parfois perçu comme un obstacle à la gestion du gouvernement central dans des domaines comme la destination des ressources naturelles, créant de l'incertitude quant à l'exécution normale de la politique publique sur les ressources du sous-sol au niveau national. Cependant, la loi prévoit qu'il existe des restrictions de compétences pour l'organisation de consultations populaires. La première restriction liée à la consultation populaire en tant que mécanisme de participation démocratique concerne la sphère dans laquelle elle se déroule. À ce sujet, l'article 104 de la Constitution permet au président de la République, avec l'accord de tous les ministres et en ayant obtenu au préalable l'avis favorable du Sénat, de consulter la population à propos de décisions d'importance nationale.

718. Pour sa part, l'article 105 de la Charte autorise les gouverneurs et les maires à réaliser des consultations, sous réserve du respect des exigences légales, « afin de prendre une décision concernant une question relevant de la compétence du département ou de la municipalité respective ». De la même façon, l'article 51 de la Loi statutaire sur les mécanismes de participation citoyenne prévoit : « (...) les gouverneurs et maires pourront organiser des consultations afin que la population décide de questions départementales, municipales, distritales ou locales ». Comme on peut l'observer, tant le constituant que le

législateur ont imposé une restriction expresse aux dirigeants départementaux et municipaux ou distritaux, qui ne leur permet de recourir à la communauté que pour se prononcer sur des questions d'ordre régional ou local.

719. Malgré la procédure stricte à laquelle une consultation de cette nature doit se soumettre, il est de plus en plus commun de constater le recours à cet instrument en tant que mécanisme de contestation des politiques de l'État concernant l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables et de défense de droits et intérêts collectifs lorsque celle-ci représente un risque ou une menace, ou encore pire, entraîne un préjudice irréversible pour de larges secteurs de la communauté.

720. Ainsi, au cours des dernières années la Colombie a vu une vague de consultations, ayant abouti à des résultats catégoriques contre le développement de projets miniers⁴⁷⁴. En effet, les communautés ont trouvé en la consultation un moyen légitime d'expression afin de manifester aux gouvernements que l'option de développement qu'ils proposent ne devrait pas inclure d'activités comme l'exploitation minière. Par conséquent, plusieurs projets très ambitieux pour lesquels l'État avait octroyé des concessions il y a plusieurs années sont aujourd'hui paralysés.

721. La Colosa, dont la concession a été octroyée à l'entreprise sud-africaine AngloGold Ashanti, constitue l'un des projets emblématiques en Colombie. Ses réserves aurifères sont considérées comme les plus importantes au monde, et constituent le plus grand projet de cette compagnie en Colombie, puisque grâce à son exploitation, elle doublerait son niveau de production dans toute l'Amérique latine. Sa période d'exploitation est estimée à une période de 15 à 25 ans. Actuellement, le projet se trouve en phase d'exploration.

722. Il est prévu que ce projet soit exécuté à ciel ouvert, ce qui modifierait de façon drastique le paysage. Cela a provoqué un mouvement d'opposition considérable qui a mené à l'organisation d'une consultation populaire dans la municipalité de Piedras le 29 juillet 2014. 99 % des votants ont manifesté leur réprobation au fait qu'une partie du

⁴⁷⁴ Le Pérou, l'Argentine et le Guatemala font face à la même situation. Dans ces pays, il est évident que les populations locales ne sont pas prêtes à accepter les activités minières, et la consultation devient donc un instrument d'expression démocratique qui se veut contestataire tout autant que force de proposition.

processus de production minière soit effectuée dans leur juridiction. Mais le résultat de la consultation va bien au-delà : le mécontentement est général quant au manque d'infrastructures routières, de services publics, d'hôpitaux, qui s'est aggravé avec le nouveau système de redevances ayant ralenti tous ces processus et posé des obstacles à l'arrivée de ressources pouvant être investies dans la région. Par conséquent, le conflit persiste, et en raison de la résistance sociale en la matière, les concessionnaires ont décidé de ne pas poursuivre l'exécution du projet afin d'éviter que ces différences finissent par s'exprimer de façon violente et en dehors des espaces de l'État de droit.

723. La réalisation de cette consultation a fait naître pour la première fois un débat autour des compétences des municipalités vis-à-vis de la réglementation d'aspects liés à l'activité minière. La position défendue par le gouvernement national et l'industrie minière est que la compétence pour réguler tous les aspects de la destination des ressources minières relève exclusivement du niveau exécutif national.

724. Les consultations populaires réalisées jusqu'à présent suscitent donc les réflexions suivantes :

- a) Comme dans le cas de La Colosa décrit plus haut, 42 consultations populaires ont été organisées dans le pays entre 1995 et le premier semestre de l'année 2018⁴⁷⁵

D'après les informations publiées par le Bureau de l'État civil colombien, 4 consultations populaires sur l'exploitation des ressources naturelles ont été proposées depuis 2013, dont la première dans la municipalité de Monterrey du département de Casanare a été suspendue par le Conseil d'État⁴⁷⁶, la deuxième dans la municipalité de Tauramena du département de Casanare et la troisième dans la municipalité de Piedras du département de Tolima ont été réalisées, et la quatrième, également dans le département de Tolima, a été suspendue par le Conseil d'État. Les deux premières consultations dans le département de Casanare concernaient les hydrocarbures, et les deux proposées pour le département de Tolima concernaient le projet minier La Colosa.

⁴⁷⁵ Registraduría del Estado Civil.

<https://www.registraduria.gov.co/-Consultas-Populares,2411-.html> [en ligne] [consulté le 30 août 2018]

⁴⁷⁶ Mesure conservatoire décrétée par le Conseil d'État dans le cadre d'une action de tutelle soumise par l'entreprise Ecopetrol contre le tribunal administratif du Casanare au motif que la consultation populaire relève de la compétence du gouvernement central et non des autorités locales

Au cours de la seule année 2017, plus de 9 consultations populaires ont eu lieu autour de la question de savoir si la population était ou non d'accord avec les exploitations minières sur leurs territoires. Le NON⁴⁷⁷ a gagné dans tous les cas, ce qui a entraîné la paralysie des travaux dans les projets en cours d'exécution.

- b) Toutes les consultations ont été d'ordre municipal. Ce mécanisme de participation citoyenne n'a pas encore été utilisé par des présidents ni des gouverneurs de département.

2. Bien-fondé de la consultation populaire pour approuver ou non l'exploitation de la propriété de l'État sur les ressources minières

725. La position anti-consultations populaires, à laquelle s'est rallié le gouvernement national, certains Conseils municipaux et le ministère public, les autorités territoriales ne sont pas compétentes pour décider si des projets d'extraction minière peuvent ou non être réalisés sur leur territoire. Conformément à cette position, le ministère public a manifesté que « puisque la propriété des ressources naturelles non renouvelables relève de l'État et que la planification de sa gestion et de son exploitation est de son ressort, seul le pouvoir exécutif est compétent pour organiser une consultation populaire impliquant l'exploitation de ressources naturelles non renouvelables en la personne du président de la République en tant que chef de l'État » (ministère public, 2015)⁴⁷⁸.

726. La position en faveur des consultations populaires se base sur le fait que les communautés ont le droit de prendre des décisions concernant leurs territoires et cela implique la faculté de se prononcer pour exprimer si elles approuvent ou non l'exécution de projets d'extraction de ressources naturelles. Cette approche permet d'affirmer que ceux qui décident sont ceux qui sont directement touchés et doivent faire face aux impacts, c'est-à-dire les communautés locales. Cette position se base sur la Sentence C-123 de 2014 de la Cour constitutionnelle de Colombie mentionnée plus haut, qui déclare la

⁴⁷⁷ Registraduría del Estado Civil. [en ligne] [consulté le 30 août 2018] <https://www.registraduria.gov.co/-Consultas-Populares,2411-.html>

⁴⁷⁸ Voir à ce sujet :

http://www.procuraduria.gov.co/portal/concejo-de_Cajamarca_Tolima_no_autoriza_consulta_popular_frente_a_temas_medioambientales_y_de_mineria.news. [en ligne] [consulté le 30 août 2018]

constitutionnalité de l'article 37 du Code des mines, bien qu'elle insiste sur le besoin de garantir la participation des communautés par le biais de l'application des principes de coordination, concurrence et subsidiarité prévus dans l'article 288 de la Constitution politique.

727. Comme nous l'avons indiqué, les différentes positions en faveur et contre les consultations populaires visent essentiellement la persistance de l'exécutif dans la mise en place d'un modèle de développement économique basé sur des politiques d'extraction et remettent profondément en question l'utilisation devant être faite du territoire. Ces situations ont augmenté les niveaux d'insécurité et d'instabilité juridiques pour les détenteurs de contrats de concession minière et ont accès aux territoires, altérant en outre toutes les finances de l'État et l'exécution de la politique publique relative aux ressources du sous-sol.

728. Par conséquent, bien que l'organisation institutionnelle colombienne prévue dans la Constitution de 1991 renforce le rôle du citoyen dans les processus de prise de décisions tout en établissant de nouvelles responsabilités en tant que membre actif de la société, cette participation doit avoir des limites déterminées par les principes de pluralisme, tolérance, protection des droits et des libertés, ainsi qu'une grande responsabilité des citoyens quant à la définition du destin collectif.

729. Sans pour autant ignorer que la démocratie participative dans sa plus haute expression peut comporter certains risques, la refuser peut remettre en cause non seulement la destination de certaines ressources en tant que valeurs économiques stratégiques, mais également toute l'essence même de notre État social de droit. Limiter ce mécanisme de participation citoyenne reviendrait à revenir à un modèle d'État que la Colombie ne présente plus aujourd'hui. On considère comme approprié que la culture de la chose publique soit renforcée chez les citoyens. Néanmoins, le contrôle social sans information que la population peut exercer sur les politiques publiques nationales ou sur la gestion des autorités étatiques concernant des intérêts très supérieurs, comme la macroéconomie, exposant ainsi le pays et les régions à ne pas recevoir les bénéfices d'une activité, pose problème.

730. Quel est l'avenir des consultations populaires ? L'expérience colombienne met donc en évidence que les consultations populaires font partie des stratégies utilisées par les communautés afin de manifester leur opposition au développement d'activités économiques portant gravement atteinte à leurs territoires, notamment en ce qui concerne la destination des ressources du sous-sol. Au cours des dernières années, un espace a été consolidé pour l'exercice effectif et réel de ce droit, et acquis une légitimité et est devenu un instrument récurrent pour décider sur l'approbation de ces projets.

731. Comme expliqué plus haut, les conflits entre les citoyens et les entités territoriales veillant au respect de droits entérinés par la Constitution sont intenses et ont trouvé un cadre légal et des postures jurisprudentielles les soutenant, protégeant dans la majorité des cas les droits réclamés. Dans ce contexte, très défavorable pour les intérêts économiques de l'État, le gouvernement fait des efforts pour tenter de maintenir son monopole absolu sur la gestion des ressources du sous-sol. Cette décision, qui peut sembler opportune d'un point de vue managérial, présente cependant des aspects entrant en conflit avec l'ordre constitutionnel colombien en prétendant neutraliser certaines fonctions des entités territoriales vis-à-vis de la destination du sol, question qui fait encore l'objet d'intenses débats.

732. Le gouvernement vise donc à promouvoir plusieurs stratégies afin de décourager ou d'avoir davantage de contrôle sur les résultats de ces initiatives d'origine entièrement citoyenne. La première stratégie, d'ordre financier, est liée au fait que le gouvernement a manifesté son intention de ne plus financer par des ressources provenant du budget national toutes les expressions de ces mécanismes de participation, y compris les révocations de mandats régionaux. Cette situation force les entités territoriales, qui font souvent face à des difficultés budgétaires, à prendre à leur charge les coûts de ces consultations, si elles souhaitent les réaliser.

733. La deuxième stratégie consiste en un projet de loi sur les mécanismes de participation, avec les objectifs suivants : i) fixer le contenu et la portée de la participation citoyenne démocratique quant à des projets ayant un impact important sur les conditions de vie traditionnelles des habitants de ces territoires, ii) promouvoir d'autres mécanismes facilitant le dialogue entre le gouvernement et les citoyens, et iii) améliorer les procédures de délibération publique.

734. Pour ce faire, l'intention est que le législateur établisse une série de processus de concertation par le biais d'une loi, afin de citer et de faciliter le dialogue avec les communautés, les autorités nationales et territoriales et les entreprises impliquées et d'établir des accords concernant les impacts économiques, sociaux et environnementaux des initiatives proposées. Cela impliquerait l'ouverture d'espaces formels permettant aux parties d'exprimer leurs opinions et de connaître l'information existante sur le projet. Grâce à la participation d'experts de toutes les parties intéressées, elles pourraient analyser et contribuer à construire les consensus nécessaires. C'est ce que l'on a appelé la « licence sociale ».

735. La troisième stratégie, dans les cas de projets d'exploration et d'exploitation minière, consiste à ce que les interventions des communautés (opinions, attentes, craintes, recommandations) ne soient pas considérées comme contraignantes et au contraire ne soient prises en compte que lorsqu'elles sont jugées pertinentes, en fonction des démarches administratives menées pour l'approbation du projet. Cette stratégie se base sur le fait qu'il n'existe pas de norme réglementant la manière dont les communautés doivent être informées de la portée, les impacts et les dimensions du projet, ce qui laisse à l'État et au responsable du projet la liberté de définir ce qu'ils souhaitent divulguer et la façon dont ils souhaitent concrétiser le droit de participation des communautés.

736. Enfin, les défenseurs de l'environnement, les habitants des différentes régions du pays, le gouvernement et les entreprises sont dans l'attente d'un changement possible de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle au cours des prochains jours. En effet, la Cour débat en ce moment d'une nouvelle thèse, selon laquelle les consultations populaires pour le développement de projets et d'activités d'exploitation du sous-sol des territoires doivent tenir compte du fait que l'État est le propriétaire des ressources du sol et du sous-sol de la Nation, ce qui transcende les intérêts régionaux et municipaux. Cette position affaiblit la thèse en vigueur au cours des dernières années, qui donne son aval à ce que les consultations populaires opposent leur veto à

des projets impliquant la destination de ressources du sous-sol et représentant un important intérêt économique pour la Nation.⁴⁷⁹

737. Par conséquent, au-delà de la direction que va prendre la politique publique concernant la gestion des ressources du sous-sol pendant le gouvernement qui vient d'entrer en fonction et du résultat des consultations populaires qui se tiendront afin de s'opposer aux décisions de l'administration et au modèle de développement économique imposé, la participation continuera de constituer un droit et un devoir directement liés à la nature pluraliste de l'État.

738. La démocratie participative représente donc encore un immense défi pour l'État et la société, qui doivent agir ensemble pour construire un espace de cohabitation conjuguant les intérêts et les besoins présents tant dans la sphère publique que privée. Ces deux acteurs doivent avancer de la façon la plus inclusive possible vers la consolidation d'un véritable régime démocratique présentant les conditions et les espaces suffisants pour l'exercice des libertés, la réalisation des capacités des citoyens et le développement d'une société moderne et participative. Néanmoins, il est nécessaire de réévaluer et de remettre en question le concept de citoyen et son rôle dans la vie de la Nation, dans un nouveau contexte politique et économique et à partir de nouvelles règles du jeu⁴⁸⁰, ainsi que de réinterpréter et de comprendre la participation en tant que droit, sans miner le chemin parcouru en matière de construction d'un État social de droit.

Conclusion Section III

739. L'adoption d'un modèle extractiviste et l'adaptation de l'ordre économique et légal subséquent afin d'encourager l'exploitation des ressources du sous-sol par des investisseurs nationaux et étrangers par les gouvernements en place entre 2000 et 2010 ont commencé à produire des effets défavorables. Les conflits entre l'exploitation des

⁴⁷⁹ Action de tutelle présentée par Mansarovar Energy Colombia Ltda contre le tribunal de contentieux administratif du département du Meta au motif qu'il donne son aval à la consultation des citoyens concernant l'extraction de pétrole à Cumaral, M. R. Cristina Pardo Schlesinger. Cette consultation s'est tenue le 17 juin 2017 et le « Non » l'a emporté par 7 703 voix contre 183. La Cour constitutionnelle a en effet résolu la tutelle en faveur de l'État, comme elle en a informé via le Communiqué n° 40 du 11 octobre 2018, en établissant un changement de jurisprudence que nous expliquerons au Chapitre 2 (Section 2).

⁴⁸⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 18 juillet 2016, Sentence n° C-379/16, dossier n° PE-045, M. R. Luis Ernesto Vargas Silva (Plébiscite pour la paix).

ressources du sous-sol et d'autres droits vont fortement augmenter au cours des années suivantes, et mettre en évidence les dommages et les craintes des communautés, voire des entités territoriales. Des tensions vont apparaître entre des droits de même rang constitutionnel, ce qui va entraîner une intervention notoire du juge constitutionnel. L'exercice du droit de propriété de la part de l'État sera donc en tension permanente avec des droits comme la participation dans l'une de ses modalités (la consultation préalable), le droit à l'environnement, la protection des écosystèmes spéciaux. Or, nombre de ces tensions découlent des décisions prises par l'administration elle-même. Ce panorama va favoriser le fait que les communautés et les entités territoriales réclament davantage de participation. Grâce à la ligne jurisprudentielle fixée par la Cour constitutionnelle, elles exigent même la possibilité de décider contre les intérêts du gouvernement central.

Conclusion Chapitre I

740. Ce chapitre a permis de constater que malgré le fait que la Constitution colombienne actuelle ne définit pas un modèle économique de développement particulier, elle contient des bases économiques transcendantales structurées à partir de la notion d'interventionnisme de l'État dans certaines activités stratégiques comme l'affectation des ressources du sous-sol ainsi que des principes fondamentaux de l'économie moderne comme la liberté d'entreprise, la libre concurrence et la protection de la propriété privée. Cependant, le modèle économique actuel de l'État, qui existe bien qu'il change en fonction des circonstances, n'est pas basé sur la compréhension de l'individu, la société et la nature. Voilà pourquoi il est de plus en plus évident qu'il a du mal à s'adapter au modèle politique de l'État social de droit.

741. Il en est ainsi parce que notre Constitution reconnaît des principes, des droits et des formes claires de protection judiciaire ou administrative, comme l'a souligné la jurisprudence constitutionnelle elle-même. En outre, elle exige que des restrictions juridiques soient imposées de manière parallèle aux actions économiques des autorités publiques qui les enfreignent.

742. Par conséquent, le modèle économique actuel de l'État et la politique économique d'exploitation des ressources du sous-sol qui en découle, basée sur l'extraction dans sa plus haute expression, représentent une menace pour les communautés. De telles activités impliquent dans une large mesure la méconnaissance de droits reconnus par la Constitution, comme la biodiversité, le territoire, le pluralisme ethnique et culturel et l'exercice de droits fondamentaux comme la consultation préalable.

743. Les communautés ne voient donc pas dans le modèle économique imposé une opportunité d'amélioration de leurs conditions de vie et de l'exercice de leurs droits. De ce fait, elles ont dû devenir plus autonomes par le biais de l'exercice du droit de participation, et en particulier par le recours à des mécanismes de participation politique comme les consultations populaires. Ces dernières sont devenues efficaces pour limiter et conditionner l'exercice de l'action publique, notamment en ce qui concerne l'exercice du droit de propriété sur les ressources du sous-sol.

Chapitre II

À la recherche d'un équilibre entre le développement et l'exploitation de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables

744. Dans certaines de ses sentences récentes, la Cour constitutionnelle a adopté une position activiste⁴⁸¹ en ce qui concerne les conflits générés par l'exploitation économique du sous-sol réalisée par l'État colombien. De ce fait, elle s'est transformée en garante de l'État social de droit (**Section I**). Cependant, de nombreuses formules de règlement proposées par le juge constitutionnel sacrifient le développement économique et accordent la primauté à la protection des actions collectives et à la participation citoyenne (**Section II**). Nonobstant, face au besoin imminent de promouvoir le développement économique, il convient de renforcer le concept de justice environnementale pouvant offrir une solution en termes de recherche d'un équilibre. Voilà le nouveau défi de l'État en matière de réalisation des fins de l'État social et démocratique (**Section III**).

Section I. Le rôle du juge constitutionnel en tant que garant de l'État social de droit

745. Au cours de la dernière décennie, les sentences de la Cour constitutionnelle concernant les conflits créés par l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie montrent une préférence certaine pour la protection de principes comme l'autonomie municipale et régionale, la protection et la conservation de l'environnement, la diversité culturelle de la nation colombienne et le droit à la consultation préalable correspondant. De ce fait, elle sacrifie le principe unitaire de la Constitution politique et le profit économique que l'exploitation de ces ressources peut procurer.

746. Mais cela ne signifie pas que les sentences de la Cour au cours de cette période nient que les ressources naturelles relèvent de la propriété de l'État colombien. Ses

⁴⁸¹ Par « activisme », nous faisons référence aux « comportements propres aux juges, qui dans certains cas remplacent ou subrogent le travail du pouvoir exécutif ou législatif, entraînant que cette pratique paraisse effacer ou tout du moins moduler le principe de division tripartite du pouvoir public ». Cf. Guzman L., *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas y ambientales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 55

décisions n'ont pas non plus créé d'obstacles infranchissables pour mener à bien l'exploitation de ces ressources. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'a fait que mettre en évidence l'existence d'acteurs distincts de la Nation qui réclament aujourd'hui la possibilité d'avoir un intérêt direct dans l'exploitation des ressources du sous-sol par l'État. Ces acteurs (les municipalités, les communautés ethniques, les citoyens en général) ont obtenu, justement grâce à la jurisprudence de la Cour, des espaces au sein des processus de prise de décision concernant l'exploitation de cette propriété. Cette situation est indirectement devenue une espèce de limite aux actions que l'État prétend exécuter en lien avec les ressources du sous-sol.

747. De cette façon, pour les conflits qui surviennent habituellement autour de questions comme l'administration des ressources non renouvelables, la distribution des bénéfices économiques de son exploitation et leur exploitation durable, entre autres, la Cour a cherché à apporter des solutions à partir de l'application et l'interprétation d'idées de type libéral protégeant les minorités et les droits environnementaux. Ce comportement est interprété comme étant protecteur du système de droits fondamentaux, caractéristique de notre État démocratique libéral.

748. Ainsi, on observe depuis 2016 une position clairement activiste de la Cour constitutionnelle vis-à-vis de la politique appliquée depuis des années pour tirer un parti économique de la propriété de l'État. Remarquons que cet activisme ne se retrouve pas dans les autres tribunaux judiciaires de la région, et génère une certaine insécurité juridique quant à l'exécution des activités économiques, ce qui a porté préjudice aux projets économiques que l'État prétendait impulser. Nous nous attellerons donc à comprendre le sens de l'activisme judiciaire en Colombie concernant l'exploitation des ressources minières (§1) ainsi qu'à l'analyse de cas mettant en évidence un comportement activiste du juge constitutionnel ayant affecté la propriété de l'État y compris par l'émission d'ordres établissant les actions que l'administration doit mettre en œuvre (§2).

§1. Activisme judiciaire en Colombie et exploitation de la propriété de l'État

749. L'examen historique et législatif effectué précédemment autour de l'évolution et le comportement de l'État en tant que propriétaire et gérant des ressources du sous-sol a démontré sa fidélité à la tradition particulièrement centraliste de la propriété sur ces

ressources. Il est donc très difficile de penser qu'un modèle différent de gestion des ressources minières puisse être mis en place. Cette tradition empêcherait par exemple que des droits de propriété sur ces ressources soient reconnus aux entités territoriales par le biais d'une réforme constitutionnelle ou de la jurisprudence. Il ne leur serait permis que de recevoir leur part des redevances et de prendre des décisions sur l'aménagement du territoire.

750. Cette logique permettrait en principe de justifier qu'il relève de la responsabilité de l'État de fixer des règles et des conditions pour une meilleure exploitation économique de ces ressources. Et en ce sens, la propriété étatique devrait prévaloir sur les intérêts régionaux et municipaux, niveaux qui ne pourraient opposer leur veto à l'exploitation de ces ressources. Mais la réalité est différente. Comme nous l'avons indiqué, au cours des dernières années les mouvements citoyens ont obtenu par le recours à des mécanismes de participation comme les consultations que la propriété de l'État sur le sous-sol ne soit pas reconnue, grâce notamment à un rôle plus actif et protecteur du juge constitutionnel. C'est pourquoi l'intervention du juge constitutionnel est au centre du débat autour de l'exploitation des ressources du sous-sol, en tant que défenseur de l'autonomie régionale et municipale et en dépit de l'exploitation de la propriété de l'État sur le sous-sol **(A)**. Et ce, bien que la Cour ait récemment ignoré le précédent jusqu'alors en vigueur par le biais d'un changement radical de la jurisprudence sur l'exploitation du sous-sol **(B)**.

A. Le juge constitutionnel, défenseur de l'autonomie régionale et municipale en matière d'exploitation de la propriété de l'État sur le sous-sol

751. Le principe unitaire et celui de l'autonomie des entités territoriales constituent des principes fondamentaux de l'organisation de l'État colombien. La régulation de la distribution des compétences entre la Nation et les entités territoriales relève du législateur.

752. Le principe unitaire de la République de Colombie implique la centralisation politique ainsi que la centralisation de certaines compétences de formulation de politiques à portée nationale. La Cour a indiqué qu'en vertu de ce même principe, la Nation peut réaliser des interventions « ponctuelles qui peuvent aller jusqu'à supplanter les entités territoriales vis-à-vis de questions qui d'ordinaire ont lieu dans la sphère de leurs

compétences, mais pour lesquelles il existe un intérêt national supérieur»⁴⁸². Ces interventions doivent respecter le contenu essentiel de l'autonomie des entités territoriales.

753. La formulation d'un régime d'exploitation de la propriété étatique du sous-sol relève de la Nation, mais à l'occasion de l'augmentation des activités minières sur le territoire, l'exercice de cette faculté est entré en conflit à plusieurs reprises avec l'autonomie des entités territoriales. La Cour constitutionnelle s'est prononcée plusieurs fois sur ce conflit au cours des dix dernières années.

754. Le critère de la Cour autour de 2012 était celui du Code minier, qui accordait la priorité au régime unique d'exploitation de la propriété du sous-sol plutôt qu'au principe d'autonomie. La Cour affirmait alors que le législateur avait la faculté de résoudre les tensions pouvant surgir entre le principe unitaire et le principe d'autonomie, en accordant la priorité au premier puisque l'exploitation de cette propriété relevait de l'intérêt public et que les décisions isolées des municipalités et des régions ne pouvaient interférer avec l'exploitation de cette propriété par l'État.

755. La position de la Cour se basait sur la supériorité du principe unitaire sur celui de l'autonomie, à condition que le premier respecte « l'espace essentiel » dans lequel s'exprime l'autonomie⁴⁸³. La définition de ce qu'est un espace essentiel implique la définition des limites du principe unitaire et, par conséquent, des limites de l'exploitation de la propriété de l'État en termes de ressources minières. Pour la Cour, le noyau essentiel de l'autonomie est la possibilité de gérer ses propres intérêts⁴⁸⁴, dont l'expression fondamentale est le droit à agir « par le biais d'organes propres dans la sphère de l'administration et du gouvernement sur les questions d'intérêt régional ou local. Ce droit,

⁴⁸² Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 mai 2012, Sentence n° C-395/12, dossier n° D-8821, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza.

⁴⁸³ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 mai 2012, Sentence n° C-395/12, dossier n° D-8821, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza.

⁴⁸⁴ Conformément aux dispositions de l'article 287 de la Charte politique, « les entités territoriales jouissent d'une autonomie dans la gestion de leurs affaires et intérêts. Pour cela, elles ont le droit d'être gouvernées par des autorités propres, d'exercer les compétences qui leur correspondent, de gérer leurs ressources, d'établir les contributions nécessaires au respect de leurs fonctions et de participer aux rentes nationales. Ces droits essentiels des entités territoriales doivent être respectés par le législateur, car ils constituent le contenu minimum du principe d'autonomie territoriale. »

prévu de façon expresse par l'article 287 supérieur, fait partie du noyau essentiel de l'autonomie »⁴⁸⁵.

756. Toute limite au principe d'autonomie, affirmait en 2012 la Cour, doit être justifiée par « l'existence d'un intérêt supérieur » et ne doit pas impliquer qu'une autorité nationale prenne connaissance de questions qui ne dépassent pas le domaine local ou régional. « Pour la Cour, cela revient à dire que les limites à l'autonomie s'avèrent constitutionnellement acceptables, lorsqu'elles sont raisonnables et proportionnelles »⁴⁸⁶. Pour la Cour en 2012, le fait que la loi ait déclaré l'exploitation des ressources non renouvelables d'utilité publique et d'intérêt social permettait que la régulation de cette activité se fasse au niveau central « en supplantant même dans ce domaine la compétence normative des entités territoriales »⁴⁸⁷.

757. Deux ans après, la jurisprudence de la Cour ne considère plus cette limite à l'autonomie des entités territoriales raisonnable. Par conséquent⁴⁸⁸, la Cour a étudié la constitutionnalité de l'article 37 du Code des mines selon lequel les municipalités ne pouvaient établir que des zones du territoire soient exclues de l'exploitation de ressources non renouvelables de façon transitoire ou permanente.

758. Le principe unitaire d'organisation territoriale de l'État colombien « justifie l'existence de politiques d'ordre national visant à unifier les paramètres à partir desquels l'activité minière est menée sur le territoire national »⁴⁸⁹. Ainsi, l'État exerce sa fonction d'intervention de l'exploitation des ressources naturelles « pour rationaliser l'économie afin d'améliorer la qualité de vie des habitants du territoire ». En conséquence, la Cour a considéré comme parfaitement valable et conforme à la Constitution qu'il existe une loi fixant des normes quant à l'exploitation de ressources non renouvelables. Nonobstant, la Cour signalait que le législateur doit tenir compte, en fixant ces normes, des attributions

⁴⁸⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 mai 2012, Sentence n° C-395/12, dossier n° D-8821, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza.

⁴⁸⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 mai 2012, Sentence n° C-395/12, dossier n° D-8821, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza.

⁴⁸⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 mai 2012, Sentence n° C-395/12, dossier n° D-8821, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza.

⁴⁸⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁸⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

octroyées par la Constitution aux municipalités en ce qui concerne les décisions autour de l'utilisation du sol, attributions qui font partie du « contenu spécifique du principe d'autonomie territoriale »⁴⁹⁰. Ce principe a la même « valeur » au sein de l'organisation de l'État que le principe unitaire d'organisation territoriale de l'État colombien, et les tensions entre les deux doivent donc être résolues au cas par cas.

759. La solution apportée par la Cour à cette tension constitutionnelle a été d'obliger les autorités compétentes de niveau national à convenir avec les autorités territoriales des mesures nécessaires pour la protection d'un économique sain, et en particulier pour son développement économique et social, via l'application des principes constitutionnels de coordination, concurrence et subsidiarité⁴⁹¹. À cet égard, le principe de concurrence fait référence au fait que dans certains cas, l'activité de l'État doit être mise en œuvre avec la participation de différents niveaux de l'administration ; le principe de coordination indique que parfois les compétences des différents niveaux de l'administration coïncident et doivent donc être appliquées de manière harmonieuse et complémentaire ; le principe de subsidiarité « signifie que l'intervention de l'État et l'attribution de compétences afférente doivent s'effectuer au niveau le plus proche possible du citoyen, ce qui est une expression du principe démocratique et un critère de rationalisation administrative, dans la mesure où ce sont ces autorités qui connaissent le mieux les exigences des citoyens »⁴⁹².

760. D'après la Cour, c'est dans ces principes constitutionnels qui orientent, justement, la participation des différents niveaux de l'administration à l'activité de l'État, que doit être trouvée la solution à la tension entre le principe unitaire d'organisation territoriale de l'État et le principe d'autonomie des municipalités qui se présente à l'occasion de l'exploitation des ressources non renouvelables.

761. Pour qu'un accord puisse être trouvé autour de ces questions entre les autorités du niveau national et les autorités du niveau local et régional, la Cour a indiqué qu'« il doit

⁴⁹⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁹¹ Constitution politique, article 288 : « La loi organique d'aménagement du territoire établira la distribution des compétences entre la Nation et les entités territoriales. Les compétences attribuées aux différents niveaux territoriaux seront exercées conformément aux principes de coordination, concurrence et subsidiarité dans les termes établis par la loi ».

⁴⁹² Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 mai 2012, Sentence n° C-395/12, dossier n° D-8821, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza.

exister un mécanisme permettant la réalisation du principe de coordination entre les compétences de la Nation pour réguler et ordonner tout ce qui a trait à l'extraction de ressources naturelles non renouvelables et celles des autorités municipales pour planifier, gérer leurs intérêts et aménager leur territoire selon des critères d'autonomie »⁴⁹³.

762. Pour la Cour, la tension entre le principe d'organisation unitaire de l'État et les principes d'autonomie administrative et de protection de l'environnement pourrait être résolue grâce à « un degré de participation raisonnable des municipalités et des districts au processus de décision concernant l'autorisation ou non de l'activité d'exploration ou d'exploitation minière sur leur territoire ». ⁴⁹⁴ La participation ne peut être de n'importe quel type : elle doit être efficace, l'opinion des municipalités doit s'exprimer à travers leurs organes de représentation, elles doivent avoir une influence sur la décision finale « dans tous les aspects clés de la vie de la municipalité, comme la protection des bassins hydriques, la salubrité de la population et le développement économique, social et culturel de ses communautés » ⁴⁹⁵.

763. Cependant à cette occasion, la mesure de mise en œuvre établie par la Cour s'est avérée floue elle aussi, lorsque la Cour a suggéré l'existence d'un « mécanisme ». La conclusion d'« accords » ne dit rien du type de mécanisme concret, encore moins de la possibilité d'un désaccord entre la Nation et les municipalités, et ne précise pas non plus si le rejet de l'exploitation du sous-sol par les municipalités suffit pour qu'elle n'ait pas lieu. Bien que la solution soit centrée sur l'élaboration d'accords, le panorama de la mise en œuvre d'un projet permettant l'exploitation économique des ressources minières reste incertain, comme avec les deux cas précédents de la consultation préalable et des mécanismes de participation.

764. Lors de la précision du vote de la Sentence n° C-123/14, la Cour a signalé que l'on ne pouvait confondre la « souveraineté » et l'« autonomie territoriale », et que la politique économique de l'État en Colombie découle elle-même d'un accord. Voilà pourquoi, « en

⁴⁹³ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁹⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁹⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

matière économique, la politique nationale, concertée au préalable, doit prévaloir »⁴⁹⁶. La magistrate dissidente a énuméré les multiples mécanismes de participation prévus par l'ordre juridique colombien afin de démontrer l'inutilité du nouvel ordre imprécis de la Cour.

765. Il a également été dit que ce « mécanisme » de participation ordonné par la Cour dans cette sentence vient s'ajouter aux multiples conditions devant être respectées pour exploiter les ressources non renouvelables en Colombie. Son caractère flou, l'incertitude de son résultat ont créé une insécurité juridique chez les agents privés participant à l'exploitation des ressources naturelles, ainsi qu'auprès des autorités nationales responsables de l'exploitation de la propriété étatique du sous-sol⁴⁹⁷.

766. Nonobstant, il convient de remarquer concernant le fonds des accords devant être convenus entre les autorités municipales et les nationales, que la Cour approfondit un peu en signalant que ceux-ci doivent établir « *les mesures nécessaires pour la protection d'un économique sain, et en particulier, de ses bassins hydriques, du développement économique, social, culturel de ses communautés et de la salubrité de la population* »⁴⁹⁸.

767. Toujours en 2016⁴⁹⁹, la Cour a révoqué la sentence d'un tribunal ayant considéré comme inconstitutionnel qu'une consultation populaire interroge les citoyens d'une municipalité du centre du pays à propos de leur position vis-à-vis de la réalisation d'activités d'exploitation minière entraînant la pollution du sol ou de sources d'eau, affectant la santé de la population et impliquant un changement de la vocation agricole du sol de la municipalité. La Cour a rappelé qu'il est obligatoire qu'un projet d'exploitation minière ou de tourisme puisse modifier l'utilisation du sol d'une municipalité.

768. Cette même année, la Cour a résolu par la Sentence C-035/16, la question de savoir si l'exploitation de la propriété publique du sous-sol a des effets directs sur la sphère de

⁴⁹⁶ López, Ligia, réserve au vote Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁹⁷ Guzmán L., *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas y ambientales*, op. cit., p. 153.

⁴⁹⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁹⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 19 août 2016, Sentence n° T-445/16, dossier n° T-5.498.864, M.R. Jorge Iván Palacio.

compétence des municipalités, car « *l'extraction de ressources naturelles non renouvelables n'affecte pas seulement la disponibilité de ressources dans le sous-sol, elle modifie également la vocation générale du territoire, et en particulier la capacité des autorités territoriales à mener un aménagement du territoire autonome* »⁵⁰⁰.

769. Aussi la jurisprudence, reconnaissant que l'exploitation des ressources minières est une activité qui touche de façon concrète aux sphères de compétence des municipalités en ce qui concerne la régulation des utilisations du sol, l'activité peut compromettre des intérêts supérieurs comme la nécessité de protéger les bassins hydriques et la santé de la population. Elle a donc conclu que les municipalités sont effectivement compétentes pour participer à ces décisions, lesquelles doivent être prises de façon efficace.

770. La Cour a également résolu en 2016 une action de tutelle déposée contre un tribunal qui avait déclaré inconstitutionnelle une question que le maire d'une municipalité du centre du pays allait poser aux habitants par le biais d'une consultation populaire. Le maire comptait demander à la communauté si elle était d'accord avec la mise en œuvre d'activités d'exploration des ressources renouvelables de cette municipalité impliquant la pollution du sol et des sources hydriques. Dans cette sentence, la Cour a considéré que l'exploitation de ressources non renouvelables touche à des aspects relevant de la compétence des municipalités, comme la régulation de l'utilisation du sol et la protection des sources hydriques. Dans cette mesure, la Cour a alors affirmé qu'une consultation populaire traitant de ce type de décisions entre clairement dans la sphère de compétences de la municipalité »⁵⁰¹.

