

ÉTUDE



novembre 2011

Institut de recherche et
débat sur la gouvernance

Institute for Research and
Debate on Governance

Instituto de investigación
y debate sobre la
gobernanza

La démarche interculturelle d'élaboration de la jurisprudence : outil privilégié pour une approche plurielle des droits de l'homme

Le cas du système interaméricain de protection des droits de l'homme

Par **Melisa LOPEZ**, doctorante au Centre d'Études et de Recherche sur le Droit,
l'Histoire et l'Administration Publique - CERDHAP

p.5
Introduction, par Séverine BELLINA (IRG)

partie **1**
p.11
Dispositif institutionnel et normatif du système interaméricain
des droits de l'homme

partie **2**
p.15
Le multiculturalisme au cœur du système interaméricain
des droits de l'homme

partie **3**
p.19
Les deux axes fondamentaux de la démarche en œuvre au sein du
système interaméricain de protection des droits de l'homme

partie **4**
p.23
Une jurisprudence innovante, source du droit international en matière
des droits de l'homme : vers une approche plurielle

p.39
Conclusion, par Séverine BELLINA (IRG)

p.41
Bibliographie

p.45
Table des matières

Acronymes

CADH : Convention américaine des droits de l'homme

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CERDHAP : Centre d'études et de recherche sur le Droit, l'Histoire et l'Administration publique

CIDH : Cour interaméricaine des droits de l'homme

OEA : Organisation des États américains

ONG : Organisation non gouvernementale

Introduction

*« Dis-moi comment tu penses le monde,
je te dirai comment tu penses le Droit. »*

Michel ALLIOT, 1989.

*« Le droit de la gouvernance ne peut plus être pensé dans les termes
où l'avait été le droit classique, celui de la Modernité. »*

Ghislain OTIS, 2010.

Au cœur des mutations de l'action publique : la conception du droit

Du droit de la Modernité : l'État source unique de la juridicité

Dans le cadre de la pensée « moderne » de l'État, le droit est développé comme mode privilégié de la régulation et de l'unification du pluralisme social. Il est considéré comme ayant une source principale, voire unique : l'État. L'articulation des normes est pensée de manière pyramidale et hiérarchique. Toute régulation doit être mise en conformité avec le droit de l'État. La légitimité d'une norme résulte de sa plus ou moins grande conformité à la norme supérieure, donc de sa légalité. Ainsi, la modernité s'inscrit dans une perspective monocentrique (l'État comme seule source de droit) et moniste (les normes sont articulées en référence à leur conformité à celle de l'État) puisque seules comptent la reconnaissance étatique et l'unification via le droit étatique. C'est sur ce modèle que l'architecture institutionnelle et normative internationale a été construite - dans le cadre de systèmes interétatiques tels que les Nations unies, l'Union européenne, ou l'Organisation des États américains - et que les conventions internationales sont élaborées.

Or, ce prisme monocentrique ne reflète pas la réalité des pratiques du droit et de la régulation sociale. En effet, force est de constater qu'il existe d'autres droits à côté de celui de l'État – situation de pluralisme juridique –, tels que le droit coutumier, le droit musulman ou le droit international. Bien plus, la régulation juridique n'est pas la seule – situation de pluralisme normatif –, voire la plus mobilisée des régulations (plus de 90% des conflits fonciers au Mali sont réglés par la coutume, et cet exemple est loin d'être une exception) pour la régulation sociale. Ce décalage entre le droit formel et réel abouti, le plus souvent, à une inefficacité croissante et une fragilisation du système étatique, conduisant parfois à sa défaillance, voire sa faillite, face à des régulations concurrentes développées « hors » la loi mais qui répondent aux besoins des populations.

Ce constat existe aussi au niveau international, notamment dans le domaine des droits de l'homme, où le système des normes internationales, régionales et nationales est parfois fortement décrié comme étant une imposition des États occidentaux sur le reste du monde. Les cultures et modes de régulations locaux, en l'occurrence traditionnels et religieux, sont invoqués contre cette normativité internationale, dont la dimension universaliste est alors taxée d'impérialiste.

Du droit au temps de la gouvernance : le pluralisme normatif

Aussi, les analystes, experts et praticiens de la gouvernance démocratique ont-ils porté, ces dernières années, une attention accrue à la légitimité. La question de l'effectivité, à savoir de l'efficacité sociale, des institutions et des normes est ainsi devenue centrale. Elle oblige à considérer la diversité des régulations en œuvre dans une société, une politique ou une situation donnée. Cette prise en compte du pluralisme est consubstantielle à la coproduction des politiques publiques par une diversité d'acteurs (État, société civile, etc.) qui caractérise la gouvernance démocratique, notamment dans le cadre des processus de participation qui se développent dans toutes les régions du monde, du niveau local au niveau mondial. Cependant, encore trop souvent, cette reconnaissance du pluralisme est réalisée avec comme référence juridico-politique centrale l'État-nation. Dès lors, dans ces démarches pluralistes, si les autres systèmes normatifs ou juridiques sont reconnus, ils sont incorporés (par légalisation, codification, etc.), quitte à être déformés, recodés ou coupés de leurs significations socioculturelles dans le droit positif de l'État, sans que celui-ci évolue dans sa nature intrinsèque. Les régulations sont, en effet, aussi porteuses de valeurs sous-jacentes qui insufflent aux normes leurs significations sociales et leur rôle dans la régulation sociale. Ces valeurs ne sont pas figées, elles sont évolutives, en l'occurrence de par leurs frottements quotidiens aux valeurs fondant les autres systèmes. Or, le plus souvent, dans la perspective décrite ici, seuls sont intégrées dans le droit moderne de l'État les normes, par ailleurs retranscrites dans des codes nouveaux, posées sur des valeurs relevant d'un autre système normatif (celui de l'État moderne). Au lieu de favoriser les interactions constructives entre valeurs, cela peut aboutir à les figer, côte à côte, voire face à face. On ne reconnaît la diversité des régulations qu'à travers le prisme et les codes d'un seul système, celui de l'État moderne. Dès lors, la reconnaissance et/ou l'incorporation de ces différentes sources normatives dans la légalité officielle ne suffit pas à traduire le « genre de préférences et de pratiques culturelles qui sous-tendent la légitimation politique ».

(G. Hyden, 1992) Ce faisant, le fossé entre institutions et populations continue de se creuser. Il ne s'agit nullement de remettre en cause l'État dans sa valeur d'autorité politique suprême, mais justement de penser sa refondation pour renforcer son ancrage sociologique et pour qu'il devienne une réelle incarnation du pluralisme social. C'est le changement de paradigme que permet l'approche plurielle, par-delà la prise en compte du pluralisme.

L'enjeu du pluralisme normatif : penser l'État de droitS

L'intégration de la diversité des régulations en œuvre dans une société donnée nécessite de sortir du prisme moniste de la régulation étatique pour reconnaître la polycentricité de l'action publique et du pouvoir. Cela requiert de dépasser la pensée sur l'État moderne pour l'adapter à la gouvernance démocratique : la régulation portée par l'État n'a plus vocation à intégrer la diversité dans l'unité (État de droit), mais bien de favoriser les dynamiques constructives favorables à l'unité dans la diversité (État de droitS). Le droit de l'État ou issu du système inter-étatique, creuset de l'articulation des autres droits, est alors conçu comme un droit hybride, mouvant et pluriel. Il résulte des interactions entre les différents systèmes normatifs (concurrence, hybridation, exclusion, complémentarité, etc.). Ces interactions, l'internormativité, sont au cœur de l'approche plurielle. Dès lors, s'inscrire dans une démarche plurielle c'est penser les réformes institutionnelles, les normes et la régulation produites par l'État, ou au niveau infra et supra étatiques, comme le résultat de métissages ou d'hybridations, selon des dosages et critères spécifiques à chaque contexte.

Jean Carbonnier rappelait à ce propos que chaque société qualifie ou disqualifie de juridiques des règles de comportement déjà incluses dans d'autres systèmes normatifs tels que la morale, la religion, en fonction de la vision qu'elle a du monde et d'elle-même. L'approche plurielle inscrit donc la réflexion dans une démarche interculturelle : « Vouloir ramener l'autre dans son système ou sa vision [...] ne correspond pas à une attitude pluraliste. » (C. Eberhard) Cette vision du droit permet de dépasser la simple expression de la légalité (au sens du droit moderne) et de sortir d'une approche du droit uniquement focalisé sur l'État, au profit d'une conception « droit-société » qui prenne en compte l'ancrage social de l'État.