771. Cette ingérence du pouvoir central dans la sphère essentielle de l'autonomie municipale a remis en question ses compétences. Comme pour les populations autochtones, d'ascendance africaine ou pour les communautés de mineurs traditionnels, l'exploitation de la propriété publique du sous-sol entraîne un impact sur les municipalités, qui voient l'autonomie dans l'aménagement de leur territoire lésée. Comme dans les autres cas, cet impact rend nécessaire la participation, ici des municipalités, à la prise de

⁵⁰⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁰¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 19 août 2016, Sentence n° T-445/16, dossier n° T-5.498.864, M.R. Jorge Iván Palacio.

décisions les concernant. Voilà pourquoi la Cour a indiqué qu'il était nécessaire qu'il existe un mécanisme visant « la réalisation du principe de coordination entre les compétences de la Nation afin de réguler et d'ordonner tout ce qui a trait à l'extraction de ressources naturelles non renouvelables et à la compétence des autorités municipales pour planifier, gérer leurs intérêts et aménager leur territoire selon des critères d'autonomie »⁵⁰² en tenant compte du fait que toute altération de l'autonomie des municipalités doit être proportionnelle et raisonnable.

772. Ainsi, la Sentence C-035/16 a résolu la tension créée entre les principes par l'application du principe de subsidiarité. Par conséquent au cours de son exercice de pondération, la Cour a fait prévaloir l'autonomie municipale par-dessus le principe unitaire d'organisation territoriale de l'État colombien en avançant que les autorités municipales sont plus proches des citoyens et du territoire. Cela a donc justifié et rendu nécessaire leur participation dans des questions comme l'aménagement du territoire⁵⁰³ et l'impact économique qu'une activité comme l'exploitation de minéraux peut avoir sur celui-ci.

773. La solution jurisprudentielle à la tension entre l'exploitation économique du sous-sol et l'autonomie des municipalités s'est à nouveau basée sur le droit à la participation qui, en plus d'être raisonnable devait être « active et efficace » et a affirmé que : « *En d'autres termes, l'opinion de celles-ci doit être estimée à sa juste valeur et peut avoir une influence appréciable sur le processus de prise de décision, notamment concernant des aspects essentiels de la vie des municipalités, comme la protection des bassins hydriques, la salubrité de la population et le développement économique, social et culturel de leurs communautés* »⁵⁰⁴.

⁵⁰² Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁰³ « Le fait est que s'il n'existe pas de mécanisme « de coordination entre l'Autorité nationale minière ou le ministère des Mines et de l'Énergie, selon les cas, et les autorités municipales respectives, il n'y a pas de garantie suffisante quant au fait que l'exercice de la compétence de la Nation n'empêche pas l'exercice des compétences et des facultés octroyées par la Constitution aux autorités municipales, qui sont plus proches du citoyen, de ses problèmes et intérêts sur le territoire national », Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁰⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

774. La solution à ce conflit est discutable. Certains magistrats ont à nouveau fait référence à sa nature floue dans leur réserve au vote⁵⁰⁵. En quoi consiste la coordination devant se mettre en place entre la municipalité et le gouvernement national ? Il semble qu'elle n'est pas différente de la réalisation des principes de coordination et de concurrence. « Ce mécanisme permet-il aux municipalités d'opposer leur veto aux décisions ? » D'autres magistrats dissidents ont critiqué le fait que la décision de la Cour conférerait un « degré de participation précaire » aux municipalités et qu'elle ne fournit pas de critères orientant la concertation entre la Nation et les municipalités.⁵⁰⁶

775. Quant à l'effet que cette sentence peut avoir dans le secteur minier-énergétique, on peut affirmer que son effet direct est de créer l'incertitude. Le fait que la Cour reconnaît dans sa jurisprudence que les autorités locales sont celles qui connaissent le mieux le territoire, et donc que leur participation aux processus de prise de décision concernant l'exploitation minière est pertinente, ainsi que la possibilité pour les autorités municipales d'exclure de leur territoire l'exploitation de ressources non renouvelables constituent des sources d'incertitude et empêchent la libre exploitation de la propriété du sous-sol par l'État colombien⁵⁰⁷.

B. Un changement radical de jurisprudence concernant l'exploitation du sous-sol

776. Au cours de la rédaction de ce travail de recherche, le changement de jurisprudence de la Cour constitutionnelle tant espéré par l'État et les concessionnaires miniers s'est produit.⁵⁰⁸ Deux précisions : la première dans le sens où, bien que le débat et la décision judiciaire que nous allons décrire n'ont pas porté sur l'exploitation des ressources minières, ils ont traité de la question du pétrole qui, étant donné qu'il se trouve dans le sous-sol, relève également de la propriété de l'État. La seconde est que le problème juridique concernait la portée de la participation citoyenne à travers les consultations populaires, qui en effet affectent le développement actuel de la politique autour de

⁵⁰⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁰⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado. Réserve au vote de Luis Ernesto Vargas Silva

⁵⁰⁷ Norton Rose Fulbright, *Colombia mining vision by 2025*, 2016, p. 12.

⁵⁰⁸ Cour constitutionnelle, Communiqué n° 40, 11 octobre 2018.

l'exploitation des ressources minières, justifiant donc son examen dans ce travail de recherche.

777. Dans sa Sentence SU-095 du 11 octobre 2018, la Cour s'est donc prononcée sur un cas similaire à ceux exposés précédemment : l'intention était de demander à la population d'une municipalité de l'est de la Colombie (Cumaral, dans le département du Meta) par le biais d'une consultation populaire si elle était d'accord avec la mise en œuvre d'activités d'exploration et d'exploitation d'hydrocarbures dans sa municipalité. Le tribunal de contentieux administratif du Meta, à qui il revenait d'examiner au préalable si la question présentée à la population était conforme à la Constitution colombienne, a donné un avis favorable. L'entreprise qui devait mener l'exploitation d'hydrocarbures dans la municipalité mentionnée (Mansarovar Energy Colombia) a introduit une action de tutelle contre cette décision, et la Cour constitutionnelle s'est prononcée en faveur de cette entreprise⁵⁰⁹.

778. La Cour a considéré que le tribunal administratif du Meta avait violé les règles du procès régulier, car en déclarant constitutionnelle une question de ce type elle avait interprété « de façon isolée les dispositions constitutionnelles et ignoré les prises de position de la Cour constitutionnelle concernant les limites des domaines pouvant être définies via le mécanisme des consultations populaires »⁵¹⁰.

779. En conséquence, la Cour a estimé que la question qui allait faire l'objet de la consultation auprès de la population de la municipalité de Cumaral « ne se limitait pas à déterminer l'utilisation du sol en tant que compétence propre des municipalités et des districts, mais visait en réalité à interdire la réalisation d'activités d'exploration du sous-sol et des ressources naturelles non renouvelables », raison pour laquelle la question présentée à la population relevait d'une « compétence de l'État en tant que propriétaire de ces dernières »⁵¹¹.

⁵⁰⁹Au moment où nous écrivons ces lignes, peu de jours ont passé depuis la diffusion de la décision de la Cour. Celle-ci n'a pas encore été publiée, et l'analyse réalisée ici se base sur le communiqué par lequel la Cour a communiqué le sens de sa décision.

⁵¹⁰ Cour constitutionnelle, Communiqué n° 40, 11 octobre 2018.

⁵¹¹ *Ibidem*

780. Soulignant l'importance de l'exploitation économique du sous-sol pour l'État, qui produit « une contre-prestation économique à titre de redevance », la Cour a signalé que le tribunal administratif du Meta avait omis d'évaluer dans sa décision les compétences « relevant du gouvernement national central vis-à-vis des ressources du sous-sol »⁵¹². Ces compétences constituent des limites « des domaines pouvant faire l'objet d'une consultation populaire territoriale, en particulier en ce qui concerne les compétences constitutionnelles nationales relatives à l'utilisation du sous-sol et l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables par l'État (...) »⁵¹³.

781. D'après cette décision, les consultations populaires ne pourront être utilisées pour « interdire des activités d'extraction dans une municipalité ou un district donné »⁵¹⁴, ce qui règle au moins en principe le principal obstacle actuel de l'État pour l'exécution de sa politique autour d'une exploitation adéquate des ressources minières.

782. La Cour attire l'attention sur le fait qu'il n'existe pas de mécanisme permettant que les compétences des municipalités quant au sol et les compétences de l'État quant au sous-sol puissent être exercées de façon coordonnée. Dans sa sentence, la Cour exhorte le Congrès à créer « un ou plusieurs mécanismes de participation citoyenne et un ou plusieurs instruments de coordination et de concurrence Nation-territoire (...) » et établit des critères pour ce faire. Nous les commenterons à la fin de ce chapitre et tenterons d'enrichir la discussion concernant ces mécanismes et instruments.

783. Pour l'instant, il est nécessaire de mentionner ce qui suit à propos de la décision. D'un côté, il s'agit d'un pas notable vers la solution des conflits survenus autour de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie, puisqu'elle réaffirme les compétences relevant exclusivement de l'État vis-à-vis de l'utilisation du sous-sol.

784. De l'autre, il est évident que la Cour se tient clairement à l'écart de son précédent⁵¹⁵ selon lequel soumettre une question liée à l'exploitation du sous-sol à une population par

⁵¹² Cour constitutionnelle, Communiqué n° 40, 11 octobre 2018.

⁵¹³ *Ibidem*

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Dans les sentences C-123/14 et T-445/16 présentées plus haut.

le biais d'une consultation était constitutionnel parce que l'exploitation du sous-sol affecte directement l'utilisation du sol et prendre des décisions concernant le sous-sol relève également des compétences des autorités municipales.

785. Conformément à ce précédent, l'un des magistrats du haut tribunal⁵¹⁶ a émis des réserves concernant la décision de la majorité de la Cour en avançant que la décision « vidait de leur autonomie les entités territoriales en ce qui concerne l'aménagement du sol et les consultations populaires autour de l'exploitation minière et d'hydrocarbures »⁵¹⁷.

786. Pour ce magistrat, la décision sur laquelle il émet des réserves a pour conséquence « la restriction de la démocratie participative et pluraliste qui s'était déjà matérialisée avec la participation politique de la communauté »⁵¹⁸. Selon le magistrat Rojas, la décision a limité la participation politique de la communauté en « ignorant la nature juridique de ce mécanisme de participation, qui ne constitue pas un pouvoir de veto, mais un espace permettant aux citoyens d'intervenir dans les décisions les concernant »⁵¹⁹. Pour le magistrat dissident, la décision va à l'encontre de la participation de la communauté, et constitue donc une décision « régressive et antidémocratique », ce que nous analyserons dans la deuxième section.⁵²⁰

§2. Analyse de cas mettant en évidence le comportement activiste du juge constitutionnel

787. Soulignons l'importance du précédent judiciaire en Colombie, aspect d'une grande pertinence dans les discussions juridiques bien que la Colombie appartienne au système de droit romain-germanique dont la principale source est la Loi. En effet, la jurisprudence s'est consolidée en tant que source obligatoire du pouvoir judiciaire et de l'administration, et son respect apporte des garanties à la communauté. Voilà pourquoi nous avons choisi un ensemble de décisions ayant en commun qu'à partir de la tension entre divers biens

⁵¹⁶ D'après le communiqué, le magistrat Alberto Rojas Ríos a également avancé des raisons de procédure justifiant sa réserve. Nous n'y ferons pas référence parce qu'elles ne sont pas directement liées à ce travail de recherche.

⁵¹⁷ Cour constitutionnelle, Communiqué n° 40, 11 octobre 2018. Nous citons le communiqué, et non le magistrat lui-même, pour les raisons déjà exposées.

⁵¹⁸ Il convient de remarquer que la consultation s'était déjà déroulée lorsque la Cour a émis sa décision, et qu'à cette occasion la population de la municipalité de Cumaral s'était opposée aux activités d'exploitation des hydrocarbures dans la juridiction de cette municipalité.

⁵¹⁹ Cour constitutionnelle, Communiqué n° 40, 11 octobre 2018.

⁵²⁰ *Ibidem*

juridiques, les solutions qu'elles apportent permettent de les taxer d'activistes ou d'influents pour la construction éventuelle de politiques publiques. Dans le cas présent, de politiques publiques autour de la distribution et l'exploitation de la propriété de l'État sur le sous-sol. Nous analyserons donc plusieurs décisions mettant en évidence le rôle du juge constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux **(A)** et la protection de l'environnement **(B)**.

A. Rôle du juge constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux

788. Il existe une nouvelle relation entre droits fondamentaux et juges, qui représente un changement fondamental par rapport au système constitutionnel précédent. Ce changement peut être compris comme une nouvelle stratégie visant la réalisation de l'efficacité des droits, en octroyant directement au juge et non plus à l'administration ou au législateur la responsabilité de l'efficacité des droits fondamentaux. Ainsi, la Cour constitutionnelle a déterminé l'existence d'un effet direct en raison de l'exercice d'activités économiques, notamment dans les cas où des traditions culturelles significatives sont touchées de telle façon que cela représente une menace à l'identité d'un groupe ethnique **(1)**. De même, elle a identifié un impact sur le droit des personnes, des familles et des communautés appelées à participer de façon active et efficace à la définition des effets environnementaux, culturels et sociaux d'une activité économique comme l'exploitation minière **(2)**.

1. Le juge constitutionnel face aux communautés ethniques et au droit fondamental à la consultation préalable

789. Le droit à la consultation préalable constitue la limite la plus claire de l'État colombien dans l'exercice de son droit de propriété sur le sous-sol. La Convention 169 de l'OIT⁵²¹ et les articles 40 et 330 de la Constitution politique de Colombie octroient le statut constitutionnel à cette limite qui est en outre un droit fondamental dont sont titulaires « les groupes ethniques du pays (...) les communautés autochtones, noires, afrocolombiennes, raizales, palenqueras et gitanes »⁵²².

⁵²¹ L'article 6 de ce Traité établit que les communautés autochtones doivent participer « via des procédures appropriées et en particulier à travers leurs institutions représentatives chaque fois que des mesures législatives ou administratives susceptibles de les affecter directement sont prévues ».

⁵²² Colombie, Cour constitutionnelle, Cinquième salle de révision, 3 mars 2011, Sentence n° T-129/11, dossier n° T-2451120, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

790. Ce dernier prévoit qu'« il s'agit d'une norme de la plus haute hiérarchie constitutionnelle, dont la protection peut être exigée par le biais d'une action de tutelle »⁵²³. Si la consultation préalable est un droit fondamental, c'est parce que la Cour « fixe des mandats constitutionnels, comme le principe de participation de groupes particulièrement vulnérables, la diversité culturelle et les engagements acquis par l'État dans le cadre du Droit international des droits de l'Homme vis-à-vis des peuples divers sur le plan ethnique et culturel »⁵²⁴.

791. Le droit fondamental à la consultation préalable a « pour objet d'arriver à un accord ou d'obtenir le consentement en lien avec une décision administrative ou législative affectant directement un peuple autochtone ou d'autres groupes ethniques (...) »⁵²⁵. En plus d'être un droit, la consultation préalable constitue une opportunité pour le dialogue interculturel⁵²⁶.

792. Lorsqu'un projet d'exploitation économique de ressources minières relevant de la propriété de l'État et situé sur un territoire occupé par une communauté ethnique est en cours, la Loi oblige l'État et les concessionnaires miniers à mettre en œuvre un processus de participation qui devra tenir compte de certaines règles fixées par la Cour constitutionnelle : i) la consultation préalable est un droit fondamental ; ii) la consultation préalable ne doit pas être une confrontation, mais un dialogue entre pairs ; iii) la consultation ne doit pas constituer une simple formalité ; iv) la communication autour des consultations doit être efficace et servir à souligner les particularités du territoire et de la communauté ; v) le délai fixé pour le déroulement de la consultation ne doit pas être le même à chaque fois, mais doit être fixé en fonction des particularités de chaque cas ; vi) la participation des communautés ne doit pas se restreindre à l'étape préalable à l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables ; vii) le résultat de la consultation doit être la pondération des intérêts contradictoires, de façon à ce que les intérêts des groupes ethniques ne soient pas uniquement soumis à des « limitations

⁵²³ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁵²⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 3 novembre 1997, Sentence n° SU-039/97, dossier n° T-84771, M.R. Antonio Barrera Carbonell.

⁵²⁵ Rodríguez Gloria, "Participación y consulta previa en materia ambiental", in *Memorias encuentro por la tierra*, Bogota, Editorial Universidad del Rosario, 2015, p. 351.

⁵²⁶ *Ibidem*

constitutionnellement impératives »⁵²⁷; viii) les processus de consultation avec les communautés autochtones doivent rechercher leur consentement afin de déterminer les alternatives les moins nocives lorsque l'intervention implique un déplacement, un impact sur la santé ou un risque à son existence même ; ix) Les licences environnementales permettant d'exploiter des ressources naturelles non renouvelables sur des territoires de communautés autochtones ne peuvent être émises sans consultation préalable ; x) les bénéfices économiques de l'exploitation doivent être répartis de façon équitable et des mesures doivent être prises pour atténuer et indemniser les effets négatifs sur le territoire autochtone ; xi) au cours de la consultation, les communautés autochtones doivent être accompagnées de représentants des institutions ayant pour fonction de protéger leurs droits⁵²⁸.

793. En 2009, la Cour constitutionnelle a pour la première fois protégé⁵²⁹ le droit d'une communauté autochtone⁵³⁰ à être consultée quant à l'exécution d'une concession octroyée par l'État sur son territoire. La Cour a alors déclaré que les travaux d'exploration visant l'exploitation du sous-sol exigeaient la tenue d'une consultation préalable des communautés autochtones pouvant être affectées. Elle a également affirmé que l'exploitation économique des ressources non renouvelables par l'État devait être en harmonie avec les principes de conservation et de protection de l'environnement, et avec l'intégrité et l'identité des minorités ethniques.

794. Dans ce contexte, la Cour a ordonné à l'exécutif à travers les ministères de la Justice, de l'Environnement, du Logement et du Développement et de la Défense ainsi qu'à l'autorité minière que dans le cadre de leurs compétences, elles s'abstiennent d'octroyer ou qu'elles suspendent, selon le cas, les contrats de concession pour l'exploration et l'exploitation minière jusqu'à ce que tout le processus administratif pour la tenue correcte de la consultation préalable soit à nouveau effectué. Elle a également ordonné l'élaboration d'un rapport et son ample diffusion à propos des effets spécifiques

⁵²⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Cinquième salle de révision, 3 mars 2011, Sentence n° T-129/11, dossier n° T-2451120, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵²⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Cinquième salle de révision, 3 mars 2011, Sentence n° T-129/11, dossier n° T-2451120, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵²⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Septième salle de Révision, 29 octobre 2009, Sentence n° T-769/09, dossier n° T-2315944, M.R. Nilson Pinilla.

⁵³⁰ La communauté autochtone Bachidubi de la réserve de la rivière Murindó.

du projet sur la communauté requérante afin que celle-ci soit dûment informée et puisse ainsi participer en toute connaissance de cause à la prise de décisions.

795. Depuis lors, la jurisprudence de la Cour a été plus ou moins uniforme et a considéré que l'exploitation des ressources non renouvelables de l'État peut entraîner un impact sur les communautés autochtones et d'ascendance africaine. Cela leur donne donc le droit d'être consultées quant à l'exploitation du sous-sol⁵³¹. La jurisprudence est également cohérente vis-à-vis du fait que la consultation doit être « préalable, libre et informée, de bonne foi, d'une façon appropriée aux circonstances » lorsque « survient la possibilité qu'un impact direct sur les communautés autochtones ou d'ascendance africaine se produise⁵³² ».

796. Au cours des dix dernières années, la Cour a protégé le droit à la consultation préalable des minorités ethniques vis-à-vis des différentes étapes du processus d'exploitation des ressources non renouvelables⁵³³. À propos de la détermination des étapes du processus minier pouvant affecter ces communautés, le critère de la Cour reste ample. Et ceci au point qu'elle affirme en 2015⁵³⁴ que des actes administratifs au contenu général préalables à l'octroi d'une concession minière peuvent faire l'objet d'une consultation des communautés s'ils représentent pour elles un « impact » direct. La Cour s'est alors intéressée à la constitutionnalité de plusieurs résolutions émises par l'Autorité minière, ayant délimité des zones appelées « stratégiques » et créées dans l'intention de les octroyer via une autre modalité de contrat ainsi que de les soumettre à des conditions économiques et techniques différentes de celles des contrats de concession prévus par la Loi des mines.

⁵³¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 22 octobre 2002, Sentence n° C-891/02, dossier n° D-4022, M.R. Jaime Araujo Rentería.

⁵³² Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 30 mai 2012, Sentence n° C-395/12, dossier n° D-8821, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza.

⁵³³ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 28 février 2016, Sentence n° SU133/17, dossier n° T-4561330, M.R. Luis Ernesto Vargas : « En conclusion, la Cour a identifié que la démarcation de zones stratégiques pour l'exercice de l'exploitation minière, l'octroi de contrats de concessions minières, les activités d'exploration, la remise de licences environnementales pour l'exploitation, l'exploitation en elle-même, l'adoption de plans de relocalisation visant à contrer les effets polluants de l'exploitation minière et le transport et l'approvisionnement de ces ressources ont généré des impacts sociaux, culturels, économiques et environnementaux sur les communautés autochtones et d'ascendance africaine qui, en tant que contextes d'affectation directe potentielle, justifient l'obligation de consultation préalable ».

⁵³⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Quatrième salle de révision, 16 décembre 2015, Sentence n° T-766/15, dossier n° T-4.327.004, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza, réserve au vote de Gloria Stella Ortiz.

797. La Cour a considéré à cette occasion que ces résolutions devaient faire l'objet d'une consultation préalable, étant donné qu'elles modifiaient de façon unilatérale l'affectation économique et productive de territoires des communautés autochtones et créaient une restriction de l'utilisation du territoire en imposant un modèle de développement basé sur l'industrie extractive. Elle a donc opté pour la protection des droits des communautés autochtones et a vidé de valeur et d'effet les résolutions mentionnées.

798. Deux ans après, c'est la cession d'un titre minier qui, d'après la Cour, devait faire l'objet d'une consultation préalable parce qu'elle altérerait l'ordre social des communautés ethniques⁵³⁵. Dans cette sentence, la Cour a déterminé concernant les communautés ethniquement différenciées qu'une activité ou une décision liée à l'exploitation de ressources naturelles non renouvelables peut les affecter, et peut donc donner lieu à l'exercice légitime du droit fondamental à la consultation préalable lorsque par exemple « elle impose des charges ou attribue des bénéfices à la communauté, modifiant sa situation ou sa position juridique ou interférant avec des éléments définissant leur identité ou leur culture »⁵³⁶.

799. Au début de la décennie⁵³⁷, la jurisprudence de la Cour a légèrement modifié le langage utilisé. Après avoir parlé de l'affectation des peuples autochtones, elle a fait référence de façon plus explicite au « consentement préalable » comme condition pour le bien-fondé de certaines mesures pouvant entraîner un « impact important » sur les droits des communautés autochtones ou d'ascendance africaine, en mentionnant « principalement ceux de nature territoriale »⁵³⁸. La Cour elle-même a reconnu que cette évolution peut « entraîner quelques inconvénients ». Et ce dans le cas où la communauté ne donne pas son consentement, ce qui en termes pratiques en fait un véritable veto⁵³⁹. Nonobstant, la Cour a affirmé que la consultation constitue la règle générale, alors que le

⁵³⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 28 février 2017, Sentence n° SU 133/2017, dossier n° T-4561330, M. R. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵³⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 28 février 2017, Sentence n° SU 133/2017, dossier n° T-4561330, M. R. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵³⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Cinquième salle de révision, 3 mars 2011, Sentence n° T-129/11, dossier n° T-2451120, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.
Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁵³⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

consentement préalable n'est exigé que lorsque la mesure que l'on pense adopter pourrait impliquer « le transfert ou la relocalisation d'une communauté ou une menace d'extinction physique ou culturelle, ou lorsque la mesure exige l'utilisation de matériels dangereux sur le territoire d'une communauté »⁵⁴⁰ et est donc clairement justifiée par la gravité des impacts que l'affectation de ces ressources peut avoir sur l'existence même des communautés sous protection constitutionnelle renforcée.

800. La Cour a défini peu à peu les cas dans lesquels le consentement préalable des communautés autochtones et d'ascendance africaine est requis pour l'exploitation de ressources non renouvelables sur leurs territoires. Ainsi le tribunal a manifesté que la consultation préalable ne doit pas être vue « en termes de qui oppose son veto contre qui, mais avant tout comme un espace de discussion entre pairs ayant des points de vue différents, et une opportunité pour que les organismes d'État et les concessionnaires de l'État puissent expliquer de façon concrète et transparente les objectifs des travaux et que la communauté puisse exposer ses nécessités et ses opinions correspondantes⁵⁴¹ ». Cela ne résout pas pourtant le problème pouvant survenir si une communauté ne donne pas son consentement au terme d'un processus de consultation préalable.

801. Pour ces derniers cas, la Cour a manifesté que « la décision de l'État (...) ne dit pas avoir de caractère arbitraire, doit être raisonnable et proportionnelle et offrir des mesures permettant d'éviter, d'atténuer, de compenser ou d'indemniser les dommages ou les conséquences défavorables dénoncées par la communauté concernée »⁵⁴². L'interprétation qui a été donnée à ce qui précède est qu'en effet les communautés n'ont pas de droit de veto et l'État ne peut imposer aux communautés⁵⁴³, toutefois dans la pratique sur le terrain, la portée des agissements des uns et des autres reste floue. Cela revient à dire, selon une approche optimiste de la sentence de la Cour, qu'il est obligatoire d'arriver à des accords entre l'État et les communautés et que les mesures prises doivent être raisonnables.

⁵⁴⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁵⁴¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Cinquième salle de révision, 3 mars 2011, Sentence n° T-129/11, dossier n° T-2451120, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁴² Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁵⁴³ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

802. Les préoccupations précédentes ont donné lieu à un débat autour de la réglementation de la consultation préalable. Le secteur privé et le gouvernement national se sont prononcés sur la nécessité de réguler les consultations, et la Cour elle-même a exhorté le gouvernement à le faire⁵⁴⁴, en indiquant que cette régulation doit fixer les règles pour chacune de ses étapes ainsi que les procédures devant être employées, les délais à appliquer et surtout, les conséquences du résultat de la consultation.

2. Le juge constitutionnel et le droit à la participation dans les décisions concernant l'exploitation des ressources du sous-sol

803. Le droit à la participation citoyenne peut être exigé par tout citoyen ou toute communauté ou famille ayant un intérêt concret dans une décision ou un agissement particulier lié à l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables « en raison de la possibilité de se voir affecté par celle-ci »⁵⁴⁵. Il s'agit d'une espèce d'élargissement du droit fondamental à la consultation préalable dont sont titulaires les communautés autochtones et les populations d'ascendance africaine. D'après la Cour, l'impact touchant certaines personnes, familles ou communautés doit « être précédé de scénarios participatifs »⁵⁴⁶. Telle est la règle développée par la Cour dans sa jurisprudence sur la question.

804. À la fin du XXe siècle⁵⁴⁷, la Cour a opté pour la protection du droit à la participation dans les processus de prise de décisions concernant les travaux d'infrastructures de personnes qui, bien qu'elles n'appartiennent pas à un groupe ethnique minoritaire, voient leur subsistance menacée par la réalisation de ces travaux⁵⁴⁸. Depuis lors, le concept d'impact et le droit à la participation ont pris de l'ampleur dans la jurisprudence de la Cour.

⁵⁴⁴ Rodríguez Gloria, "Participación y consulta previa en materia ambiental", *op. cit.*, p. 363.

⁵⁴⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 28 février 2017, Sentence n° SU 133/2017, dossier n° T-4561330, M. R. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁴⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 28 février 2017, Sentence n° SU 133/2017, dossier n° T-4561330, M. R. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁴⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Quatrième salle de révision, 25 mars 1999, Sentence n° T-194/99, dossier n° T-175.217, M.R. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁴⁸ Il s'agissait alors de pêcheurs dont la subsistance se voyait menacée par les effets sur l'environnement de la construction de la centrale hydroélectrique Urrá dans le nord du pays.

805. Parmi les décisions de la Cour constitutionnelle abordant le droit à la participation et sa tension avec les intérêts économiques de l'État contenus dans les contrats de concession minière, il est possible d'identifier qu'en 2010⁵⁴⁹ la Cour a protégé le droit d'une communauté de mineurs traditionnels à participer à la décision d'octroi d'une concession pour l'exploitation d'or dans des territoires où des communautés d'ascendance africaine pratiquent l'exploitation minière depuis le XVIIe siècle.⁵⁵⁰

806. En 2016⁵⁵¹, la Cour a étudié les normes régulant l'octroi de titres miniers⁵⁵² et a attiré l'attention sur le fait que, selon son interprétation, le droit à la participation citoyenne était insuffisamment protégé par le cadre légal organisant l'exploitation des ressources non renouvelables, soit la Loi 685 de 2001⁵⁵³. Voilà pourquoi la Cour a déclaré conformes à la Constitution les normes de ce statut ayant fait l'objet de plaintes et a ordonné à l'autorité minière de garantir « la participation préalable, libre, représentative, informée et efficace des personnes potentiellement affectées par l'octroi des contrats de concession (...) »⁵⁵⁴. Cette décision crée une obligation au législateur, afin qu'il émette une nouvelle loi réexaminant la procédure d'octroi de contrats de concession minière en incluant différents scénarios permettant la participation citoyenne avant sa conclusion. Aucun projet de loi en ce sens n'a encore été présenté à ce jour, donnant lieu à une possible omission législative en la matière.

807. Plus récemment, dans la sentence SU-133/17, la Cour a protégé le droit à la participation d'un groupe de mineurs traditionnels de la municipalité de Marmato dans le département de Caldas, qui se plaignait que l'autorité minière (l'Agence nationale d'exploitation minière) avait violé son droit à la participation en omettant de les consulter sur la décision d'autoriser une cession du titre minier à une entreprise qui exploiterait à grande échelle un territoire « réservé sur le plan traditionnel et légal à l'exercice de

⁵⁴⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 14 décembre 2010, Sentence n° T-1045A/10, dossier n° T-2761852, M.R. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁵⁰ Le concept d'impact et le droit à la participation correspondant ont fait l'objet du même élargissement dans des cas où l'on ne discutait pas la participation au processus de décision concernant des projets d'exploitation des ressources naturelles non renouvelables, mais des projets d'infrastructures. Cfr., sentences T-294/14 et T-445/16

⁵⁵¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁵⁵² Loi 685 de 2001, articles 16, 53, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 et 279.

⁵⁵³ La Cour affirmait qu'une seule norme du Code, relative à l'article 275, faisait référence à la participation.

⁵⁵⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

l'exploitation minière à petite échelle »⁵⁵⁵. L'impact enduré a été reconnu par la Cour comme étant de nature économique et le droit de ces mineurs à la participation a été protégé. Par conséquent, le juge constitutionnel a sommé l'Autorité minière d'annuler une décision administrative ayant ordonné l'expulsion d'une mine utilisée par les mineurs traditionnels afin qu'elle soit remise à une entreprise qui y mènerait une exploitation minière à grande échelle. Il a également exigé l'identification des impacts de la cession sur la communauté et la garantie de sa subsistance par le biais d'initiatives autonomes d'exploitation minière à petite échelle.

B. Rôle du juge constitutionnel en matière de protection de l'environnement

808. Le point de départ en Colombie consiste en une Constitution politique inspirée, entre autres, de postulats à fort contenu écologique, qui proclame la protection d'un environnement sain comme une valeur, un droit de tous et une obligation relevant de la responsabilité de l'État et de tous les Colombiens. Dans ce contexte, les décisions de la Cour en la matière matérialisent les principes de la fonction écologique de la Constitution mentionnée plus haut. Cette Constitution écologique se compose d'un ensemble de dispositions supérieures fixant les budgets à partir desquels les relations des communautés avec la nature doivent être régulées et qui en grande mesure encouragent sa conservation et sa protection. La Cour a proclamé via de multiples sentences que la défense de l'environnement et de son intégrité constitue un objectif essentiel de la structure actuelle de l'État social de droit, car il constitue le milieu vital de l'individu. Nous analyserons donc en premier lieu le rôle du juge constitutionnel vis-à-vis de l'environnement **(1)**, et en second lieu vis-à-vis de la protection des écosystèmes revêtant une importance particulière **(2)**, par rapport à l'exploitation du sous-sol dans les deux cas.

1. Le juge constitutionnel vis-à-vis de l'environnement et de l'exploitation économique de la propriété étatique du sous-sol

809. L'exploitation des ressources naturelles non renouvelables entraîne indubitablement des impacts sur l'environnement. Les résidus résultant de cette exploitation constituent son principal effet négatif. De grandes quantités d'eau sont

⁵⁵⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 28 février 2017, Sentence n° SU 133/17, dossier n° T-4561330, M. R. Luis Ernesto Vargas Silva.

polluées par l'extraction d'un minerai. Et le transport d'une ressource non renouvelable peut entraîner la contamination des moyens utilisés pour ce faire⁵⁵⁶.

810. Du point de vue conceptuel, la tension entre l'exploitation économique du sous-sol et les principes dictés par la protection de l'environnement est résolue par la jurisprudence de la Cour grâce à un concept relativement récent et qui constitue, en outre, un principe constitutionnel⁵⁵⁷ : le développement durable⁵⁵⁸. Le développement durable a pour objectif, selon la Cour « de maintenir la productivité des systèmes naturels et la satisfaction des besoins essentiels de la population, en particulier des secteurs les plus défavorisés »⁵⁵⁹. Le développement ne doit pas être réduit à la simple richesse économique : le bénéfice à court terme ne contribue pas au développement « s'il mène inexorablement vers un avenir de pénurie ou d'épuisement définitif des richesses naturelles en termes d'écosystèmes, de biodiversité et de services environnementaux⁵⁶⁰ ».

811. Le concept de développement durable permet à la Cour d'harmoniser les principes dictés par la protection et la conservation de l'environnement lors de l'exploitation économique de la propriété étatique du sous-sol. La protection de l'environnement ne constituant pas une valeur absolue (malgré son indéniable importance), elle peut s'accorder avec le développement d'activités économiques pouvant avoir un impact sur ce même environnement. Toute activité économique doit « être menée en tenant compte des principes de conservation, substitution et restauration de l'environnement »⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ Uprimny R., *et alii*, “Constitución, industrias extractivas y territorios”, in *Memorias del encuentro constitucional por la tierra*, Cour constitutionnelle de Colombie, 2015, p. 228.

⁵⁵⁷ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁵⁵⁸ Ce concept, soit dit en passant, a été consacré dans le rapport de la Commission mondiale pour l'Environnement et le développement intitulé « *Notre avenir à tous* ». Ce rapport a été élaboré sur commande de l'Assemblée générale des Nations Unies. D'après ce texte : « le développement ne peut se maintenir si la base de ressources ne fait que se détériorer ; l'environnement ne peut être protégé si la croissance ne tient pas compte du coût de la destruction de l'environnement ». Cf. Pierri N., “Historia del concepto de desarrollo sustentable”, in *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*, Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial, p. 60.

⁵⁵⁹ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 21 septembre 2015, Sentence n° T-606/15, dossier n° T-4.943.313, M.R. Jorge Iván Palacio.

⁵⁶⁰ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁶¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

812. La Cour a indiqué qu'« une croissance économique prétendument liée à des dommages environnementaux ou culturels irréversibles, à l'extinction des ressources et de la biodiversité ou à l'altération d'écosystèmes stratégiques, ne répond pas à l'intérêt général »⁵⁶². En revanche, le développement ainsi que la nature multiculturelle et pluriethnique de la Nation colombienne « sont des domaines protégés par la primauté de l'intérêt général, alors que l'intérêt privé ne présente pas cette caractéristique ». ⁵⁶³

813. D'autre part, un autre concept ayant servi à la Cour pour résoudre la tension entre les principes environnementaux de la Constitution et l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables est celui de la justice environnementale. Ce concept se compose de deux éléments : l'équité des charges et des opportunités liées à l'exploitation de ressources naturelles non renouvelables et la participation des intéressés aux décisions concernant cette exploitation. Le premier élément prévoit une compensation effective pour les individus ou les communautés devant supporter les effets environnementaux de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables. Le second élément établit, lui « la création d'espaces de participation appropriés pour la discussion, l'adoption et la mise en œuvre de mesures environnementales »⁵⁶⁴.

814. La participation citoyenne dans la prise de décisions liée à l'exploitation de ressources naturelles - élément de la justice environnementale - a été capitale dans la façon dont la Cour constitutionnelle a résolu les tensions entre cette exploitation économique et la conservation et la protection de l'environnement.

815. Comme nous l'avons vu, les communautés autochtones sont titulaires du droit fondamental à la consultation préalable lorsque l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables peut entraîner un « impact », celui-ci pouvant être de nature environnementale. La Cour a également reconnu le droit à la participation citoyenne à ceux pouvant être affectés par l'exploitation des ressources du sous-sol⁵⁶⁵. En effet, le

⁵⁶² Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁵⁶³ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁵⁶⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁵⁶⁵ « Ainsi, conformément à la décision adoptée et en fonction de chaque cas, les communautés allant être affectées doivent être identifiées, ainsi que les personnes à qui des droits de participation et de concertation opportuns doivent être garantis pour l'exécution de cette décision. Dans cet ordre d'idées, chaque fois que

constat de l'impact légitime la titularité du droit pour la personne affectée. L'« importance » de l'impact détermine les conditions dans lesquelles la participation citoyenne doit avoir lieu. Selon l'importance de l'impact, la participation citoyenne peut exiger certains scénarios ou instances (la consultation préalable, par exemple) ou être d'un certain type (le consentement de la communauté peut par exemple être exigé, et pas seulement la consultation préalable).

816. Pour la Cour, la participation à cette étape s'explique par l'intérêt que les personnes affectées ou potentiellement affectées peuvent avoir pour l'exploitation du sous-sol, ainsi que par les connaissances qu'une communauté peut avoir concernant l'impact potentiel de l'exploitation des ressources non renouvelables sur un territoire. La Cour a souligné que les connaissances techniques des autorités régulant l'exploitation du sous-sol étatique et des entreprises privées responsables de l'exploitation ne sont pas les seules pertinentes. Les « connaissances locales qui s'expriment par l'évaluation autochtone des impacts et la définition de moyens de prévention, atténuation et compensation correspondants »⁵⁶⁶ sont également importantes pour réussir à ce que, dans la pratique, le principe de libre entreprise et d'exploitation économique des ressources non renouvelables puisse être le plus en harmonie possible avec les principes de protection et de conservation de l'environnement.