Les lieux du pluralisme normatif en œuvre : le système interaméricain des droits de l'homme comme « laboratoire vivant »

Du point de vue de cette approche, le système interaméricain de protection des droits de l'homme, en l'occurrence la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, constitue un prototype, autour de la démarche interculturelle qui la fonde, de l'approche plurielle. Articuler les instruments internationaux, notamment les conventions internationales des droits de l'homme, et les contextes locaux ou même nationaux, a conduit les magistrats à prendre en compte une diversité de conceptions de ce qui fait le droit et la justice. Cette démarche induit l'acceptation que d'autres pratiques sociales existent. Le système interaméricain des droits de l'homme se devait donc de les prendre en compte, notamment au moment de définir la nature de ce qui constitue une violation des droits et sa réparation, afin qu'elle satisfasse au sentiment de justice rendue, propre aux communautés impliquées.

C'est la mobilisation des diverses normes internationales reconnaissant le diversité culturelle, l'ensemble du système interaméricain de protection des droits de l'homme, la reconnaissance constitutionnelle du multiculturalisme en Amérique latine, ainsi que l'intervention de différents acteurs (juges, avocats, experts, représentants des communautés indigènes) dans la procédure qui ont permis à la CIDH, de pouvoir mettre en œuvre le principe¹ selon lequel les normes internationales des droits de l'homme sont des « instruments vivants »². Leur interprétation doit être évaluée en fonction de l'évolution des conditions de vie³. Dès lors ces normes doivent être adaptées et interprétées selon le contexte dans lequel elles s'appliquent⁴.

Nous proposons dans les développements qui suivent d'exposer de manière descriptive ce qui caractérise la démarche interculturelle développée au sein du système interaméricain des droits de l'homme. Il s'agit de bien comprendre ce qui la caractérise et en fait un

¹ Principe établi – mais non appliqué – par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

² Ce principe a été établi dans les affaires *Johnston et autres c. Irlande* (N° 9697/82), arrêt du 18 de décembre de 1986, et *Pretty c. Royaume-Uni* (N°2346/02), arrêt du 29 avril 2002, CEDH.

³ *Opinión consultiva* (avis consultatif) OC-16/99 du 1^{er} octobre 1999, Série A N°16, para. 114. « El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. »

⁴ Par cette interprétation forte du principe établi par la CEDH, la CIDH ouvre la voie à une jurisprudence dans laquelle la CEDH ne s'est pas engagée. En effet, la jurisprudence de cette dernière juridiction est plus modérée en matière d'interprétation culturelle puisqu'elle a laissé aux États et au juge national la résolution spécifique de ces problématiques socioculturelles.

véritable vecteur d'élaboration plurielle du droit. Nous pourrons ensuite mettre en dialogue cette démarche dans d'autres contextes pour développer d'autres instruments et enrichir la « boîte à outils » du droit de la gouvernance démocratique légitime.

Nous analyserons dans une première partie le dispositif institutionnel et normatif du système interaméricain des droits de l'homme puis, dans une deuxième partie, le contexte multiculturel spécifique du continent – au cœur de ce dispositif – pour, dans une troisième partie, décortiquer les étapes de la démarche plurielle.

Séverine BELLINA, directrice de l'IRG

1 Dispositif institutionnel et normatif du système interaméricain des droits de l'homme

Le système interaméricain des droits de l'homme a été institué par l'Organisation des États américains (OEA)⁵. Il repose sur deux principaux instruments normatifs : la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme (DADH)⁶ et la Convention américaine des droits de l'homme (CADH)⁷. Il est composé par deux institutions : la Commission interaméricaine des droits de l'homme (« la Commission » dans la suite des développements), siégeant à Washington, et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), siégeant à San José, au Costa Rica⁸.

1.1 La Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme

La CIDH a été créée en 1979 dans le but de faire appliquer et d'interpréter les dispositions de la CADH. Dans cette perspective, la Cour exerce à la fois des fonctions consultatives (de conseil) et contentieuses. Dans le premier cas, la CIDH émet des avis sur des questions d'interprétation juridique portées à son attention par d'autres organes de l'OEA ou un État membre. Dans le second, elle entend et règle des cas spécifiques de violations des droits humains qui lui sont soumis par la Commission ou par un État membre. En effet, à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), les citoyens ne sont pas autorisés à saisir directement la CIDH. Les particuliers qui considèrent que leurs droits ont été violés doivent d'abord déposer une plainte auprès de la Commission qui se prononcera sur la recevabilité de la réclamation. Si l'affaire est jugée recevable, la Commission présentera généralement une liste de recommandations et une proposition d'amende à l'encontre de l'État concerné. C'est seulement si l'État ne respecte pas ces recommandations, ou si la Commission décide que l'affaire est d'une importance

⁵ L'Organisation des États américains (OEA) a créé la Commission interaméricaine des droits de l'homme en 1959. Dix ans plus tard, en 1969, l'OEA approuve la Convention américaine sur les droits de l'homme, laquelle est entrée en vigueur en 1978. Cette Convention énonce les droits de l'homme que les États parties s'engagent à respecter, et établit la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ses attributions et ses procédures. <http://www.cidh.oas.org/que.htm>.

⁶ La Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme a été adoptée lors de la Neuvième Conférence internationale américaine, à Bogotá (Colombie), en 1948. Voir le texte complet : <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>.

⁷ La Convention américaine des droits de l'homme a été adoptée à San José (Costa Rica) le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme. Voir le texte complet : <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>.

⁸ Hennebel Ludovic, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularismes et universalisme », in *Les particularismes interaméricains des droits de l'homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Ludovic Hennebel et Hélène Tigrudja (dir.), Éditions Pedone, Paris, 2009, p.76.

particulière ou qu'elle revêt un intérêt juridique spécifique, que l'affaire sera renvoyée devant la Cour⁹.

La Commission joue donc un rôle fondamental dans la démarche propre au système interaméricain des droits de l'homme : c'est à son niveau, en effet, que sont produites les preuves permettant de définir le litige et la problématique juridique qui le fonde. Dès lors, une grande partie du succès de la procédure repose sur la manière dont la Commission présentera les analyses d'experts et les témoignages pour permettre à la CIDH de faire la meilleure articulation possible entre le système interaméricain des droits de l'homme et les pratiques culturelles concernées.

1.2 Les sources juridiques et normatives de la jurisprudence de la CIDH : le rôle de l'interprétation

Si la CADH ne reconnaît pas en elle-même le multiculturalisme, elle permet au juge -sur la base des arguments donnés par les groupes indigènes- de créer des espaces de reconnaissance de visions du monde alternatives. De ce point de vue, l'article 29 constitue une disposition centrale dans la démarche de la CIDH. Formulé de manière assez large, il permet des interprétations favorisant la prise en compte des cosmovisions des peuples indigènes dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme.

⁹ La question de la présentation des cas à la CIDH par la Commission a fait l'objet d'une polémique. Dans la Convention, en effet, il n'est pas fait mention des critères devant être suivis par la Commission pour décider si elle renvoie ou non un cas devant la CIDH, ou si elle publie le rapport final, selon l'article 50 de cette Convention. Dans l'avis consultatif OC 5/85, la CIDH a considéré que si la Commission n'est pas obligée de déférer une affaire à la CIDH : l'exercice de cette prérogative a une importance telle dans le fonctionnement du système qu'elle ne doit pas relever de la seule discrétion de la Commission. D'après la CIDH, la Commission doit saisir la Cour quand l'affaire implique des questions hautement controversées qui n'auraient pas été examinées préalablement par la CIDH ou qu'il s'agit de l'alternative la plus favorable pour la protection des droits établis dans la Convention. À ce sujet voir : Segura Jorge Rhenan, *Presentación de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/41.pdf> (site consulté le 7 août 2010).

Article 29 de la Convention américaine des droits de l'homme

« Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme : a. Autorisant un État partie, un groupement ou un individu à supprimer la jouissance et l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à les restreindre plus qu'il n'est prévu dans ladite Convention ; b. Restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus par la législation d'un État partie ou dans une convention à laquelle cet État est partie ; c. Excluant d'autres droits et garanties inhérents à la personne humaine ou qui dérivent de la forme démocratique représentative de gouvernement ; d. Supprimant ou limitant les effets que peuvent avoir la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme et tous autres actes internationaux de même nature. »

Ainsi, comme l'exprimait un avocat de la CIDH à propos de l'article 29, « les normes sont assez abstraites, j'essaie de les adapter au cas concret. [...] L'article 29 peut très bien s'appliquer à des droits qui ne sont pas expressément visés par la Convention, comme les droits des peuples indigènes »¹⁰. C'est sur la base de son interprétation que sera notamment établie et prise en compte la signification de la propriété communautaire des terres ancestrales, incluant la préservation de leur identité culturelle et sa transmission aux générations futures¹¹.