2. Le juge constitutionnel vis-à-vis de la protection des écosystèmes revêtant une importance particulière et de l'exploitation du sous-sol

817. Dans la sentence C-035/16, la Cour s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'article 173 de la Loi 1753 de 2015, qui permettait l'exploitation de ressources non renouvelables dans les plateaux andins (qui avait été interdite⁵⁶⁷) si un permis avait été octroyé de façon légale avant que cette exploitation soit interdite par la loi. La Cour a alors

des travaux ou des politiques impliquant un impact sur les ressources naturelles vont être exécutés, les agents responsables doivent déterminer les espaces de participation devant être garantis selon les sujets affectés. S'il s'agit de communautés autochtones ou d'ascendance africaine, ou s'il s'agit d'une communauté dont la subsistance dépend des ressources naturelles allant être touchées bien qu'elle n'entre pas dans ces catégories, la tenue d'espaces de participation, d'information et de concertation impliquant leur consentement libre et informé sera également obligatoire ». Colombie, Cour constitutionnelle, Septième salle de révision, 15 mai 2012, Sentence n° T-348/12, dossier n° T-3.331.182, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁶⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 21 septembre 2015, Sentence n° T-606/15, dossier n° T-4.943.313, M.R. Jorge Iván Palacio.

⁵⁶⁷ Les Lois 1382 de 2010 et 1450 de 2011 ont interdit l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables dans les plateaux andins.

pris une décision concernant une tension entre la liberté économique liée à l'exploitation du sous-sol et les principes de protection et de conservation de l'environnement. La décision de la Cour a accordé la primauté à ces derniers principes sur la liberté économique, en considérant que : « les bénéfices éventuels provenant de l'extraction de ressources non renouvelables » ne justifiaient pas le sacrifice de « biens protégés sur le plan juridique, comme la qualité, la continuité et l'accès à l'eau et autres services environnementaux offerts par les plateaux andins »⁵⁶⁸.

818. Les raisons avancées par la Cour dans ce cas sont doubles : la première est l'indéniable importance environnementale des plateaux andins. La deuxième est liée au fait que pour la Cour, la protection de ces écosystèmes établie⁵⁶⁹ par la loi était purement formelle, et sa décision devait donc compenser en quelque sorte le « déficit » de protection de l'écosystème. Dans cette sentence, la Cour va donc au-delà de ce qui a expressément été établi par le législateur, en adoptant une position clairement activiste⁵⁷⁰.

819. Les expressions les plus pertinentes de l'activisme de la Cour dans cette sentence sont : le diagnostic qu'elle fait de la protection légale des plateaux andins, et le rôle octroyé au juge constitutionnel lorsque l'exploitation du sous-sol par l'État crée des tensions avec les principes constitutionnels relatifs à l'environnement.

820. La Cour a jugé insuffisante la protection légale des plateaux andins et a indiqué qu'il n'existait pas de système de protection spécial les concernant. Bien qu'elle a reconnu que l'exploitation de ressources non renouvelables peut être effectuée de façon responsable, elle a considéré que les facultés des autorités environnementales pour contrôler et surveiller l'exploitation des ressources non renouvelables dans les plateaux andins ne constituaient pas une garante de protection suffisante pour ces écosystèmes.

821. Partant de ce constat, la Cour a affirmé que les effets environnementaux à long terme d'une disposition légale sont fondamentaux pour déterminer si elle est conforme ou non à la Constitution. Pour la Cour, les autres pouvoirs, aveuglés par l'urgence des

⁵⁶⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁶⁹ Loi 99 de 1993 article 1.

⁵⁷⁰ Guzmán L., *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas y ambientales*, *op. cit.*, p. 161.

exigences fiscales de l'État, sont incapables d'évaluer les effets environnementaux à long terme de leurs normes. « *Il relève de la responsabilité des organes du pouvoir législatif et exécutif de répondre aux besoins immédiats de la population, et de ce point de vue ils sont particulièrement soucieux de garantir que l'État dispose de ressources provenant des redevances et des impôts sur les activités d'extraction. Cependant, au sein d'un système démocratique, il relève de la responsabilité du juge constitutionnel de servir de contrepoids à l'emphase mise par les autres pouvoirs sur le court terme, en particulier ceux qui sont élus démocratiquement. Ainsi, bien que le juge constitutionnel ne puisse écarter les effets à court terme, il relève de sa responsabilité de tenir particulièrement compte des effets à long terme permettant d'avoir un panorama complet du problème constitutionnel et de la tension entre des biens protégés sur le plan juridique. Dans cette mesure, il doit octroyer une valeur particulière aux effets de l'exploitation minière et des activités d'exploitation des hydrocarbures sur les écosystèmes des plateaux andins* ». ⁵⁷¹

822. L'activisme de la Cour ne s'arrête pas là. Il va encore plus loin. L'intention de cette sentence étant d'interdire l'exploitation de ressources non renouvelables dans les plateaux andins, et le pouvoir exécutif étant chargé de les délimiter, la Cour considère que ses dispositions peuvent être, d'une certaine manière, contournées par l'exécutif. Voilà pourquoi dans cette sentence, la Cour met l'accent sur le fait que l'exécutif doit promouvoir la délimitation des plateaux andins, et que cette délimitation doit protéger le plus possible son écosystème particulièrement fragile.

823. La sentence C-035 de 2016 constitue une illustration claire de l'activisme de la Cour. L'orientation de l'économie et l'exploitation de la propriété étatique cèdent face à la préservation d'un écosystème protégé. Il a été affirmé, avec raison, qu'avec cette décision la Cour a eu un effet négatif sur les politiques publiques de l'État colombien et du secteur énergétique, car cette sentence ignore les droits acquis de ceux ayant obtenu de façon légitime de la part de l'État la licence d'exploitation du sous-sol dans des zones considérées a posteriori comme des écosystèmes de plateaux andins ⁵⁷².

⁵⁷¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁷² Guzmán L., *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas y ambientales*, op. cit., p. 162.

824. Ainsi, cette décision de la Cour a jeté l'incertitude sur les droits acquis de ceux ayant été autorisés par le gouvernement à exploiter les ressources naturelles non renouvelables, puisqu'il est évident que selon cette interprétation de la Cour, les droits acquis cèdent le pas face aux principes environnementaux⁵⁷³. Cependant, cette interprétation des droits acquis par la Cour a entraîné d'ambitieuses revendications portées par les entreprises affectées auprès de juridictions internationales, contre lesquelles l'État colombien cherche en ce moment à se défendre.

Conclusion Section I

825. Plusieurs conclusions peuvent être tirées de l'exposé précédent. Premièrement : La gestion centralisée de l'exploitation économique du sous-sol a des limites, dont la plus évidente et inéluctable est le droit à la consultation préalable dont disposent les communautés ethniques et tribales. Deuxièmement : La gestion centralisée de l'exploitation économique du sous-sol fait face à une autre limite, plus diffuse : l'autonomie municipale. Troisièmement : la jurisprudence de la Cour est marquée par la protection du droit des citoyens à participer aux décisions autour de cette exploitation. Quatrièmement : Le droit à participer revient, d'après la jurisprudence de la Cour, aux personnes ou aux communautés « concernées » et à ceux faisant l'objet d'un « impact », que ce dernier soit de nature environnementale ou économique. Cinquièmement : la jurisprudence de la cour a établi la création d'espaces de participation et a encouragé d'autres autorités à les mettre en place. Ceci parce que ces espaces n'ont pas été créés, en partie parce qu'ils ne sont pas prévus par la loi. Sixièmement : les décisions de la Cour ont parfois été marquées par un certain activisme, notamment en matière de protection des zones particulièrement sensibles (plateaux andins).

Section II. Les actions collectives et la participation citoyenne

826. Comme nous l'avons vu, d'aucuns considèrent que les décisions vitales pour l'exploitation économique de la propriété étatique comme la délimitation des zones pour l'exploitation des ressources non renouvelables et des zones interdisant cette exploitation ainsi que l'octroi de licences environnementales pour les activités d'affectation des

⁵⁷³ Norton Rose Fulbright, *Colombia mining vision by 2025, op. cit.*, p. 12.

ressources du sous-sol ne devraient pas être prises de façon centralisée⁵⁷⁴. Le fait que l'ordre juridique colombien ne propose pas de mécanisme de participation suffisant et adéquat dans les processus impliquant l'exploitation économique du sous-sol est également remis en question, y compris par la jurisprudence constitutionnelle elle-même.

827. Cela peut être interprété comme un échec de la participation citoyenne dans le domaine administratif.⁵⁷⁵ En effet, la jurisprudence de la Cour révèle, bien que la loi prévoit des mécanismes de participation citoyenne aux processus administratifs ayant une relation directe avec l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables⁵⁷⁶, ces mécanismes s'avèrent insuffisants ou inefficaces. C'est pourquoi les communautés, les autorités municipales et les individus ayant des intérêts dans un projet d'exploitation économique du sous-sol en particulier finissent pas avoir recours à la participation politique (consultations populaires) ou à la participation judiciaire (actions de tutelle, principalement).

828. Comme nous l'avons expliqué, les consultations sont interprétées comme une manifestation du manque d'espaces réels de participation des citoyens dans les processus de prise de décision, lorsqu'il s'agit de définir l'exploitation économique du sous-sol en Colombie. C'est-à-dire que les citoyens et les autorités municipales font appel à la consultation populaire comme à un moyen d'exprimer leur opinion concernant

⁵⁷⁴ Les conflits qui surgissent autour de l'eau dans certaines sociétés apparaissent « lorsque les communautés sont exclues de la participation aux processus de prise de décisions sur les ressources naturelles présentes sur leurs territoires. Le contrôle communautaire des ressources et le droit des membres de la société d'avoir la mainmise sur le sens de leurs vies, matérialisés par des revendications d'accès aux bénéfices de l'exploitation ou de rejet de leurs externalités négatives, sont souvent au cœur des prétentions et des résistances faisant l'objet des conflits autour de l'eau ». Bautista, Juan, “*Análisis, prevención, y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe*”, Serie recursos naturales e infraestructura 171

⁵⁷⁵ La participation peut être de nature administrative. Dans ce cas, les citoyens ont la possibilité d'intervenir dans le processus de prise de décision de l'administration. Elle peut également être de nature politique, lorsque les citoyens cherchent à ce que l'État prenne des décisions conformes à l'opinion de la majorité. Elle peut enfin être de nature judiciaire, lorsque les citoyens font appel aux juges par le biais de mécanismes judiciaires de participation afin de protéger leurs droits. Cfr Lora Ana; María; Muñoz Lina; Rodríguez Gloria, *Manual de Acceso a la Información y a la Participación Ambiental en Colombia*, 1re édition, Bogota, Universidad del Rosario, 2008, p. 117, p. 21.

⁵⁷⁶ En matière environnementale par exemple, la participation citoyenne peut survenir de façon organique, c'est-à-dire par la participation citoyenne aux organes administratifs, ou de manière fonctionnelle, soit par des mécanismes permettant l'intervention des citoyens dans les processus de l'administration, sans pour autant en faire partie. La consultation préalable, les audiences publiques environnementales, les observatoires citoyens, l'intervention dans les procédures environnementales, la participation aux processus de planification environnementale et le droit de pétition constituent des exemples de mécanismes de participation survenant de façon fonctionnelle. Cf. Lora A. M., Muñoz L., Rodríguez G., *Manual de Acceso a la Información y a la Participación Ambiental en Colombia*, 1^{re} édition, Bogota, Universidad del Rosario, 2008, p. 117.

l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables sur leurs territoires. Ils le font parce qu'ils n'ont pas eu l'occasion d'exprimer cette opinion ou ce ressenti auparavant quant à une mesure provenant du gouvernement national ou d'une autorité administrative.

829. Les décisions de la Cour que nous avons analysées ont même servi à ce que les concessionnaires miniers se rendent compte de la nécessité d'inclure dans l'exécution de leurs projets la participation de la population et des autorités territoriales⁵⁷⁷. Les Nations Unies ont d'ores et déjà rappelé le pays à l'ordre vis-à-vis de cette question et pour le cas particulier des projets impliquant l'exploitation des ressources minières⁵⁷⁸. Moins il y a de participation citoyenne dans un processus visant l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables, moins la communauté l'acceptera et plus grand sera le conflit.⁵⁷⁹ Cela nous amène à poser la question de savoir s'il est nécessaire de définir de nouveaux mécanismes de participation politique prévus dans la Constitution (§1) ou s'il s'agit d'améliorer le modèle de participation administrative (§2).

§1. Nécessité de renforcer les mécanismes de participation politique

830. Nous avons mentionné que l'État colombien, en se proclamant État démocratique, doit assurer la participation des citoyens. Voilà pourquoi la Constitution et le développement légal postérieur prévoient un large catalogue de mécanismes de participation politique que les citoyens s'approprient peu à peu alors qu'ils font face à de nouveaux besoins et conflits. Par conséquent, bien que la jurisprudence de la Cour insiste sur la nécessité de concevoir de nouveaux mécanismes de participation politique, il convient de vérifier si les mécanismes existants sont suffisants (A) ou si au contraire il faut renforcer leur connaissance et utilisation par les autorités étatiques (B).

⁵⁷⁷« In this respect, the measures taken by the Court have made the sector realize, on the one hand, that local authorities have to take a more active role in respect of the mining activities carried out in their territories (...) », Norton Rose Fulbright, *Colombia Mining Vision By 2025*, op. cit.

⁵⁷⁸ ONU, *Environmental justice comparative experiences in legal empowerment*, New York, ONU, p. 7.

⁵⁷⁹ Bautista J., *Análisis, prevención, y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe*, Serie recursos naturales e infraestructura 171, p. 53.

A. Les mécanismes de participation politique sont suffisants

831. Nous avons mentionné que l'État colombien, en se proclamant État démocratique, doit assurer la participation des citoyens. Voilà pourquoi la Constitution et le développement légal postérieur prévoient un large catalogue de mécanismes de participation politique que les citoyens s'approprient peu à peu alors qu'ils font face à de nouveaux besoins et conflits.

832. Le droit à la participation a été amplement développé et soutenu par la jurisprudence, et il est clair qu'il recouvre de multiples droits, a une sphère d'application plutôt large⁵⁸⁰ et peut être compris de différentes manières. Dans un sens restreint, la participation des citoyens aux politiques publiques fait référence à leur expression nettement indirecte : le vote, la démocratie représentative. Dans un sens plus large, la participation désigne le fait que « les décideurs tiennent compte des préférences et des opinions des citoyens (...) »⁵⁸¹ en en faisant des acteurs des processus menant à la prise de décisions concernant les politiques publiques. Dans un sens purement institutionnel, la participation concerne « les différents mécanismes et les différentes instances dont dispose la société pour influencer les structures de l'État et les politiques publiques »⁵⁸².

833. Le droit à la participation citoyenne, qu'il soit exercé de façon directe ou indirecte, suppose donc un exercice conscient de la condition de citoyen⁵⁸³ qui comporte « la possibilité de prendre part à la vie sociale, non seulement en tant que membre d'une communauté, mais également comme titulaire de droits et de devoirs impliquant un exercice conscient et responsable (...) »⁵⁸⁴. Son importance réside dans le fait qu'il est fondamental pour « la consolidation, le fonctionnement et la préservation des systèmes démocratiques »⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ Bautista J., *Análisis, prevención, y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe*, op. cit., p. 134.

⁵⁸¹ Canto M., "Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo", *Política y cultura*, 2008, p. 9-37.

⁵⁸² *Ibidem*

⁵⁸³ Rodríguez G., Muñoz L., *La participación en la gestión ambiental: un reto para el nuevo milenio*, Bogota, Universidad del Rosario, 2009.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 2015, p. 144.

834. Or le contenu et la portée de la participation, qui semblaient clairs, sont à nouveau remis en question par la récente décision de la Cour constitutionnelle publiée via la sentence SU-095 de 2018⁵⁸⁶. En effet, bien qu'elle offre de précieuses lignes directrices concernant les mécanismes de participation devant être mis en place dans les conflits entre la Nation et les territoires, d'aucuns considèrent qu'elle constitue un recul important dans la façon dont la Cour interprète le droit à la participation à travers un mécanisme de participation politique comme la consultation.

835. La récente décision SU-2018 de 2015 de la Cour constitutionnelle ne constitue pas un recul en matière de reconnaissance du droit à la participation ou de l'exercice des mécanismes de participation politique. Au-delà du conflit entre normes de même rang constitutionnel, l'État unitaire d'un côté et l'autonomie municipale et la décentralisation de l'autre comme nous l'avons expliqué plus haut, la tension révèle la différence qualitative existant entre la relation de la population d'une municipalité avec le territoire, et de ce territoire avec le gouvernement central. Et ceci parce qu'« (...) une grande partie des décisions locales sur l'utilisation du sol dépendent de la culture de cette communauté. Ainsi, une montagne peut revêtir une dimension culturelle symbolique fondamentale dans une région donnée, ou encore une dimension religieuse préservée dans les décisions relatives à son utilisation. (...) au moment de prendre une décision sur l'exploitation des ressources du sous-sol, il n'est pas possible d'affirmer qu'il s'agit d'une question mineure ne méritant pas d'être consultée, ou que l'intérêt de l'exploitation minière doit prévaloir sur l'autonomie de la régulation de l'utilisation du sol »⁵⁸⁷.

836. Bien qu'il ne soit pas possible de nier l'intérêt des municipalités dans l'exploitation des ressources non renouvelables appartenant à l'État, il convient de tenir compte du fait que la solution proposée par la Cour dans la décision citée ne met pas l'accent sur les mécanismes politiques de participation, mais sur la distribution des compétences entre le gouvernement central et les entités territoriales.

⁵⁸⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, 11 octobre 2018, Communiqué n° 40 de 2018 relatif à la Sentence n° SU-095/18, dossier n° T-6298958, M.R. Cristina Pardo Schlesinger. Rappelons que les commentaires quant à cette sentence se basent sur un résumé publié par la Cour constitutionnelle par le biais d'un communiqué.

⁵⁸⁷ Uprimny R. *et alii*, "Constitución, industrias extractivas y territorios", *op. cit.*, p. 239.

837. C'est-à-dire que la Cour résout le problème qui frappe l'exploitation économique du sous-sol par l'État en ce moment en revendiquant la propriété et la compétence exclusive que l'État a historiquement détenues sur les ressources du sous-sol en raison de leur importance économique stratégique pour la prise d'autres décisions d'ordre politique et économique au plan national.

838. La Cour applique le principe universel de subsidiarité comme un critère déterminant indépendamment de la forme d'État afin de définir les compétences de l'État et des entités décentralisées. Elle conclut donc que l'utilisation du sous-sol constitue une compétence d'ordre national relevant de l'État, et échappe donc à la consultation par le biais de tout mécanisme de participation politique. Ainsi, elle oblige les entités territoriales à ce que la fonction de l'utilisation du sol se réalise dorénavant de manière coordonnée et concurrente avec les compétences de la Nation, sans que cela puisse être entendu comme une façon de les vider de leur autonomie. En effet, elle confirme des compétences définies par la loi et met l'accent sur la nécessité d'améliorer le travail coordonné et concurrent entre la Nation et les municipalités.

839. Soulignons également que la sentence ne vise en aucun cas à rejeter la volonté populaire exprimée par le biais d'une consultation populaire. Au contraire, elle donne aux communautés les moyens d'agir en affirmant que la Constitution garantit à tous les citoyens le droit de participer à la prise de décisions les concernant. Néanmoins, elle précise qu'ils ne peuvent pas pour autant interdire des activités d'extraction dans une municipalité ou un district donné à travers l'exercice de ce droit. Ce sont donc les autorités administratives, avec le soutien des organes de gouvernement de niveau central bien entendu, qui sont appelées à renforcer ou à créer de nouveaux mécanismes de participation citoyenne au sein de leurs différentes procédures, en renforçant l'information, la communication et le dialogue des citoyens avec la Nation, les entités territoriales et les concessionnaires, miniers dans ce cas.

840. Il s'agit donc d'une part de commencer à exécuter les politiques de l'État d'une façon différenciée, compte tenu de la diversité d'intérêts représentés dans les entités territoriales, et d'autre part de créer, d'élargir et de rendre efficaces les mécanismes administratifs de participation depuis le niveau local. Ceci afin que ni les citoyens ni les

autorités municipales n'aient recours aux mécanismes de participation politiques et judiciaires empêchant l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables.

841. Pour cela, l'État doit reconnaître la complexité de la gestion des richesses du sous-sol, les effets environnementaux, l'intérêt des autorités municipales en la matière, la diversité des individus et des communautés pouvant avoir un intérêt direct dans la réalisation d'un projet d'exploitation déterminé. Et à cette complexité doit correspondre « un approfondissement de la démocratie »⁵⁸⁸. Le paradigme entourant la façon dont est gérée la richesse du sous-sol doit donc changer. Au-delà des conflits et des tensions, ce sont les multiples intérêts de la Nation colombienne autour des projets d'exploitation des ressources naturelles non renouvelables qui doivent être reconnus. En ce sens, la gestion des ressources naturelles non renouvelables représente un « défi démocratique »⁵⁸⁹, une opportunité pour que la démocratie participative serve de moyen de résolution de conflits, permettant ainsi le développement durable de la Nation et la protection de l'environnement ainsi que le pluralisme.

B. Des mécanismes de participation politique sous-utilisés

842. La Cour constitutionnelle a enjoint via différentes sentences au Congrès de définir un ou plusieurs nouveaux mécanismes de participation citoyenne, ce qui pourrait s'avérer inutile. Cependant, il convient de connaître et de renforcer les mécanismes existants. L'un de ces mécanismes, peu connu et peu appliqué, mais qui requiert une ample diffusion, est établi par la Loi 1757 de 2015 relative aux mécanismes de participation citoyenne : les « Alliances pour la prospérité ».

843. Cette loi prévoit un mécanisme spécial de participation politique « dans les municipalités où sont menés des projets ayant un fort impact social et environnemental dû aux activités d'exploitation minières-énergétiques »⁵⁹⁰. Este mecanismo especial de

⁵⁸⁸ Serrano C., *Gobernanza para el desarrollo económico territorial en América Latina*, Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural, 2011.

⁵⁸⁹ Uprimny R. *et alii*, «Constitución, industrias extractivas y territorios», *op. cit.*, p. 238.

⁵⁹⁰ Loi 1757 de 2015, Article 105. Alliances pour la prospérité : « Dans les municipalités où sont menés des projets ayant un fort impact social et environnemental dû aux activités d'exploitation minière-énergétique, des Alliances pour la prospérité pourront être créées au niveau municipal en tant qu'espaces de dialogue avec les citoyens, notamment les communautés des zones d'influence, l'administration municipale, le gouvernement national et les entreprises mettant en œuvre des projets afin de concerter et d'effectuer le suivi de la gestion de ces impacts ».

participación política lleva por nombre Alianzas para la Prosperidad. Ces alliances sont des espaces de dialogue entre les communautés, les autorités municipales, le gouvernement national et les entreprises mettant en œuvre ces projets, afin de « concerter et d'effectuer le suivi de la gestion de ces impacts ».

844. Les accords effectués dans ces espaces portent également le nom d'Alliances pour la Prospérité⁵⁹¹. Ces accords doivent définir la façon dont ces acteurs doivent travailler conjointement pour le développement durable de la municipalité, dans le respect des particularités de la municipalité (sociales, environnementales, culturelles) et dont ils doivent comprendre la responsabilité tant du gouvernement national et des autorités municipales que des entreprises qui mèneront l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables. Ces alliances ne se substituent pas à la consultation préalable lorsque celle-ci est obligatoire.⁵⁹²

845. Ce mécanisme, qui au premier abord paraît idéal pour résoudre les problèmes de participation citoyenne et de coordination entre les autorités étatiques de différents niveaux a une portée limitée : les accords « ne constituent pas un prérequis ni une obligation contraignante pour les entreprises ». Cette limitation n'est pas mineure, et n'est pas compensée par les mécanismes de suivi que cette même loi établit⁵⁹³.

⁵⁹¹ Loi 1757 de 2015, Article 106. “Los acuerdos entre los actores constituyen las Alianzas para la prosperidad. En ellas se deben definir los mecanismos de acción conjunta que permitan el desarrollo social sostenible. De igual forma, las Alianzas deben contener la visión del desarrollo que respete las características sociales, culturales y comunitarias, así como las responsabilidades del Gobierno Nacional, departamental y municipal y de las empresas mediante sus mecanismos de responsabilidad social empresarial, y aquellos que se deriven de las licencias ambientales y los planes de manejo ambiental.”

[Notre traduction] Contenu des Alliances pour la prospérité : « Les accords entre les acteurs constituent des Alliances pour la prospérité. Celles-ci doivent définir les mécanismes d'action conjointe permettant le développement social durable. De même, les Alliances doivent contenir la vision d'un développement respectant les caractéristiques sociales, culturelles et communautaires ainsi que les responsabilités du gouvernement national, départemental et municipal et des entreprises par le biais de leurs mécanismes de responsabilité sociale des entreprises et de ceux découlant des licences environnementales et des plans de gestion environnementale.

⁵⁹² Cet aspect de la loi coïncide avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle quant aux mécanismes de participation et à leurs fruits : « Ainsi, conformément à la décision adoptée et en fonction de chaque cas, les communautés allant être affectées doivent être identifiées, ainsi que les personnes à qui des droits de participation et de concertation opportuns doivent être garantis pour l'exécution de cette décision. Dans cet ordre d'idées, chaque fois que des travaux ou des politiques impliquant un impact sur les ressources naturelles vont être exécutés, les agents responsables doivent déterminer les espaces de participation devant être garantis selon les sujets affectés. S'il s'agit de communautés autochtones ou d'ascendance africaine, ou s'il s'agit d'une communauté dont la subsistance dépend des ressources naturelles allant être touchées bien qu'elle n'entre pas dans ces catégories, la tenue d'espaces de participation, d'information et de concertation impliquant leur consentement libre et informé sera également obligatoire ». Colombie, Cour constitutionnelle, Septième salle de révision, 15 mai 2012, Sentence n° T-348/12, dossier n° T-3.331.182, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁹³ Muñoz L., *Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*, CEPAL, 2016, p. 22.

846. Il est dommage que ce mécanisme, qui dans sa conception semble répondre au défi que représente l'exploitation du sous-sol pour le développement durable et la participation citoyenne, ait une portée si limitée en raison du fait que les accords n'ont pas un caractère obligatoire. En ce sens, le mécanisme des Alliances pour la prospérité partage la timidité avec laquelle la Cour a abordé la participation citoyenne. Pour la Cour, la participation citoyenne doit être « significative », ce qui implique que la participation « du public et les préoccupations de tous les participants sont effectivement prises en compte et susceptibles d'influencer la prise de décisions »⁵⁹⁴. Par « susceptibles », nous souhaitons indiquer que la participation citoyenne peut influencer la prise de décisions, comme elle peut ne pas le faire.

847. Dans certains cas, la Cour a utilisé le qualificatif de « représentative » pour qualifier la participation citoyenne répondant aux instructions de la Constitution. Pour être représentative, la participation doit : être effectuée avec les personnes intéressées ; doit être active « afin de permettre un dialogue et un débat publics vigoureux »⁵⁹⁵ ; doit être efficace, ce qui signifie qu'il doit être « capable de produire des effets sur les décisions publiques et sur la planification de décisions à portée territoriale »⁵⁹⁶ ; et doit être libre et informée, ce qui fait référence au droit d'accès à l'information que suppose le droit à la participation.

848. L'esprit des Alliances pour la prospérité est avant tout de recueillir le besoin d'étudier en profondeur l'impact que l'exploitation économique du sous-sol peut avoir sur le territoire. L'accord issu de ce mécanisme de dialogue devrait rassembler toutes les connaissances possibles concernant l'impact de l'exploitation des ressources non renouvelables sur un territoire. Un accord de ce type impliquerait une certaine stabilité juridique et répondrait au défi actuel de la démocratie en matière de ressources non renouvelables. En outre, la participation active de tous les acteurs permettrait une gestion intégrale du territoire.

849. La possibilité de réussir à gérer de façon intégrale le territoire est l'un des aspects les plus importants de cette figure. Une gestion de ce type est une nécessité dans le contexte de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie. Une approche

⁵⁹⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Sentence T-294 de 2014.

⁵⁹⁵ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

⁵⁹⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/16, dossier n° D-11172, M. R. Maria Victoria Calle Correa.

similaire a été proposée afin d'éviter l'organisation de plusieurs consultations auprès de la même population autochtone sur un même territoire⁵⁹⁷. La participation active, efficace, représentative et significative à la prise de décisions concernant l'exploitation des ressources du sous-sol sur un territoire particulier éviterait la superposition de mécanismes de participation liés à différents projets d'exploitation. Rodríguez (2015) parle de « consultations stratégiques » qui dans le cas des peuples autochtones, permettraient l'évaluation intégrale d'un territoire et pourraient faciliter le consentement préalable et informé des communautés. *« Ainsi, il n'y aurait pas à mettre en place différentes consultations en même temps auprès d'un seul peuple. Au contraire, un regard exhaustif serait porté aux impacts, et des mesures plus cohérentes seraient convenues pour y faire face. Pour cela, il est fondamental que l'on accorde aux collectivités les moyens d'agir, de s'informer et d'évaluer cette information au préalable »*⁵⁹⁸.

850. L'état de la participation citoyenne dans les décisions portant sur l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie ne permet donc pas de résoudre les conflits ayant surgi autour de cette exploitation. D'un côté, les espaces de participation administratifs sont insuffisants. Et de l'autre, les Alliances pour la prospérité, qui pourraient constituer un mécanisme adéquat, sont limitées par le faible poids des accords en découlant. Cette limite peut être à l'origine de la mise en marche d'autres mécanismes de participation, ce qui implique à long terme une insécurité juridique.

851. Qu'à l'avenir les accords issus des Alliances pour la prospérité deviennent obligatoires, offrant aux acteurs la sécurité juridique qu'ils attendent, ou que des espaces de participation soient ouverts tout au long du projet d'exploitation du sous-sol, quel que soit le mécanisme adopté, trois points essentiels doivent être pris en compte : l'amélioration de l'accès à l'information pour les citoyens, les critères de mise en œuvre de ce mécanisme que la Cour a établis dans sa dernière sentence, et les dispositions de l'Accord pour une paix stable et durable concernant la participation démocratique.

⁵⁹⁷ Rodríguez G. "Participación y consulta previa en materia ambiental", in *Memorias encuentro por la tierra*, Bogota, Editorial Universidad del Rosario, 2015, p. 365.

⁵⁹⁸ *Ibidem*

852. À propos du premier point, il convient de signaler que la Colombie présente de graves problèmes en matière de droit d'accès à l'information⁵⁹⁹. Des progrès significatifs doivent être faits afin que les informations pertinentes pour la prise de décisions concernant des projets d'exploitation des ressources non renouvelables soient connues des communautés des municipalités où ces projets sont prévus. Ce point est crucial, car comme nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, la satisfaction du droit d'accès à l'information constitue une condition pour la satisfaction du droit à la participation « de sorte que la disponibilité de cette information garantit des processus de participation citoyenne autour de l'exploitation minière plus qualifiés en matière de protection de l'environnement »⁶⁰⁰.

853. Concernant le deuxième point la Cour constitutionnelle, dans sa sentence la plus récente concernant l'exploitation du sous-sol et le conflit y afférent pouvant survenir entre les autorités municipales et le gouvernement national, a fourni des lignes directrices plus détaillées qu'auparavant à propos du mécanisme de participation devant permettre aux autorités municipales et au gouvernement national de prendre des décisions sur l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables de façon conforme aux principes de coordination et de concurrence régissant leurs actividades communes.

854. Les mécanismes de participation citoyenne et de coordination entre les municipalités et le gouvernement national que la Cour a enjoint au Congrès de la République de créer doivent respecter les « critères constitutionnels » suivants : » « *i) participation citoyenne et pluralité ; ii) coordination et concurrence entre Nation et territoire ; iii) inexistence d'un pouvoir de veto des entités territoriales pour l'exploration et l'exploitation du sous-sol et des ressources naturelles non renouvelables ; iv) approche différenciée/approche graduelle ; v) approche territoriale ; légitimité et représentativité ; vii) information préalable, permanente, transparente, claire et suffisante ; viii) développement durable ; ix) dialogue, communication et confiance ; x) respect, protection et garantie des droits de l'Homme ; xi) bonne foi ; xii) coordination et renforcement de la capacité institutionnelle nationale et territoriale ; et xiii) viabilité fiscale »⁶⁰¹.*

⁵⁹⁹ Muñoz L., *Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*, op. cit., p. 46.

⁶⁰⁰ *Ibidem*

⁶⁰¹ Colombie, Cour constitutionnelle, 11 octobre 2018, Communiqué n° 40 de 2018 relatif à la Sentence n° SU-095/18, dossier n° T-6298958, M.R. Cristina Pardo Schlesinger.

855. Tout en rappelant que nous n'avons pour l'instant connaissance que d'un communiqué de la Cour résumant la sentence, il convient de remarquer que certains des éléments de cette longue liste de critères sont des vœux pieux. L'inexistence d'un pouvoir de veto pour les entités territoriales, par exemple, est une situation souhaitable plus qu'un critère. Et pour satisfaire cette aspiration, les mécanismes de participation et de coordination élaborés doivent assurer leur légitimité et leur représentativité. Chacun des acteurs possédant des intérêts dans un projet d'exploitation du sous-sol déterminé doit être représenté au sein du mécanisme et doit participer de façon active en étant suffisamment informé pour cela. La légitimité dépend, elle, de la mesure dans laquelle les décisions concernant l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables sont conformes à ce qui a été convenu par les acteurs du dialogue. En l'absence d'accord, elle dépend alors de la médiation d'une autorité afin de trancher un conflit n'ayant pu être résolu par la négociation.

856. Des accords comme les Alliances pour la prospérité pourraient donc constituer le mécanisme de participation et de coordination en vigueur le mieux adapté à l'obtention de décisions légitimes autour de l'exploitation du sous-sol. Ces accords pourraient donc être respectés par tous les acteurs et leur assurer une sécurité juridique. Le fait que les Alliances ne soient pas obligatoires reste néanmoins un inconvénient.

857. Bien que les décisions de la Cour constitutionnelle soulignent la nécessité d'avancer dans la conception d'autres mécanismes démocratiques permettant de résoudre les controverses autour de l'exploitation économique du sous-sol, le dialogue et la concertation semblent être les formules suffisantes offertes par le système juridique. Concerter ne revient pas à faire ce que disent les communautés. Il faut donc que ces dernières voient dans ces espaces des opportunités pour la construction conjointe d'un modèle de développement doté d'une approche territoriale participative, intégrée et novatrice.

§2. Vers un modèle plus visible de participation administrative

858. C'est grâce à la jurisprudence de la Cour que certaines communautés ont obtenu la reconnaissance de leur droit à participer ou même à être consultées concernant une

décision touchant l'exploitation de ressources naturelles non renouvelables. Ces interventions de la Cour dans des cas spécifiques ont permis de fixer plusieurs lignes directrices concernant la façon dont la participation des intéressés aux décisions sur l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables devait être mise en œuvre. Ceci, car rappelons-le, la consultation est obligatoire dans le cas des communautés autochtones. Mais dans les autres cas, c'est par voie judiciaire (par le biais de l'action de tutelle) que les communautés ont réussi à revendiquer ce droit.

859. La régulation d'espaces de participation citoyenne dans les processus d'exploitation des ressources naturelles non renouvelables est une nécessité et un devoir. La Cour interaméricaine des droits de l'Homme (CIDH) avait déjà mis en garde à ce sujet. L'absence d'une réglementation appropriée à ce sujet est incompatible avec l'obligation des États partie de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme d'adapter leurs ordres juridiques internes⁶⁰² de façon à ce que les droits consacrés dans cette convention puissent être exercés par les citoyens. Ce devoir est « par nature, une obligation de résultat »⁶⁰³. Pour la CIDH, « l'absence de réglementation en cette matière, ou une réglementation inadéquate, peut entraîner de graves répercussions sur l'environnement ainsi que des violations des droits de l'Homme consacrées dans la Convention »⁶⁰⁴.⁶⁰⁵

860. Concevoir une réglementation appropriée de la participation aux processus d'exploitation des ressources naturelles non renouvelables devant être menés en Colombie oblige à une réflexion en deux volets. L'un autour du cadre légal réglementant de façon générale les processus de participation citoyenne dans le pays et l'autre concernant les lignes directrices fournies jusqu'à maintenant par la Cour constitutionnelle en ce qui concerne la participation sur des questions d'exploitation économique du sous-sol.

⁶⁰² Convention américaine relative aux droits de l'Homme, article 2. Obligation d'adopter des mesures de droit interne : « Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet aux dits droits et libertés. »

⁶⁰³ CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 2015, p. 58.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 69.

⁶⁰⁵ La Cour Interaméricaine des droits de l'Homme est le plus haut organe régional de protection du Système de droits de l'Homme contre des violations par les États membres.

861. Cela oblige à repenser aux formes de participation permettant aux citoyens, sans ignorer la propriété de l'État sur les ressources du sous-sol, de prendre part aux décisions vis-à-vis de l'administration et à l'organisation de ces ressources, dans les procédures auprès de l'Autorité minière (A) ou de l'Autorité environnementale (B).

A. Participation des citoyens aux procédures relatives à l'octroi et à l'exécution des concessions minières

862. La participation citoyenne au cours de la procédure administrative de la concession minière peut prendre différentes formes et survenir à différentes étapes du processus aboutissant à cette exploitation. Ce qui doit être visé à l'avenir, d'après la ligne jurisprudentielle fixée par la Cour, c'est que l'opinion de la communauté puisse être prise en compte par l'Administration au moment de la prise d'une décision liée à l'octroi d'une concession ou de son exécution. Selon le niveau de participation qu'une décision donnée exige, l'opinion des citoyens peut être déterminante ou non, question non encore résolue par la réglementation. Ainsi, la participation devra être garantie depuis le contrat de concession, à son étape précontractuelle (1) et post-contractuelle (2).

1. La participation à l'étape précontractuelle de la concession

863. Nous avons vu les raisons pour lesquelles l'exploitation minière constitue une activité permise par l'ordre juridique colombien et encouragée pour des raisons politiques et économiques. Cette activité doit être menée selon les standards les plus exigeants en matière de défense de l'environnement, de droits des communautés et des personnes impliquées, au sein du cadre constitutionnel, mais en abordant de façon adéquate les tensions avec d'autres principes constitutionnels, comme nous l'avons indiqué précédemment.