La CIDH s'appuie par ailleurs sur d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme dont la Convention 169 de l'Organisation internationale du Travail¹² (OIT) relative aux peuples indigènes et tribaux et le Protocole de San Salvador¹³ relatifs aux droits économiques sociaux et culturels. Dans l'un de ses avis consultatifs, la Cour déclare en effet : « Le *corpus juris* du droit international des droits de l'homme [*étant*] formé d'un ensemble d'instruments internationaux de contenus et d'effets juridiques variés, [...] la Cour doit adopter un critère adéquat pour examiner les questions dans le cadre de l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine dans le droit international

¹⁰ Entretien réalisé le 8 avril 2010.

¹¹ Dans l'arrêt « Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua », du 31 août 2001.

¹² Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, adoptée à Genève par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, le 7 juin 1989. Voir le texte complet en annexe ou : <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C169>

¹³ Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques sociaux et culturels, dit également « Protocole de San Salvador », adopté à San Salvador (El Salvador) le 17 novembre 1988, à la dix-huitième session ordinaire de l'Assemblée générale. Voir le texte complet : <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/e.sansalvador.htm>

contemporain »¹⁴.

La jurisprudence des tribunaux internationaux et nationaux représente également une des sources de cette démarche. Aussi, comme nous l'avons déjà souligné, la jurisprudence de la CIDH s'est-elle fondée sur le principe établi par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), selon lequel les normes internationales des droits de l'homme sont des « instruments vivants »¹⁵. Elles doivent donc être interprétées en fonction de l'évolution des conditions de vie, et être ainsi adaptées au contexte dans lequel elles s'appliquent. C'est en l'occurrence ce principe qui a permis à la CIDH de considérer que la CADH doit être appliquée en prenant en compte le droit à l'identité culturelle des communautés autochtones¹⁶. Sa mise en œuvre a ouvert le système juridictionnel interaméricain à différentes visions du monde. Dès lors, l'adaptation des instruments internationaux aux contextes signifie la reconnaissance mais aussi la prise en compte d'autres pratiques sociales au moment de définir la violation d'un droit et la réparation d'un préjudice.

¹⁴ Avis consultatif « Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. », série A n°16, 1^{er} octobre 1999.

¹⁵ Voir notes 2, 3 et 4, *supra*.

¹⁶ Ce principe a été établi dans l'affaire « Comunidad Indígena Yakye Axa, Vs. Paraguay », 17 juin 2005, série C n°125.

2 Le multiculturalisme au cœur du système interaméricain des droits de l'homme

En Amérique latine, les conventions internationales sur la diversité culturelle ainsi que la reconnaissance des droits des communautés indigènes dans la plupart des constitutions du continent ont permis une sorte d'uniformisation du « sujet de droits » indigène. Cela a conduit à la création de standards communs et ouvert la voie au travail d'institutions telles que la CIDH. A ce niveau, et comme nous l'on rappelé des avocats et magistrats œuvrant au sein de la CIDH, stratégie juridique et politique d'ouverture se rejoignent pour permettre une représentativité accrue des peuples indigènes.

Situation des droits de l'homme des personnes et peuples indigènes aux Amériques

« Plus de 40 millions de personnes revendiquant une appartenance aux peuples indigènes vivent aux Amériques, et on peut estimer qu'il n'existe pas moins de 400 groupes et peuples indigènes. En général, et notamment en Amérique latine, les indigènes sont les plus pauvres des pauvres, les plus exclus des exclus (...) de nos sociétés.

L'approche traditionnelle de leurs droits, les considérer comme minorités et interdire la discrimination, ne suffit pas car elle ne permet pas de reconnaître ni la nature ni la complexité du peuple indigène. Ce peuple est plus complexe et complet que ce que le concept de minorité, ou même de groupe ethnique, suggère. En effet, le peuple indigène représente une histoire et des cultures, des langues, une diversité ethnique, diverses formes de croyances ou religions, des techniques ancestrales propres, des traditions artistiques, des institutions, des formes légales et une administration de justice, des territoires et des habitats : la réalité du peuple indigène, si riche et complexe, est tellement plus qu'une minorité ou une race. Les droits des peuples indigènes relèvent d'une double dynamique d'interconnexion entre les droits individuels et collectifs. »

Carlos M. AYALA CORAO,
rapporteur spécial sur les Droits des Peuples Indigènes (1996-1999),
Commission interaméricaine sur les droits de l'homme, 20 octobre 2000.

La CIDH se révèle donc comme un véritable espace de discussion et de gestion de la coexistence des différentes réalités culturelles et normatives existantes sur le continent américain. En Europe, la question ethnique est caractérisée par une plus grande diversité,

ce qui explique, pour partie, la plus grande prudence de la CEDH en ce domaine. On retrouve ces tendances dans la composition même des cours. La CIDH comprend en effet sept juges ayant une tradition juridique et culturelle homogène, quand la CEDH compte 42 juges aux traditions juridiques et culturelles très diverses¹⁷.

2.1 La reconnaissance constitutionnelle au niveau national de la diversité culturelle : les communautés indigènes, sujets de droits

Le continent latino-américain se caractérise par l'importance numérique des populations autochtones. Le rapport annuel de la Commission de 1988-1989 évoquait le chiffre approximatif de 400 groupes ethniques, soit 10% de la population totale d'Amérique latine¹⁸.

Plusieurs pays d'Amérique latine ont reconnu dans leurs constitutions l'existence des groupes indigènes et la diversité culturelle de leurs États, en consacrant des droits spécifiques¹⁹. De l'avis de nombreux avocats plaidants devant la CIDH, la jurisprudence nationale la plus avancée sur les droits des indigènes est celle de la Cour constitutionnelle colombienne²⁰. Ils soulignent également l'intérêt des décisions de la Cour constitutionnelle argentine sur les droits de l'homme.

Cette reconnaissance constitutionnelle des communautés indigènes et de leurs systèmes normatifs a incontestablement aidé la CIDH dans l'élaboration de sa jurisprudence, la Cour étant ainsi fondée à justifier ses décisions de protection des droits indigènes par l'obligation

¹⁷ Les sept juges de la CIDH proviennent en effet de pays du continent qui, en dehors des États-Unis, du Canada et du Brésil, ont été des colonies espagnoles. Ils sont ainsi héritiers des mêmes institutions politiques et juridiques (le Code Civil de Napoléon a été traduit et adopté dans presque tous ces pays) ; la langue officielle et la plus parlée du continent est l'espagnol et la religion majoritaire est la religion catholique. En d'autres termes, si l'on compare la culture juridique et sociale de l'Amérique latine avec celle de l'Europe, la première est davantage homogène.

¹⁸ Dhommeaux Jean, « Les Communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Ludovic Hennebel et Hélène Tigrudja (dir.), Pedone, Paris, p. 184.

¹⁹ Ainsi la Bolivie, au début de l'année 2009, a adopté une nouvelle Constitution dans laquelle elle reconnaît les droits des populations indigènes. En Équateur, la Constitution de 2008 a établi la « plurinacionalidad » de l'État. Et en Colombie, depuis 1991, est prévue dans la Constitution une juridiction spéciale indigène. Voir Thomas Mourières (Coord.), « El poder en busca de Legitimidad en la Región andino-amazónica », in *La Legitimidad del Poder en los países andino-amazónicos, Bolivia, Colombia, Ecuador y Peru*, IRG, 2011, pp. 19-20.

²⁰ « La Colombie est le seul pays au monde dans lequel les autorités indigènes sont intégrées au système judiciaire de l'État. Cette juridiction indigène est née à un moment important de la vie démocratique et pour la confiance dans les institutions. La reconnaissance de la diversité ethnique et culturelle a été un facteur additionnel pour le renforcement d'un projet politique national et continental. L'article 246 de la Constitution (colombienne) prévoit : « les autorités des peuples indigènes pourront exercer les fonctions juridictionnelles sur leurs territoires, selon leurs propres normes et procédures, à condition que ces normes ne soient pas contraires à la Constitution et aux lois de la République. La loi établit les modalités d'articulation entre cette juridiction spéciale et le système national ». Voir Esther Sanchez Botero, « El Ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena como Fuente de Legitimidad del Estado Colombiano », in *La Legitimidad del Poder en los países andino-amazónicos, Bolivia, Colombia, Ecuador y Peru*, IRG, 2011, pp. 45-61.

faite aux États de respecter leur propre constitution.

2.2 La prise en compte des communautés indigènes par la CIDH : enjeux et limites

Pour autant cette importante reconnaissance constitutionnelle des communautés indigènes n'est pas synonyme d'amélioration de leur situation sociale dans les pays en question. Celles-ci restent caractérisées par la pauvreté, la violation de leurs droits et le déni de leur culture. Ce sont d'ailleurs les situations de discrimination, parfois très graves – dont la plupart concerne la protection des droits à la vie, à l'intégrité de la personne, à l'égalité de traitement, à la propriété de la terre, aux droits politiques, aux droits linguistiques et à la liberté d'expression – qui ont été portées devant le système interaméricain de protection des droits de l'homme. La CIDH s'est alors retrouvée devant un quasi vide juridique. De telles requêtes ont conduit la CIDH à interpréter la CADH à l'aune des spécificités culturelles de ces groupes autochtones et à le mettre en adéquation avec leur façon d'appréhender la réalité.

Concrètement, c'est à partir de 2001, avec l'affaire de « la communauté Mayagna Awas Tingni »²¹, que la CIDH doit relever le défi d'interpréter la CADH en tenant compte des diverses conceptions du monde des peuples indigènes. En l'espèce, l'État du Nicaragua avait octroyé à une compagnie étrangère une concession pour le prélèvement de bois sur les terres ancestrales de la communauté Mayagna Awas Tingni. La CIDH a considéré que le Nicaragua, en accordant cette concession, avait violé le droit à la propriété des membres de la communauté, et ce en se fondant sur la conception indigène de la propriété foncière. Elle a ainsi basé sa décision sur le fait que, pour les indigènes, le bien foncier est considéré comme une propriété collective et non comme celle d'un seul individu. L'étroite relation que les indigènes ont avec la terre devait être reconnue et comprise comme la base fondamentale de leur culture, de leur vie spirituelle, de leur survivance économique, de leur préservation et de la transmission de leur culture aux générations futures. Dans les années qui ont suivi, d'autres décisions sont venues renforcer cette jurisprudence²².

Si cette question du multiculturalisme a représenté un véritable défi pour la CIDH, c'est que les différentes conventions et instruments internationaux des droits de l'homme

²¹ Déjà cité : « Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua », du 31 août 2001.

²² Arrêts « communauté indigène Yakye Axa Vs. Paraguay » 17 juin 2005, « communauté indigène Sawhoyamaya Vs. Paraguay », 29 mars 2006. « Peuple Saramaka Vs Suriname », 28 novembre 2007. Série C n°172.

obéissent à une conception spécifique de la réalité, celle occidentale, où l'être humain est pris en compte en tant qu'individu considéré comme indépendant du contexte culturel auquel il appartient. Cet individu, autonome, peut, à tout moment, s'écarter de son projet de vie, des visions de monde dont il est le réceptacle pour les remettre en question et les transformer si nécessaire. Pour les groupes autochtones, au contraire, l'appartenance à une communauté et à une culture données est fondamentale dans l'existence de la personne. Les liens qu'elle établit avec son entourage, sa terre, sa communauté et même les forces spirituelles sont déterminants dans la préservation de sa culture. Cette façon de voir la réalité détermine aussi la manière dont ces peuples vivent et forment l'idée du respect de leurs droits et ressentent le sentiment de justice.

Si la compréhension et la prise en compte des cosmovisions est au cœur du système interaméricain, la diversité culturelle trouve sa limite dans le respect des droits de l'homme. Comme nous le rappelait le juge Cançado Trindade : « En fait la plupart des sociétés sont multiculturelles, et l'attention que l'on doit porter à la diversité culturelle est une condition essentielle pour garantir l'efficacité des normes de protection des droits de l'homme aux niveaux national et international. De la même façon, on considère que l'invocation des manifestations culturelles ne peut amener à nier les standards universellement reconnus des droits de l'homme. En même temps que nous reconnaissons l'importance de la diversité culturelle, nous n'acceptons pas les distorsions du "relativisme" culturel. »²³ Des membres de la CIDH n'ont fait que confirmer cette idée en nous rappelant que, pour cette institution, le pluralisme normatif trouve une limite claire dans les droits à l'intégrité personnelle et le droit à la vie, bannissant ainsi les cas extrêmes de lynchages ou autres peines corporelles et les pratiques discriminatoires internes aux communautés, incompatibles avec la CADH : « Le pluralisme juridique absolu n'est pas permis dans le système. Il ne peut pas être en contradiction avec la dignité humaine. »²⁴ Toutefois, ajoute un autre juriste de la CIDH, « tout dépend de la façon dont le cas est présenté, du contexte du cas et surtout de la manière d'argumenter la cosmovision de la communauté »²⁵.

²³ Opinion du juge Cançado Trindade en annexe de l'arrêt Mayagna, paragraphe 14.

²⁴ Entretien réalisé le 8 avril 2010 avec Santiago Medina, avocat auprès de la CIDH depuis juillet 2006. Ce juriste d'origine colombienne est spécialisé en droit pénal international et en droits humains. Dans son mémoire de master portant sur le pluralisme juridique, il a étudié le cas d'une indigène colombienne jugée pour avoir tué ses deux fils.

²⁵ Entretien réalisé le 8 avril 2010 avec Jorge Calderon, juriste d'origine mexicaine, spécialisé dans le droit international des droits humains et avocat auprès de la CIDH depuis 2005.

3 Les deux axes fondamentaux de la démarche en œuvre au sein du système interaméricain de protection des droits de l'homme

Si la jurisprudence de la CIDH reste relativement modeste sur un plan quantitatif, en particulier si on la compare à celle de la CEDH, elle se révèle très riche d'un point de vue qualitatif²⁶. Pionnière d'une démarche dans laquelle interviennent plusieurs acteurs et différentes sources normatives, l'interprétation originale de la CADH a ouvert la voie à une jurisprudence innovante et audacieuse²⁷.

3.1 La victime au cœur du processus

La Cour a en effet bâti une jurisprudence reposant sur une conception et une mise en œuvre spécifiques du droit international des droits de l'homme. Dans son interprétation de la Convention, la CIDH met au centre les titulaires des droits et leurs contextes socioculturels. Les cas sont ainsi considérés du point de vue de la victime, la convention étant interprétée et mise en œuvre à partir des pratiques et références communautaires de cette dernière. Le juge s'inscrit ainsi dans une démarche que Ludovic Hennebel a qualifiée « d'interprétation sociologique »²⁸.

Les différents acteurs intervenant au cours du processus de protection des droits de l'homme, puis du procès devant la CIDH, jouent donc un rôle déterminant dans ce dialogue interculturel et cette dynamique d'intégration culturelle. Un rôle-clef est ainsi joué par la CIDH. Comme nous l'avons souligné plus haut, c'est elle qui peut saisir la CIDH, apporter les preuves de la violation et définir la problématique juridique de l'affaire²⁹. Le

²⁶ Lambert Abdelgawad Elisabeth et Martin-Chenut Kathia. (dir.) *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : La Cour interaméricaine, pionnière et modèle ? ?*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris (Université de Paris 1/CNRS UMR 8103), Volume 20, Paris, 2010, p. 26.

²⁷ Hennebel Ludovic. *Op. Cit.*, p. 78.

²⁸ *Ibidem*, p. 79.

²⁹ Selon l'article 41 de la Convention Américaine relative aux droits de l'homme sont notamment : a) Stimuler une prise de conscience des droits de l'homme chez les peuples d'Amérique; b) recommander aux gouvernements, quand elle l'estime utile, d'adopter des mesures progressives en faveur des droits de l'homme ainsi que des dispositions propres à promouvoir le respect de ces droits, en accord avec leurs législations internes et leurs constitutions; c) préparer les études et rapports jugés utiles pour l'accomplissement de ses fonctions; d) demander aux gouvernements des États membres de lui fournir des renseignements sur les mesures qu'ils adoptent en matière de droits de l'homme; e) accorder toute son attention aux consultations que, par le truchement du Secrétariat général de l'Organisation des États Américains, lui auront adressées les États membres sur des questions relatives aux droits de l'homme, et, dans le cadre de ses possibilités, fournir aux dits États les avis que ceux-ci sollicitent; f) adopter, en vertu des pouvoirs dont elle est investie aux termes des articles 44 à 51 de la présente Convention, des mesures concernant les pétitions et autres communications qui lui sont soumises, et g) soumettre un rapport annuel à l'Assemblée générale de l'Organisation des États Américains.

processus d'intégration des différentes représentations du monde des peuples autochtones au système interaméricain des droits de l'homme dépend surtout de la façon dont les victimes elles-mêmes plaident leur cas devant la Cour. En d'autres termes, si un peuple indigène demande la protection de ses droits conformément à ses pratiques culturelles, il devra faire connaître à la CIDH ses spécificités culturelles et la convaincre de leur importance.