864. Le contrat de concession minière constitue l'unique manière d'encadrer l'initiative privée afin d'autoriser le développement d'une activité comme l'exploitation minière, dans notre cas. Il s'agit d'un contrat régi par des normes de droit public. Dans les faits, cela représente la façon la plus courante de convenir d'un contrat avec l'État. D'après le Conseil d'État, certains éléments caractéristiques du contrat de concession valent la peine d'être signalés : i) il s'agit d'un contrat de concession d'un « *domaine public* »,

parfaitement distinct du contrat de concession de services publics et du contrat de concession de travaux publics ; ii) il s'agit d'un « negotium » conclu entre l'État et un particulier qui exécute à ses risques et périls les phases d'exploration technique, d'exploitation économique, de profit sur les minéraux et de clôture ou d'abandon des travaux correspondants. C'est donc un accord de volontés et non une manifestation unilatérale de la volonté ; iii) ce « negotium » dépend du principe de temporalité, c'est-à-dire que sa durée en droit colombien correspond au délai demandé par la partie offrante et jusqu'à un maximum de 30 ans ; iv) la concession minière n'octroie pas au particulier aucun droit de propriété, mais lui concède des droits de contenu patrimonial opposables face à des tiers et transmissibles dans les termes de la loi ; v) le contrat de concession minière donne lieu à des obligations de nature légale propres à ce type de contrat, d'ores et déjà établies dans le Code des mines ; vi) il permet des clauses exorbitantes, comme la possibilité de déclarer la déchéance du contrat et sa réversion une fois celui-ci terminé. De même, l'autorité concédante se voit octroyer la faculté de mise en demeure par le biais de l'imposition d'amendes en cas d'infraction aux obligations du concessionnaire.

865. Ainsi, pour que la définition précédente soit applicable à la question minière, il convient d'indiquer que l'objet de l'exploitation octroyé par le contrat de concession doit être compris comme un bien d'usage public. Comme nous l'avons expliqué dans la première partie, cela n'implique donc pas de transfert de domaine, mais crée pour l'État l'obligation d'exercer un contrôle sur le déroulement de l'activité en vertu de l'intérêt public de ces relations contractuelles. La surveillance du respect des obligations du concessionnaire relève donc de la responsabilité de l'État à travers ses autorités minières, qui doivent garantir l'utilisation efficiente des ressources ainsi que leur juste « préservation, disponibilité et exploitation » comme l'indique l'article 1er du Code des mines.

866. Par conséquent, la participation apparaît comme un prérequis afin d'atteindre les objectifs de développement local et durables sur le plan de l'environnement. La possibilité d'informer sur les projets qui pourraient avoir un fort impact tant social qu'économique, environnemental et territorial sera donc fondamentale. Comme nous l'avons dit, la participation ne peut impliquer de droit de veto, mais elle peut exprimer les besoins, craintes, menaces, attentes, exigences de la communauté directement affectée par la présence d'une exploitation minière sur le territoire.

867. Le contrat de concession comprend une partie précontractuelle et une autre postérieure à sa signature, la post-contractuelle. La première étape correspond à l'étape à laquelle l'entreprise (nationale ou étrangère) ou le particulier manifeste son intention d'acquérir une concession.

868. Tant et si bien que ni les détenteurs ni les propriétaires du sol où une activité d'exploitation du sous-sol pourrait être menée ne sont informés. Et on leur demande encore moins une autorisation ou un accord préalable à la présentation de la demande de concession. Il n'existe aucune obligation légale faisant référence à cette question.

869. À propos du devoir d'informer les autorités locales de la présentation d'une demande de concession, il existe un précédent fixé dans la sentence C-123 de 2014⁶⁰⁶ qui établit qu'avant d'autoriser un projet minier, « le gouvernement national doit parvenir à un *accord* avec les autorités des municipalités du projet »⁶⁰⁷.

870. Le décret 2691 de 2014 a cherché à garantir la participation des municipalités aux questions minières. Pour elles, le décret prévoyait que les conseils municipaux pouvaient, sur la base d'études techniques, demander des mesures de protection de l'environnement au ministère des Mines face à des demandes de concession en cours et qui pourraient gravement affecter leurs territoires. Nonobstant, le Conseil d'État a suspendu le décret en question en juillet 2015, rejetant la compétence de l'exécutif en matière de création de procédures administratives et indiquant que seul le législatif pouvait le faire. Il a également avancé que cette réglementation portait atteinte à l'autonomie des entités territoriales, car en définitive la décision d'adopter des mesures de protection environnementales et sociales dépendait exclusivement du ministère des Mines et de l'Énergie qui, de manière unilatérale, déterminait s'il acceptait ou non la demande. Le ministère de l'Environnement n'était alors que simple exécutant de la décision⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Colombie, Cour constitutionnelle, Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Alberto Rojas Rios.

⁶⁰⁷ Rodríguez C., "Las nuevas fronteras de la justicia constitucional: la democracia ambiental y las consultas populares en conflictos socioambientales", in *Memorias encuentro por la tierra, op. cit.*, p. 420.

⁶⁰⁸ Rodríguez C., "Las nuevas fronteras de la justicia constitucional: la democracia ambiental y las consultas populares en conflictos socioambientales", *op. cit.*

871. Bien que la loi qui prévoit la procédure d'octroi d'une concession n'établisse pas de prérequis ni de formalités en lien avec la participation citoyenne, les lignes directrices de la Cour sont claires. La procédure est donc susceptible d'être modifiée en raison de la jurisprudence, et en ce sens le processus d'octroi de titres miniers devra commencer à incorporer la concertation avec les maires et les audiences de participation à caractère informatif qui permettent aux communautés de connaître ceux qui vont mener les projets miniers, les activités qu'ils vont mettre en œuvre ainsi que les impacts potentiels des projets d'exploration. Ils pourront ainsi exprimer leurs inquiétudes, questions, commentaires sur ces propositions, sans qu'il soit certain que ces projets arrivent effectivement à l'étape d'exploitation.

872. Cependant, bien que le processus minier n'inclue pas pour l'instant de moyen d'impliquer les citoyens aux procédures administratives, et bien que les audiences ou les rencontres de participation paraissent constituer les mécanismes les plus viables, les normes générales de procédure administrative fournissent quelques alternatives plus personnalisées, comme le Droit à intervenir dans les actions administratives environnementales en tant que tiers intervenant ou par le biais d'un Droit de pétition présenté par n'importe quelle personne, naturelle ou juridique.

2. La participation à l'étape post-contractuelle de la concession

873. Le contrat de concession minière est un contrat d'adhésion. Par conséquent à l'étape post-contractuelle, c'est-à-dire une fois la concession minière octroyée, aucune clause contractuelle de participation citoyenne n'est prévue. Cependant, nous sommes convaincus que ce sera bientôt le cas. Pour l'instant, la relation des concessionnaires avec les communautés s'inscrit dans leur travail de responsabilité sociale des entreprises, bien que cela ne semble pas suffisant.

874. Cette voie vise à ce que les titres miniers permettent la réalisation de projets dotés d'une approche sociale, contribuant à la création d'emplois, à la durabilité et la protection de l'environnement, et à la provision d'installations afin d'offrir un impact positif à la communauté et de favoriser l'intégration des peuples avec une exploitation minière planifiée et durable sur le long terme. L'accent est donc mis sur des aspects comme l'intérêt commun de la société et sa qualité de vie, le bon usage et la conservation des ressources. L'article 27 de la loi 1382 de 2010 régleme ce aspect, mais cette loi a été

déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle n'avait pas prévu la procédure de la consultation préalable. La responsabilité sociale des entreprises est donc abordée comme une question d'ordre exclusivement corporatif.

875. L'amélioration de l'image de l'activité d'extraction des ressources du sous-sol, associée à la diffusion d'informations permanentes, transparentes et fiables directement par les concessionnaires, en plus des emplois et des projets sociaux créés par les concessionnaires, peut à moyen et long terme, permettre de récupérer la confiance dans l'activité et qu'il existe ainsi moins de résistance vis-à-vis des politiques d'État.

876. Pour cela, il sera nécessaire d'inclure à chacune des étapes du projet, avec le soutien de l'Autorité minière et dans le cadre des obligations du concessionnaire, l'ouverture d'espaces formels d'information afin de présenter les avancées du projet et de recevoir les perceptions de la communauté. Ce sont ce type d'expériences qui permettront d'obtenir les éléments permettant d'aboutir à des concertations réussies, figure sur laquelle le pouvoir judiciaire a tant insisté. Plus le projet avance, plus la participation des citoyens doit être importante, car plus les impacts sociaux et économiques sont importants.

877. Et que dire d'autres procédures qu'entraîne la concession minière en tant que cession de droits ? Il est possible qu'à l'avenir, en raison de l'ingérence de la jurisprudence dans les questions de contrats miniers, celle-ci ordonne de soumettre ce type de procédures à la création d'espaces de participation et de consultation préalable.

878. Enfin, l'octroi d'une concession minière n'implique pas forcément l'octroi d'un permis environnemental. Sans ce prérequis, la concession minière ne peut donc être exécutée, ce qui permet à l'autorité minière de mettre fin au contrat de concession de façon unilatérale. Bien que la première étape du contrat (l'exploration) ne requiert pas de licence environnementale, les étapes suivantes (construction et exploitation) doivent en détenir une.

B. Participation des citoyens aux procédures relatives à l'octroi de licences environnementales

879. Le développement économique en tant que développement durable exige actuellement un « changement de paradigme »⁶⁰⁹ dans la façon dont sont considérés l'environnement et les ressources pouvant en être extraites, ainsi que dans la manière dont celles-ci sont gérées. Ce changement de paradigme doit avant tout être d'ordre politique, puis économique, et doit être accompagné des instruments juridiques correspondants. Cependant, ces changements dans la relation entre environnement, économie et inclusion des communautés ne se produisent pas seuls : ils font l'objet de compromis internationaux en matière environnementale. Ces compromis fixent comme une obligation des États et des concessionnaires l'obligation de garantir le droit à l'information, dont dépendra l'exercice adéquat du droit à la participation (A), qui doit se matérialiser dans les futurs processus de licences en Colombie (B).

1. Le droit d'accès aux informations relatives à l'environnement

880. Comme nous l'avons expliqué, les communautés autochtones et tribales disposent d'un droit à la participation clair et défini, lorsqu'il s'agit de l'exploitation de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables. Ce n'est pas le cas lorsque le droit à la participation découle des effets que ces activités peuvent avoir sur l'environnement. Dans cette situation, le droit à la participation est moins détaillé. Les sujets de ce droit ne sont pas clairement identifiés, comme c'est le cas pour les minorités ethniques. En effet, la titularité du droit dépendra souvent du préjudice dont sera victime ou non un sujet à cause d'une décision ou d'une action déterminée ayant un impact sur l'environnement.

881. Dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 1992), ratifiée par la Colombie, les États s'engagent (entre autres) à « matérialiser les droits d'accès à l'information, à la participation publique et à la justice en matière environnementale »⁶¹⁰, droits prévus au Principe 10 de ladite Déclaration⁶¹¹. Ces droits

⁶⁰⁹ ONU, *Environmental justice comparative experiences in legal empowerment*, op. cit., p. 29.

⁶¹⁰ Muñoz, L., *Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*, op. cit., p. 8.

⁶¹¹ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Principe 10 : « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui

ont été baptisés par la doctrine internationale « droits d'accès aux informations relatives à l'environnement » ou « droits procéduraux à l'environnement »⁶¹².

882. Six ans après la Déclaration de Rio, la Convention d'Aarhus⁶¹³ a insisté sur ces droits dans son préambule sur la transparence. Bien que la Colombie ne soit pas membre de ce traité, il est pertinent de remarquer que ce texte fait certaines affirmations essentielles pour la question faisant l'objet de notre étude. La Convention distingue le « public ordinaire, c'est-à-dire toutes les personnes physiques et toutes les personnes morales qui ne relèvent pas de la catégorie des autorités publiques »⁶¹⁴, du « public concerné », qui est celui qui « est touché ou risque d'être touché par les décisions prises en matière d'environnement ou qui a un intérêt à faire valoir à l'égard du processus décisionnel »⁶¹⁵. Ce traité prévoit également trois espaces de participation : la participation aux « décisions relatives à des activités particulières »⁶¹⁶, la participation aux « plans, programmes et politiques relatifs à l'environnement »⁶¹⁷, et la participation pendant « la phase d'élaboration de dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale »⁶¹⁸.

883. Le droit d'accès aux informations relatives à l'environnement a été défini par la doctrine comme « la capacité des citoyens à obtenir des informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques »⁶¹⁹. Bien que le contenu des informations relatives à l'environnement fait l'objet de discussions, un consensus existe

convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré ».

⁶¹² Muñoz L., *Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*, *op. cit.*, p. 7.

⁶¹³ La Convention d'Aarhus est née dans le cadre de la Commission économique des Nations unies pour l'Europe (UNECE). Cet organe est l'une des cinq commissions régionales des Nations-Unies. Il regroupe 56 États membres, dont pratiquement l'ensemble des pays du continent européen (Europe occidentale, centrale, orientale et Caucase), certains pays d'Asie Mineure et d'Asie centrale ainsi qu'Israël, le Canada et les États-Unis. Les prémices de la Convention d'Aarhus remontent à la déclaration de Rio.

⁶¹⁴ Selon Monédiaire « ce dernier élément est très important, car il confère une présomption irréfutable d'intérêt au bénéfice des ONG de défense de l'environnement qui n'ont ainsi pas besoin de faire valoir l'existence d'un préjudice direct et certain ». Monédiaire G., « La participation du public organisée par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte », *Participations*, 2011, n° 1, p. 135.

⁶¹⁵ *Ibidem*

⁶¹⁶ Article 6

⁶¹⁷ Article 7

⁶¹⁸ Article 8

⁶¹⁹ Muñoz L., *op. cit.*, p. 7.

autour du fait qu'elle concerne l'information sur la qualité de l'air et de l'eau « ainsi que des informations indiquant si des substances chimiques dangereuses sont stockées dans une usine à proximité »⁶²⁰.

884. La satisfaction du droit à l'information relative à l'environnement permet que la participation citoyenne soit effective. Les citoyens dûment informés (notamment en ce qui concerne l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables) peuvent apporter un point de vue pertinent et documenté pouvant influencer de façon positive les décisions politiques prises sur la question⁶²¹. Des citoyens bien informés quant à l'objet de ces décisions peuvent faire partie des processus de prise de décisions concernant la réalisation (ou non) de projets d'exploitation de ressources naturelles non renouvelables et la manière dont les effets de cette exploitation peuvent être atténués. Cette participation peut même survenir dans l'élaboration des lois relatives à cette exploitation⁶²².

885. L'exercice conscient du droit à la participation exige donc que le citoyen soit bien informé : c'est son droit. Voilà pourquoi la première étape de tout processus de participation citoyenne doit être l'information appropriée des citoyens. C'est la raison pour laquelle il est considéré comme un droit fondamental et a été consacré par les instruments du Droit international des droits de l'Homme, en particulier les instruments légaux sur lesquels se fonde le Système interaméricain des droits de l'Homme⁶²³.

886. La Cour Interaméricaine des droits de l'Homme (CIDH) a affirmé que le droit d'accès à l'information en ce qui concerne les activités d'exploitation des ressources naturelles non renouvelables fait référence aux informations nécessaires à la protection des droits de l'Homme. Pour la CIDH, lorsque l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables peut affecter les droits de l'Homme, les États sont dans l'obligation de permettre l'accès aux informations la concernant, même si cela implique de « fournir des informations relatives aux activités d'entreprises privées »⁶²⁴.

⁶²⁰ Muñoz L., *Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*, *op. cit.*, p. 8.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 12.

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ Le droit d'accès à l'information est établi par l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme et l'article IV de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme.

⁶²⁴ CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, *op. cit.*, p. 144.

887. Normalement, les instruments juridiques réglementant le droit à la participation consacrent et prévoient également le droit à l'information, « tant la question de la dissymétrie d'information affecte profondément la qualité de la participation »⁶²⁵. Une fois cette étape surmontée et le droit à l'information des citoyens satisfait, ceux-ci peuvent participer de façon active et consciente aux décisions de politique publique.

2. Procédure d'octroi des licences environnementales en Colombie

888. Au vu de ce qui précède, il convient de remarquer que la procédure d'obtention de licences environnementales pour l'exploitation du sous-sol en Colombie est réglementée par le Décret n° 1076 de 2015⁶²⁶ ainsi que par la Loi 99 de 1993 et la Résolution 1503 de 2010⁶²⁷. La réglementation du droit à la participation des citoyens en matière de licences environnementales jusqu'à présent ne va pas au-delà de la mention du devoir d'informer les communautés, comme c'est le cas pour la procédure d'octroi d'une concession minière. Une fois ce devoir rempli, il n'en existe aucun autre. Il revient aux autorités de décider si elles tiennent compte ou non de l'opinion des communautés, car cette opinion n'est pas contraignante⁶²⁸.

889. La façon dont les citoyens doivent être informés n'est pas non plus réglementée : cela peut même se faire via la publication d'une annonce dans un journal ou d'un

⁶²⁵ Monédiaire G., « La participation du public organisée par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte », *op. cit.*, p. 137.

⁶²⁶ Décret n° 1076 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”

⁶²⁷ Résolution 1503 du 4 août 2010, ministère de l'Environnement, du Logement et du Développement territorial, “Metodología General para la presentación de Estudios Ambientales.”

⁶²⁸ Le mécanisme d'audience publique environnementale (réglementé par la Loi 99 de 1993 et le Décret 330 de 2007) en constitue une illustration. Ce mécanisme de participation permet d'informer les organisations sociales, une communauté en particulier ou des entités publiques et privées d'une demande de licence, de permis ou de concession environnementale ou de l'existence d'un projet ou d'une activité d'exploitation des ressources naturelles non renouvelables et de l'impact pouvant en découler ainsi que des mesures prévues pour l'éviter, l'atténuer ou le corriger. En plus de constituer un espace de diffusion d'information, l'audience publique environnementale permet de recueillir les opinions de la communauté d'intéressés. Et la portée de la participation citoyenne dans ce mécanisme est donc limitée à cela : les citoyens sont informés et peuvent exprimer leur point de vue, mais aucune décision n'est prise lors de cette audience. L'audience publique environnementale n'est pas un espace de débat et de participation.

communiqué dirigé à la communauté⁶²⁹. « De fait, dans de nombreux cas tout le processus d'octroi de licence se déroule sans qu'aucun mécanisme de participation ne soit utilisé ». ⁶³⁰

890. Il convient également de signaler que la mise en œuvre de mécanismes de participation n'a lieu que lorsque ceux-ci sont demandés par l'intéressé ou quand l'autorité environnementale en dispose ainsi, de manière facultative. Cela représente donc un inconvénient évident par rapport à d'autres groupes comme les communautés paysannes ou les communautés ethniques dont le droit à l'information concernant la portée de projets les concernant, notamment sur leur impact et les mesures d'atténuation prévues, est en quelque sorte assuré.

891. La demande de licence environnementale est fondée sur plusieurs documents techniques devant être présentés au cours de la formalité : i) diagnostic environnemental d'alternatives ; ii) étude d'impact environnemental ; iii) plan de gestion environnementale, qui conformément aux lignes directrices les plus récentes de la Cour devra à l'avenir impliquer la participation des citoyens à son élaboration, ce qui indique qu'il s'agira au départ d'une responsabilité du concessionnaire.

892. Cependant, étant donné que les impacts découlant de l'exploitation des ressources minières sont différents selon les phases du projet, la participation citoyenne devra également être prévue de façon différenciée.

893. La formalité minière comme l'environnementale devront donc voir leurs procédures actuelles modifiées pour mieux matérialiser la participation effective et utile des communautés pouvant être affectées par les projets. L'objectif principal de ces espaces devra être de fournir l'information nécessaire, claire, opportune et compréhensible afin que les personnes puissent effectivement participer en tant qu'acteurs impliqués. Pour cela, l'information fournie doit présenter de façon claire les caractéristiques techniques, les activités et la portée du projet ainsi que les conditions et particularités des activités devant être réalisées à chaque phase du projet.

⁶²⁹ Muñoz L., *Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*, op. cit., p. 15.

⁶³⁰ *Ibidem*

894. Ce que la procédure d'octroi de licence doit assurer, c'est de promouvoir des espaces de délibération, de plaider et de débat des acteurs impliqués, qu'ils puissent exprimer leurs observations, craintes et contributions quant à l'information concernant le projet et ses conséquences. Si le citoyen a l'occasion de visualiser et d'évaluer les risques auxquels il pourrait potentiellement être exposé, la construction conjointe d'alternatives permettant d'éviter les conflits et les résistances sociales peut être envisagée une fois que l'État a décidé d'octroyer la concession ou la licence environnementale.

895. C'est dans la liberté des moyens d'informer les communautés et les autorités que réside le risque. Malgré l'obligation d'informer des concessionnaires et de l'État, tous les efforts sont réduits à une participation formelle, au respect d'une question de procédure, avec des effets limités dans la pratique. Cette question fera sûrement l'objet d'une réglementation future.

896. En somme, nous pouvons remarquer que, comme nous l'avons montré pour la procédure minière, bien que la formalité administrative environnementale n'inclue pas la participation citoyenne, des alternatives d'ordre procédural prévues dans les normes générales de procédure administrative restent disponibles. C'est le cas du Droit à intervenir dans les actions administratives environnementales en tant que tiers intervenant ou de la présentation de Droits de pétition.

Conclusion Section II

897. La tradition historique législative de la Colombie met en évidence la prédominance du principe de centralisation depuis que l'État s'est constitué en République. Ce principe n'est pourtant pas entré en conflit avec le modèle d'administration décentralisée établi par la Constitution de 1991. Néanmoins, les tensions récurrentes entre les décisions du centre et la réalité quotidienne des territoires ont éveillé les intérêts des communautés concernant les questions politiques en lien avec l'administration des ressources du sous-sol. L'interprétation de l'exercice du droit à la participation et de la portée des consultations préalables que la Cour constitutionnelle effectue depuis quelques années a donné des moyens d'agir aux communautés comme jamais auparavant. Ainsi, l'incidence que les consultations populaires ont eue sur la planification d'une politique économique et

stratégique comme l'exploitation minière est sans précédent, et peut même être comprise aujourd'hui comme une espèce de limite aux actions économiques des gouvernements.

898. De nos jours, c'est la culture de l'inclusion qui s'est imposée au sein de l'administration par la voie de la jurisprudence. Voilà pourquoi les formules proposées par le juge afin de trouver un équilibre entre le développement et l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables se sont centrées sur la concertation, le dialogue ou l'accord entre les concessionnaires, les autorités administratives, les communautés et les autorités locales.

899. Cela oblige l'État, d'un côté, à renforcer l'utilisation des mécanismes de participation politique existants, et de l'autre, à repenser les étapes préalables et postérieures aux procédures administratives pour l'octroi de concessions et de licences environnementales, des mécanismes de participation garantissant aux communautés et aux autorités locales d'être écoutées et d'avoir une influence de manière effective, réelle et utile sur des processus à fort impact pouvant altérer leur mode de vie de façon radicale. Or cette formule n'offre aucune alternative lorsque les parties ne parviennent pas à la concertation désirée.

Section III. Le défi de l'État : vers la justice environnementale

900. La Cour constitutionnelle a indiqué que la Justice environnementale fait référence à un traitement juste des questions environnementales et sociales, basé sur la volonté de pallier la distribution inégale des effets négatifs que l'environnement produit sur le développement économique. Dans cette mesure, aucun groupe de personnes ne doit supporter de façon disproportionnée « la charge des conséquences environnementales négatives résultant des opérations industrielles, municipales et commerciales dans l'exécution de programmes environnementaux et politiques au niveau étatique ou local »⁶³¹.

901. Cette étude s'est axée autour de l'analyse de l'exercice du droit de propriété de l'État sur les ressources du sous-sol, démontrant qu'il est source de profonds conflits pour

⁶³¹ Colombie, Cour constitutionnelle, Première salle de révision, 22 mai 2014, Sentence n° T-294/14, dossier n° T-3560097, M.R. María Victoria Calle Correa.

l'environnement et les droits des communautés. Il s'agit donc d'un schéma dominant créateur d'injustice sociale et de résistances.

902. Depuis plusieurs années, le principe de justice environnementale commence à faire son chemin dans la jurisprudence constitutionnelle. Il comprend deux aspects ou éléments d'intérêt pour notre analyse : (i) la justice sociale et (ii) la participation de la communauté, ici dans les décisions relatives à l'exploitation économique du sous-sol.

903. Ainsi, le principe de justice environnementale vise deux objectifs fondamentaux. Il s'agit en premier lieu de protéger les droits de ceux qui pourraient être affectés par l'exploitation de ressources non renouvelables, éviter dans la mesure du possible les effets de cette activité et sanctionner les dommages causés⁶³². Par conséquent, le développement de la justice environnementale a entraîné un changement dans la façon dont l'environnement est conçu en politique publique, puisque l'on accorde de plus en plus d'importance aux écosystèmes et aux services écologiques qu'ils fournissent en tant qu'actifs publics⁶³³. En deuxième lieu, ce principe vise à pallier l'accès inégal aux bénéfices de cette exploitation. Cet élément de justice distributive fait référence à la répartition équitable des préjudices et des bénéfices qu'entraîne l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables⁶³⁴.

904. Ainsi, tout comme l'élément de participation citoyenne de la justice environnementale implique la création de mécanismes de dialogue qui peuvent la rendre efficace, l'élément de justice distributive exige qu'elle se matérialise par l'adoption de procédures administratives ou judiciaires. L'élément de participation de la justice environnementale correspond donc à un droit (le droit à la participation), tout comme l'élément de justice distributive correspond à celui de faire appel aux tribunaux judiciaires⁶³⁵ ou administratifs, selon le cas. D'ailleurs, certains pays, comme le Canada, se font forts de résoudre les controverses environnementales par le biais des autorités administratives⁶³⁶.

⁶³² ONU, *Environmental justice comparative experiences in legal empowerment*, op. cit., p. 7.

⁶³³ Ibid.

⁶³⁴ Colombie, Cour constitutionnelle, Première salle de révision, 22 mai 2014, Sentence n° T-294/14, dossier n° T-3560097, M.R. María Victoria Calle Correa.

⁶³⁵ Muñoz L., *Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*, op. cit., p. 20.

⁶³⁶ Pring G., Pring C., *Environmental Courts & Tribunals*, UNEP, 2016.

905. Comme nous l'avons également expliqué, en Colombie les tensions des droits créés par l'exploitation des ressources du sous-sol n'ont pas été résolues par les autorités administratives, mais via un fort activisme judiciaire de la Cour constitutionnelle, bien que par l'application de critères changeants. L'activisme judiciaire décrit plus haut vis-à-vis des processus administratifs compromettant l'exploitation des ressources du sous-sol implique un changement de décisions et d'actions de l'administration. Cela a créé une certaine insécurité et de l'instabilité, et la création de tribunaux spécialisés pourrait réussir à modérer ces effets. Voilà pourquoi le droit comparé voit déjà surgir progressivement des juridictions spécialisées qui incorporent des connaissances juridiques et techniques spécifiques, et qui puissent aborder tous les conflits ayant en commun la protection ou la conservation des ressources naturelles renouvelables et non renouvelables affectés par l'exécution de politiques de développement économique, comme c'est le cas de l'activité minière en particulier. Il s'agit donc d'une juridiction qui non seulement analyse le contenu des droits, mais qui en outre apporte des solutions équilibrées entre développement et conservation à partir de critères techniques et économiques.

906. D'autre part, l'analyse réalisée dans cette étude ne peut être étrangère au moment économique et politique que traverse le pays à l'occasion de la mise en œuvre des Accords de paix signés en septembre 2016. Bien qu'aucun des cinq points de l'Accord⁶³⁷ ne mentionne la propriété du sous-sol, ils avancent des propositions de changement pertinentes qui pourraient constituer la base d'un nouveau modèle de développement. Le modèle extractiviste qui a prédominé jusqu'à maintenant va donc devoir être repensé dans le contexte post-accord et de paix. En outre, les Accords vont obliger à réexaminer le sens non seulement de la justice environnementale, mais également de la justice environnementale. Il faudra en particulier revoir la discussion autour des articulations, confrontations et résistances des communautés locales avec leurs propositions alternatives pour être, connaître et habiter les territoires. Cela pourrait constituer une autre raison permettant de justifier la mise en place d'une juridiction spécialisée.

⁶³⁷ Les cinq points devant être mis en œuvre suite à l'Accord de paix signé entre le gouvernement et les Farc sont : i) Accord politique de développement agricole intégral ; ii) Participation politique ; iii) Solution au problème des drogues illicites ; iv) Victimes du conflit armé ; v) Fin du conflit.

907. Par conséquent, nous analyserons les contextes qui justifient l'émergence de nouvelles juridictions environnementales (§1), ici vis-à-vis des changements provoqués par la mise en œuvre de l'Accord de paix en matière de modèle économique de développement (§2).

§1. Juridictions environnementales spéciales

908. Les tensions entre le développement économique issu de l'exploitation des ressources du sous-sol et les droits des communautés ne constituent pas un conflit exclusif à l'État colombien. Le droit comparé permet donc d'identifier diverses alternatives pour aborder cette conflictualité, dont la création de juridictions spéciales. Ces juridictions constituent donc des sources de connaissances techniques et économiques qui permettent de rendre compatible l'équilibre entre développement et exploitation des ressources. Nous allons donc étudier l'émergence des juridictions environnementales sur le plan international (A) et évaluer si la justice environnementale en Colombie relève de l'utopie ou de la réalité (B).

A. Reconnaissance de la justice environnementale sur le plan international

909. Ce concept est né dans les années 70 aux États-Unis. Plusieurs communautés protestaient alors contre l'installation d'usines de traitement de déchets toxiques et d'industries hautement polluantes dans ce pays. Les territoires choisis pour l'installation de ces usines et industries avaient tous en commun que des personnes pauvres et issues de minorités ethniques y habitaient. Suite aux manifestations qui s'y tinrent, des études furent réalisées et arrivèrent à la conclusion que la population noire et les différentes minorités ethniques des États-Unis souffraient davantage des effets des résidus toxiques et de l'impact des industries polluantes que le reste de la population des États-Unis. Cette situation a été baptisée « racisme environnemental ». ⁶³⁸

910. Au cours de cette même décennie, les préoccupations concernant l'environnement ont émergé dans le monde entier. En conséquence, les populations ont demandé à leurs gouvernements des actions efficaces contre les facteurs de détérioration de

⁶³⁸ Colombie, Cour constitutionnelle, Sixième salle de révision, 21 septembre 2015, Sentence n° T-606/15, dossier n° T-4.943.313, M.R. Jorge Iván Palacio.

l'environnement. Le développement parallèle des technologies de l'information à la même époque a mis les informations relatives à ce problème à la portée des sociétés. Cela a renforcé leurs craintes, et la pression qu'elles exerçaient sur leurs gouvernements afin d'obtenir une réponse des États. Des groupes de citoyens constitués en groupes de pression autour de ces questions ont également été constitués. Des innovations légales, comme la possibilité d'intenter des actions en justice en représentation des générations futures ont permis aux juges de prendre connaissance de conflits environnementaux dont ils n'auraient pas eu vent autrement.⁶³⁹

911. La réaction des États au constat de la réalité factuelle de la détérioration de l'environnement et la pression de la société ont entraîné la matérialisation d'instruments légaux internationaux nés eux aussi à partir des années 70. Cela a justifié l'apparition ultérieure de juges spécialisés appliquant ce système juridique devenu une discipline indépendante solide dans certaines circonstances en Europe et en Asie **(1)** alors que d'autres circonstances entouraient la réception de l'idée de ces tribunaux en Amérique latine **(2)**.

1. Émergence des tribunaux environnementaux en Europe

912. L'instrument fondateur du Droit environnemental international est la Déclaration de Stockholm de 1972, qui sera ensuite suivie d'instruments comme la Charte mondiale de la nature de 1982, la Déclaration de Rio de 1992 et la Convention d'Aarhus de 1998. Les instruments du Droit environnemental international mentionnés ont donné lieu à trois « droits d'accès relatifs à l'environnement »⁶⁴⁰, considérés comme les piliers du Droit environnemental international. Nous avons déjà abordé in extenso deux d'entre eux : le droit d'accès à l'information et le droit à la participation. Le troisième droit d'accès relatif à l'environnement est le droit d'accès à la justice pour des questions environnementales. Ce dernier droit consiste en « la capacité des citoyens à faire appel à des arbitres impartiaux et indépendants afin de protéger les droits environnementaux ou de corriger un dommage à l'environnement et de résoudre rapidement les disputes liées à l'accès à l'information et à la participation à des décisions affectant l'environnement. » Les arbitres impartiaux peuvent être des médiateurs, des tribunaux administratifs ou des tribunaux de

⁶³⁹ Pring G., Pring C., *Environmental Courts & Tribunals*, op. cit., p. 3.

⁶⁴⁰ *Ibidem*

justice, entre autres »⁶⁴¹. Le droit à la justice environnementale est la possibilité d'obtenir des autorités (administratives ou judiciaires) une solution adéquate et prompte à des conflits de nature environnementale⁶⁴².

913. Dans certains pays, les cours et les tribunaux environnementaux ont servi de contrepois aux autres pouvoirs. Les tribunaux environnementaux sont parfois présentés comme une « alternative juste et transparente aux conflits environnementaux, qui peut permettre l'équilibre entre la protection de l'environnement et la promotion du développement »⁶⁴³.

914. Au cours des années 70, seule une poignée de tribunaux environnementaux fonctionnaient dans le monde, principalement en Europe⁶⁴⁴. L'augmentation rapide du numéro de tribunaux environnementaux au cours des dernières décennies est l'un des « changements les plus dramatiques que le droit environnemental a connus au XXI^e siècle »⁶⁴⁵. En 2009, l'ONU estimait à 350 les cours et tribunaux spécialisés dans l'environnement, fonctionnant dans 40 pays⁶⁴⁶. Sept ans après, on estimait à 1 200 le nombre de tribunaux dans le monde (dans environ 44 pays)⁶⁴⁷.

915. L'adoption de tribunaux spéciaux pour les questions environnementales a commencé à la fin du XX^e siècle. C'est le cas de l'État du Vermont aux États-Unis qui a approuvé en 1989 la Loi uniforme d'application de la Loi sur l'environnement, connue sous le nom de « Loi 98 ». Cette loi avait pour objet d'améliorer l'application des dispositions environnementales dans cet État, ce pour quoi une cour environnementale a été créée, entre autres mesures. La Cour environnementale du Vermont a pris connaissance dès sa création des recours interjetés contre différents types de décisions : celles prises par l'administration, en lien avec des permis pour l'utilisation de terres et de

⁶⁴¹ Muñoz L., *Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*, op. cit., p. 20.

⁶⁴² Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), *Access to information, participation and justice in environmental matters in Latin America and the Caribbean: towards achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Development* (LC/TS.2017/83), Santiago, 2018, p. 109.

⁶⁴³ Minaverry C., «El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina», *Gestión y ambiente*, décembre 2015, p. 97.

⁶⁴⁴ Pring G., Pring C., *Environmental Courts & Tribunals*, op. cit., p. 1.

⁶⁴⁵ *Ibidem*

⁶⁴⁶ ONU, *Environmental justice comparative experiences in legal empowerment*, New York, ONU.

⁶⁴⁷ Pring G., Pring C., op. cit., p. 1.

permis environnementaux, entre autres⁶⁴⁸ ; celles des autorités municipales liées à l'utilisation du sol, à son zonage et à sa planification ; et celles prises par l'autorité environnementale de l'État, concernant principalement des permis environnementaux⁶⁴⁹. Le tribunal environnemental du Vermont insiste sur la formation continue de ses juges pour faire face à la complexité et la spécificité des cas environnementaux dont elle prend connaissance. En outre, le tribunal peut faire appel à des experts indépendants pour leur demander leur avis.⁶⁵⁰ Quant aux recours contre les sentences du tribunal environnemental du Vermont, c'est le tribunal lui-même qui statue sur les appels contre ses décisions, puisqu'il n'existe pas d'instance intermédiaire entre ce tribunal et la Cour suprême de l'État⁶⁵¹.

916. De l'autre côté de la planète, en Inde, la création de tribunaux spécialisés sur les questions environnementales a été envisagée pour la première fois par les autorités judiciaires du pays elles-mêmes. En 1996, dans sa sentence relative au cas *Indian Council for EnviroLegal Action v Union of India*, la Cour a affirmé qu'un système de tribunaux spécialisés sur les questions environnementales ayant juridiction en matière civile et pénale pourrait accélérer la justice en la matière. Des tribunaux conformés d'experts pourraient contribuer à résoudre des cas complexes exigeant des connaissances spécialisées. Et enfin, des tribunaux spécialisés pourraient réduire de façon substantielle le nombre de cas alors en attente d'une solution auprès des hautes cours de ce pays⁶⁵². Plus de 10 ans après, en 2010, fut expédié le *Green Tribunal Act*, qui posa les bases de la création d'un système de tribunaux pour les questions environnementales. Il s'agit du plus grand réseau de tribunaux locaux spécialisés sur les questions environnementales au monde.⁶⁵³

917. Au siècle présent, la Chine, en plus de publier des normes garantissant la participation des citoyens chinois dans les questions environnementales, a créé environ 50 cours environnementales locales dans ses provinces orientales, hautement

⁶⁴⁸ Burdyshaw C., "¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo?", *Justicia Ambiental*, décembre 2012, p. 101.

⁶⁴⁹ *Ibidem*

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² ONU, *Environmental justice comparative experiences in legal empowerment*, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁵³ *Ibidem*

industrialisées.⁶⁵⁴ Ces cours environnementales sont « soit des chambres spécialisées au sein des cours populaires intermédiaires (*Huanbaoshenpanting*) ou des cours locales (*Huanbaofating*), soit quelquefois des tribunaux à part entière au niveau local ».⁶⁵⁵ Ces tribunaux sont compétents pour résoudre des questions environnementales « civiles, administratives ou criminelles ». Ces cours ont introduit « de véritables innovations judiciaires et sont plus ouvertes au public et à la société civile, un fait remarquable dans le cadre du système judiciaire chinois »⁶⁵⁶. Au même moment, ces cours sont devenues « une arène dans laquelle les conflits environnementaux peuvent s'exprimer et ont ouvert un chemin pour les changements ultérieurs »⁶⁵⁷. Quant à la formation des juges appartenant à ces tribunaux environnementaux chinois, peu d'entre eux (sur les près de 200 000 juges) ont une formation spécialisée, ce qui s'explique par la courte histoire de ces tribunaux et par la formation sur les questions environnementales en Chine. En effet, jusqu'à il y a peu, les facultés de droit dans ce pays n'offraient pas de cours de premier cycle universitaire autour des questions environnementales.⁶⁵⁸

2. Les tribunaux environnementaux en Amérique latine

918. Quant à notre continent, la législation d'un au moins un tiers des pays d'Amérique latine prévoit la possibilité de lancer des procédures environnementales pour défendre des « intérêts environnementaux diffus »⁶⁵⁹. Au début de la décennie, le Mexique a réformé le Code fédéral de procédure civile et a publié la Loi générale sur le changement climatique, et des instruments légaux qui ont permis la création d'espaces pour la participation citoyenne et l'accès à la justice environnementale⁶⁶⁰.