Depuis 2010 en effet, le règlement de la CIDH autorise la participation des victimes au processus, notamment par le biais de leur représentation devant la Cour³⁰. Une telle disposition permet aux juges d'avoir un contact plus direct avec les victimes et par conséquent de mieux comprendre leurs pratiques sociales et leurs représentations du monde. Un exposé solide fait par l'un des membres de la communauté autochtone ou par un expert, le tout accompagné de témoignages, favorisera une meilleure articulation entre le système interaméricain des droits de l'homme et les pratiques culturelles de la part de la CIDH. Évoquant l'importance de la plaidoirie des différentes parties devant la Cour, l'avocat Oscar Parra résume cet enjeu : « Le discours judiciaire de la CIDH dans la jurisprudence dépend de la façon dont les parties argumentent la défense de leurs intérêts. »³¹

<http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>

³⁰ Le nouveau règlement de la CIDH est entré en vigueur en janvier 2010. La participation des victimes dans le processus, est prévue dans l'art. 25 : 1. « Après la notification par écrit du dépôt de l'affaire [...], les victimes présumées ou leurs représentants peuvent introduire par écrit leurs demandes, arguments et preuves, de manière autonome, et ce durant toute le procès. 2. S'il y a plusieurs victimes présumées ou plusieurs représentants, ils doivent désigner un intervenant commun qui est le seul autorisé à présenter des demandes, arguments et preuves au cours du procès, y compris durant les audiences publiques. En l'absence d'accord sur la désignation de cet intervenant commun au cours d'une affaire, la Cour ou sa Présidence peuvent, si elles l'estiment pertinent, accorder un délai aux parties pour procéder à la désignation d'un maximum de trois représentants agissant en tant que représentants communs. »

³¹ Entretien réalisé le 9 avril 2010. Oscar Parra est avocat auprès de la CIDH depuis 2005. Ce juriste d'origine colombienne est spécialiste en droit constitutionnel et en droits humains. Il est notamment l'auteur de « La influencia de la visión de mundo de los pueblos indígenas en la determinación de las reparaciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », in *Etnias & Política*, n°8, Bogotá, Centro de Cooperación Indígena (Cecoin).

3.2 L'audience publique³²

Le passage en audience publique – ce temps de la procédure où les juges entendront les parties – est au cœur de la démarche interculturelle proposée par la CIDH³³. Pour les avocats rencontrés dans le cadre de cette étude, il s'agit même de l'un des moments déterminants dans tout le processus de décision de la Cour. En effet, c'est au cours de cette audience que les juges formulent leurs questions, essaient de mieux comprendre les cosmovisions des communautés concernées, et que les victimes ont l'occasion d'expliquer le fonctionnement de celles-ci.

C'est au cours de ces audiences que les experts jouent également un rôle central dans cette démarche. Ils sont un appui important pour traduire les témoignages et traditions des victimes indigènes dans le langage juridique, et inversement.

Le rôle des juges n'est pas moins important dans la démarche interculturelle de la CIDH. Au cours des entretiens que nous avons réalisés avec certains d'entre eux, les avocats évoquent l'importance du travail en équipe au sein de la CIDH et saluent le fait que les

³² Déroulement des audiences publiques tel que prévu dans le règlement de la CIDH.

Article 51. Audience 1. En premier lieu, la Commission fait l'exposé des raisons du rapport visé à l'article 50 de la Convention et du dépôt de l'affaire devant la Cour, ainsi que de tout élément qu'elle considère pertinent pour la résolution du litige. 2. Une fois que la Commission a exposé les éléments visés à l'alinéa précédent, la Présidence convoque les déclarants conformément à l'article 50.1 du présent Règlement, afin qu'ils soient interrogés comme indiqué à l'article suivant. Celui qui a proposé le déclarant commence son interrogatoire. 3. Après la vérification de son identité et avant qu'il ne témoigne, le témoin prête serment ou fait une déclaration par laquelle il affirme qu'il dira la vérité, toute la vérité et rien que la vérité. 4. Après vérification de son identité et avant qu'il ne s'acquitte de sa charge, l'expert prête serment ou fait une déclaration par laquelle il affirme qu'il exercera ses fonctions en tout honneur et en toute conscience. 5. Les victimes présumées ne prêtent pas serment ; seule leur identité est vérifiée. 6. Lors de l'audience devant la Cour, les victimes présumées et les témoins qui n'ont pas témoigné ne peuvent assister aux déclarations des autres victimes présumées, témoins, ou experts. 7. Une fois que la Cour a entendu les déclarants et que les Juges ont posé les questions qu'ils estiment pertinentes, la Présidence donne la parole aux victimes présumées ou à leurs représentants, et à l'État défendeur, afin qu'ils exposent leurs arguments. La Présidence donne ensuite aux victimes présumées ou à leurs représentants, et à l'État défendeur, respectivement la possibilité de répliquer et de dupliquer. 8. Lorsque l'argumentation est terminée, la Commission présente ses observations finales. 9. Enfin, la Présidence donne la parole aux Juges, dans l'ordre inverse au système de préséance établi à l'article 13 du Statut, afin que s'ils le désirent, ils posent des questions à la Commission, aux victimes présumées ou à leurs représentants, et à l'État. 10. Lorsque la Commission n'est pas à l'origine du dépôt de l'affaire, la Présidence dirige les débats, détermine l'ordre de prise de parole des personnes pouvant intervenir et adopte les mesures nécessaires à la bonne conduite des audiences. 11. La Cour peut recevoir les déclarations des témoins, des experts ou des victimes présumées ayant recours à des moyens électroniques audiovisuels.

Article 52. Questions posées pendant les débats 1. Les Juges peuvent poser les questions qu'ils estiment pertinentes à toute personne qui comparait devant la Cour. 2. Les victimes présumées, les témoins, les experts et toute autre personne que la Cour décide d'entendre peuvent être interrogés, en présence de la Présidence en sa qualité de modérateur, par les victimes présumées ou leurs représentants, l'État défendeur et, dans son cas, l'État demandeur. 3. La Commission ne peut interroger que les experts qu'elle propose conformément à l'article 35.1.f du présent Règlement et à ceux qui ont été proposés par les victimes présumées, par l'État défendeur et, dans son cas, par l'État demandeur, si la Cour l'autorise, lorsque l'ordre public interaméricain des droits de l'homme est particulièrement affecté et sa déclaration porte sur quelqu'une des matières contenues dans une expertise offerte par la Commission. 4. À moins que la Cour n'en dispose autrement, la Présidence est habilitée à statuer sur la pertinence de questions formulées et de dispenser le destinataire de répondre. Les questions posées de manière à orienter les réponses ne sont pas admises. »

³³ Le Règlement de la CIDH prévoit également par son article 13 que la Cour peut tenir des sessions dans n'importe quel État membre si la majorité des juges l'estime souhaitable, avec l'accord de l'État concerné.

juges soient engagés dans une dynamique d'interprétation des violations des droits de l'homme selon une perspective plurielle. Cette préoccupation se ressent à travers le type de questions qu'ils formulent lors d'audiences, reflétant une volonté forte de compréhension des pratiques et significations culturelles concernées : « Existe-t-il un certain rite ou un symbole qui exprime le lien culturel de la communauté avec sa terre ancestrale ? Comment sont guéris les enfants malades ? Utilisez-vous la médecine traditionnelle pour guérir les enfants ? Quel est le processus d'initiation des Chamanes de la Communauté Xákmok Kásek ? Quelles personnes, selon vous, la CIDH devrait-elle auditionner pour définir les réparations des dommages ? Quelles sont les relations entre la justice de l'État et la justice communautaire ? »

La participation des victimes à l'audience publique revêt une importance particulière. Lors des affaires « Xákmok Kásek » et « Fernández Ortega »³⁴, des indigènes des communautés Xákmok Kásek et Me'phaa sont intervenus à l'audience revêtus de leurs vêtements traditionnels et se sont exprimés dans leurs langues. Le simple fait que, dans l'enceinte d'un tribunal international, une personne puisse intervenir dans ces conditions est symboliquement important : cette personne est reconnue en tant qu'être humain appartenant à une culture donnée³⁵. Mais cela permet également aux juges de mieux comprendre les spécificités culturelles des communautés indigènes.

Certes, les communautés indigènes ne sont pas sur un pied d'égalité avec les représentants des États. Ces derniers se présentent aux auditions avec de nombreux conseillers juridiques, excellents connaisseurs du droit international et de sa procédure. L'ignorance du langage juridique occidental par les indigènes face à des questions orientées par les spécialistes du droit peut déformer la réalité de leur témoignage.

³⁴ Arrêts « Communauté indigène Xákmok Kásek Vs. Paraguay », 24 août 2010, Série n°214, et « Fernandez Ortega Vs. Mexique », 30 août 2010, Série. n°215. Voir *infra*.

³⁵ À ce sujet voir : Taylor Charles, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento* (titre original : « *Multiculturalism and The Politics of Recognition* »), Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

4 Une jurisprudence innovante, source du droit international en matière des droits de l'homme : vers une approche plurielle

De manière pragmatique, au fur et à mesure des cas concernant les communautés autochtones qui lui sont soumis par la Commission, la CIDH élabore une jurisprudence fondée sur un raisonnement non exclusivement juridique, qui améliore la compréhension interculturelle des droits de l'homme. Ses décisions permettent de comprendre ce que signifie un dommage selon les valeurs culturelles d'une communauté indigène déterminée et ainsi d'adapter les décisions en matière de violations aux droits humains aux réalités culturelles des peuples autochtones. Cela renforce le respect de ses propres décisions par lesdites communautés, puisque celles-ci répondent à une conception et à une finalité de la justice acceptées et reconnues par les acteurs concernés.

La jurisprudence innovante de la Cour contribue de manière importante à la compréhension multiculturelle des droits garantis dans la CADH, en redéfinissant parfois, de manière plurielle, les notions juridiques fondant la Convention. Deux exemples sont particulièrement illustratifs : l'affirmation du droit à la propriété collective des terres ancestrales et la définition du « dommage immatériel » dans une perspective interculturelle. Nous proposons d'exposer la démarche ainsi que le raisonnement adoptés par la Commission ainsi que la CIDH pour établir ces deux notions à partir des deux affaires aux audiences desquelles nous avons assisté lors des enquêtes de terrain réalisées pour cette étude. Nous illustrerons plus en avant cette démarche interculturelle mise en œuvre par la CIDH dans ces deux affaires, par d'autres cas soumis à la CIDH.

4.1 De la conception individuelle à la conception collective de la propriété de la terre : la reconnaissance de la notion de terre ancestrale

C'est avec l'affaire de la « communauté Mayagna Awas Tingni » (2001), précédemment citée comme celle qui avait permis à la CIDH d'inaugurer sa démarche interculturelle et de prononcer une décision fondatrice en ce qu'elle y assume le défi de prendre en compte le multiculturalisme dans l'application de la Convention, que la CIDH procède à la reconnaissance de la propriété collective. Cet arrêt représente la première décision judiciaire internationale reconnaissant le droit collectif des peuples indigènes à la terre et

aux ressources naturelles : la CIDH considère qu'il y a propriété collective car la propriété ne relève pas d'un seul individu mais bien de la communauté et que la relation que les indigènes ont avec la terre doit être reconnue comme base fondamentale de leur culture, leur vie spirituelle, leur survivance économique, leur préservation et la transmission de leur culture aux générations futures³⁶. La Cour a repris cette argumentation dans l'arrêt « Xákmok Kásek Vs Paraguay », jugée le 24 août 2010 par la CIDH, que nous détaillons ici ayant assisté à l'audience publique.

4.1.1 Rappel du contexte et des faits

Avant la colonisation de la région du Chaco au Paraguay, les peuples autochtones vivaient dans de petites communautés à l'économie principalement basée sur la chasse, la récolte et la pêche. Ces communautés se déplaçaient sur leurs terres au gré des saisons et utilisaient leurs propres techniques de culture. Entre 1885 et 1887, après sa défaite dans la guerre dite « de la Triple alliance », l'État du Paraguay a vendu les deux tiers du Chaco à la bourse des valeurs de Londres pour financer sa dette extérieure, sans en avertir la population, exclusivement indigène, qui vivait sur ces terres.

Depuis deux siècles, l'économie de la région du Chaco s'est principalement développée grâce à l'exploitation du bois, à l'élevage et à l'agriculture. Au début du XX^e siècle, un grand nombre d'entrepreneurs et d'éleveurs propriétaires de grandes parcelles de terre s'est ainsi installé sur ces terres. Ce processus de colonisation de la région du Chaco paraguayen a eu pour effet d'obliger les indigènes originaires de la région à devenir progressivement la main d'œuvre bon marché des propriétaires terriens. Les indigènes ont dû s'installer dans les fermes de leurs employeurs, troquant ainsi leur mode de vie semi nomade contre une forme sédentaire. Les pratiques et les rituels communautaires en ont été affectés.

La communauté Xákmok Kásek, un des groupes indigènes, est ainsi établie depuis 1953 dans une des fermes de la région, la ferme Salazar. Au cours des dernières années, les descendants de cette communauté ont eu de plus en plus de difficultés pour pratiquer leur mode de vie : le propriétaire du lieu leur a interdit de chasser et de pêcher, a limité leur récolte des aliments et engagé des surveillants pour contrôler leurs déplacements.

C'est ainsi qu'en décembre 1990, les leaders de la communauté ont initié des procédures administratives et judiciaires contre les propriétaires légaux de ces terres – l'entreprise

³⁶ Arrêt « communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni ». *Op. Cit.*, paragraphe 149.

Eaton y Cía. S.A et la Coopérative Menonita Chortitzer Komitee Ltda – afin de récupérer celles qu'ils considèrent comme leurs terres ancestrales. Mais en janvier 2008, l'État paraguayen classait comme réserve naturelle une partie de la région du Chaco, dans laquelle se trouve le territoire que réclamait la communauté Xákmok Kásek. Or une telle déclaration de classement revenait à interdire aussi bien l'expropriation des entreprises en cause que les activités traditionnelles des indigènes. Pour cette communauté qui vit aujourd'hui dans des conditions d'extrême précarité, être dépossédée de ses terres accentue sa vulnérabilité au point de menacer la survie même de ses membres.

4.1.2 Raisonnement et décision de la CIDH

Face au manque de réponse de l'État, les Xákmok Kásek ont dénoncé cette situation auprès des instances juridiques du système interaméricain. Pour la CIDH, ce n'était pas là un cas nouveau, le manque de terres et les conditions de vie terribles des indigènes d'Amérique latine faisant partie de sa jurisprudence depuis 2000³⁷. C'est ainsi que la Cour a pris connaissance de la situation de cette communauté et apporté une réponse en août 2010³⁸.

L'audience publique a d'abord vu l'intervention de trois témoins, deux indigènes et l'anthropologue Rodrigo Villarga, auxquels se sont joints un expert en matière sanitaire et une représentante de l'Institut paraguayen de l'Indigène. Avant de finir l'audience publique les juges de la CIDH donnent la parole à la Commission, aux victimes présumées ou à leurs représentants, et à l'État, pour qu'ils puissent exprimer leurs observations finales.

Les indigènes Maximiliano Ruiz et Antonia Ramirez ont expliqué aux juges de la CIDH les problèmes de santé et d'alimentation dont souffre la population, et plus généralement, la situation de misère dans laquelle se trouve leur communauté. Cette situation est, selon eux, due au manque de terres qui les empêche de pratiquer la chasse et l'ensemencement qui leur permettraient de nourrir la population. De même, leurs morts ne peuvent être enterrés selon les rites de leur culture, à défaut de lieu destiné au cimetière, si bien qu'à de nombreuses occasions, ils ont dû pratiquer des enterrements près de leurs logements. Les deux témoins entendus par la Commission ont également expliqué les difficultés qu'ils

³⁷ Dans l'arrêt déjà cité « Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua », du 31 août 2001, la CIDH a établi les droits collectifs des peuples indigènes à la terre et aux ressources naturelles.

³⁸ Les échanges procéduriers et propos qui suivent ont été recueillis en avril 2010 par Melisa Lopez à San José (Costa Rica) et Lima (Pérou).

rencontrent pour transmettre leur culture aux nouvelles générations : les jeunes quittent la communauté pour aller chercher du travail à la ville, d'où ils ne reviennent jamais. Les deux indigènes ont conclu en expliquant que si la communauté habite actuellement sur un territoire qui leur a été prêté par une autre communauté indigène, cette terre n'est pas leur territoire ancestral.

Les interventions de ces deux témoins ont été faites dans leur langue, le Sanapana, traduites simultanément en espagnol. À plusieurs reprises, ils ont eu des difficultés pour répondre aux questions formulées par les juges ou par l'État, ayant manifestement du mal à comprendre la terminologie juridique utilisée par la personne formulant la question et à mesurer l'impact juridique de leur réponse.