919. En Amérique latine, plusieurs pays ont ressenti le besoin de conformer une juridiction spéciale afin de résoudre les conflits environnementaux en tenant compte des

⁶⁵⁴ Balme R., « La justice environnementale comme équité. La politisation des conflits environnementaux en République populaire de Chine », *Écologie & politique*, 2013, n° 47, p. 73.

⁶⁵⁵ « Le système judiciaire chinois repose sur quatre niveaux de juridiction : les tribunaux locaux, les cours intermédiaires, les cours suprêmes provinciales et la Cour suprême populaire », Balme R., *ibidem*, p. 73-74.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ Burdyshaw C., « ¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo? », *op. cit.*

⁶⁵⁹ Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), *Access to information, participation and justice in environmental matters in Latin America and the Caribbean: towards achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Development* (LC/TS.2017/83), *op. cit.*, p. 109.

⁶⁶⁰ *Ibidem*

connaissances spécialisées que cela requiert. À Trinidad et Tobago, par exemple, une cour spécialisée sur les questions environnementales (la Commission environnementale de Trinidad et Tobago) a été créée afin de prendre connaissance des infractions à la loi sur l'environnement de ce pays. La commission est formée de trois juges possédant une ample expérience dans les questions liées à l'environnement, à l'ingénierie, aux sciences naturelles et sociales. Sa juridiction est en partie limitée : elle ne peut prendre connaissance des recours présentés contre des décisions relatives à des licences environnementales ni contre des décisions relatives à la délimitation de zones sensibles⁶⁶¹.

920. Par le biais de la Loi 20.600 du 28 juin 2012, le Chili a créé des tribunaux environnementaux⁶⁶² ayant pour fonction de résoudre « les controverses environnementales »⁶⁶³ relevant de sa compétence. Ces tribunaux possèdent le contrôle judiciaire des décisions d'une autorité administrative⁶⁶⁴ et tranchent les « controverses environnementales ». La compétence des tribunaux chiliens concerne principalement le contrôle des décisions de l'administration chilienne relatives à l'environnement puisque « la prise de décisions environnementales présente d'amples marges d'appréciation, étant donné qu'il s'agit d'une problématique commune en droit comparé »⁶⁶⁵. La majorité des cas dont les tribunaux environnementaux chiliens ont pris connaissance depuis leur création récente concerne « des recours en justice de l'évaluation environnementale de projets » ou le contrôle d'« actions spécifiques de l'autorité administrative »⁶⁶⁶.

921. Les tribunaux environnementaux chiliens sont composés de trois magistrats, deux d'entre eux étant des avocats spécialisés en droit environnemental et le troisième étant licencié en sciences de l'environnement⁶⁶⁷. Les magistrats de ces tribunaux sont nommés par le Président et le Sénat à partir d'une liste élaborée par la Cour suprême du Chili⁶⁶⁸.

⁶⁶¹ Economic Commission For Latin America And The Caribbean (ECLAC), *Access to information, participation and justice in environmental matters in Latin America and the Caribbean: towards achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Development* (LC/TS.2017/83), *op. cit.*, p. 110.

⁶⁶² Par le biais de la Loi n° 20.600.

⁶⁶³ Sbdar C., “Tribunales especializados para la tutela efectiva del ambiente”, sur *CIJ*, [en ligne], publié le 16 mars 2017, [consulté le 12 septembre 2017], <https://www.cij.gov.ar/nota-25245-Tribunales-especializados-para-la-tutela-efectiva-del-ambiente.html>

⁶⁶⁴ Superintendance de l'environnement.

⁶⁶⁵ Minaverry C., “El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina”, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁶⁷ Burdyshaw C., “¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo?”, *op. cit.*

⁶⁶⁸ *Ibidem*

922. Les décisions des tribunaux environnementaux chiliens ne peuvent pas toutes faire l'objet d'un recours en appel : seules le permettent les plaintes irrecevables, celles qui ouvrent une étape d'examen de preuves et celles qui mettent fin au procès⁶⁶⁹.

923. C'est la Cour d'appel du tribunal environnemental ayant émis la décision qui peut prendre connaissance d'éventuels appels contre ladite décision. En matière de sentences, seul le pourvoi en cassation en valable, et c'est la Cour suprême chilienne qui en prend connaissance⁶⁷⁰.

924. Au Costa Rica, la Loi organique n° 7554 de 1995 a créé le tribunal administratif environnemental, basé dans la ville de San José de Costa Rica et dont les compétences s'étendent à tout le territoire national. Ce tribunal est un « organe déconcentré du ministère de l'Environnement et de l'Énergie doté d'une compétence exclusive et d'une indépendance fonctionnelle quant à l'exercice de ses attributions »⁶⁷¹. Contrairement au Chili, le tribunal environnemental au Costa Rica n'est donc pas complètement indépendant de l'administration. « Toute personne ayant été partie à un procès mené auprès de ce tribunal et qui considère que ses droits sont enfreints par l'une de ses décisions peut recourir à la juridiction de contentieux administratif pour qu'elle vérifie sa légalité »⁶⁷². Bien que les membres du tribunal doivent avoir de l'expérience et des connaissances relatives à l'environnement, le tribunal a l'obligation, si le cas le mérite, de demander conseil à des entités administratives spécialisées sur les questions relatives à l'environnement⁶⁷³. Contrairement aux tribunaux chiliens, les magistrats conformant les tribunaux costaricains sont tous avocats⁶⁷⁴. La Loi n° 7554 de 1995 établit que ce tribunal est compétent pour i) prendre connaissance des dénonciations présentées contre des personnes naturelles ou juridiques pour infraction à la législation environnementale ; ii) prendre connaissance des dénonciations pour comportement ou omission pouvant

⁶⁶⁹ Burdyslaw C., “¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo?”, *op. cit.*

⁶⁷⁰ *Ibidem*

⁶⁷¹ Minaverry C., “El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina”, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁷² *Ibidem*

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ Burdyslaw C., *op. cit.*

implique une infraction au droit environnemental ; iii) fixer des indemnisations dues en raison de l'infraction aux normes environnementales.

925. Le fait que le tribunal environnemental costaricain appartienne au pouvoir exécutif a été critiqué, puisqu'il ne jouit pas de l'indépendance dont il bénéficierait s'il faisait partie du pouvoir judiciaire.⁶⁷⁵ Il est naturel que l'indépendance d'une autorité judiciaire soit souhaitable pour un tribunal qui prend des décisions d'une nature aussi sensible que les controverses environnementales. Plus le contrôle ou l'influence d'une autorité administrative est grand par rapport à la conformation d'un tribunal environnemental, plus il est probable que la pression politique qu'elle exerce sur lui soit grande.⁶⁷⁶

B. Utopie ou réalité de la justice environnementale en Colombie

926. La Colombie ne compte aucune autorité administrative ni judiciaire spécialisée sur les questions relatives à l'environnement. Récemment, l'État colombien a adopté une position ambiguë à ce sujet. D'une part, il a activement œuvré avec d'autres États du continent à l'élaboration de l'Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice, signé au premier trimestre de cette année par plusieurs pays latino-américains, mais pas par la Colombie. Étonnamment, après avoir travaillé à son élaboration, la Colombie s'est abstenue de le signer. D'autre part, le ministre de l'Environnement a récemment affirmé à propos des tribunaux spécialisés sur les questions relatives à l'environnement que pour le gouvernement colombien, l'importance des « connaissances en tant que fondement d'une politique publique effective, et donc ces salles, alimentées par les informations fournies par les instituts de recherche, seront essentielles dans la prévention des conflits qui affectent non seulement la demande de ressources naturelles, mais également le bien-être des communautés ». ⁶⁷⁷

927. Face à cette position ambiguë de l'État colombien et à l'absence d'autorités judiciaires spécialisées sur les questions relatives à l'environnement en Colombie, et dans un contexte de conflits réitérés mis en évidence par la jurisprudence de la Cour

⁶⁷⁵ Sbdar C., "Tribunales especializados para la tutela efectiva del ambiente", *op. cit.*

⁶⁷⁶ Pring G., Pring C., *Environmental Courts & Tribunals*, *op. cit.*

⁶⁷⁷ El Universal, *Minambiente propuso crear tribunales especializados en temas ambientales* [en ligne], [consulté le 14 septembre 2018], <http://www.eluniversal.com.co/colombia/minambiente-propuso-crear-tribunales-especializados-en-temas-ambientales-287662>

constitutionnelle et qui ont constitué des obstacles pour l'exploitation économique du sous-sol par l'État, il convient de se demander si la création d'autorités judiciaires spécialisées réglant les conflits liés à l'environnement en Colombie peut servir à dépasser ces difficultés et permettre ainsi une meilleure exploitation économique du sous-sol en harmonie avec l'environnement **(1)**. Dans l'affirmative, quelles autorités de ce type doivent-elles être créées en Colombie, étant donné la nature des conflits que nous avons étudiés plus haut **(2)** ?

1. Une juridiction environnementale est-elle nécessaire en Colombie ?

928. Depuis la Déclaration sur la justice, la gouvernance et le droit au service de la durabilité du point de vue de l'environnement présentée lors de la Conférence Rio+20 en 2012 par de hauts représentants de la communauté juridique internationale à l'adresse des chefs d'État et de gouvernement et de la communauté mondiale en général, le rôle des cours et des tribunaux dans la protection de l'environnement a été souligné : « la viabilité de l'environnement n'est possible que si l'on dispose, entre autres, de mécanismes de résolution des différends accessibles, justes, impartiaux et rapides. D'après cette déclaration, ces mécanismes doivent compter tant des connaissances spécialisées en matière de justice environnementale de la part des opérateurs de justice, que des procédures et remèdes novateurs touchant l'environnement »⁶⁷⁸.

929. Dans les pays ayant adopté les cours et tribunaux environnementaux, comme nous l'avons vu plus haut, ceux-ci comptent des spécialistes des questions liées à l'environnement, ce qui permet un jugement plus informé que celui que peut rendre une juridiction civile, constitutionnelle ou administrative. On peut en effet affirmer que la compréhension des conflits environnementaux exige des connaissances hautement techniques et que leur solution est incertaine⁶⁷⁹. La solution d'une controverse relative à l'environnement ne peut être restreinte à la discussion entre avocats et juges, mais doit inclure des professionnels de disciplines pouvant contribuer à la solution d'une dispute environnementale⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ Pring G., Pring C., *Environmental Courts & Tribunals*, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁷⁹ *Ibidem*

⁶⁸⁰ Burdyslaw C., “¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo?”, *op. cit.*

930. Les tribunaux environnementaux de Suède ou de l'État de Nouvelle-Galles-du-Sud (Australie), composés autant de juges ayant une formation technique que d'avocats, se sont montrés à la hauteur de la solution de ce type de controverses. Cependant, la composition interdisciplinaire de ces tribunaux n'est pas la règle. Parfois, les tribunaux environnementaux sont composés en totalité d'avocats spécialisés en droit environnemental.⁶⁸¹

931. Exiger que les membres d'un tribunal environnemental aient une formation spécifique est bien entendu une façon plus que souhaitable d'aborder la question de la spécificité des conflits environnementaux. Cependant, ce n'est pas la seule. Le tribunal environnemental du Vermont, par exemple, traite la spécificité des questions liées à l'environnement par le biais de la formation continue de ses juges. Cette formation se centre, bien sûr, sur le droit environnemental, mais elle contient également une part importante de questions permettant aux juges d'évaluer les preuves scientifiques et techniques « d'une oreille critique (...) au-delà des titres d'un expert en particulier ».⁶⁸²

932. Une juridiction spéciale relative à l'environnement peut également être utile pour apporter une solution à l'accumulation de processus en suspens, problème qui afflige certains systèmes judiciaires⁶⁸³. Un autre avantage de ce type de tribunaux est qu'ils peuvent, par l'étude d'un cas particulier, « couvrir les différentes lois relatives à l'environnement dans leur ensemble (...) »⁶⁸⁴, chose que les tribunaux ordinaires n'ont pas l'habitude de faire lorsqu'ils rendent la justice sur des questions d'ordre environnemental. Cet avantage peut être déterminant quant à l'intégration des « lois relatives à l'environnement et de celles qui réglementent l'utilisation du territoire »⁶⁸⁵, bien que peu d'ordres juridiques aient réussi à le faire jusqu'à présent. Un tribunal spécialisé sur les questions liées à l'environnement peut « examiner de façon simultanée tous les permis environnementaux relatifs aux besoins de développement (...) au lieu que différentes

⁶⁸¹ Burdyslaw C., “¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo?”, *op. cit.*

⁶⁸² Wright M., “The Vermont Environmental Court”, *Journal of court innovation*, [en ligne], 2010 [consulté le 3 octobre 2018], http://www.courts.state.ny.us/court-innovation/Winter-2010/JCI_Winter10a.pdf

⁶⁸³ ONU, *Environmental justice comparative experiences in legal empowerment*, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁸⁴ Minaverry C., “El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina”, *op. cit.*, p. 106.

⁶⁸⁵ *Ibidem*

autorités prennent ces décisions à différents moments et avec des résultats différents, voire parfois contradictoires »^{686, 687}.

933. L'expérience des pays ayant adopté les tribunaux et les cours spécialisés sur les questions liées à l'environnement permet également de conclure : qu'ils peuvent prendre des décisions non seulement meilleures, mais également plus rapides ; que leur fonctionnement peut rendre visible le labeur de l'État en matière de protection de l'environnement ; qu'ils peuvent devenir des forums publics de débat autour des questions liées à l'environnement ; qu'ils peuvent faire baisser les coûts du litige ; que la jurisprudence de ces tribunaux tend davantage à l'uniformité que la jurisprudence de tribunaux non spécialisés ; que ces tribunaux peuvent plus facilement accorder la priorité à des cas urgents, grâce à leurs connaissances spécifiques ; que ces tribunaux peuvent s'avérer plus créatifs lorsqu'il s'agit de formuler des solutions ; que ces tribunaux sont plus propices à la solution alternative de conflits que les tribunaux ordinaires⁶⁸⁸.

934. Malgré ces avantages, l'élaboration d'une juridiction spéciale pour les questions liées à l'environnement n'a pas été adoptée de façon universelle : certains pays ont considéré qu'il s'agissait d'une option trop coûteuse⁶⁸⁹. D'autres réserves à l'installation de tribunaux environnementaux concernent le fait qu'il est difficile de définir ce qui constitue une question environnementale et donc de définir la juridiction environnementale elle-même⁶⁹⁰, le fait que des juges non spécialisés ont une perspective plus ample leur permettant de résoudre des cas relatifs à l'environnement, ou au fait que les juges spécialisés peuvent avoir un biais en faveur de la protection de l'environnement

⁶⁸⁶ Minaverry C., "El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina", *op. cit.*

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 99.

⁶⁸⁸ Pring G., Pring C., *Environmental Courts & Tribunals*, *op. cit.*. Il convient de signaler que l'existence et le fonctionnement des tribunaux environnementaux ne signifient pas que s'ils prennent connaissance d'une controverse, ils ne puissent pas proposer une solution par le biais de mécanismes alternatifs de résolution de conflits. La conciliation, la médiation et l'arbitrage sont des mécanismes communs dans les pays disposant de tribunaux environnementaux. Il en est ainsi parce que les parties qui s'affrontent dans un conflit lié à l'environnement considèrent en général que les mécanismes alternatifs de résolution de conflits peuvent aboutir à de meilleurs résultats et élaborer des solutions « plus créatives que celles offertes par le système traditionnel ». Parfois, le mécanisme est utilisé pour lancer la procédure auprès des tribunaux (comme au Costa Rica). D'autre fois, les tribunaux disposent d'un « tribunal annexe » dirigé par le personnel du tribunal. Dans d'autres cas, les tribunaux font appel à des médiateurs externes qui peuvent être payés ou volontaires. Cf. Burdyslaw C., *op. cit.*, p. 117.

⁶⁸⁹ ONU, *Environmental justice comparative experiences in legal empowerment*, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁹⁰ Pring G., Pring C., *op. cit.*

et ne pas s'avérer capables d'harmoniser la protection de l'environnement avec le développement économique.⁶⁹¹

935. Laissant de côté les objections aux tribunaux spécialisés dans les questions relatives à l'environnement, les avantages que leur création a apportés aux pays les ayant adoptés, les engagements internationaux pris par la Colombie en matière de justice environnementale, qui à moyen ou long terme prévoient la création de tribunaux spécialisés et l'augmentation des conflits générés par l'exploitation économique du sous-sol en Colombie constituent des raisons suffisantes pour penser qu'une autorité judiciaire de ce type est nécessaire.

2. Caractéristiques d'une possible juridiction environnementale en Colombie

936. En principe, les normes internationales sur la question devraient guider la Colombie dans la création de tribunaux spécialisés sur les questions relatives à l'environnement. Comme nous l'avons mentionné plus haut, 14 pays d'Amérique latine ont récemment signé l'Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes, adopté à Escazú (Costa Rica) le 4 mars 2018. L'État colombien, bien qu'il a activement participé à la conception de cet instrument juridique, ne l'a pas encore signé.

937. L'article 8 de ce traité fait référence à l'« Accès à la justice à propos des questions environnementales ». D'après cet article, tous les États signataires doivent garantir à leurs citoyens l'accès à la justice afin de contester et faire appel de toute décision liée à l'accès à l'information, à la participation publique aux processus décisionnels environnementaux, ou « qui affecte ou pourra affecter de manière défavorable l'environnement ou contrevenir aux normes juridiques liées à l'environnement »⁶⁹².

938. Pour assurer à leurs citoyens le droit de contester et faire appel de ce type de décisions, cet accord prévoit, entre autres mesures, que les États créent des « organes

⁶⁹¹ Pring G., Pring C., *Environmental Courts & Tribunals*, *op. cit.*

⁶⁹² Accord régional sur l'accès à l'information, article 8, alinéa 2, paragraphe c.

étatiques compétents ayant accès aux connaissances spécialisées en matière d'environnement »⁶⁹³, et doivent garantir des « mesures pour faciliter la production de la preuve du dommage environnemental (...), comme le renversement de la charge de la preuve et la charge dynamique de la preuve »⁶⁹⁴, ainsi que des « mécanismes d'exécution et de respect opportuns des décisions judiciaires et administratives »⁶⁹⁵.

939. En outre, les États signataires s'engagent à faciliter l'accès à une justice environnementale, en réduisant « les barrières à l'exercice du droit d'accès à la justice »⁶⁹⁶. Pour cela, ils s'engagent entre autres mesures à répondre « aux besoins des personnes ou groupes en situation de vulnérabilité à travers l'établissement de mécanismes de soutien, y compris l'assistance technique et juridique gratuite, selon qu'il convient »⁶⁹⁷. Les États s'engagent également à promouvoir « des mécanismes alternatifs de règlement des différends à propos des questions environnementales, selon qu'il convient, comme la médiation, la conciliation et d'autres qui permettent de prévenir ou résoudre ces différends ». ⁶⁹⁸

940. Cet accord, non encore signé par la Colombie, est la norme qui oriente la création de ce type de tribunaux en Amérique latine. Il convient de remarquer que l'accord parle « d'organes étatiques compétents ayant accès aux connaissances spécialisées en matière d'environnement » et non d'organes judiciaires en tant que tels. Cela laisserait la porte ouverte à la création d'organes administratifs et non judiciaires par la Colombie. Cette option, bien qu'elle a porté ses fruits dans d'autres pays, ne semble pas s'ajuster aux besoins de la Colombie. La solution à un conflit environnemental prise dans un contexte administratif permettrait forcément un recours auprès du pouvoir judiciaire, ce qui à long terme générerait insécurité juridique et incertitude. Comme nous l'avons montré au chapitre précédent, l'idéal serait que la participation citoyenne, la satisfaction du droit à la participation, notamment en ce qui concerne les projets d'exploitation du sous-sol, ait lieu par voie administrative.

⁶⁹³ Ibid, article 8, alinéa 3, paragraphe a.

⁶⁹⁴ Ibid, article 8, alinéa 3, paragraphe e.

⁶⁹⁵ Ibid, article 8, alinéa 3, paragraphe f.

⁶⁹⁶ Ibid, article 8, alinéa 4, paragraphe a.

⁶⁹⁷ Ibid, article 8, alinéa 5.

⁶⁹⁸ Ibid, article 8, alinéa 7.

941. Quant à la composition de potentiels tribunaux environnementaux en Colombie, il serait souhaitable qu'ils soient mixtes, c'est-à-dire qu'ils soient composés tant d'avocats ayant une formation spécialisée en droit environnemental comme de personnes possédant une formation scientifique spécialisée ainsi que d'expériences du secteur public et privé. Dans les cas où le conflit environnemental découle de projets d'exploitation économique du sous-sol, il convient de déterminer si ceux-ci peuvent entraîner un impact sur la communauté ou les sources hydriques, ou en général sur l'écosystème dans lequel ils sont menés. Le degré de l'impact et si celui-ci est acceptable ou non doivent être déterminés. De tels aspects échappent au domaine de connaissances d'un avocat, ce qui justifie en principe que les tribunaux environnementaux qui pourraient être créés en Colombie soient dotés de cette composition mixte.

942. À l'avenir, l'exploitation économique du sous-sol en Colombie exige que les conflits en la matière soient abordés dans deux sphères : en premier lieu dans la sphère administrative, qui doit canaliser la participation citoyenne et qui doit rechercher le consensus, et en deuxième lieu dans la sphère judiciaire, chargé de régler les controverses découlant de l'absence de consensus dans la sphère administrative. Ce second domaine requiert, comme nous l'avons dit, l'indépendance de l'autorité des juges ainsi que les connaissances spécialisées qu'exigent les conflits environnementaux. La satisfaction du droit à la participation dans la sphère administrative et la satisfaction du droit d'accès à la justice environnementale offrirait la stabilité juridique dont ne jouit pas actuellement l'exploitation économique des ressources naturelles non renouvelables en Colombie.

§2. Vers un modèle de développement basé sur l'égalité et la durabilité

943. L'épuisement prochain et irrémédiable des réserves de ressources naturelles non renouvelables a fait apparaître la perspective d'un avenir dans lequel ces ressources n'aient pas le rôle central dans le développement économique qu'elles ont eu jusqu'à présent. L'impact négatif sur l'environnement de leur exploitation a également eu une influence sur l'émergence de réflexions autour d'un avenir économique dans lequel l'humanité ne dépend pas de cette exploitation et n'a donc pas à endurer ses effets.

944. En Colombie, un avenir dans lequel le développement économique de la Nation ne dépend pas de l'exploitation du sous-sol devra passer par le développement du monde

rural. En réalité, la place du monde rural dans le développement économique de la Colombie a toujours fait l'objet de discussions et a été source de conflits. Les intérêts contradictoires quant à l'utilisation économique du territoire ont été portés devant les juges ainsi que confrontés dans la violence et le sang. La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle constitue une illustration du premier cas, puisqu'elle a enregistré les conflits survenant autour de l'exploitation économique du sol dans le monde rural, c'est-à-dire autour de la question de savoir s'il convenait de semer des aliments ou d'exploiter des minéraux à un endroit ou à un autre, et s'il revenait à la municipalité, la Nation ou une communauté en particulier de prendre des décisions à ce sujet. L'histoire récente de la Colombie, marquée par la violence surgie en grande partie de l'iniquité dans la distribution des terres cultivables, illustre le deuxième cas.

945. L'Accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable signé entre le gouvernement colombien et la guérilla des FARC vise à résoudre en partie ce conflit, en mettant de nouveau le monde rural sous les projecteurs, principalement par la promotion du développement de l'agriculture et la stimulation de la paysannerie victime ou non du conflit. Pour cette raison, l'Accord comprend donc des dispositions concernant la démocratisation de la propriété de la terre dans les zones rurales (question à l'origine du conflit en Colombie) ou la restitution de terres aux victimes déplacées à cause du conflit. Ces mesures doivent être mises en œuvre au cours des 20 prochaines années. Précisons que l'Accord de paix ne propose aucun débat autour de la propriété de l'État ou de la façon dont l'État exploite les ressources minières au plan économique, et ne propose pas non plus un nouveau modèle économique de développement. Néanmoins, si les gouvernements futurs souhaitent être cohérents avec l'esprit des Accords en matière économique, ils devront promouvoir un modèle de développement économique agricole à partir de changements structurels progressifs.

946. Cela pourrait constituer le premier pas vers le traçage d'une nouvelle voie permettant la transition post-extractiviste, vers un autre modèle de développement plus conciliant avec les droits des personnes et l'environnement, et donc moins générateur de conflits. Il est donc nécessaire d'analyser les antécédents des modèles économiques de développement testés dans le passé **(A)** ainsi que les défis de l'État quant à l'exploitation de la propriété du sous-sol **(B)**.

A. Les modèles économiques de développement du passé

947. Tout au long de son histoire, la Colombie a montré un intérêt économique important pour l'exploitation des ressources du sous-sol, ce qui a justifié qu'il devienne un pays dépendant de la richesse minérale. Ceci, bien que des modèles alternatifs de développement aient été testés auparavant à partir de l'une des autres grandes richesses de l'État : l'exploitation du monde rural. Or les conditions économiques et politiques de l'époque ont conduit à l'échec de ces modèles (1). Cependant, l'Accord de paix propose à nouveau le développement du monde rural comme une alternative de développement dans des conditions plus favorables, mais également sur la base d'engagements plus importants (2).

1. L'échec d'un modèle économique de développement basé sur l'exploitation agraire

948. Au cours des années 20 en Colombie, deux visions distinctes du développement économique du pays s'affrontaient : l'une encouragée par l'arrivée de capitaux depuis les États-Unis à la suite de l'approbation du Traité Urrutia-Thompson⁶⁹⁹ et qui préconisait l'industrialisation du pays, et l'autre, basée sur la propriété de la terre⁷⁰⁰. Cette dernière vision, enracinée dans la façon dont la propriété de la terre avait été distribuée à l'époque de la Conquête espagnole, dans les réformes proposant à la fin du XIXe siècle une propriété « basée sur le monopole et excluant la terre »⁷⁰¹, dans les grandes concessions de terre octroyées en 1827 et en 1931, et dans la croissance des exploitations agricoles encouragée par l'augmentation du prix du café, qui s'approprièrent des terrains en friche et des terres appartenant à des communautés autochtones⁷⁰².

949. C'est justement la spoliation de terres aux autochtones qui a été source de violences : les autochtones du Cauca menés par Quintín Lame ont pris les armes⁷⁰³ afin de fonder une « Petite République » indépendante de la « grande » République des propriétaires terriens

⁶⁹⁹ Ce traité a mis fin aux différends entre les États-Unis et la Colombie provoqués par le soutien des États-Unis à la séparation du Panama de la Colombie en 1903. En vertu de ce traité, les États-Unis ont payé à la Colombie la somme de 25 millions de dollars à titre d'indemnisation. Cf. Caballero A., *Historia de Colombia y sus Oligarquías (1498-2017)*, Crítica, 2018.

⁷⁰⁰ Fajardo D., *Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, p. 6.

⁷⁰¹ *Ibidem*

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ Caballero A., *op. cit.*

blancs⁷⁰⁴. La rébellion autochtone de Quintin Lame a été réprimée, tout comme le seront tous les soulèvements armés surgis tout au long du XXe siècle en Colombie.

950. L'État colombien a répondu au conflit né de l'iniquité de la propriété des terres agraires par la mise en œuvre de réformes agraires. Enrique Olaya Herrera, premier président de la République libérale⁷⁰⁵ a fait face à la crise dans laquelle était plongée la Colombie en raison des « conflits liés à la terre des années précédentes »⁷⁰⁶ en menant une « politique de parcellisation des grands domaines agricoles impliqués dans ces conflits et d'attribution des terrains en friche à des colons »⁷⁰⁷. Au cours des deux premières années de gouvernement d'Olaya Herrera, trois lois relatives aux terrains en friche furent publiées⁷⁰⁸ afin de permettre le développement du monde rural et l'augmentation de la production d'aliments. En 1933, Olaya Herrera présenta un projet de Régime des terres qui avait pour objet de résoudre deux problèmes : « la légalité des titres des exploitations agricoles et la délimitation des propriétés particulières et des terrains en friche de la Nation »⁷⁰⁹. Ce projet de loi ne fut pas approuvé par le Congrès⁷¹⁰. Le ministre des Industries du gouvernement d'Olaya Herrera, Francisco José Chau, affirmait dans sa défense du projet de loi que les conflits dans le monde rural colombien étaient dus à une grave confrontation de facteurs juridiques (titres de propriété) et de facteurs économiques (besoins des paysans), problème qui avait déjà été signalé avec insistance par plusieurs dirigeants libéraux, dont Jorge Eliécer Gaitán, Alejandro López et Carlos Lleras Restrepo⁷¹¹.

951. Le président Olaya échoua dans sa tentative de résoudre l'iniquité de la propriété de la terre, comme échoua son successeur, un autre libéral : Alfonso López Pumarejo. Arrivé à la présidence en 1934, il est connu pour avoir mené ce qu'il appela lui-même « La révolution

⁷⁰⁴ Caballero A., *Historia de Colombia y sus Oligarquías (1498-2017)*, op. cit.

⁷⁰⁵ La République libérale correspond à la période comprise entre 1930 et 1946, lorsque la Colombie a été gouvernée principalement par des présidents libéraux à la suite de l'Hégémonie conservatrice au cours de laquelle les dirigeants de la Colombie étaient conservateurs. Caballero A., *ibidem*

⁷⁰⁶ Centro de Memoria Histórica, *Tierras y conflictos rurales: historia, políticas agrarias y protagonistas*, Bogotá, CMH, 2016, p. 64.

⁷⁰⁷ « Et pour résoudre les graves conflits agraires dans le département de Cundinamarca, Tolima et d'autres régions du pays, le gouvernement conservateur de Miguel Abadía Méndez conçut une colonisation dirigée et décréta des zones spéciales d'attribution de terrains en friche sur lesquels existaient des fermes, mais dont les terres non cultivées avaient été occupées par des colons et des locataires. De grandes exploitations agricoles furent également expropriées et leurs propriétaires indemnisés afin d'octroyer des parcelles aux paysans qui remettaient en question les titres de propriété et le régime de travail des exploitations », *ibidem*, p. 64.

⁷⁰⁸ Loi 5 de 1930, Loi 62 de 1930 et Loi 25 de 1931.

⁷⁰⁹ *Ibidem*

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ *Ibid.*

en marche »⁷¹². Au cours de son gouvernement, la loi 200 de 1936, première et dernière loi colombienne de réforme agraire, fut adoptée⁷¹³. Cette loi n'avait pas d'objectif de redistribution, mais visant l'augmentation de la productivité et la légalité des titres⁷¹⁴. Elle ne niait pas la propriété, mais affirmait la valeur sociale de l'exploitation économique de la terre. Le gouvernement de López augmenta les impôts sur la « détention de terres pas suffisamment utilisées à des fins productives »⁷¹⁵ et acheta des propriétés dans certaines régions afin de les diviser et de les distribuer parmi les paysans⁷¹⁶. Bien que les mesures du gouvernement de López atténuèrent le mécontentement dans le monde rural⁷¹⁷⁷¹⁸, l'opposition à ces décisions fut si forte que la majorité des réformes annoncées ne furent pas concrétisées. Lors de son second mandat (1942-1945), en raison justement de la pression des grands propriétaires terriens et des commerçants⁷¹⁹, la loi 100 de 1944 fut adoptée, dont l'application signifia l'expulsion des locataires, la paupérisation des paysans et l'aggravation des inégalités dans la propriété de la terre⁷²⁰.

952. L'incapacité des États à résoudre le problème de l'iniquité de la terre est en grande partie liée à l'apparition de groupes de guérilla qui au cours des années 60 s'organisèrent, se renforcèrent et construisirent leurs bases idéologiques. Le 20 juillet 1964, les Forces armées révolutionnaires de Colombie adoptèrent le « Programme agraire des guérilleros des FARC-EP ». Dans ce programme, le groupe insurgé identifiait la « furie latifundiste » comme son ennemi, et revendiquait son origine paysanne.⁷²¹

953. Les points du programme agraire des FARC sont résumés de la façon suivante : le premier concerne la confiscation de la « propriété latifundiste » pour la remettre « aux paysans qui la travaillent ou veulent la travailler »⁷²² ; le second est relatif à l'octroi aux

⁷¹² Bushnell D., *Colombia: Una nación a pesar de sí misma*, Editorial Planeta Colombiana S.A,

⁷¹³ *Ibidem*, p. 257.

⁷¹⁴ De Zubiria S., *Dimensiones políticas y culturales en el conflicto colombiano*, p. 20.

⁷¹⁵ Bushnell D., *op. cit.*, p. 257.

⁷¹⁶ *Ibidem*

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ Caballero A., *Historia de Colombia y sus Oligarquías (1498-2017)*, *op. cit.*

⁷¹⁹ *Ibidem*

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ « Nous avons été victimes de la furie latifundiste et militaire parce qu'ici, dans cette région de la Colombie, les intérêts des grands seigneurs de la terre prédominent, ainsi que les intérêts liés à la réaction la plus obscurantiste du pays », FARC-EP, *Programme agraire des guérilleros des FARC-EP* [en ligne], publié le 2 avril 1993, [consulté le 30 septembre 2018], <https://www.farc-ep.co/octava-conferencia/programa-agrario-de-los-guerrilleros-de-las-farc-ep.html>

⁷²² FARC-EP, *Programme agraire des guérilleros des FARC-EP*, *op. cit.*

paysans de titres de propriété des terres qu'ils travaillent et qui faisaient partie d'une grande exploitation agricole ; le troisième vise le respect de la propriété des paysans riches qui travailleraient personnellement la terre ; le quatrième se rapporte la création d'un système de crédit spécial pour les paysans ; le cinquième fait état de l'établissement de prix minimum des productions agricoles afin de garantir la survie des paysans ; le sixième porte sur la restitution aux peuples autochtones des terres spoliées par les grands propriétaires terriens ; le septième touche la consolidation de ce programme, qui devait être promu par les paysans colombiens et un « Front uni » national regroupant différentes forces populaires, et le huitième point consisterait « en temps voulu » en la promulgation de la Première loi de politique agraire révolutionnaire.

954. Les gouvernements des dernières décennies du XXe siècle en Colombie, qui durent faire face à la guérilla des FARC et à d'autres guérillas les ayant suivis, ont échoué comme leurs prédécesseurs à apporter une sortie institutionnelle au problème de l'iniquité quant à la propriété de la terre, et donc au problème de développement économique du monde rural. Le gouvernement d'Alberto Lleras Camargo tenta une réforme agraire qui, comme les précédentes, se solda par un échec⁷²³. Quatre ans après, une autre réforme proposée par Carlos Lleras Restrepo échoua également⁷²⁴. Le gouvernement de Misael Pastrana (1970-1974) ne fit même pas de tentative à ce sujet, mais scella une alliance avec l'Église et les grands propriétaires terriens afin d'empêcher toute tentative d'apporter une solution institutionnelle à la question, par le biais des lois 4 de 1973 et 6 de 1975⁷²⁵.

2. Le développement du monde rural : l'alternative proposée par l'Accord de paix

955. La question de la propriété de la terre s'est aggravée dans les dernières décennies. En 2016, la distribution de la terre en Colombie était la quatrième la plus inégale d'Amérique latine : « 704 exploitations (d'une taille moyenne de 49 135 hectares chacune) contrôlent la moitié des terres »⁷²⁶. À la spoliation endurée par les petits propriétaires au cours de la période de la « Violencia » et du « Frente Nacional » est venue

⁷²³ Caballero A., *Historia de Colombia y sus Oligarquías (1498-2017)*, op. cit.

⁷²⁴ *Ibidem*

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ Portafolio, « Colombia: el país de la región más desigual en distribución de tierras », [en ligne], publié le 7 juillet 2017, [consulté le 30 septembre 2018].

s'ajouter la spoliation causée par l'offensive paramilitaire⁷²⁷ contre les groupes insurgés dans les dernières décennies du XXe siècle.

956. Il n'est donc pas surprenant que le premier point de l'Accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable signé entre le gouvernement colombien et la désormais disparue guérilla des FARC porte le nom de Réforme agraire intégrale et vise le développement économique du monde rural grâce à une distribution équitable de la propriété de la terre, sa formalisation et son exploitation en harmonie avec l'environnement.

957. Le gouvernement national et les FARC ont considéré que le cadre de la Réforme rurale intégrale (RRI), premier point de l'Accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable doit fournir les « bases de la transformation structurelle du monde rural » et créer des « conditions de bien-être pour la population rurale » afin de contribuer « à la construction d'une paix stable et durable »⁷²⁸. Ainsi, l'on espère que la RRI « transforme la réalité sociale et économique du monde rural et aide à éradiquer la pauvreté grâce à des critères d'équité, d'égalité et de démocratie »⁷²⁹.

958. La transformation annoncée suppose l'adoption de mesures encourageant « l'utilisation adéquate de la terre selon sa vocation » et « la formalisation, restitution et distribution équitable » de sa propriété. Sur ce dernier point, l'Accord de paix coïncide avec l'esprit des réformes agraires manquées de la République libérale du XXe siècle et avec le programme des FARC lui-même, adopté par cette guérilla dans les années 70. C'est-à-dire qu'aussi bien le gouvernement colombien que les FARC ont convenu que le principal problème du développement du monde rural en Colombie était, au moment de la signature de l'Accord, le même que celui du siècle passé : la distribution inégale de la propriété de la terre et son manque de formalisation. Pour cette raison, la transformation structurelle du monde rural requiert la garantie de « l'accès progressif à la propriété rurale des habitants du monde rural (...), par la régularisation et la démocratisation de la propriété ainsi que la

⁷²⁷ La Loi relative aux victimes (Loi 1448 de 2011) prévoit la restitution de leurs terres à ceux qui ont été récemment spoliés, afin d'inverser la contre-réforme agraire produite par l'offensive paramilitaire au cours des années 90.

⁷²⁸ Gouvernement national et FARC-EP, Accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable, Point 1.

⁷²⁹ *Ibidem*

promotion de la déconcentration de la terre, conformément à sa fonction sociale »⁷³⁰. La régularisation de la propriété agraire est un principe de la mise en œuvre de ce premier point : les parties ont convenu qu'il était nécessaire de lutter contre « l'illégalité dans la possession et la propriété de la terre » et de garantir les droits des détenteurs et des propriétaires légitimes « de façon à ce que l'on n'ait plus recours à la violence pour résoudre les conflits liés à la terre »⁷³¹. Le premier point fait également référence à l'adoption de mécanismes pour que le plus grand nombre possible d'habitants du monde rural « sans terre ou ne possédant pas suffisamment de terre, puisse accéder à celle-ci »⁷³².