La Commission a formulé à son tour un certain nombre de questions destinées à comprendre en quoi le manque de terres menaçait la communauté dans sa survie en tant que groupe autochtone. Ce fut au tour au représentant de l'État de poser des questions destinées à démontrer que celui-ci remplissait son obligation de protéger la communauté. Mais il s'agissait également pour les représentants de l'État de démontrer que la communauté Xákmok Kásek ne disposait pas de véritable identité culturelle indigène. Les représentants des victimes ont formulé à leur tour des interrogations afin de prouver la situation de pauvreté dans laquelle se trouve la communauté et l'importance de la terre dans la culture indigène. Finalement les juges ont formulé leurs questions aux témoins indigènes avant de donner la parole à l'anthropologue Rodrigo Villarga qui a expliqué combien la perte de la terre a gravement affecté la communauté. Selon lui, le lien que les indigènes établissent avec cette dernière est déterminant car la terre leur est nécessaire pour pratiquer les rites et transmettre la mémoire historique de leur culture. Le fait que les jeunes doivent partir de la communauté affecte également les liens familiaux. Il y eut ensuite un échange de questions-réponses entre la Commission et l'anthropologue.

Extraits de l'audition de Rodrigo Villarga (RV), anthropologue, par la Commission

Quels sont les impacts culturels de la perte de la terre pour la communauté Xákmok Kásek ?

RV : Maintenant il y a moins de chamanes. Le problème réside dans le fait qu'ils ne peuvent pas continuer avec les rites d'initiation pour les nouveaux chamanes. D'autre part, les derniers chamanes vont bientôt disparaître du fait de leur âge.

Quel a été l'impact dans les pratiques funéraires ?

RV : *Dans la communauté Xákmok Kásek, les indigènes ont besoin de s'éloigner de ce que représente la mort. Le fait qu'ils ne puissent pas enterrer leurs morts dans un lieu adéquat, implique que cette relation de séparation entre les morts et les vivants ne peut se faire.*

Quel a été l'impact sur les structures de leadership ?

RV : *Le système des élections des leaders de la communauté a dû être changé d'une façon forcée. Les chefs n'ont pas la capacité de produire du bien-être.*

Qu'est-ce qu'implique de déclarer réserve naturelle la terre des indigènes ?

RV : *Les indigènes ne peuvent pas chasser ni récolter leurs aliments selon leurs traditions.*

La procédure administrative en matière foncière de l'État du Paraguay offre des garanties pour la protection des terres des indigènes ?

RV : *Non. Il est nécessaire de donner le pouvoir aux indigènes de décider sur leur terre.*

Puis il y eut un échange entre le représentant de l'État et l'anthropologue, le premier posant des questions qui visaient, comme nous l'avons évoqué plus haut, à démontrer que la perte des coutumes et des traditions de la communauté Xákmok Kásek faisait d'elle un groupe de personnes ne pouvant être qualifié de « communauté indigène ». Dès lors, pour se prononcer et finaliser leur décision, les juges ont posé les interrogations suivantes à Rodrigo Villarga :

Les indigènes se sentent-ils nationaux du Paraguay ? Quel lien entretiennent-ils avec la nation ?

RV : *Ils se distinguent d'autres peuples indigènes et des Paraguayens : ils sont citoyens paraguayens, mais non nationaux paraguayens.*

Dans quelles conditions a été cédée la terre sur laquelle la communauté vit actuellement ?

RV : *Ceci fait partie du droit coutumier. Les deux communautés se sont réunies et sont arrivées à un accord qui permet aux indigènes Xákmok Kásek d'habiter dans une partie de ce territoire et même d'en exploiter certaines ressources. Ceci s'est produit en dehors du droit du Paraguay.*

Après ces différentes interventions et échanges, la Commission a considéré que :

- le problème juridique se concentre sur la définition du territoire ancestral de la communauté Xákmok Kásek et dans la protection du droit à la propriété foncière ;

- la relation de la communauté indigène avec la terre est de caractère vital. Ceci a été reconnu par la jurisprudence de la CIDH ;
- l'État n'a pas rempli les obligations internationales qui sont les siennes de protéger les peuples indigènes et leurs terres ;
- le fait que la communauté ait dû s'installer dans un territoire qui n'est pas son territoire ancestral ne respecte pas la jurisprudence de la CIDH ;
- les conditions de misère et de pauvreté dans lesquelles se trouve la communauté sont une négation des droits de l'homme.

Les représentants des victimes ont, pour leur part, demandé à la CIDH d'ordonner à l'État du Paraguay que les terres ancestrales des indigènes leur soient rendues et le respect de la Convention 169 de l'OIT.

Enfin le représentant de l'État a centré ses conclusions dans les affirmations suivantes :

- déterminer la communauté Xákmok Kásek et sa culture est problématique ;
- la dénomination de la communauté dans le processus devant la Cour est différente de celle de sa personnalité juridique. Ces incongruités formelles ne peuvent pas être corrigées ;
- l'État se trouve dans l'impossibilité de fait d'accorder les terres que la communauté sollicite ;
- le Paraguay reconnaît dans son droit positif la propriété privée et la propriété communautaire ;
- la communauté Xákmok Kásek doit respecter les procédures établies dans la législation.

Dans les affaires similaires qui lui sont soumises, il s'agit pour la Cour de résoudre une tension générée par la coexistence de deux conceptions relatives à la propriété de la terre. D'un côté celle des États libéraux concevant la propriété comme privée. De l'autre une conception collective de la propriété de la terre, celle des communautés indigènes et tribales du continent. Prendre en compte la conception ancestrale de la propriété foncière a un impact par-delà le droit puisqu'il s'agit de redéfinir, adapter, remettre en question la

vision de la terre héritée d'une culture particulière, celle occidentale et capitaliste.

Pour répondre à ce véritable défi, la CIDH a développé une interprétation large et innovante de l'article 21 de la Convention, relatif à la propriété privée³⁹. La Cour intègre depuis lors les cosmovisions et les spécificités culturelles des communautés autochtones du continent américain afin de pouvoir les ranger sous la protection de cet article.

Dans cette démarche interprétative, la Cour a dû répondre aux questions suivantes : comment comprendre le droit à la propriété des terres ancestrales ? Quels en sont les titulaires ? Quelles sont les conditions pour la revendication de la terre ancestrale ? La protection de la terre ancestrale inclue-t-elle des droits sur les ressources naturelles ? Aucune réponse explicite ne se trouvant dans les textes juridiques du système interaméricain, la Cour s'est appuyée sur les approches suggérées par la Commission interaméricaine, sur les différentes expertises des intervenants dans les audiences et sur la normativité internationale des droits de l'homme, pour proposer sa propre conception⁴⁰ et développer la notion juridique de propriété collective de la terre, principe désormais intégré au système interaméricain de protection des droits de l'homme, de source jurisprudentielle.

4.1.3 Reconnaissance jurisprudentielle du droit à la propriété collective des terres ancestrales

Dans la même logique que pour l'affaire de la communauté Mayagna Awas Tingni, fondatrice de sa démarche interculturelle, la Cour estime donc ici que même si la notion de propriété de la terre ne correspond pas à la conception classique de propriété, elle ne doit pas moins en être protégée par l'article 21 de la Convention. Pour elle, on ne peut considérer qu'il existe une seule façon de concevoir la relation aux biens, au risque de nier la diversité de coutumes et de croyances des peuples, et par conséquent de laisser en dehors de la protection de l'article 21 de la Convention des populations entières⁴¹.

Pour la CIDH, l'occupation ancestrale d'un territoire suffit à justifier l'obtention du titre de propriété et la possession du territoire n'est pas une condition pour revendiquer des terres

³⁹ L'article 21 de la Convention américaine des droits de l'homme dispose : « 1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social. 2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévus par la loi. 3. L'usure ainsi que toute autre forme d'exploitation de l'homme par l'homme sont interdites par la loi. »

⁴⁰ Dhommeaux Jean, « Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Ludovic Hennebel et Hélène Tigrudja (dir.), Éditions Pedone, Paris, 2009, p. 188.

⁴¹ Arrêt « Xakmok Kasek », *Op. Cit.*, p. 14.

autochtones ou tribales. Autrement dit, les communautés ont le droit de revendiquer des terres désormais propriété d'un tiers, la validité temporelle de ce droit de revendication persistant tant que la relation matérielle et spirituelle entre ces populations et leur territoire existe⁴².

4.1.4 Titulaires du droit à la propriété collective

Dans l'affaire Saramaka de 2007, la CIDH a considéré que les membres de ce peuple constituaient une communauté tribale dont les caractéristiques sociales, culturelles et économiques étaient différentes de celles des autres composantes de la communauté nationale, en particulier du fait de la relation spéciale qu'ils entretiennent avec leurs territoires ancestraux et parce qu'ils régissent eux-mêmes, au moins partiellement, au travers de leurs propres normes, les coutumes et les traditions⁴³.

Dans l'affaire Xákmok Kásek, l'État avait sollicité l'annulation du procès devant la CIDH au motif qu'il n'était pas possible de déterminer si la communauté Xákmok Kásek pouvait être considérée comme telle. Dans son arrêt, la CIDH a affirmé qu'il n'appartenait ni à elle-même ni aux États de statuer sur l'appartenance ethnique ou la dénomination de communauté. Cette faculté est reconnue à la seule communauté en question, son identification, voire son auto-identification, constituent un état de fait historique et social qui relève de son autonomie⁴⁴.