959. L'inégale distribution de la propriété de la terre n'est qu'un aspect du modèle de développement rural présenté dans l'Accord final. Le « développement rural intégral » est considéré comme « déterminant pour promouvoir l'intégration des régions et le développement social et économique équitable du pays »⁷³³, garantissant ainsi l'équilibre entre les différents modes de production existants dans le monde rural : l'agriculture familiale, l'agro-industrie, le tourisme, l'agriculture commerciale à grande échelle.

960. Les conditions nécessaires à la réalisation de cette transformation couvrent des questions de nature politique, environnementale, économique et d'infrastructure. La condition politique de la transformation structurelle du monde rural serait la participation des communautés à « la planification, la mise en œuvre et le suivi des différents plans et programmes convenus ». La condition environnementale de cette transformation serait un « ordre socio-environnemental durable ». La condition économique (qui dépend directement de la distribution équitable de la propriété agraire) est « l'économie paysanne familiale et communautaire » essentielle au développement du monde rural et de la Nation, à l'éradication de la pauvreté et à la création d'emplois dignes et formels. Enfin, l'infrastructure routière et les services publics que requièrent le monde rural colombien pour leur développement constituent une autre condition nécessaire à sa transformation.

961. Parmi les conditions nécessaires à la transformation structurelle du monde rural, les conditions économiques et environnementales déterminent la façon dont le développement

⁷³⁰ Gouvernement national et FARC-EP, Accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable.

⁷³¹ *Ibidem*

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ *Ibid.*

intégral du monde rural doit se faire : son amplitude, sa portée (si l'on considère l'enracinement des problèmes que l'on prétend résoudre) et ses limites.

B. Les défis de l'exploitation de la propriété de l'État dans le cadre des Accords de paix

962. La politique d'exploitation du sous-sol à partir d'un modèle extractiviste dans un contexte post-Accord implique de repenser le sens de la justice sociale et environnementale. C'est justement ce que revendiquent les communautés et les territoires actuellement. Par conséquent, l'État peut insister sur l'évaluation économique des ressources du sous-sol, mais de façon cohérente avec les inégalités et les conflits socio-environnementaux que produit clairement leur exploitation. Ceci nous permet de penser qu'à l'avenir l'État proposera des politiques différenciées d'exploitation des ressources à partir d'une approche territoriale qui rapproche les territoires de ces principes de justice qu'ils réclament (1). Bien que d'autres défis perdurent, comme le conflit entre l'exploitation des ressources minières et la possibilité des victimes de se voir restituer leurs terres (2).

1. Politiques d'exploitation des ressources du sous-sol avec une approche territoriale

963. Étant donné que l'exploitation des ressources du sous-sol ne présente pas des conditions de développement et des impacts homogènes sur l'ensemble du territoire national, la mise en œuvre d'une politique dotée d'une approche territoriale impliquant le gouvernement, les autorités régionales et municipales ainsi que les communautés est nécessaire.

964. En termes de territoire, il est important de remarquer que l'État, en tant que facilitateur de l'accès au sous-sol, doit avoir une vision claire des zones stratégiques d'exploitation, des zones à restriction environnementale et de la présence des communautés ethniques. Il ne s'agit pas d'autoriser une exploitation débridée des ressources, mais de l'organiser et d'éviter de futurs conflits d'intérêts.

965. L'environnement est, comme dans le cas de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables, source et limite du développement économique, et l'exploitation est

interdite dans les zones dotées d'une richesse environnementale particulière. Dans l'Accord de paix, cette limite environnementale au développement du secteur agricole est appelée la « frontière agricole » et doit découler des transformations économiques, politiques et sociales dans chacun des territoires.

966. Ainsi, la frontière agricole sépare la terre pouvant faire l'objet d'une exploitation agricole (ou minière) de celle qui ne peut l'être, en raison de sa valeur environnementale : les réserves forestières, les zones présentant une forte biodiversité, les écosystèmes fragiles et stratégiques, les bassins hydriques, les plateaux andins et les marécages et autres sources hydriques.⁷³⁴ Le gouvernement colombien s'est engagé à délimiter ces zones dans les deux années suivant la signature de l'Accord.

967. La délimitation de ces zones est donc une nécessité tant pour le développement économique du monde rural que pour l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables. Dans ce dernier cas, la Cour Constitutionnelle a tranché en faveur de la protection des écosystèmes sensibles des effets négatifs de l'exploitation du sous-sol.⁷³⁵ Les avantages économiques que pourrait apporter l'exploitation économique de ces zones ne justifie pas de sacrifier les « services environnementaux » que ces zones peuvent apporter à la Nation colombienne. Ainsi l'a envisagé la Cour, et dans ce qui constitue un clair exemple d'activisme judiciaire, elle est même allée jusqu'à combler le manque de délimitation de ces zones (notamment des plateaux andins) en considérant que les facultés des autorités environnementales pour exercer une surveillance sur ces zones ne garantissaient pas leur protection. La Cour a considéré que le pouvoir exécutif était sujet à la pression d'obtenir des ressources pour couvrir les besoins de la population, ce qui l'inciterait à délimiter ces zones à la hâte, sans tenir compte des effets à long terme de la décision d'accorder la primauté à l'exploitation économique d'une zone d'une valeur environnementale et d'une fragilité particulières (comme les plateaux andins) plutôt qu'à son importance environnementale.⁷³⁶

968. L'objectif du gouvernement colombien et des FARC présenté dans l'Accord final consistant à fermer la frontière agricole est une nécessité pour le développement durable en

⁷³⁴ Accord final, 1.1.10.

⁷³⁵ Colombie, Cour Constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷³⁶ Colombie, Cour Constitutionnelle, Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Colombie, non seulement en ce qui concerne l'exploitation agricole, mais également pour ce qui touche à l'exploitation économique du sous-sol. La frontière agricole pourrait en effet coïncider avec la frontière qui sera tracée pour séparer les zones du territoire colombien dont le sous-sol peut être exploité des autres. Tracer cette frontière n'est pas seulement un engagement qu'a pris le gouvernement colombien en vertu de l'Accord final, mais une exigence du développement économique colombien.

969. L'instrument permettant de matérialiser cet objectif est constitué par les Plans de développement territorial (PDT), qui sont des mécanismes techniques d'articulation des décisions du gouvernement central avec les attentes et les capacités des gouvernements locaux. Ces Plans peuvent être compris comme des espaces démocratiques dans lesquels la participation des communautés va être décisive pour la prise de décisions concernant le développement économique de leurs territoires. Attendu que la mise en œuvre de ces Plans est une obligation pour le gouvernement national, il serait intéressant de penser que ce mécanisme pourrait s'élargir afin de servir aussi à la prise de décisions quant à l'exploitation économique du sous-sol. Cette idée est pertinente, si l'on pense que ces plans et en général les institutions dont la création est prévue par le premier point de l'Accord ont pour aspect central la prise de décisions concernant l'utilisation du sol, conformément à leur vocation. Dans les zones où ces plans sont appliqués, ils peuvent constituer un mécanisme permettant d'aboutir à des Accords dotés d'une approche territoriale vis-à-vis de l'utilisation du sol et de l'exploitation du sous-sol, un espace qui serait propice à l'harmonisation du développement et de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables à partir de la reconnaissance de la pluralité et du respect de l'autonomie des communautés quant aux décisions relatives à la vie du territoire.

2. Les inconvénients de l'exploitation des ressources du sous-sol pour la restitution des terres

970. Concernant cette question, il convient de signaler la situation particulière créée par la signature de l'Accord de paix avec le groupe guérillero des Farc, qui reconnaît que « *le développement économique doublé de justice sociale et en harmonie avec l'environnement constitue une garantie de paix et de progrès* ». L'Accord représente tout juste le point de départ d'un processus de construction de la paix long et complexe dans lequel les négociateurs ont souhaité accorder une considération particulière aux victimes

et à l'inclusion, mais qui doit créer des liens de confiance avec tous les acteurs impliqués. Ce processus constitué de cinq points centraux autour desquels l'Accord se structure, plus un point supplémentaire concernant la mise en œuvre, la vérification et la ratification.

971. Bien que ces questions aient représenté le cœur du débat, il n'est pas exclu que d'autres questions ayant pu être laissées de côté pendant la négociation puissent être incluses ou que des points se révélant vagues ou incohérents soient modifiés. En particulier pour l'administration initiée en août 2008, dont on espère, au-delà des idéologies, qu'il s'engage à construire la paix.

972. Des entités comme la Commission historique du conflit et ses victimes⁷³⁷ (CHCV) ont montré que l'accumulation indue de propriétés rurales constitue l'une des principales sources du conflit armé en Colombie. En ce sens, tant le gouvernement national que les Farc ont reconnu qu'une réforme agraire « intégrale » était nécessaire afin de redistribuer la propriété rurale comme une forme d'indemnisation des problèmes du passé.

973. La Réforme rurale intégrale (RRI) vise différents objectifs. En premier lieu, améliorer le bien-être de la population rurale, en faisant la promotion de l'intégration des régions afin de contribuer à réduire les brèches entre les sphères urbaines et rurales, et en deuxième lieu, aider au rétablissement des droits de milliers de déplacés dont les terres ont été spoliées. Il s'agit donc d'une mesure de réparation considérée comme prioritaire au sein du processus de mise en œuvre. En conséquence, la formalisation et la restitution des terres sont primordiales, car cela va garantir aux victimes du conflit armé de récupérer les terrains leur ayant été spoliés ou qu'ils ont abandonné à cause de la guerre. La condition de base est donc que l'État leur reconnaisse ou leur rende leur titre de propriété.

⁷³⁷ La CHCV est issue d'un accord entre les représentants du gouvernement national et les délégués des Forces armées révolutionnaires de Colombie entériné le 5 août 2014 par la Table des négociations de La Havane dans le cadre de l'Accord et de la feuille de route approuvés par les parties. La Commission est composée de douze experts et de deux rapporteurs et est chargée de produire un rapport sur les origines et les multiples causes du conflit, les principaux facteurs et conditions ayant facilité ou contribué à sa persistance, et les effets et les impacts les plus notoires que le conflit a eus sur la population. Tiré de <http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/especiales/resumen-informe-comision-historica-conflicto-victimas/index.html> (consulté le 3 juin 2018).

974. La Loi 1448 de 2011⁷³⁸ inclut la restitution des terrains spoliés ou ayant été abandonnés en raison du conflit armé colombien parmi les mesures de réparation intégrale aux victimes du conflit armé. D'après la Loi relative aux victimes, les personnes propriétaires ou détentrices de terrains ou celles qui exploitent des terrains à l'abandon, ayant été ou étant victimes de spoliation ou d'abandon forcé de leurs terres à cause du conflit armé entre le 1er janvier 1991 et le 10 juin 2021 sont titulaires du droit de restitution. La mise en œuvre de l'Accord a permis d'identifier de nombreux concessionnaires miniers occupant ou exploitant des terrains qui avaient été spoliés ou abandonnés par leurs propriétaires en raison du conflit armé, propriétaires les réclamant désormais en vertu de la loi mentionnée précédemment.

975. En conséquence, certains titulaires de concessions minières disposant d'une autorisation pour l'exploitation économique des ressources minières d'une zone devaient à présent démontrer qu'ils ne profitaient pas du contexte violent ou de la vulnérabilité des personnes occupant autrefois ces territoires. L'autorité minière doit donc évaluer s'il y a eu ou non exploitation de mauvaise foi, ou examiner dans quelle mesure cela affecte l'activité minière autorisée et la jouissance de la terre par la ou les victime(s) du conflit.

976. La Loi relative aux victimes établit qu'en raison des enquêtes menées, les actes administratifs reconnaissant des droits ou octroyant des permis, concessions et autorisations pour l'exploitation des ressources naturelles dans la zone du terrain à restituer peuvent être déclarés nuls et nonavenus, ou encore suspendus. Cela crée à nouveau une certaine instabilité juridique pour les concessionnaires, qui tiennent pour acquis que l'État est propriétaire du sous-sol et qu'ils disposent d'un titre légitime leur permettant de développer des activités d'exploitation minière.

977. Cette situation oppose à nouveau deux intérêts légitimes : la politique de restitution des terres et la politique minière, les droits des victimes et le développement économique. Cependant, puisque les victimes du conflit armé sont considérées comme des sujets à protection renforcée et sont au centre des Accords, tous les cas ont accordé la

⁷³⁸ Loi 1448 de 2011 « *selon laquelle sont établies les mesures de prise en charge, assistance et réparation intégrale aux victimes du conflit armé interne ainsi que d'autres dispositions* ».

primauté à l'intérêt de celles-ci par rapport à l'intérêt économique visé par l'État par le biais d'une concession minière.

978. Depuis 2014, un travail interinstitutionnel coordonné entre l'Unité de restitution des terres et l'Agence nationale minière (ANM) est mené afin d'analyser de façon conjointe les cas impliquant exploitation minière et restitution. Au cours de la seule période comprise entre le 1er janvier et le 31 mars 2018, l'ANM a répondu à 220 demandes d'information liées à des processus de restitution de terres, envoyées par l'Unité de restitution des terres ainsi que des tribunaux⁷³⁹.

979. En effet, une coordination et articulation idoines avec toutes les branches et niveaux territoriaux de l'administration publique responsables des questions environnementales ou liées aux ressources minérales est indispensable au développement réussi d'une politique publique adéquate concernant la disposition des ressources du sous-sol de l'État. Comme le montre cette analyse, il existe des problèmes évidents d'intégration intersectorielle et de présence institutionnelle dans les régions, ce qui empêche d'exécuter une éventuelle politique minière de l'État viable et durable avec des critères et procédures clairs. Cela constitue un défi à venir pour l'État colombien.

Conclusion Section III

980. Le principe de justice environnementale a été développé récemment par la jurisprudence de la Cour, et notre étude met en évidence deux aspects importants en convergence : i) la justice sociale et ii) la participation citoyenne.

981. Le premier point relève d'un problème de répartition, d'attribution de la part de l'État des effets négatifs qu'une activité comme l'exploitation des ressources minières peut produire. Le principe de justice environnementale prévoit également par le droit de faire appel aux tribunaux judiciaires ou administratifs. À cela s'ajoute la prééminence du juge constitutionnel dans la résolution des conflits entre l'exploitation des ressources du sous-sol et d'autres droits. Certaines des décisions qu'il a adoptées ont créé insécurité et instabilité, justifiant le débat autour de la nécessité de juridictions spécialisées qui

⁷³⁹ Agence nationale minière, Rapport de gestion 2018, [en ligne], consulté le 1er juillet 2018, https://www.anm.gov.co/sites/default/files/informe_de_gestion_primer_trimestre_2018.pdf

analysent non seulement le contenu des droits, mais proposent également des solutions équilibrées entre développement et conservation à partir de critères techniques et économiques.

982. Cette solution pourrait être viable parmi la grande quantité d'ajustements institutionnels que requiert la mise en œuvre des Accords de paix en ce moment. L'un des points centraux de l'Accord est le Point 1 relatif à la réforme agraire, la démocratisation et le retour des victimes en milieu rural afin qu'elles lancent des projets productifs. Cela pourrait constituer le chemin d'une transition vers un modèle économique de développement différent, qui protège la propriété de l'État sur les ressources du sous-sol, empêche leur épuisement et cesse d'être une source de conflit socio-économique, comme c'est le cas aujourd'hui.

Conclusion Chapitre II

983. La nature de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables et ses effets sur l'environnement exigent que des mécanismes comportant une forte dimension participative soient utilisés pour la prise de décisions concernant cette activité économique. Ceci parce que l'exploitation du sous-sol peut mettre en péril ou bafouer les droits des citoyens. En Colombie, le besoin de mécanismes participatifs dans la prise de décisions quant à l'exploitation du sous-sol est encore plus intense compte tenu du conflit existant au niveau constitutionnel entre la compétence permettant de prendre des décisions concernant cette exploitation et la compétence permettant de décider de l'utilisation du sol (qui en Colombie relève des autorités municipales).

984. En principe, les espaces de participation doivent se tenir dans la sphère administrative : ils doivent être antérieurs à l'octroi de licences environnementales et à l'octroi de tout permis d'exploitation du sous-sol. Et la participation aux processus permettant l'exploitation économique du sous-sol doit être efficace, comme l'a affirmé la Cour Constitutionnelle. Si la participation n'est pas efficace et que la communauté n'est pas prise en compte, le processus peut être considéré légal, mais illégitime.

985. Dans le fonds, tout ajustement aux normes relatives à l'exploitation économique du sous-sol doit viser l'inclusion d'une participation citoyenne efficace afin que l'exploitation du sous-sol soit légitime. Ce n'est que lorsque l'exploitation économique du sous-sol sera perçue comme étant légitime par la ou les communauté(s) affectée(s) que les conflits légaux seront évités.

986. Lorsqu'aucun consensus n'émerge des espaces de participation, la Colombie devrait disposer d'une juridiction environnementale dans les termes exposés par cette étude, soit une juridiction spécialisée permettant de résoudre les conflits autour de la prise de décisions relative à l'exploitation économique du sous-sol. L'indépendance de cette autorité judiciaire et son caractère technique devraient constituer des facteurs rendant légitimes leurs décisions et évitant donc l'apparition de conflits.

987. L'impact indéniable de l'exploitation économique du sous-sol sur le sol lui-même et par conséquent l'utilisation agricole qui peut être faite de ce dernier rend nécessaire que les

communautés et les autorités municipales participent aux décisions concernant l'exploitation du sous-sol. Voilà pourquoi les espaces démocratiques permettant la prise de décisions intégrale quant aux projets d'exploitation du sous-sol et de l'utilisation du sol sont souhaitables, afin que les décisions sur ces deux domaines soient prises dans un contexte permettant la participation de tous les acteurs intéressés. Cela pourrait limiter les conflits et surtout, permettre que les conflits autour des questions d'exploitation économique du sous-sol soient résolus par les instances judiciaires, évitant ainsi l'insécurité juridique.

988. L'ouverture des mécanismes de participation prévus dans l'Accord final à la question de l'exploitation des ressources naturelles renouvelables pourrait constituer une solution aux obstacles de l'exploitation économique du sous-sol. La démocratie participative et le développement durable sont les critères qui doivent orienter tous les processus ayant pour objectif l'exploitation du sous-sol.

Conclusion Seconde Partie

989. L'exploitation des ressources du sous-sol appartenant à l'État a changé dans le cadre du modèle économique de développement et du modèle politique d'État des dernières années. Ses effets sur la situation des communautés ethniques et sa compatibilité avec l'environnement et avec les restrictions de l'utilisation du sol sont actuellement discutés, en raison des tensions créées dans les sphères de la participation et de la démocratie représentative.

990. Ce changement dans les dynamiques sociales et économiques du territoire a incité les communautés et les entités territoriales à s'impliquer et à exiger davantage de droits sur les ressources du sous-sol en avançant qu'il s'agit de biens appartenant à tous et dont l'utilisation a un impact direct sur leur territoire. Les mécanismes de participation reconnus par la Constitution ont constitué l'instrument légitime permettant de rendre visibles leurs exigences.

991. Cette situation a requis l'intervention du juge afin qu'il tranche les tensions entre plusieurs droits constitutionnels bénéficiant de la même protection et garantis grâce à l'activisme marqué de la Cour. Cependant, ses décisions ont eu des effets défavorables sur les politiques liées aux ressources du sous-sol, générant instabilité et insécurité juridiques, ce qui s'est répercuté sur la performance du secteur dans les dernières années.

992. Il est clair que l'État social de droit impose à l'État des engagements ponctuels en matière sociale et environnementale, mais cela ne peut se faire sans tenir compte des effets économiques de ces décisions.

993. Dans ces conditions, le défi de l'État et des communautés est multiple. La jurisprudence constitutionnelle a réaffirmé dans les derniers jours que l'État est le titulaire unique et absolu de la propriété de ces ressources, et qu'il relève de sa responsabilité de définir leur administration et leur avenir. Nonobstant, la mise en œuvre de la politique sur les ressources du sous-sol va exiger une approche différenciée fixée à partir de pactes et d'accords conciliant les intentions divergentes des communautés et des entités territoriales. Cela impliquera de renforcer les exigences de conservation, substitution et

compensation environnementale, ainsi que de meilleures formes de distribution des rentes minières générant des répercussions positives sur le développement local, afin de diminuer les tensions de type social et environnemental.

994. La création d'une juridiction environnementale en tant que mécanisme de résolution des conflits ou des disputes environnementales, incorporant des connaissances juridiques et techniques spécifiques, garantirait un accès progressif des citoyens à une sphère de justice essentielle, ainsi qu'une meilleure exploitation économique du sous-sol en harmonie avec l'environnement. Elle offrirait en outre une sécurité juridique renforcée et permettrait la réalisation d'actions ponctuelles de protection. Tout est possible dans le cadre de la mise en œuvre de l'Accord de paix, qui exige un changement profond de la structure de l'État.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La propriété de l'État au XXI^e siècle : vers un nouveau modèle de gestion des ressources du sous-sol

995. Cette étude a eu pour principal objectif d'examiner le passé, le présent et l'avenir de la propriété de l'État sur certains biens spécifiques : les ressources du sous-sol en tant que ressources stratégiques pour l'économie nationale voire mondiale, ainsi que les tensions que l'exercice de ce droit produit dans les communautés, les territoires et l'environnement. Notre point de départ a donc été l'histoire du régime de la propriété publique et de la gestion des ressources naturelles non renouvelables en Colombie.

996. Ce parcours a donc commencé par l'origine et le développement du concept de la propriété en Colombie, avec l'idée que le pouvoir que l'État exerce sur les ressources du sous-sol fait partie de cette grande catégorie de biens appelée propriété publique, une question qui ne semblait pas créer beaucoup d'inconvénients. Cependant, le déroulement de l'étude a mis en évidence une tout autre réalité. Pour d'autres systèmes juridiques, la propriété publique est une question qui revêt une importance cruciale et fait l'objet de discussions et d'analyses permanentes en raison de son lien avec le patrimoine de la Nation. Or, la présente étude a identifié que le régime de la propriété publique en Colombie est historiquement l'un des moins développés et a généré peu d'intérêt dans la doctrine, en plus de s'avérer confus et diffus. Cela nous a incités à continuer de creuser la question afin de comprendre les controverses soulevées aujourd'hui par le fait que l'État dispose d'une propriété et requiert de pouvoir l'exploiter en termes économiques, en tant qu'outil permettant d'atteindre le bien-être commun des communautés.

997. Comme nous l'avons annoncé au début du document, la problématique de cette thèse a consisté à identifier la façon dont le système juridique et la jurisprudence colombienne répondent à la tension entre d'une part le développement économique que permet l'exploitation de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables et de l'autre, l'exercice de droits reconnus par l'État social et démocratique de droit, comme ceux ayant un contenu social et environnemental.

998. Par conséquent, notre hypothèse initiale était qu'il existe une tradition historique qui a défini non sans difficulté le contenu de la propriété publique et la gestion des ressources naturelles non renouvelables en Colombie, et qui attribue à l'État un rôle. Les changements du modèle économique et la forme politique de l'État au cours des dernières années ont transformé ce rôle de l'État. C'est devenu une source de conflits, rendus plus visibles par l'utilisation récurrente de mécanismes de participation citoyenne. Les conflits en hausse en raison de l'exploitation des ressources du sol suscitent l'intervention du pouvoir judiciaire, qui représente le seul à jouir de l'indépendance et de la capacité nécessaires pour proposer des solutions. Dans un contexte d'absence de normes, il endosse un rôle activiste et devient garant et catalyseur face aux besoins des communautés. Par conséquent, il propose des alternatives de règlement qui mette l'accent sur la participation et la concertation avec les personnes affectées, y compris au détriment de la propriété de l'État. Il s'agit donc d'une solution qui jusqu'à présent nous semble insuffisante.

999. En d'autres termes, cette étude s'est fixée comme objectif d'identifier la façon dont le juge contribue au processus de consolidation du concept de propriété publique en Colombie autour de la question des ressources naturelles non renouvelables, afin de comprendre la relation de l'État-proprétaire avec la forme politique et économique d'État en vigueur. Arrivée à son terme, l'analyse permet de tirer plusieurs enseignements :

1000. Le régime de la propriété a des difficultés. L'origine de la catégorie générique des biens permettant de justifier que les entités publiques comme les personnes privées peuvent disposer d'une propriété n'a pas généré en Colombie les débats doctrinaux suscités dans la doctrine étrangère, principalement la française. Au contraire, son apparition et son développement dans le domaine qui nous intéresse ont plutôt été pacifiques. Le Code civil de l'Union de 1873, qui sera plus tard appelé Code civil de la Nation par la Loi 57 de 1887 suite au changement politique et constitutionnel du pays en 1886 et qui est toujours en vigueur est la première source qui fait référence à un certain type de propriété publique en Colombie. Le texte ne le fait pas dans ces termes, bien entendu, car cela fera l'objet d'une évolution postérieure.

1001. Remarquons que l'État colombien a reçu de façon indirecte les apports de la doctrine française à la question de la propriété publique, notamment après la Révolution française. Ceci parce que la Colombie a adopté une version relativement proche de celle

élaborée par Andrés Bello, rédacteur du Code civil du Chili en 1958, document récepteur original du Code civil français de Napoléon. L'éblouissement général qu'a causé le modèle français à l'époque ainsi que la volonté de rompre avec le régime espagnol a permis de justifier ensuite l'influence des idées françaises dans la rédaction de ces Codes dans de nombreux pays de la région. Le concept de propriété prévu par le Code civil a notamment été adapté à la propriété des personnes publiques. Ainsi, le Code civil de 1887 mentionne différents types de biens, dont les biens de l'Union. Le Code fait référence uniquement aux biens de l'État fédéral, car rappelons que c'était la forme d'organisation politique de l'État à l'époque. Ces biens se subdivisent à leur tour en biens fiscaux ou d'utilisation publique. Cette classification primitive a donc constitué le point de départ du régime juridique des biens publics en Colombie, qui 100 ans plus tard, bien que toujours en vigueur, s'avère clairement insuffisant pour expliquer les nouvelles réalités sociales, économiques et environnementales de l'État, qui ont donné lieu à la création de nouveaux types de biens et donc de nouvelles relations juridiques.

1002. L'étude nous a également permis de déterminer que les différences entre domaine public et privé, domaine national, domaine utile, domaine éminent et propriété publique clairement identifiées dans la doctrine française ne sont pas définies de façon claire dans les normes relatives à la propriété du régime juridique des biens en Colombie. C'est la raison pour laquelle le rôle de la jurisprudence administrative et constitutionnelle colombienne sera décisif, bien que dans un premier temps ses contributions seront confuses et désordonnées. Dans tous les cas, l'examen historique législatif a permis d'identifier qu'effectivement la souveraineté est un attribut de l'État qui a été, et reste un élément justifiant l'apparition des différents types de biens publics, et donc de la propriété publique.

1003. Soulignons néanmoins que la relation de l'État avec une certaine catégorie de biens sera différente et ne comprendra pas dans tous les cas l'exercice d'un droit de propriété absolu incluant un pouvoir de disposition. Ainsi, selon la catégorie du bien, bien que dans certains cas l'État colombien soit reconnu en tant que propriétaire, le droit qu'il exerce sera de garde et de conservation, comme c'est le cas des biens d'utilisation publique. Dans d'autres cas, concernant des biens affectés au service public, l'État-propriétaire disposera de pouvoirs absolus, ce qui lui permettra de bénéficier des mêmes conditions qu'une personne privée pour l'exercice du droit de propriété. Que la propriété

publique soit imprescriptible, inaliénable ou irrévocable, la législation colombienne prévoit en tout temps des limites ou des formes de protection du patrimoine public, comme c'est le cas en droit français. Ceci afin d'expliquer que dans notre ordre juridique, les définitions originales que l'on peut trouver pour la propriété publique font en principe référence aux termes de leur utilisation et non à une propriété ou à un contrôle proprement dits.

1004. L'État exerce donc en effet un droit de propriété par rapport à certains biens, mais nous pouvons le qualifier de sui générés. En tant que propriétaire, il ne pourra exercer tous les pouvoirs que l'exercice de ce droit comprend habituellement, parce que les normes colombiennes ne comportent pas de distinction expresse de concepts comme le domaine public existant en droit français et qui pourrait aider à comprendre ce rôle de l'État vis-à-vis de la propriété publique en général et de certains biens en particulier. Voilà qui illustre que, malgré la forte influence historique du droit français sur nos institutions juridiques, les notions classiques de domaine public ou de propriété publique n'ont pas été complètement adoptées et n'existent pas en droit colombien comme une catégorie juridique propre. Cela a clairement compliqué la naissance d'un droit administratif des biens en tant que discipline autonome et pertinente pour les facultés de droit et la gestion des affaires publiques.

1005. Outre la propriété privée et la propriété publique, nous avons identifié un troisième type de propriété : celle de l'État ou étatique. C'est en effet cette dernière qui s'exerce sur les ressources naturelles non renouvelables, bien que l'on fasse également référence à elle d'une façon générale et imprécise sous le concept de « propriété publique ». Il s'agit ici d'une catégorie de biens publics appartenant à l'État en tant que tel et qui ne sont pas destinés à une utilisation publique, ne sont pas des biens fiscaux et sur lesquels le critère d'affectation est bien entendu inapplicable. Voilà ce qui était prévu aux articles 674 et 2517 du Code civil, qui identifiait les mines, les terrains en friche et certains dépôts de sel comme appartenant à l'État, bien que plus tard le Code fiscal de 1912 considérait les mines comme des biens fiscaux. Or les changements constitutionnels, jurisprudentiels et économiques postérieurs vont faire que la propriété de l'État sur ces ressources acquière un intérêt de rang constitutionnel. À partir de 1991 se produira donc la constitutionnalisation de la propriété de l'État, d'où découlera un régime constitutionnel des biens publics.

1006. Ainsi, la Sentence T-566 de 1992 établit le régime constitutionnel de la propriété publique, également adopté par la jurisprudence du Conseil d'État et qui distingue expressément trois types de propriétés : la privée, la publique et celle de l'État. C'est donc une nouvelle typologie des biens qui est fixée et qui se substitue à celle contenue dans le Code civil en unifiant tous les biens de l'État sous la dénomination de biens publics. Le facteur de distinction sera donc l'utilisation du bien faite par l'État en fonction du degré d'incidence sur l'intérêt général. Depuis le début, la construction du concept et du contenu des biens publics et de la propriété publique apparaît donc non comme une construction légale, mais surtout jurisprudentielle, qui s'adapte et répond aux besoins du moment. Signalons également que l'article 63 de la Constitution de 1991 ouvre la possibilité à ce que la loi identifie de nouveaux types de biens publics.

1007. Nous avons également pu constater qu'après d'intenses débats conceptuels, la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour Constitutionnelle quant à la propriété de l'État et en particulier la propriété qu'il exerce sur les ressources naturelles non renouvelables n'ont confirmé que récemment les compétences de l'État sur ces ressources afin de justifier son droit exclusif et excluant, en réponse à la tradition régaliennne et centraliste prédominante sur la question. En d'autres termes, les citoyens perdent la capacité de prendre des décisions concernant les biens sur lesquels l'État exerce un droit souverain de propriété. Cette interprétation justifierait, tout du moins pour le moment, d'éliminer la possibilité pour les citoyens ou les entités territoriales de réclamer des droits associés à la propriété sur les ressources du sous-sol en avançant qu'il s'agit d'un bien appartenant à tous. Comme nous l'avons constaté, ce n'est pas véridique, mais cela se produit dans les faits. Néanmoins, malgré les efforts de la jurisprudence visant à établir une distinction conceptuelle entre la propriété publique et la propriété de l'État, des confusions et des imprécisions demeurent lorsque ceux-ci sont confrontés à d'autres définitions, ce qui explique les inconvénients pratiques persistants en la matière.

1008. En ce qui concerne le cas concret de la propriété étatique sur les ressources naturelles non renouvelables, cette étude a permis d'identifier en premier lieu que l'intérêt principal des autorités s'est d'abord centré sur la réglementation de l'exercice de l'activité minière afin d'assurer ses contributions aux finances de l'État. Ensuite, même avant les origines de l'État colombien en tant que République, la séparation entre qui détient une

propriété et qui l'exploite au plan économique a été une constante. Le pouvoir souverain a donc historiquement veillé à ce que ces biens soient utiles du point de vue économique, et a ainsi créé une réglementation spéciale justifiant la division du sol et du sous-sol. Par conséquent, les droits de propriété sur les ressources du sous-sol appartiennent au pouvoir souverain et non au propriétaire de la terre ou du sol, comme c'est le cas jusqu'à aujourd'hui.

1009. Dans un tel contexte, l'État colombien a tenté à certains moments de son histoire d'assumer l'exploitation directe des ressources du sous-sol, mais avec peu de réussite. Depuis la fin des années 70, on a donc eu recours de façon massive au contrat de concession minière qui permet à l'État, sans céder la propriété sur les ressources du sous-sol, d'autoriser le concessionnaire à mener des activités techniques lui permettant d'identifier et d'extraire les ressources minières présentes dans le sous-sol de la zone concédée. Le concessionnaire ne devient propriétaire que des minéraux qu'il réussit effectivement à extraire, en échange du paiement d'une série de contre-prestations en faveur de l'État, qui redistribuera à son tour ces profits aux entités territoriales.

1010. Enfin, il convient de souligner qu'en Colombie, aucun Code du domaine public ou de la propriété des personnes publiques recueillant tout le régime juridique des propriétés de l'État à travers ses entités n'a jamais été publié, comme cela a été le cas en France. La Colombie accuse donc un retard en la matière. L'effort le plus similaire dans notre cas a été la promulgation du Code fiscal en 1912, qui contenait des normes générales concernant l'administration des biens nationaux, des terrains en friche, des mines et des réserves de sel et qui en outre abordait le régime des impôts et le budget des entités publiques.

1011. Dans tous les cas, l'absence de développements normatifs sur le sujet, qui s'ajoute aux contraintes créées par la classification du Code civil, a entraîné la pratique massive d'une espèce de « décodification ». En effet, des lois éparses réglementant des matières spécifiques ont été et continuent d'être émises de façon désarticulée. Le

Décret 1333 de 1986⁷⁴⁰, le Décret 1222 de 1986⁷⁴¹ et la Loi 9 de 1989⁷⁴² en constituent des illustrations, car elles n'ont que partiellement remplacé des dispositions du Code fiscal, et en ce qui concerne l'administration et l'affectation des ressources minières, le Code des mines actuel (Loi 685 de 2001). Cette dispersion normative génère sans aucun doute de graves inconvénients. Elle complique la surveillance et le suivi de toutes les actions relatives à l'affectation et à la conservation de la propriété publique par les entités exerçant le contrôle fiscal et les citoyens. Cette situation est en outre aggravée par la tendance, notamment en Amérique latine, aux processus de privatisation constants : en lieu et place d'un renforcement du patrimoine de l'État, nous nous exposons à sa progressive diminution.

1012. L'étude a mis en évidence le besoin de moderniser et de compiler les règles relatives à la propriété publique. Ceci, parce que l'évidente absence d'un régime général unifié et cohérent permettant de comprendre la nature et les caractéristiques de la propriété publique en Colombie a rendu impossible l'application d'un système grâce auquel obtenir une utilisation plus efficiente des biens publics, qui crée de nouvelles sources de richesse et de croissance du patrimoine public.

1013. Après avoir défini avec difficulté la nature et le contenu de la propriété de l'État, il est impossible aujourd'hui de l'analyser de façon isolée des modèles économique et politique d'État, pour conclure, que le modèle de développement économique menace le modèle politique de l'État colombien. Nous avons constaté que l'importance qu'a toujours eue l'exploitation de la propriété du sous-sol est indéniable pour un État comme la Colombie, qui présente de hauts niveaux d'inégalités et de pauvreté⁷⁴³, en raison des profits qu'elle génère et qui ont toujours constitué une source fondamentale permettant d'alimenter les finances publiques.

1014. Notre étude a donc permis d'identifier qu'après de multiples efforts de l'État pour concentrer la propriété des ressources minières, ces dernières ont été extraites en dehors de toute stratégie ou politique d'État et selon une vision économique opportuniste de court

⁷⁴⁰ Code du régime municipal

⁷⁴¹ Loi 9 de 1989. Code du régime départemental

⁷⁴² « Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones ».

⁷⁴³ *Rapport sur les objectifs de développement durable 2016*, [en ligne] [consulté le 1^{er} novembre 2018], <http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/ODM/undp-co-ODSColombiaVSWS-2016.pdf>.

terme. Ce mode d'administration des ressources se modifiera au tournant du siècle suivant, bien que de façon partielle, car nous continuons de répondre à des logiques de gouvernement et non d'État. Suite à la situation économique internationale des années 1999 et 2000, la Colombie ainsi que les autres États de la région, influencés par des organes internationaux comme le Fonds monétaire international, ont dû réorganiser leurs économies en adoptant un modèle basé sur la forte dépendance vis-à-vis de l'extraction intensive des ressources naturelles non renouvelables destinées à être vendues à l'étranger, dans le cadre d'une stratégie intégrée de développement national. Ceci, accompagné de politiques de libéralisation et de dérégulation répondant aux modèles économiques libéraux. Dans ces conditions, la propriété publique sur les ressources du sous-sol acquiert une importance et une valeur très supérieures à celles qu'elle avait jusqu'alors.

1015. La mise en œuvre du modèle de développement en question a entraîné l'augmentation débridée de l'octroi de nouvelles concessions minières et a requis une réforme légale et institutionnelle afin de répondre aux nouvelles conditions du marché. Cependant, ce modèle qui paraissait adéquat est entré en conflit avec les droits des communautés et des entités territoriales. En d'autres termes, ce modèle économique de développement représente une menace pour la réalisation de certains des objectifs et des principes garantis par le modèle démocratique et social de droit consacré par la Constitution de 1991, y compris la prospérité générale, l'équité, certains droits des communautés et le principe d'État unitaire.

1016. C'est à cette conclusion que nous sommes d'abord arrivés, après avoir constaté que paradoxalement depuis l'an 2000, bien que les trois gouvernements suivants aient adopté le modèle d'exploitation des ressources du sous-sol à grande échelle ayant produit plus de redevances que jamais auparavant, les indicateurs d'exclusion et de pauvreté se sont aggravés. Ceci met en relief les difficultés administratives qui perdurent encore aujourd'hui pour la participation réelle et effective des communautés aux redevances. Constatant l'absence de justice sociale et le manque d'amélioration de leur qualité de vie, celles-ci ne considèrent pas qu'il soit justifié d'épuiser les ressources du sous-sol. En deuxième lieu, les menaces mentionnées s'expliquent également à partir de la vérification de l'augmentation jamais vue auparavant des conflits créés par l'exploitation de la propriété du sol, qui impliquent l'État et ses institutions, les concessionnaires miniers et

les communautés ou entités territoriales. Ces disputes ont dû être présentées et résolues par voie judiciaire, face à l'absence d'autres mécanismes le permettant.

1017. Ce nouveau contexte de relations économiques et sociales entre l'État et les communautés existant depuis le début du XXI^e siècle a transformé le citoyen passif en un citoyen actif participant de manière passionnée aux questions publiques le concernant. Les citoyens, en recourant pour la première fois depuis la réforme constitutionnelle de 1991 aux mécanismes de participation, en particulier la consultation populaire, ont clairement renforcé l'État participatif dans les derniers temps. La consultation populaire en tant que mécanisme de participation politique apparaît donc comme l'instrument approprié que les communautés utilisent pour s'opposer au modèle économique de développement imposé par les derniers gouvernements. Ces communautés ont même pu jusqu'à très récemment⁷⁴⁴ prendre des décisions concernant l'avenir des projets miniers prévus sur leur territoire.

1018. L'examen de la jurisprudence, principalement celle de la Cour Constitutionnelle, a permis d'identifier les contextes et les types de droits bénéficiant d'une protection constitutionnelle entrant le plus souvent en conflit avec le droit à la propriété de l'État en raison de l'exploitation des ressources minières. Parmi ceux-ci, l'étude a permis d'identifier : i) les violations envers les communautés, comme le droit fondamental à la consultation préalable ; ii) celles envers les personnes en lien avec la protection de l'environnement ; ou iii) celles envers les entités territoriales en lien avec la protection de leurs compétences dans l'administration de leurs intérêts.

1019. Cet examen nous a permis de constater que l'État peut avoir des limites légitimes lorsqu'il s'agit de son droit de disposer de la propriété du sous-sol, comme à travers la garantie de la participation de certaines collectivités face à l'exigence de réalisation de la consultation préalable pour les groupes autochtones ou d'ascendance africaine ou pour la protection de l'environnement en raison de dommages ou en faveur de la conservation de zones protégées. Cependant, en vertu de certains intérêts généraux supérieurs qui sont en jeu (étant donné que l'exploitation économique du sous-sol fait partie de la politique

⁷⁴⁴ Colombie, Cour Constitutionnelle, 11 octobre 2018, Communiqué n° 40 de 2018 relatif à la Sentence n° SU-095/18, dossier n° T-6298958, M.R. Cristina Pardo Schlesinger.

macroéconomique de l'État), ces limites ne peuvent aller jusqu'à nier la fonction sociale de la propriété de l'État ni réclamer des droits de propriété sur ces ressources.

1020. Cette situation a mis en évidence le retard de l'État quant à la redéfinition de sa politique et de son modèle de gestion de la propriété des ressources minières, qui fixent de façon anticipée et à partir de véritables critères techniques et socio-économiques les conditions dans lesquelles il est possible ou non d'exploiter les ressources minières. Cette réforme aurait également des répercussions sur l'octroi des concessions minières, mais éviterait une grande partie des conflits constatés aujourd'hui.

1021. Nous avons également examiné l'activisme judiciaire audacieux caractérisant la Cour Constitutionnelle colombienne, qui remplace parfois l'inefficacité du pouvoir législatif, voire l'administration elle-même. Ainsi, la vérification des sentences consultées a permis de montrer que l'intervention du juge en cas de tension avec le droit de propriété de l'État autour de l'exploitation des ressources minières et d'autres droits a essentiellement été de nature protectionniste, par le biais de son intervention dans les décisions et les actions de l'administration. Ceci nous permet d'affirmer que nous sommes face à un droit de propriété sur les ressources minières s'exerçant de façon différente et qui, bien qu'il doive remplir sa fonction sociale, requiert que le développement qu'il encourage soit compatible avec les fins et les principes de l'État social de droit. Comment rendre cela possible ? À partir des alternatives proposées par la jurisprudence elle-même. De sorte que, puisque les autorités nationales ne peuvent plus imposer leur volonté sur les communautés et les entités locales et doivent garantir le droit fondamental à la participation, l'administration se voit obligée de promouvoir la création d'espaces de concertation et de dialogue permettant des débats et des discussions raisonnables. Il s'agit que les communautés aient la possibilité de participer, d'exprimer leurs craintes afin qu'elles soient prises en compte dans le processus de prise de décisions, sans toutefois pouvoir opposer leur veto vis-à-vis de l'initiative du gouvernement central afin que les décisions soient prises dans le meilleur intérêt de la Nation, et non du groupe.

1022. La présente étude met donc l'accent sur le besoin évident de renforcement des mécanismes politiques déjà existants et principalement sur les mécanismes administratifs de participation, tant dans la procédure d'octroi des concessions minières à son étape précontractuelle et post-contractuelle que dans la procédure pour l'octroi de licences

environnementales. Ces espaces doivent être obligatoires dans les procédures administratives. Cependant, plus qu'obliger les intéressés à parvenir à un accord, cela permettrait aux communautés d'utiliser ces espaces et d'y voir des opportunités de s'informer ainsi que de dialogue, débat et construction conjointe, plutôt que de discussions visant à condamner les ressources du sous-sol.

1023. Par conséquent, les formes d'exploitation des ressources naturelles non renouvelables par les concessionnaires se réaliseraient de manière à répondre aux préoccupations et aux craintes de la communauté, en évitant uo du moins en diminuant les futures sources de conflit entre les communautés, le concessionnaire et l'État. Les réflexions précédentes nous amènent donc à nous interroger sur l'exploitation de la propriété du sous-sol dans le cadre des politiques qui émaneront de la mise en œuvre des Accords de paix.

1024. Comment résoudre l'antagonisme entre le modèle de développement adopté et les droits des personnes ainsi que les intérêts des entités territoriales, au-delà des solutions proposées par la jurisprudence constitutionnelle ? La question semble persister. En somme, il paraît nécessaire de formuler des propositions autour desquelles structurer un nouveau modèle de gestion et d'exploitation des ressources. Bien que cela ne semble pas facile, les conditions politiques et économiques actuelles obligent les futurs gouvernements à avancer dans cette voie.

1025. Du point de vue institutionnel, nous proposons la conformation d'un Tribunal spécial environnemental qui réponde aux risques que peut représenter le fort activisme de la Cour Constitutionnelle. Les solutions aux problématiques du développement, de l'exploitation et de la protection des droits doivent relever de la responsabilité d'un tiers, comme un tribunal spécial environnemental, composé d'experts des questions environnementales et économiques.

1026. Parmi les autres options possibles, nous retenons les suivantes : i) substituer le modèle de développement économique basé sur des politiques d'extraction agressives par un modèle plus conciliant avec les fins et les droits garantis par l'État social de droit, comme un modèle de développement basé sur les activités agraires, ce qui permettrait de souligner la cohérence entre la politique économique et les propositions de l'Accord de

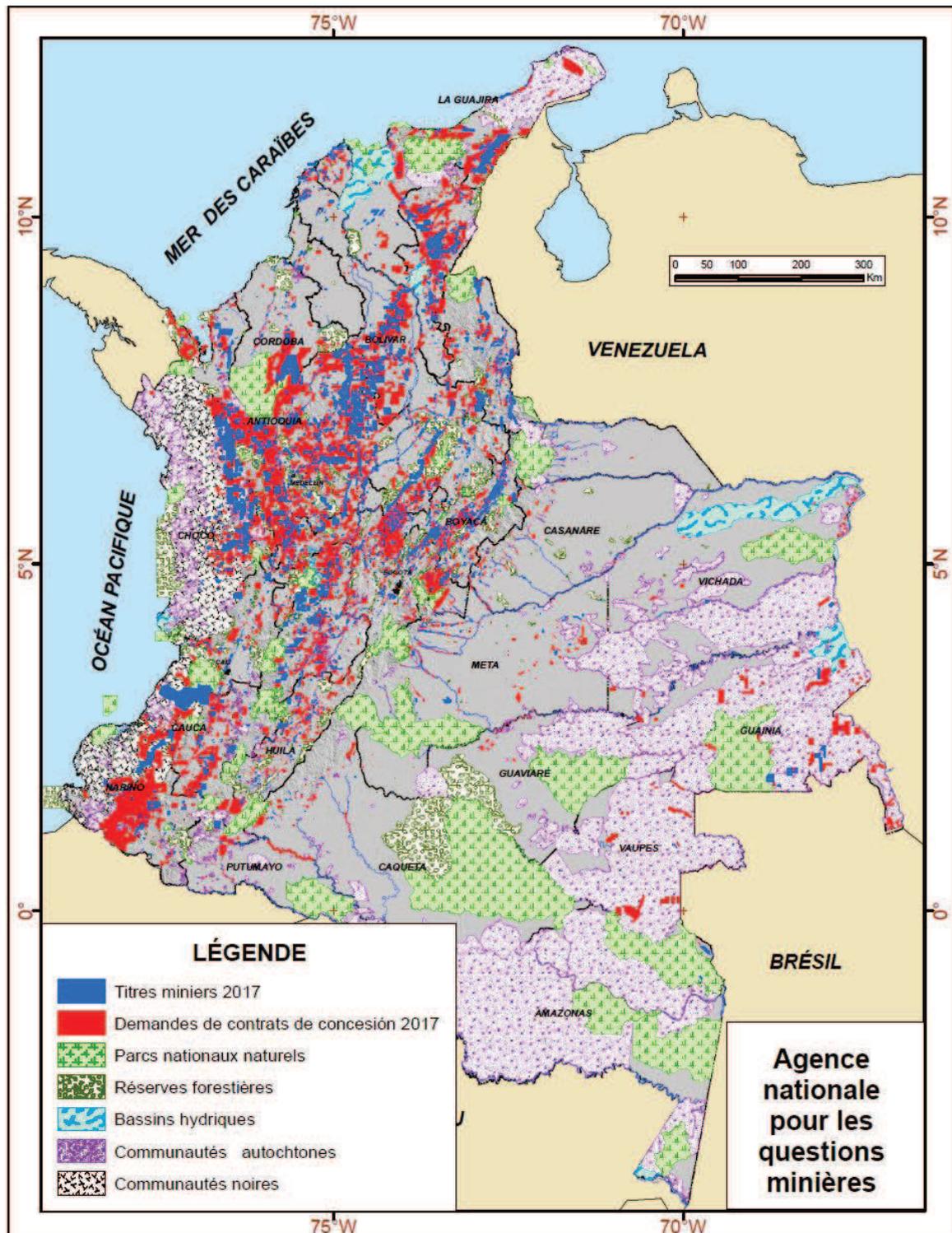
paix ; ou ii) maintenir le modèle d'extraction, mais le modérer grâce à des limites écologiques et environnementales de base qui assurent la conservation des écosystèmes sur le long terme ; ou encore iii) la mise en œuvre d'une politique d'administration des ressources minières dotée d'une approche territoriale afin que les communautés et les autorités du territoire aient la possibilité d'établir leurs propres options de développement et qu'il ne s'agisse pas d'un modèle imposé par les autorités centrales, comme cela a traditionnellement été le cas. Ceci étant donné que dans certains territoires, l'exploitation des ressources du sous-sol a un caractère stratégique pour l'économie régionale, et est même indispensable pour la survie de la zone, alors que pour d'autres, il est possible qu'elle n'ait pas la même signification.

1027. D'autre part, ce qui semble effectivement urgent, c'est la révision des lois établissant l'encaissement des contre-prestations et le modèle de participation. Il est en effet inéluctable que ces ressources contribuent à la réalisation d'un ordre social plus juste contribuant davantage au développement, à la qualité de vie et au bien-être des habitants. La gestion appropriée des ressources du sous-sol devrait également constituer un instrument permettant de corriger les déséquilibres économiques entre les différentes régions. Il y aurait peut-être alors moins de résistances aux politiques de l'État concernant l'exploitation de la propriété du sous-sol.

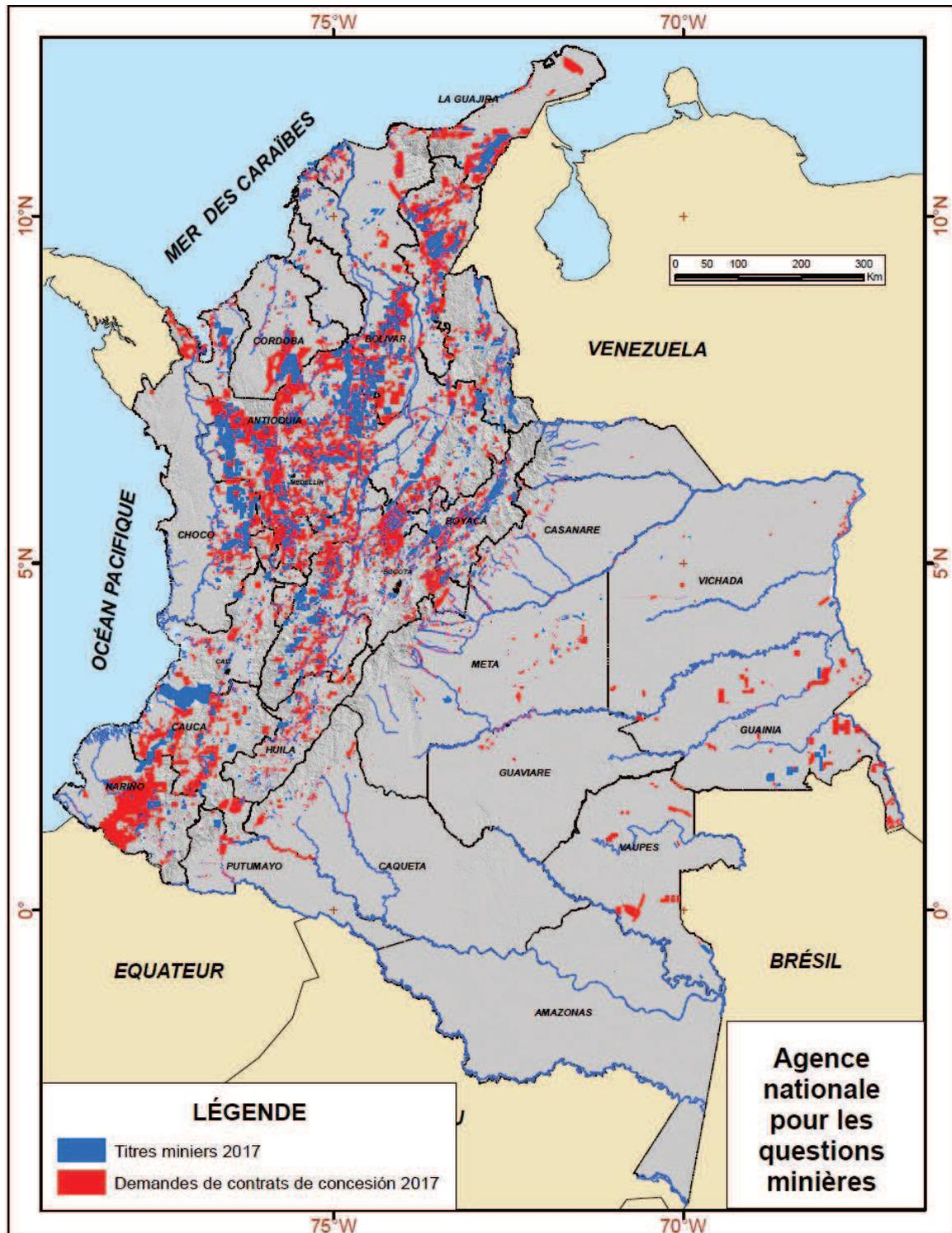
1028. Enfin, le droit des communautés à recevoir leur part du profit des projets affectant leurs territoires est une réalité. La contrainte et le défi pour l'État et les communautés consisteront à faire que cette reconnaissance n'inclut pas de droits relatifs à l'utilisation, l'administration et la conservation des ressources naturelles non renouvelables, puisqu'il s'agit d'un pouvoir, d'une compétence ou d'un droit qui doit continuer à relever exclusivement de l'État. Néanmoins, ce droit de propriété de l'État doit commencer à répondre aux nouvelles réalités sociales, économiques et politiques.

ANNEXES

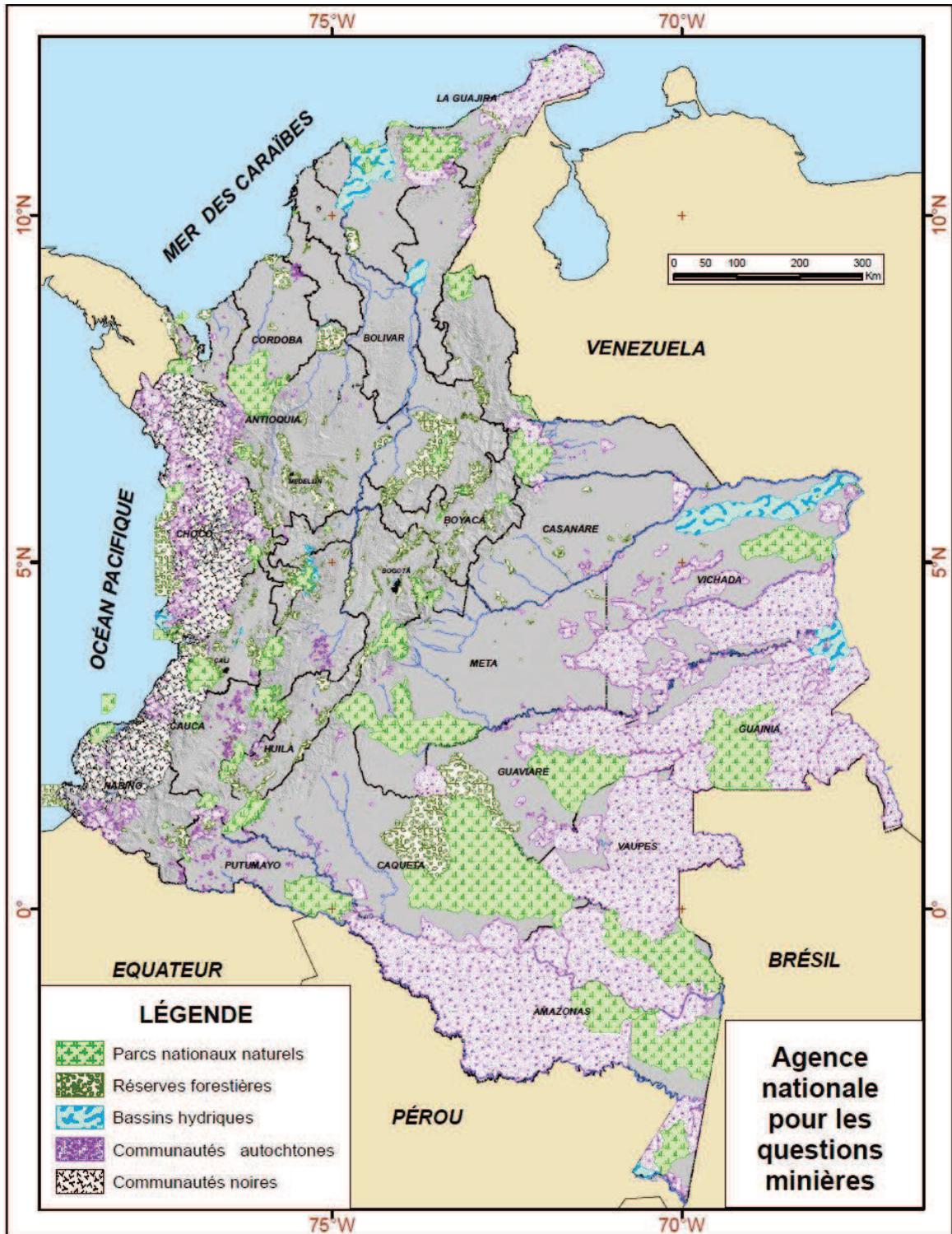
Annexe 1 : Nombre des concessions qui coïncident avec les zones dans lesquelles l'exploitation économique du sous-sol est interdite ou restreinte (2017)



Annexe 2 : Titres miniers et demandes de contrats de concession (2017)



Annexe 3 : Zones dans lesquelles l'exploitation économique de la propriété de l'Etat sur le sous-sol est interdite



BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

I.1. Ouvrages imprimés

Acemoglu D., Robinson J. A., *Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza: por qué fracasan los países*, (traduction en espagnol de *Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty* par M. García Madera), Bogota, Editorial Planeta, 2014.

Amaya Navas O. D., *La Constitución Ecológica De Colombia*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Auby J. M., Bon P., *Droit administratif des biens : domaine, travaux publics, expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, Dalloz, 1991.

Bauman Z., *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Bushnell D., *Colombia: Una nación a pesar de sí misma*, Bogota, Editorial Planeta Colombiana S.A., 1994.

Caballero A., *Historia de Colombia y sus Oligarquías (1498-2017)*, Bogota, Crítica, 2018.

CINEP, *Minería, conflictos sociales y violación de Derechos Humanos en Colombia*, Bogota, 2012.

CMED, *Rapport Bruntland : Notre avenir à tous*, Montréal, Le Fleuve, 1989.

Comisión Internacional de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, San José, CIDH, 2015.

d'Ors A., *Derecho Privado Romano*, Pampelune, Universidad de Navarra, 1977.

David Beauregard-Berthier O., *Droit administratif des biens*, 8^e édition, Paris, Gualino, 2012/2013.

Dufau J., *Le domaine public*, Tome 1, 4^e édition, Paris, Le Moniteur, 1993.

Dufau J., *Le domaine public (composition, délimitation, protection, utilisation)*, 5^e édition, Paris, Le Moniteur, 2001.

Echeverri Uruburu A., *Teoría Constitucional y Ciencia Política*, 6^e édition, Bogota, Ediciones Librería el Profesional, 2002.

Echeverri Uruburu A., Duque Ayala, C., *Política y constitucionalismo en Sur América*, 1^{re} édition, Bogota, Éd. Ibañez, 2015.

Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), *Access to information, participation and justice in environmental matters in Latin America and the Caribbean: towards achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Development* (LC/TS.2017/83), Santiago, ECLAC, 2018

Escobar F. S., *El petróleo y la propiedad minera en Colombia*, Bogota, Imprenta Nacional, 1919.

Garay Salamanca L. J., *Minería en Colombia, fundamentos para superar el modelo extractivista*, Bogota, Contraloría General de la República, 2013.

Gilli, J. P., *Redéfinir le droit de propriété*, Paris, Centre de recherche d'Urbanisme, 1975.

Godfrin P., Degoffe M., *Droit Administratif des biens : domaine, travaux, expropriation*, 9^e édition, Paris, Dalloz-Sirey, 2009.

Gonod P., Melleray F., Yolka P., *Traité de Droit Administratif*, Tome 2, Paris, Dalloz, 2011.

González Domínguez M. del R., *Ordenanzas de la Minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

González Espinoza A.C., *Los retos de la gobernanza minero-energética*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Guerra, F.X., *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, Madrid, Éd. Mapfre, 1992.

Guzmán Jiménez, L. F., *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales. Análisis de caso en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Guzmán, L., *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas y ambientales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Hauriou M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e édition, Paris, Dalloz, 2002.

Iglesias J., *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, Barcelone, Editorial Ariel, 1993.

Insignares Cera S., *Construcción constitucional del proceso de integración suramericano*, Barranquilla, Éd. Universidad del Norte, 2015.

Jaramillo Pérez, J. et alii, *El Derecho Frente al Poder. Surgimiento, desarrollo y Crítica de la Constitución y el Constitucionalismo modernos*, Bogota, Ed. Universidad Nacional, 2018.

- Jellinek G., *Teoría General del Estado* (traducción en español de la deuxième édition allemande par F. de los Ríos), Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Kanov A., *La propiedad estatal y el desarrollo económico: presente y futuro*, Mexico, Red Aportes, 2006.
- Kantorowicz E., *Les deux corps du Roi : essai sur la théologie politique au Moyen-Âge* (traducción en français par Jean-Philippe et Nicole Genet), Paris, Gallimard, 1989.
- Kroc Institute, *Segundo Informe sobre el Estado Efectivo de Implementación del Acuerdo de Paz en Colombia diciembre 2016- mayo 2018*, Notre Dame, University of Notre Dame, 2018.
- Kunkel W., *Derecho Privado Romano* (traducción en español de la seconde édition allemande de *Römisches privatrecht* par L. Prieto Castro), Barcelone, Editorial Labor, 1965.
- Locke J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Mexico, Editorial Porrúa, 2008.
- Londoño, R., *Tierras y conflictos rurales: historia, políticas agrarias y protagonistas*. Bogota, Centro de Memoria Histórica, Bogota, 2016.
- Londoño Toro, B. *et alii*, *Perspectivas del Derecho Ambiental en Colombia*, Bogota, Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- Lora A. *et alii*, *Manual de Acceso a la Información y a la Participación Ambiental en Colombia*, 1ère édition, Bogota, Ilsa -Universidad del Rosario, 2008.
- Marés de Souza Filho C. F., *A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais*, Curitiba, Editorial Letra da Lei, 2011.
- Marienhoff M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tome V, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1988.
- Matteucci N., *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.
- Mayorga R. A., *Antipolítica y Neopopulismo en América Latina*, 1^{re} édition, La Paz, Cebem, 1995.
- Moysan H., *Le droit de la propriété des personnes publiques*, Paris, L.G.D.J, 2001.
- Muñoz L., *Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*, Santiago, CEPAL, 2016.
- Organisation des Nations Unies, *Environmental justice comparative experiences in legal empowerment*, New York, ONU, 2014.

Ourliac P., De Malafosse J., *Derecho Romano y Francés Histórico, Tomo II, Los Bienes* (traducción en español de *Droit romain et ancien droit, tome II, Les biens*, par M. Fairén), Barcelone, Editorial Bosch, 1963.

Pactet P., Melin-Soucramanien F., *Derecho Constitucional*, (traducción en español de *Droit constitutionnel* par Corina Duque Ayala), Buenos Aires, Editorial Legis, 2011.

Padilla Ormeño C., *Minería y Conflictos Sociales en América Latina*, In Toro Pérez C. et al, *Minería, Territorio y Conflicto en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, 2012.

Pearce García H., *La autocracia fujimorista. Del Estado intervencionista al Estado mafioso*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo de Cultura económica, 2003.

Pereira Gamba F., *Riqueza mineral de la República de Colombia*, Bogota, Imprenta de la Crónica, 1901.

Pérez Murcia L. E et alii, *Los derechos sociales en serio. Hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas*, 2e édition, Bogota, Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, 2012.

Petit E., *Tratado Elemental de Derecho Romano* (traducción en español de la neuvième édition française de *Traité élémentaire de droit romain* par J. Fernández González), Buenos Aires, Editorial Maipu, 1970.

Pimiento Echeverri J. A., *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación y régimen jurídico*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Plazas Vega M. A., *La cuestión social y la nueva izquierda en América Latina: ¿hacia otra ética de la globalización?*, 1^{re} édition, Bogota, Temis, 2007.

Pring G., Pring C., *Environmental Courts & Tribunals*, Nairobi, UNEP, 2016.

Rodríguez G. et Muñoz L., *La participación en la gestión ambiental: un reto para el nuevo milenio*, Bogota, Universidad del Rosario, 2009.

Restrepo Piedrahita C., *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Rodas Monsalve J.-C., *Constitución y Derecho Ambiental: principios y acciones constitucionales para la defensa del ambiente*, Bogota, Cargraphics, 2001.

Saade M., *Desarrollo minero y conflictos socioambientales: los casos de Colombia, México y el Perú*, Santiago, CEPAL, 2013.

Sánchez Hernández H. A., *La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y en Colombia*, 1^{re} édition, Bogota, Editorial Doctrina y Ley, 2016.

Sarria E., *Derecho de Minas: régimen jurídico del subsuelo*, 2e édition, Bogota, Editorial Temis, 1960.

Serrano C., *Gobernanza para el desarrollo económico territorial en América Latina*. Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural. Diciembre 2011.

Steiner C., Uribe P., *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogota, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad-Adenauer-Stiftung y Editorial Temis, 2014.

Toro Pérez, C. *et alii*, *Minería, Territorio y Conflicto en Colombia*, Bogota, Universidad Nacional, 2012.

UICN, *Stratégie mondiale de la conservation : la conservation des ressources vivantes au service du développement durable*, Gland, ICN-PNUE-WWF, 1980.

Vachet A., *La ideología Liberal* (traduction en espagnol de *L'idéologie libérale : L'individu et sa propriété*), Madrid, Editorial Fundamentos, 1972.

Valencia Zea A., *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*, Bogota, Editorial Temis Librería, Bogota. 1982.

Valencia Zea A., Ortiz Monsalve A., *Derecho Civil: Derechos Reales*, Tome II, 2e édition, Bogota, Editorial Temis, 2007.

Vergara Blanco A., *Principios y sistema de derecho minero: Estudio Historico-Dogmático*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

Yolka P., *La Propriété Publique : éléments pour une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1997.

I.2. Ouvrages numériques

Altomonte H. *et alii*, *Hacia una nueva gobernanza de los recursos naturales en América Latina y el Caribe* [en ligne], Santiago, CEPAL, 2016. [consulté le 1^{er} octobre 2018], https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40157/1/S1600308_es.pdf

Artal-Tur A., *Modelos de Desarrollo económico latinoamericano y Shocks Externos: una revisión histórica* [en ligne], Cartagena, Universidad Politécnica de Cartagena, 2002, [consulté le 27 avril 2018], https://www.researchgate.net/publication/36720746_Modelos_de_desarrollo_economico_latinoamericano_y_shocks_externos_una_revision_historica.

Banco de la República, *La Economía Colombiana: Situación actual frente a los noventa y sus perspectivas* [en ligne], Bogota, 2006, [consulté le 23 juin 2018], <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra429.pdf>.

Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPALC), *Estudio Económico de América Latina y el Caribe, Desafíos para impulsar el ciclo de inversión con miras a reactivar el crecimiento* [en ligne], Santiago, 2015, [consulté le 16 août 2017], http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38713/S1500733_es.pdf.

Contraloría General de la Nación, *Informe Especial sobre la explotación minera ilegal : la explotación ilícita de recursos minerales en Colombia (caso de Valle del Cauca – Río Dagua-y del Choco- Río San Juan , efectos sociales y medio ambientales* [en ligne] , 2013, [consulté le 1^{er} octobre 2018], <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/198738/Separata-Mineria-Ilegal.pdf/4d3d5cbe-4bda-430a-831e-ef2f6bbf5d0d?version=1.0>

Dougnac Rodríguez A., *Manual de Historia del derecho indiano* [en ligne], Mexico, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1994, [consulté le 20 septembre 2016], <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1942/13.pdf>.

Fajardo, D., *Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana*, [en ligne], Bogota, [consulté le 01 novembre 2018], <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33442.pdf>

Gargarella, R., Curtis C., *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes* [en ligne], Santiago, Naciones Unidas, 2011, [consulté le 22 mars 2016], https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Giannini M. S., *Derecho Administrativo* (vol. 1, traduction en espagnol de *Diritto Amministrativo* par L. Ortega) [en ligne], Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, [consulté le 20 septembre 2016].

Martínez Ortiz, A., *Estudio sobre los impactos socioeconómicos del sector minero en Colombia: encadenamientos sectoriales* [en ligne], Bogota, Fedesarrollo, 2013, [consulté le 30 janvier 2018], <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/370/Estudio-sobre-los-impactos-socio-econ%F3micos-del-sector-minero-en-Colombia-Informe-La-miner%EDA-en-Colombia-180513.pdf;jsessionid=2746A81BB6A11386BA923F5C5909D40A?sequence=1>.

Ministerio de Minas y Energía, *Anuario Estadístico Minero 2007-2012* [en ligne], Bogota, 2013-2014, [consulté le 11 septembre 2017], <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/ANUARIO+ESTAD%EF%BF%BDSTICO+MINERO+COLOMBIANO+2007-2012.pdf/fe3a06be-ac0b-47ac-abd5-26edbf9aee53>.

Ministerio de Minas y Energía, *Censo Minero departamental 2010-2011, 2012*, [en ligne], [consulté le 1^{er} juillet 2018], <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/CensoMinero.pdf/093cec57-05e8-416b-8e0c-5e4f7c1d6820>

Misereor, *La minería en los países en desarrollo, Desafíos y propuestas de acción* [en ligne], Aachen, 2011, [consulté le 11 juillet 2017], https://www.misereor.org/fileadmin/user_upload/misereor_org/Publications/spanisch/documento-de-posicion-mineria-en-paises-desarrollo.pdf.

Norton Rose Fulbright, *Colombia mining vision by 2025*, 2016. [en ligne], [consulté le 8 juillet 2017], http://acmineria.com.co/sites/default/files/publications/31102016_colombia_mining_vision_by_2025_vf_0.pdf

Oficina del Defensor del Pueblo, *Explotación minera de hecho en Colombia*, 2010, [en ligne] Bogota, 2010, [consulté le 1^{er} octobre 2018], http://www2.congreso.gov.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F11B784C597AC0F005257A310058CA31/%24FILE/La-miner%C3%ADa-de-hecho-en-Colombia.pdf

Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Rapport sur le développement humain 1991-2009* [en ligne], New York, 2009, [consulté le 23 juin 2018], <http://www.saludcolombia.com/actual/Salud%2084/Colombia%20IDH.pdf>.

Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), *Boletín estadístico de minas y energía 2012-2016*, [en ligne], Bogota, 2016, [consulté le 11 septembre 2017], http://www1.upme.gov.co/simco/Documents/Boletin_Estadistico_2012_2016.pdf.

Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), *Indicadores de la Minería en Colombia* [en ligne], Bogota, 2014, [consulté le 10 août 2017], [http://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Indicadores de la minería en Colombia 2010.pdf](http://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Indicadores_de_la_mineria_en_Colombia_2010.pdf).

Uprimny R., Rodríguez C. A., *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho* [en ligne], Bogota, 2005, [consulté le 1^{er} mars 2018], https://www.dejusticia.org/wpcontent/uploads/2017/04/fi_name_recurso_775.pdf.

1.3. Contributions à des ouvrages collectifs

Berrio M. A., “Los Estados Fallidos”, in Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Nuevos riesgos para la sociedad del futuro*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2003, p. 199-227.

Díaz Ángel S., “Cartografías de El Dorado, Releyendo fragmentos de la historia minera de Colombia a través de algunos mapas (siglo XVI a XX)”, in *Minería y Desarrollo, Tomo V, Bogota*, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 31-84.

Felt, H., “¿Nuevas reglas de juego para el extractivismo? El papel de las iniciativas internacionales de transparencia y control para las industrias extractivas”, in Göbel B., Ulloa A., *Extractivismo minero en Colombia y América Latina*, Bogota, Universidad Nacional de Colombia et Berlin, Ibero-Amerikanisches Institut, 2014, p. 459-493.

Garrido M., “Ordenanzas, dominios y jurisdicción en las Minas de la Nueva Granada durante el siglo XVIII”, in *Minería y Desarrollo, Tomo V, Bogota*, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 85-134.

Gomez Montes, I., Eschenhagen M. L., “Conflictos socioambientales de la minería del oro y el rol del modelo económico dominante en América Latina”, in Göbel B., Ulloa A., *Extractivismo minero en Colombia y América Latina*, Bogota, Universidad Nacional de Colombia et Berlin, Ibero-Amerikanisches Institut, 2014, p. 389-423.

López Jiménez S., “El fujimorismo como régimen político: Límites y perspectivas”, in Plaza O., *Perú actores y escenarios al inicio del nuevo milenio*, Lima, Fondo editorial PUCP, 2001, p. 169-205.

Tanaka M., “La Crisis en la representación de los países andinos y el “viraje a la izquierda”: ¿hacia una renovación de la representación política?”, in Fontaine A. *et alii*, *Reforma de los partidos políticos en Chile*, Santiago, PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, Proyectamérica et Cieplan, 2008, p. 273-293.

I.4. Articles de mélanges

Costa D., « L’inaliénabilité et l’imprescriptibilité du domaine public : à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’Homme », in *Bien public, bien commun : mélanges en l’honneur de Étienne Fatôme*, Paris, Dalloz, 2011, p. 89-95.

Rodríguez Garavito C., “Las nuevas fronteras de la justicia constitucional: la democracia ambiental y las consultas populares en conflictos socioambientales”, in *Memorias Encuentro constitucional por la Tierra*, Cour constitutionnelle, décembre 2015.

II. REVUES

II.1. Article de revue imprimée

Agüero García J., “América Latina durante la Guerra Fría (1947-1989): Una Introducción”, *Revista de las Sedes Regionales*, vol. XVII, núm. 35, 2016, p. 2-34.

Balme R., « La justice environnementale comme équité. La politisation des conflits environnementaux en République populaire de Chine », *Ecologie & politique*, n° 47, 2013.

Bellver Capella V., “Ecología: de las razones a los derechos”, Comaraes, Granada, 1994 (cité par Valencia Hernández J. G., “Estado Ambiental, Democracia y Participación Ciudadana en Colombia a Partir de la Constitución de 1991”, *Jurídicas*, 4(2), juillet-décembre 2007, p. 163-185).

Bon P., “El dominio Público ante el Derecho Administrativo Francés”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, n° 2, 1998, p. 309-327.

Burdyschaw C., “¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo?”, *Justicia Ambiental*, diciembre 2012.

Canto M., “Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo”, *Política y cultura*, 2008, p. 9-37.

Carrillo Ballesteros J. M., “Del patrimonio público una aproximación al concepto y a su contenido”, *Prolegómenos Derechos y Valores*, Vol. IX, n° 17, janvier - juin 2006, p. 23-34.

Ferrari C., “Valores, Bienes Públicos y Desarrollo Humano”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. 12, n° 22, 2010, p. 265-276.

Figueroa Márquez D., “Derecho Minero”, *Revista Mexicana de Derecho*, n° 3, 2001, p. 71-89.

Galindo Hernández C., “Neopopulismo en Colombia, el caso del gobierno de Álvaro Uribe Vélez”, *Revista de Ciencias Sociales*, n° 27, janvier 2007, p. 147-162.

Garavito González L., “El Origen del Patrimonio como Política Pública, y su relevancia para la interpretación de los vínculos entre cultura y naturaleza”, *Revista Opera*, n° 6, avril 2006, p. 169-189.

Herrera Robles A., “Límites constitucionales y legales al derecho de dominio en Colombia: Análisis desde el Derecho Público”, *Revista de Derecho*, n° 20, 2003, p 57-81.

Jaramillo Jassir M. *et alii*, “La Revolución Democrática de Rafael Correa”, *Análisis político*, Vol. 21, n° 64, 2008, p. 22-39.

Lozano Corbi E., “Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones”, *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, n° 2, 1994, p. 83-94.

Martín L., “Análisis, prevención, y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe”, *Serie recursos naturales e infraestructura*, n° 171, 2015.

Mayer O., “Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums”, *Archiv für öffentliches Recht*, n° 21, 1907, p. 499-522.

Minaverry C., El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina, *Gestión y ambiente*, diciembre 2015.

Molina J.-C., “El dominio minero en Colombia: la propiedad minera del Estado”, *Revista de la Universidad Nacional*, n° 4, 1945, p. 107-120.

Monédiaire G., « La participation du public organisée par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte », *Participations*, n° 1, 2011.

Moreu Carbonell E., “Régimen jurídico de las actividades extractivas en el derecho alemán: un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero”, *Revista de Administración Pública*, n° 152, mai – août 2000, p. 339-383.

Moreu Carbonell E., “Régimen jurídico de las actividades extractivas en el derecho alemán, Un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, n° 152, 2000, ProQuest ebrary, Web. janvier 2017.

Parejo Alfonso L., “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, janvier-décembre 1983, p. 2379-2422

Revollo Bravo A., “Clasificación legal de las minas en Colombia”, *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, n° 499, mars-mai 1959, p. 79.

Revelo-Rebolledo J., “La independencia judicial en tiempos de Uribe”, *Papel Político*, Vol. 13, n° 1, janvier-juin 2008, p. 53-94.

Romero J., “Redescubriendo la gobernanza más allá del buen gobierno. Democracia como base, desarrollo territorial como resultado”, *Boletín de la asociación de geógrafos españoles*, 2011 p. 295-319.

Sáinz y Gómez Salcedo J. M., “El Ager publicus romanus: la Jurisdicción Agraria en Roma”, *Revista Multidisciplinaria*, n° 9, 2011, p. 17-27.

Vergara Blanco A., “Teoría Del Dominio Público Y Afectación Minera,” *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 17, n° 1, 1990, p. 135-159.

Yolka P., « La carpe et le lapin : retour sur les droits fondamentaux des personnes publiques », *L'Actualité juridique Droit Administratif*, n° 10, 2010, p. 559-560.

II.2. Article de revue numérique

Castro P., “El caudillismo en América Latina, ayer y hoy”, *Política y cultura* [en ligne], 2007, n° 27, p. 9-29, [consulté le 9 septembre 2018], http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422007000100002.

Chemas S., “El dominio público y los bienes públicos: Europa y América Latina ¿El hijo sigue mirando al padre?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo* [en ligne], n° 14, 2015, p. 223-236, [consulté le 09 août 2016], <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n14.11>>

Cordero Quinzacara E., Aldunate Lizana E., “Evolución histórica del concepto de propiedad”, *Revista de estudios histórico-jurídicos* [en ligne], 2008, p. 345-385 [consulté le 20 juin 2016], <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173819211013>>

De Ávila Martel A., “La propiedad minera en el Derecho Indiano: sus bases, constitución y peculiaridades”, *Revista Historia* [en ligne], n° 8, 1969, p. 13-17 [consulté le 20 juin 2016], <http://revistahistoria.uc.cl/numero/8/>.

Florencia Pasquale M., “La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica”, *Historia Constitucional* [en ligne], janvier-décembre 2014, [consulté le 22 septembre 2018], <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259031826005>.

Kalmanovitz S., “Consecuencias económicas de la Independencia en Colombia”, *Revista de economía institucional* [en ligne], vol. 10, n° 19, 2e semestre 2008, p. 207-233, [consulté le 27 avril 2016], <https://www.economiaiinstitucional.com/pdf/No19/skalmanovitz19.pdf>.

María Serrano J. F., “El “Consensus de Washington” ¿Paradigma económico del capitalismo triunfante?”, *Revista de Fomento Social* [En ligne], n° 217 (janvier-mars 2000), p. 29-45, [consulté le 29 janvier 2017], <http://www.revistadefomentosocial.es/index.php/todos-los-documentos/217/683-217a1>

Ministerio de Minas y Energía, “Boletines análisis minero” [en ligne], [consulté le 11 septembre 2017], <https://www.minminas.gov.co/boletines?idBoletin=229>.

Ramírez Brouchoud M. F., “Las Reformas del Estado y la Administración Pública en América Latina y los intentos de aplicación del New Public Management”, *Estudios Políticos* [en ligne], n° 34, janvier-juin 2009, p. 115-141, [consulté le 20 juin 2018], <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/view/2810/2491>

Riechmann J., “Tres principios básicos de justicia ambiental, *Revista internacional de filosofía política*”, [en ligne], n° 21, 2003, Universidad Autónoma Metropolitana, [consulté le 1^{er} juin 2018], <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2003-21-1117&dsID=pdf>.

Sánchez Alzate M., “¿Condicionan los recursos naturales el crecimiento económico?”, *Semestre Económico* [en ligne], vol 14, n° 29, p. 117-128, Vol. 14, n°. 29, décembre 2011, p. 117-128 [consulté le 15 juin 2016], <http://www.scielo.org.co/pdf/seec/v14nspe29/v14nspe29a7.pdf>.

Sbdar C., “Tribunales especializados para la tutela efectiva del ambiente”, *CIJ*, [en ligne], publié le 16 mars 2017, [consulté le 12 septembre 2017], <https://www.cij.gov.ar/nota-25245-Tribunales-especializados-para-la-tutela-efectiva-del-ambiente.html>

Suárez Montoya A., “La Economía Uribista o el fracaso de la confianza inversionista,” *Deslinde* [en ligne], n° 47, novembre-décembre 2010, [consulté le 23 juillet 2018], http://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2012/07/2-Fracaso_Confianza_Inversionista.pdf.

Wright M., “The Vermont Environmental Court”, *Journal of court innovation*, [en ligne], 2010 [consulté le 3 octobre 2018], http://www.courts.state.ny.us/court-innovation/Winter-2010/JCI_Winter10a.pdf

III. TRAVAUX UNIVERSITAIRES, CONFÉRENCES

González Salazar N. E., *La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica* [en ligne], Sánchez Hernández H. A. (dir.), thèse de Droit, Universidad del Rosario, 2014, p. 250, [consulté le 20 février 2017] <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/8987>.

Kalmanovitz S., “Constitución y modelo económico” [en ligne], in Facultad de Derecho, Universidad Nacional e ILSA, *Diez años de la Constitución colombiana 1991-2001: Seminario de Evaluación*, Auditorio León de Greiff, 14 et 15 juin 2001, Bogota, ILSA, 2001, 31 p., [consulté le 20 février 2017], http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/cmodelo.pdf.

IV. SITES WEB

<https://datos.bancomundial.org/indicador> [consulté le 9 août 2017]

<https://www.mgsrefining.com/es/recursos/precios-historicos-de-metales-preciosos/historico/historia-del-precio-del-oro> [consulté le 9 août 2017]

<https://www.registraduria.gov.co/-Consultas-Populares,2411-.html>

<http://ejatlas.org/country/colombia> [consulté le 11 septembre 2018]

V. TEXTES NORMATIFS NATIONAUX

V.1. Colombie

Constitutions

Constitution de la République de Tunja de 1811 (spéc. section préliminaire, chapitre I, alinéa 1).

Constitution de Cúcuta de 1821 (spéc. deuxième section, article 55, alinéa 2).

Constitution de la République de Colombie de 1830.

Constitution politique de la Nouvelle Grenade de 1843 (spéc. section 5, article 67, alinéa 3).

Colombie, Constitution politique pour la Confédération grenadine de 1858 (spéc. chapitre 1, article 1 ; chapitre 2, article 6).

Colombie, Constitution politique des États-Unis de Colombie de 1863.

Colombie, Constitution politique de Colombie de 1886 (spéc. titre I, article 4).

Colombie, Constitution politique de Colombie de 1991 (spéc. articles 1^{er}, 2, 3, 7, 40, transitoire 55, 58 modifié par l'article 1 de la Loi n° 01 de 1999, 63., 82, 86, 102, 103, 150, 286, 287, 288, 300 modifié par l'article 2 de la Loi n° 1 de 1996, 313, 329, 332, 360, 361, 366.

Codes

Code des Mines (spéc. articles 186, 338).

Code civil de 1873 (spéc. article 674).

Code du régime municipal

Loi, actes législatifs

Loi 38 de 1887 « *por la cual se adopta el Código de Minas del extinguido Estado de Antioquia* ».

Loi 110 de 1912, « *por el cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman* ».

Loi 200 de 1936, « *sobre régimen de tierras* ».

Loi 135 de 1961, « *sobre reforma social agraria* ».

Loi 131 de 1994, « *por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones* ».

Loi 134 de 1994, « *por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana* »

Loi 141 de 1994, « *Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones* ».

Loi 397 de 1997, « *Ley general de cultura* »

Loi 685 de 2001, « *por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones* ».

Acte législatif n° 05 du 8 juillet 2011 « *por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones* »

Loi 850 de 2003, « *por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas* »

Colombie, Ley 1448 de 2011. «Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones».

Loi 1185 de 2008, « por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones ».

Loi 1530 de 2012, « por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías ».

Loi 1753 de 2015, « por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ».

Loi statutaire 1757 de 2015, « por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática ».

Acte législatif n° 04 du 8 septembre 2017 « por el cual se adiciona el artículo 361 de la Constitución política ».

Décret

Décret 2811 de 1974 « por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente ».

Décret 2655 de 1988 « por el cual se expide el Código de Minas ».

Décret 2591 de 1991 « por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política ».

Décret 2818 de 1991 « por el cual se dispone la liquidación del contrato de Concesión de Salinas... ».

Décret 1679 de 1997 « por el cual se fusionan las Sociedades Minerales de Colombia S.A. "Mineralco S.A. " y Colombiana de Carbón Limitada "Ecocarbón Ltda. " en la Empresa Nacional Minera Ltda. "Minercol Ltda. " ».

Décret 1052 de 1998 « por el cual se reglamentan las disposiciones referentes a licencias de construcción y urbanismo, al ejercicio de la curaduría urbana, y las sanciones urbanísticas ».

Décret 1547 de 2000 « por el cual se modifican los Decretos 1052 de 1998 y 297 de 1999, en lo relacionado con la prórroga de las licencias de urbanismo y construcción ».

Décret 254 de 2004 « por el cual se ordena la supresión, disolución y liquidación de la Empresa Nacional Minera Limitada, Minercol Ltda., Empresa Industrial y Comercial del Estado ».

Ministère de la Défense Nationale, Décret 2235 de 2012 « Régule l'article 6 de la Décision n° 774 du 30 juillet 2012 de la Communauté Andine et l'article 106 de la Loi 1450 de 2011 ».

concernant l'utilisation de machinerie lourde et de ses pièces dans des activités minières sans les autorisations et exigences prévues par la loi »

Décret 456 du 11 octobre 2013, « *por el cual se adopta el marco regulatorio del aprovechamiento económico del espacio público en el Distrito Capital de Bogota* »

V.2. Equateur

Constitution de la République de 2008 (spéc. article 317)

V.3. Espagne

Décret législatif 7/2015 du 30 octobre 2015 « *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana* ».

V.4. France

Code minier (nouveau)

VI. DOCUMENTS DE POLITIQUE GENERALE ET DOCUMENTS TECHNIQUES

Département de planification nationale colombien, Plan national de développement « Estado Comunitario. Desarrollo para todos 2006-2010 », Tome 1, 2007, [en ligne] [consulté le 1^{er} avril 2018], https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND_Tomo_1.pdf

Département de planification nationale colombien, Plan national de développement « Prosperidad para todos 2010-2014 », Tome 1, 2011, [en ligne] [consulté le 1^{er} avril 2018], <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND2010-2014%20Tomo%20I%20CD.pdf>

Ministère des Mines et de l'Énergie de Colombie, [en ligne] [consulté le 12 janvier 2018], <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/614096/2-Reestructuracion.pdf/25ab9ff3-6b39-41f9-8a72-9c2843375291>

Ministère des Mines et de l'Énergie de Colombie, « Política Minera de Colombia, Bases para la minería del futuro », Bogota, 2016 [en ligne] [consulté le 27 novembre 2017, le 30 août 2018], <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/Pol%C3%ADtica+Minera+de+Colombia+final.pdf/c7b3fcad-76da-41ca-8b11-2b82c0671320>

VII. AUTRES

Exposé pour le premier débat du projet de loi 127 de 2000 Assemblée législative, « *por la cual se expide el Código de Minas* », Bogota, 15 mai 2001.

Accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable, 2016

VIII. TEXTES INTERNATIONAUX

VIII.1. Organisation des Nations Unies

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (spéc. article 25).

VIII.2. Organisation des États américains

Charte démocratique (spéc. article 6).

Convention américaine relative aux droits de l'Homme (spéc. article 23).

VIII.3. Union européenne

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (spéc. article 1).

TABLE DE JURISPRUDENCES

I. COLOMBIE

I.1. *Conseil d'Etat*

Salle de contentieux administratif, troisième section, 15 juin 1962, Sentence n° CE-SCA-1962-06-15, C. R. Francisco Eladio Pérez.

Salle de contentieux administratif, troisième section, 28 janvier 1971, Sentence n° CE-SEC3-1971-01-28, C. R. Alfonso Castilla Saiz Bogota.

Salle de consultation et service civil, 29 novembre 1995, Sentence n° 745, C.R. Javier Henao Hidron.

Salle plénière de contentieux administratif, 29 octobre 1996, Sentence n° S-404, C. R. Daniel Suárez Hernández.

Salle de contentieux administratif, quatrième section, 20 novembre 2003, Sentence n° 25000-23-24-000-2002-01503-01 (AP-01503), C.R. Ligia López Díaz.

Salle de consultation et service civil, 2 juin 2005, Sentence n° 1650, C.R. Gustavo Aponte Santos.

Salle de contentieux administratif, troisième section, 2 juin 2005, Sentence n° 25000-23-24-000-2004-00710-01, C.R. Ramiro Saavedra Becerra.

Salle de contentieux administratif, troisième section, 10 août 2005, Sentence n° 08001-23-31000-1992-06673-01, C.R. Ramiro Saavedra Becerra.

Salle de contentieux administratif, troisième section, 11 août 2005, Sentence n° 08001-23-31-000-1991-00268-01 (15070), C.R. María Elena Giraldo Gómez.

Salle de contentieux administratif, troisième section, 13 février 2006, Sentence n° 08001-23-31-000-1981-05570-01 (19484), C.R. María Elena Giraldo Gómez.

Salle de contentieux administratif, troisième section, 15 août 2007, Sentence n° 19001-23-31-000-2005-00993-01(AP), C.R. Ruth Stella Correa Palacio.

Salle de contentieux administratif, troisième section, 18 mars 2010, Sentence n° 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390), C.R. Mauricio Fajardo Gómez.

Salle de contentieux administratif, troisième section, 8 juin 2011, Sentence n° 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP), C.R. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Salle de contentieux administratif, troisième section, sous-section C, 26 novembre 2013, Sentence n° 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP), C.R. Enrique Gil Botero.

Salle de consultation et service civil, 18 juin 2014, Sentence n° 11001-03-06-000-2013-00364-00 (2154), C.R. Alvaro Namén Vargas.

Salle de contentieux administratif, cinquième section, 21 août 2014, Sentence n° 11001-03-15-000-2014-01544-00, C.R. Enrique Alfredo Daza Gamba.

Salle de contentieux administratif, troisième section, 12 décembre 2014, Sentence n° 11001-03-26-000-2008-0111-00(36251), C.R. Danilo Roja Bethancourt.

Salle de contentieux administratif, troisième section, sous-section C, 16 mars 2015, Sentence n° 08001-23-31-000-1996-02906-01 (12906), C. R. Olga Mélida Valle De La Hoz (E).

1.2. Cour constitutionnelle

Première salle de révision, 5 juin 1992, Sentence n° T-406/92, dossier n° T-778, M.R. Ciro Angarita Barón.

Quatrième salle de révision, 17 juin 1992, Sentence n° T-411/92, dossier T-785, M. R. Alejandro Martínez Caballero.

Salle plénière, 6 août 1992, Sentence C-478/92, dossier n° D-003, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Deuxième salle de révision, 28 août 1992, Sentence n° T-505/92, dossier n° T-2535, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Quatrième salle de révision, 23 octobre 1992, Sentence n° T-566/92, dossier n° 3848, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

Salle plénière, 18 janvier 1993, Sentence n° 006/93, dossier n° D-060, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Salle plénière, 25 février 1993, Sentence n° C-075/93, dossier n° RE-025, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

Salle de révision des tutelles, 27 avril 1993, Sentence n° T-163/93, dossier n° T-7828, M. R. Fabio Morón Díaz.

Troisième salle de révision, 12 mai 1993, Sentence n° T-188/93, dossier n° T-7281, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Salle plénière, 9 juin 1993, Sentence n° C-216/93, dossier n° D-218, M.R. José Gregorio Hernández Galindo.

Deuxième salle de révision, 30 juin 1993, Sentence n° T-254/93, dossier n° T-10505, M. R. Antonio Barrera Carbonell.

Troisième salle de révision, 22 octobre 1993, Sentence n° T-469/93, dossier n° T-15233, M. R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Neuvième salle, 31 janvier 1994, Sentence n° T-028/94, dossier n° T-19746, M. R. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sixième salle de révision, 23 février 1994, Sentence n° T-074/94, dossier n° 22897, M.R. Hernando Herrera Vergara.

Salle plénière, 23 mars 1994, Sentence n° C-145/94, dossier n° D-489, D-492, D-495, D-500, D-506, D-507, D-508, D-511, D-512 et D-515 (accumulés), M.R. Alejandro Martínez Caballero.

Salle de révision, 24 mars 1994, Sentence n° T-141/94, dossier n° T-25436, M.R. Vladimiro Naranjo Mesa.

Salle plénière, 29 septembre 1994, Sentence n° C-424/94, dossiers n° D-540, 548 et 555 (accumulés), M.R. Fabio Morón Díaz.

Salle plénière, 21 novembre 1994, Sentence n° C-519/94, dossier n° L.A.T.-036, M. R. Vladimiro Naranjo Mesa.

Septième salle de révision, 4 avril 1995, Sentence n° T-150/95, dossier n° T-54186, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

Salle plénière, 2 août 1995, Sentence n° C-346/95, dossier n° D-822, M. R. Carlos Gaviria Díaz.

Salle plénière, 30 novembre 1995, Sentence n° C-566/95, dossier n° D-823, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Salle plénière, 30 novembre 1995, Sentence n° C-567/95, dossier n° D-850, M.R. Fabio Morón Díaz.

Salle plénière, 7 mars 1996, Sentence n° C-103/96, dossier n° OP-008., M.R. Fabio Morón Díaz.

Salle plénière, 6 juin 1996, Sentence n° C-251/96, dossier n° 1079, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

Salle plénière, 5 décembre 1996, Sentence n° C-691/96, dossier n° D-1365, M.R. Carlos Gaviria Díaz.

Salle plénière, 6 mars 1997, Sentence n° SU-111/97, dossier n° T-107601, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Salle plénière, 29 avril 1997, Sentence n° C-221/97, dossier n° D-1458, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

Deuxième salle de la Cour d'appel du travail et de la prévoyance sociale, 23 décembre 1997, Sentence n° C-647/97, M.R. Fabio Morón Díaz.

Cinquième salle de révision, 4 mars 1998, Sentence C-058/98, dossier n° T-6.418.361, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

Salle plénière, 1^{er} avril 1998, Sentence n° C-126/98, dossier n° D-1794, M.R. Alejandro Martínez Caballero.

Salle plénière, 1^{er} avril 1998 Sentence n° C-128/98, dossier n° D-1820, M.R. Fabio Morón Díaz.

Salle plénière, 6 mai 1998, Sentence n° C-191/98, dossier n° D-1868, M.R. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Salle plénière, 26 août 1998, Sentence n° C-447/98, dossier n° D-1962, M.R. Carlos Gaviria Díaz.

Salle plénière, 5 mars 1998, Sentence n° C-065/98, dossier n° D-1789, M. R. Fabio Morón Díaz, réserve juridique des magistrats Alejandro Martínez Caballero et Eduardo Cifuentes Muñoz.

Salle plénière, 9 décembre 1999, Sentence n° C-987/99, dossier n° D-2438, M. R. Alejandro Martínez Caballero.

Salle plénière, 25 mars 1999, Sentence n° T-194/1999, dossier n° T-175.217, M.R. Carlos Gaviria Díaz.

Salle plénière, 6 septembre 2000, Sentence n° C-1160/00, dossier n° D-2834, M.R. Fabio Morón Díaz.

Salle plénière, 5 juin 2001, Sentence n° C-579 /2001, dossier n° D-3260 et D-3262, M. R. Eduardo Montealegre Lynett.

Salle plénière, 13 juin 2001, Sentence n° C-616/01, dossier n° D-3279, M.R. Rodrigo Escobar Gil.

Salle plénière, 28 juin 2001, Sentence n° C-671 / 2001, dossier n° LAT-191, M. R. Jaime Araujo Rentería.

Salle plénière, 10 octobre 2001, Sentence n° C-1064/01, dossier n° D-3449, M.R. Manuel Jose Cepeda Espinosa et Jaime Cordoba Triviño.

Salle plénière, 12 mars 2002, Sentence n° C-179/02, dossier n° P.E.-014., M.R. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Salle plénière, 7 mai 2002, Sentence n° C-339/02, dossier n° D-3767, M.R. Jaime Araujo Rentería.

Salle plénière, 29 mai 2002, Sentence n° C-427/2002, dossier n° D-3822, M. R. Clara Inés Vargas Hernández.

Neuvième salle de révision, 15 août 2002, Sentence n° T-660/02, dossier n° T-587096, M. R. Álvaro Tafur Galvis.

Salle plénière, 22 octobre 2002, Sentence n° C-891/2002, dossier n° D-4022, M.R. Jaime Araujo Rentería.

Salle plénière, 4 décembre 2002, Sentence n° C-1074/02, dossier n° D-4062, M.R. Manuel José Cepeda Ospina.

Salle plénière, 25 février 2003, Sentence n° C-150/03, dossier n° D-4194, M.R. Manuel José Cepeda Espinosa.

Salle plénière, 9 septembre 2003, Sentence n° C-776/03, dossier n° D-4429, M.R. Manuel José Cepeda Espinosa.

Salle plénière, 7 octobre 2003, Sentence n° C-894/03, dossier n° 4552, M. R. Rodrigo Escobar Gil.

Salle plénière, 13 novembre 2003, Sentence n° C-1071/03, dossier n° D-4583, M.R. Rodrigo Escobar Gil.

Salle plénière, 24 avril 2006, Sentence n° C-320/06, dossier n° D-5983, M.R. Humberto Antonio Sierra Porto.

Salle plénière, 18 novembre 2009, Sentence n° C-813/09, dossier n° D-7720, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Salle plénière, 4 mars 2010, Sentence C-149/10, dossier n° D-7828 et D-7843, M.R.

Salle plénière, 24 mars 2010, Sentence n° C-228/10, dossier n° D-7865, M. R. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sixième salle de révision, 14 décembre 2010, Sentence n° T-1045A /10, dossier n° T-2761852, M.R. Nilson Pinilla.

Salle plénière, 3 mars 2011, Sentence n° T-129/2011, dossier n° T-2451120, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio

Salle plénière, 6 avril 2011, Sentence n° C-263/2011, dossier n° D-8270, M. R. Jorge Ignacio Pretelt.

Neuvième salle de révision, 12 avril 2011, Sentence n° T-282/11, dossiers n° T-2898085 et T-2890730, M.R. Luis Ernesto Vargas Silva.

Septième salle de révision, 31 mai 2011, Sentence n° T-458/11, dossier n° T-2'843.002, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Septième salle de révision, 15 mai 2012, Sentence n° T-348 /2012, dossier n°T-3.331.182, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Salle plénière, 30 mai 2012, Sentence n° C-395/2012, dossier n° D-8821, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza.

Sixième salle de révision, 21 mars 2013, Sentence n° T-154/13, dossier n° T-2550727, M.R. Nilson Pinilla Pinilla.

Salle plénière, 11 septembre 2013, Sentence n° C-624/2013, dossier n° D-9538, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Salle plénière, 5 mars 2014, Sentence n° C-123/14, dossier n° D-9700, M.R. Alberto Rojas Ríos.

Septième salle de révision, 13 juin 2014, Sentence n° T-379-14, dossier n° T-4.252.263, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sixième salle de révision, 20 février 2015, Sentence n° T-080/15, dossier n° T-4.353.004, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

Septième salle de révision de tutelles, 10 mars 2015, Sentence n° T-095/15, dossier n° T-4.594.812, M. R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Première salle de révision, 27 mars 2015, Sentence n° T-140/15, dossier n° T-4578549, M. R. María Victoria Calle Correa.

Salle plénière, 8 avril 2015, Sentence n° C-150/15. Contrôle *a priori* de constitutionnalité du projet de loi statutaire 134 de 2011 « *Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática* », Dossier n° PE-038, M.R. Mauricio González Cuervo.

Salle plénière, 6 mai 2015, Sentence n° C-261/15, dossier n° D-10391, M.R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Salle plénière, 16 juillet 2015, Sentence n° C-449/15, dossier n° D-10547, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sixième salle de révision, 21 septembre 2015, Sentence n° T-606 /2015, dossier n T-4.943.313, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio

Salle plénière, 30 septembre 2015, Sentence n° C-619 /15, dossier n° D-10673, M.R. Gloria Stela Ortiz Delgado.

Quatrième salle de révision, 16 décembre 2015, Sentence n° T-766 /2015, dossier n°T-4.327.004, M.R. Gabriel Eduardo Mendoza Martel. Con salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz.

Salle plénière, 8 février 2016, Sentence n° C-035/16, dossier n° D-10864, M.R. Gloria Stela Ortiz Delgado

Salle plénière, 18 mai 2016, Sentence n° C-259/16, dossier n° D-10891, M.R. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Salle plénière, 25 mai 2016, Sentence n° C-273/16, dossier n° D-11075, M.R. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Salle plénière, 8 juin 2016, Sentence n° C-298/16, dossier n° D-10935, M.R. Alberto Rojas Ríos.

Salle plénière, 18 juillet 2016, Sentence n° C-379/16, dossier n° P.E.-045., M.R. Luis Ernesto Vargas Silva.

Salle plénière, 27 juillet 2016, Sentence n° C-389/2016, dossier n° D-8250, M.R. María Victoria Calle

Sixième salle de révision, 19 août 2016, Sentence n° T-445/16, dossier n° T- T-5.498.864, M.R. Jorge Iván Palacio Palacio

Sixième salle de révision, 10 novembre 2016, Sentence n° T-622/16, dossier n° T-5.016.242, M. R. Jorge Iván Palacio Palacio.

Neuvième salle de révision, 13 décembre 2016, Sentence n° T-704/16, dossier n° T-5.451.805, M. R. Luis Ernesto Vargas Silva.

Salle plénière, 8 février 2017, Sentence n° C-077/17, dossier n° D-11275 et D-11276, M.R. Luis Ernesto Vargas Silva.

Salle plénière, 28 février 2017, Sentence n° SU 133/2017, dossier n° T-4561330, M.R. Luis Ernesto Vargas Silva

Salle plénière, 11 octobre 2018, Sentence n° SU-2018, dossier n° T 6298958, M.R. Cristina Pardo Schlesinger

1.3. Cour Suprême de Justice

Salle plénière, sentence du 26 août 1921.

Salle des Affaires générales, sentence du 27 septembre 1940.

Salle de Cassation civile, sentence du 31 mai 1961.

II. FRANCE

Conseil constitutionnel, décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986.

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT	3
REMERCIEMENTS.....	5
RÉSUMÉ.....	7
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	9
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
§1. L'intérêt de la problématique et justification de la thèse	13
A. Absence d'un droit des biens publics en Colombie	13
B. La propriété publique est distincte de la propriété de l'État	18
C. L'exercice du droit de propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables constitue une nouvelle source de débats	23
§2. La problématique	27
§3. Le plan retenu.....	29
PREMIÈRE PARTIE - L'APPARITION DE LA NOTION DE PROPRIÉTÉ COMME BIEN PUBLIC EN COLOMBIE.....	31
Chapitre I - L'origine et l'évolution de la propriété de l'État.....	33
Section I. L'influence de l'histoire dans la construction du concept de propriété publique.....	34
§1. Les difficultés pour arriver à une définition de la propriété publique en droit romain	35
§2. Vers les premières notions de propriété publique	40
Section II. La propriété publique du Moyen-Âge à la Révolution française	44
§1. Les relations de dépendance dans la formation de la propriété et l'apparition de la Couronne en tant qu'unique titulaire du iura regalia	45
§2. Formes de protection de la propriété face au pouvoir illimité de la Couronne	48
Section III. Passage de la période absolutiste à la société moderne et réception en Colombie de la notion de propriété publique	50
§1. La distinction entre domaine public et privé après la Révolution française.....	51
A. La propriété des personnes publiques au-delà du concept prédominant de domaine public	55
B. Autres modèles d'État n'ayant pas incorporé le concept de propriété publique.....	58
§2. La réception du concept de propriété publique dans la législation et la jurisprudence colombiennes.....	60
A. Les origines de la propriété publique dans les normes du Code civil.....	60

B. Le concept de propriété publique avant 1991.....	64
1. L'utilisation floue du domaine éminent.....	70
2. Le domaine éminent : une notion en désuétude.....	73
Chapitre II - L'évolution de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables	79
Section I. De la Colonie à l'époque de l'Indépendance	82
§1. Une législation abondante et des institutions minières faibles	83
§2. Le système des fonctions régaliennes de l'État.....	91
Section II. La propriété minière dès l'époque de l'Indépendance et sa constitutionnalisation	95
§1. Genèse de la constitutionnalisation de la propriété publique en Colombie	96
A. La propriété de l'État sur les ressources minières dans la Constitution de 1886.....	104
B. La propriété de l'État sur les ressources minières dans la Constitution de 1991.....	108
§2. Les modèles de propriété de l'État	120
A. Fonction sociale de la propriété du sous-sol.....	124
B. Fonction écologique de la propriété du sous-sol	130
Section III. Contributions de la jurisprudence des Hautes Cours à la construction de la notion de propriété publique des ressources naturelles non renouvelables.....	135
§1. Contributions de la jurisprudence du Conseil d'État.....	136
§2. Contribution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle	142
 SECONDE PARTIE - LES TENSIONS GÉNÉRÉES PAR LA PROPRIÉTÉ DE L'ÉTAT QUANT À L'EXPLOITATION DES RESSOURCES NATURELLES NON RENOUELABLES EN COLOMBIE	 167
 Chapitre I - Le débat sur l'importance économique de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables	 169
Section I. La situation de la Colombie et son potentiel minier dans un contexte mondialisé et les contributions de l'industrie extractive à l'économie nationale	170
§1. L'intérêt démesuré en Colombie pour le potentiel de ressources du sous-sol	171
A. Comparatif régional du potentiel en ressources minières	171
B. Les contributions économiques de l'industrie minière à l'économie nationale.....	184
1. Investissement étranger grâce à la politique de « Confiance des investisseurs »	186
2. Transfert de ressources au niveau local au titre de redevances	188
§2. Politiques nationales mises en place pour l'exploitation des ressources du sous-sol.....	195
A. Plans nationaux de développement.....	195
B. Le modèle extractiviste colombien.....	200

1. La défaite de l'État en tant qu'entrepreneur minier	204
2. L'échec de la politique économique à la période 2000-2010.....	206
Section II. Connotations économiques et politiques de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie.....	210
§1. Rôles de l'État quant à la propriété minière en fonction du modèle économique	212
A. Modèle d'économie libérale.....	213
B. Modèle économique interventionniste.....	218
C. Modèle mixte ou néolibéral	220
§2. Rôles de l'État quant à de la propriété minière en fonction du modèle politique	225
A. Stabilité apparente dans la région au cours du XXe siècle.....	225
B. Régimes de type néolibéral et régimes de gauche ou Socialisme du XXIe siècle.....	231
C. Apparition du modèle d'État démocratique participatif.....	236
Section III. Les tensions constitutionnelles entre les modèles économiques et politiques de gestion de la propriété publique sur les ressources naturelles non renouvelables	242
§1. Les conflits sociaux entraînés par l'exploitation des ressources du sous-sol ..	243
A. Conflits pour des raisons socio-environnementales et de décisions des autorités.....	245
B. Conflits liés aux répercussions sur le territoire et à l'exploitation illégale	252
§2. Mécanismes de protection : participation ou modèle de développement	259
A. Droit à la participation en droit international.....	260
B. La consultation populaire, un mécanisme de participation politique en hausse	262
1. Cadre normatif des consultations populaires en Colombie.....	263
2. Bien-fondé de la consultation populaire pour approuver ou non l'exploitation de la propriété de l'État sur les ressources minières	268
 Chapitre II - À la recherche d'un équilibre entre le développement et l'exploitation de la propriété de l'État sur les ressources naturelles non renouvelables.....	277
Section I. Le rôle du juge constitutionnel en tant que garant de l'État social de droit	277
§1. Activisme judiciaire en Colombie et exploitation de la propriété de l'État	278
A. Le juge constitutionnel, défenseur de l'autonomie régionale et municipale en matière d'exploitation de la propriété de l'État sur le sous-sol.....	279
B. Un changement radical de jurisprudence concernant l'exploitation du sous-sol	287
§2. Analyse de cas mettant en évidence le comportement activiste du juge constitutionnel	290
A. Rôle du juge constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux	291
1. Le juge constitutionnel face aux communautés ethniques et au droit fondamental à la consultation préalable	291

2.	Le juge constitutionnel et le droit à la participation dans les décisions concernant l'exploitation des ressources du sous-sol	297
B.	Rôle du juge constitutionnel en matière de protection de l'environnement	299
1.	Le juge constitutionnel vis-à-vis de l'environnement et de l'exploitation économique de la propriété étatique du sous-sol	299
2.	Le juge constitutionnel vis-à-vis de la protection des écosystèmes revêtant une importance particulière et de l'exploitation du sous-sol.....	302
Section II.	Les actions collectives et la participation citoyenne.....	305
§1.	Nécessité de renforcer les mécanismes de participation politique	307
A.	Les mécanismes de participation politique sont suffisants	308
B.	Des mécanismes de participation politique sous-utilisés.....	311
§2.	Vers un modèle plus visible de participation administrative	316
A.	Participation des citoyens aux procédures relatives à l'octroi et à l'exécution des concessions minières.....	318
1.	La participation à l'étape précontractuelle de la concession.....	318
2.	La participation à l'étape post-contractuelle de la concession	321
B.	Participation des citoyens aux procédures relatives à l'octroi de licences environnementales.....	323
1.	Le droit d'accès aux informations relatives à l'environnement	323
2.	Procédure d'octroi des licences environnementales en Colombie.....	326
Section III.	Le défi de l'État : vers la justice environnementale.....	329
§1.	Juridictions environnementales spéciales	332
A.	Reconnaissance de la justice environnementale sur le plan international	332
1.	Émergence des tribunaux environnementaux en Europe.....	333
2.	Les tribunaux environnementaux en Amérique latine	336
B.	Utopie ou réalité de la justice environnementale en Colombie	339
1.	Une juridiction environnementale est-elle nécessaire en Colombie ?....	340
2.	Caractéristiques d'une possible juridiction environnementale en Colombie	343
§2.	Vers un modèle de développement basé sur l'égalité et la durabilité.....	345
A.	Les modèles économiques de développement du passé.....	347
1.	L'échec d'un modèle économique de développement basé sur l'exploitation agricole.....	347
2.	Le développement du monde rural : l'alternative proposée par l'Accord de paix	350
B.	Les défis de l'exploitation de la propriété de l'État dans le cadre des Accords de paix.....	353
1.	Politiques d'exploitation des ressources du sous-sol avec une approche territoriale	353
2.	Les inconvénients de l'exploitation des ressources du sous-sol pour la restitution des terres.....	355

CONCLUSION GÉNÉRALE - La propriété de l'État au XXIe siècle : vers un nouveau modèle de gestion des ressources du sous-sol.....	365
ANNEXES.....	377
BIBLIOGRAPHIE.....	381
TABLE DE JURISPRUDENCES.....	397
TABLE DES MATIÈRES	405

RÉSUMÉ

Propriété de l'État et exploitation des ressources naturelles non renouvelables en Colombie

Cette étude fait une analyse historico-législative de l'origine et l'évolution du concept de propriété de l'État en Colombie, notamment celle qu'il exerce sur les ressources naturelles non renouvelables en tant que source de financement permettant de résoudre des problématiques économiques et sociales. Nous y démontrons le manque d'autonomie de l'État pour définir la meilleure manière de tirer parti de ces ressources sur le plan économique, en raison de l'indéniable influence de politiques économiques internationales et du modèle politique d'État en Colombie. À partir du XXe siècle, surgit un débat polarisé autour de l'évaluation de la gestion de l'État en tant que propriétaire, entrepreneur et gestionnaire de ces ressources. Certains sont en faveur de politiques économiques favorisant leur exploitation massive, et d'autres sont contre, s'interrogeant sur l'efficacité et la pertinence de ses décisions dans la mesure où elles compromettent gravement certains droits fondamentaux des personnes à la lumière de la Constitution et des engagements internationaux acquis par l'État. Les tensions constitutionnelles ayant augmenté au cours des dernières années en raison de l'exploitation d'une propriété considérée comme exclusive de l'État alimentent le rôle actif du juge constitutionnel. Ainsi, en limitant les actions de l'État, celui-ci devient l'acteur principal et le garant de l'État social de droit.

ABSTRACT

State ownership and exploitation of non-renewable natural resources in Colombia

The present work made a historical-legislative review of the origin and evolution of the concept of the property of the State in Colombia and in particular of the property that it holds over non-renewable natural resources, as a traditional source of financing to solve economic and social problems. However, it shows the lack of autonomy of the State to define the best way to take advantage of these resources economically, due to the undeniable influence of international economic policies and the political model of the State in Colombia. Since the twentieth century, the evaluation of the management of the State as owner, entrepreneur and administrator of these resources unleashed a polarized debate, with some in favor of economic policies that favor their massive use and others questioning the effectiveness and relevance of its decisions because they seriously compromise some of the fundamental rights of people in light of the Constitution and international commitments acquired by the State. The constitutional tensions that have increased in recent years because of the use of a property considered exclusive of the State, provokes an active role of the constitutional judge that limits its actions and becomes protagonist and guarantor of the Welfare State.