4.1.5 Conditions de la revendication d'une terre ancestrale

Dans le cas Xákmok Kásek, la CIDH a considéré que, bien que les membres de la communauté n'aient pas la possession des terres qu'ils réclament, la spécificité de la relation qu'ils entretiennent avec ce territoire traditionnel est telle qu'elle leur confère le droit d'en revendiquer la propriété⁴⁵.

Pour déterminer l'existence de la relation des communautés autochtones avec leur terre, la CIDH a établi que cette relation peut se manifester de différentes manières selon le peuple indigène et ses circonstances particulières. Les expressions de cette relation peuvent

⁴² Arrêts « communauté indigène Awas tingni », « communauté indigène Yakye Axa Vs. Paraguay », « communauté indigène Sawhoyamaya Vs. Paraguay ».

⁴³ Affaire du « peuple Saramaka Vs Suriname », 28 novembre 2007, Série C n°172.

⁴⁴ Arrêt « Xákmok Kásek », *Op. Cit.*, p. 11.

⁴⁵ *Idem*, p. 30.

consister en des liens spirituels ou cérémoniels, dans la pratique de la chasse, la pêche ou la récolte de fruits et plus généralement d'aliments, l'utilisation de ressources naturelles liées à leurs coutumes et tous autres éléments caractéristiques de cette culture propre⁴⁶. Lorsque les terres réclamées sont en possession de particuliers ou d'entreprises qui les exploitent, la CIDH considère que cela ne saurait constituer, de la part de l'État, un motif de rejet de la demande de revendication⁴⁷.

Dans l'affaire Yakye Axa de 2005, la Cour a considéré que la notion de « culture des communautés autochtones » recouvre une forme de vie particulière, une façon d'être, de voir et d'agir dans le monde, construite à partir de leur étroite relation avec leurs territoires traditionnels et les ressources qui s'y trouvent, non seulement parce qu'elles constituent leur principal moyen de subsistance, mais aussi parce qu'elles représentent un élément intégré de leur cosmovision, de leur religiosité et, par conséquent, de leur identité culturelle⁴⁸. Ainsi, pour ce qui concerne la communauté Xákmok Kásek, ses spécificités culturelles peuvent être résumées ainsi : une langue propre (le *sanapa*), des rites de chamanisme et d'initiation masculine et féminine, les savoirs ancestraux des chamanes, une manière de commémorer leurs morts et une relation avec le territoire. Pour la Cour, toutes ces pratiques culturelles, essentielles dans leur manière particulière d'exister, ont été fragilisées du fait de la dépossession de leur terre⁴⁹.

La CIDH a donc décidé, dans cette affaire, que la dévolution des terres traditionnelles aux membres de la communauté autochtone constituait la mesure de réparation la plus adéquate. L'État ne pouvant refuser de restituer les terres, pour les raisons évoquées plus haut, il devra fournir d'autres terres faisant partie du territoire ancestral si, pour des raisons objectives et fondées, il se trouvait dans l'impossibilité de restituer les terres réclamées. La détermination des terres de substitution devra se faire avec l'accord de la communauté et en tenant compte de leurs modes de prise de décision⁵⁰.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 39.

⁴⁸ Arrêt « communauté indigène Yakye Axa Vs Paraguay », 17 juin 2005, p. 125. Cité aussi dans Rinaldi Karine, « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain des droits de l'homme », in *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Ludovic Hennebel et Hélène Tigrudja (dir.), Éditions Pedone, Paris, 2009, p. 223.

⁴⁹ Arrêt « Xákmok Kásek », *Op. Cit.*, p. 44.

⁵⁰ *Idem*, p. 73.

4.1.6 Droit aux ressources naturelles liées à la culture

Dans la plupart des États, la concession d'exploitation de ressources naturelles à un tiers est autorisée par la législation nationale. Mais il arrive que ces ressources se trouvent sur le territoire de communautés autochtones. Or, la jouissance de ces ressources par ces dernières ne peut se faire que conformément à leurs pratiques culturelles. La Cour, dans sa jurisprudence, a essayé d'apporter une solution à cette tension problématique, même si, pour certains chercheurs, la réponse donnée par la Cour reste encore timide⁵¹.

Ainsi, dans l'affaire *Yakye Axa*⁵², en 2005, la Cour invoque pour la première fois la notion de « droit sur la terre et les ressources naturelles liées à leur culture ». Deux ans après, dans le cas du peuple *Saramaka* contre le Surinam (une concession avait été octroyée par l'État à une entreprise privée pour l'exploitation du bois)⁵³, la CIDH confirme et développe cette formulation.

La Cour considère que les membres des communautés autochtones et tribales ont le droit de jouir des ressources naturelles de leur territoire (lorsqu'ils l'occupent) de la même manière qu'ils ont le droit de revendiquer une terre ancestrale qui leur aurait été retirée. Dans la pensée autochtone et tribale, en effet, le droit d'user et de jouir du territoire « n'aurait pas de sens si ce droit ne s'étendait pas aux ressources naturelles qui se trouvent sur ce territoire. Pour cela, les revendications de propriété sur des terres par des peuples autochtones et tribaux dérivent de la nécessité pour eux de garantir la sécurité et la permanence du contrôle et de l'usage des ressources naturelles. [...] Cette connexion entre le territoire et les ressources naturelles nécessaires pour leur survie physique et culturelle doit être protégée conformément à l'article 21 de la Convention afin de garantir aux membres des peuples autochtones et tribaux l'usage et la jouissance de leur propriété. »⁵⁴

La Cour a donc considéré que l'État ne peut autoriser le développement de projets économiques sur les territoires des peuples autochtones s'ils mettent en péril la capacité de survivance de ces peuples. Pour déterminer si un tel risque est encouru ou non, l'État doit consulter le peuple indigène, avant la réalisation des projets concernés.

⁵¹ Karine Rinaldi et Francisco J. Rivera qualifient la position de la CIDH sur ce sujet de « peu catégorique ». Voir Rivera Francisco, Rinaldi Karine, « Pueblo Saramaka Vs Suriname : el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos », *Revista CEJIL*, 2008.

⁵² Arrêt « communauté indigène Yakye Axa Vs Paraguay », 17 juin 2005, *Op. Cit.*

⁵³ Arrêt « Pueblo Saramaka Vs Suriname », 28 novembre 2007. Série C n°172. Voir aussi : Rivera Francisco, Rinaldi Karine, *Op. Cit.*

⁵⁴ *Idem* et dans Rivera Francisco, Rinaldi Karine *Op. Cit.*, p. 231.

Lorsqu'un tel projet de développement, investissement, exploration ou extraction touchant à la propriété et aux ressources naturelles des communautés est accepté après avoir rempli cette condition, la procédure doit encore respecter certains critères établis par la Cour : 1. la consultation des membres des communautés ; 2. l'existence d'un bénéfice raisonnable ; 3. la réalisation d'une étude d'impact social et environnemental. Selon le Tribunal, ces critères sont appelés à garantir la relation spéciale que les membres du peuple ont avec leur territoire⁵⁵.

4.2 La prise en compte de la vision du monde dans la définition du dommage : la notion de dommage immatériel revisitée

C'est l'affaire dite « Fernández Ortega contre le Mexique »⁵⁶ qui nous servira de trame pour comprendre la construction du raisonnement de la Cour⁵⁷.

4.2.1 Rappel du contexte et des faits

En mars 2002, Madame Fernández Ortega se trouvait dans sa maison avec quatre de ses enfants quand trois membres de l'armée mexicaine sont entrés dans sa maison sans son accord, lui demandant des informations en pointant leurs armes sur elle. Obligée de se coucher sur le sol, elle a été violée par l'un des militaires sous le regard des autres hommes.

Madame Fernández appartient à la communauté autochtone Me'phaa du Mexique. Au moment des faits, elle avait 25 ans, était mariée à un autre membre de la communauté avec qui elle a eu cinq enfants. Cette femme au foyer travaille aussi avec la communauté dans l'élevage des animaux et la récolte des aliments. C'était aussi une des leaders des Me'phaas : elle a créé un espace de réflexion sur le rôle de la femme dans la communauté et sur la situation de marginalisation des indigènes Me'phaa par l'État.

Quelques jours après l'agression sexuelle dont elle a été victime, Madame Fernandez est allée porter plainte auprès des autorités étatiques. Mais son témoignage rencontra d'autant plus l'indifférence des fonctionnaires qu'elle ne parle pas espagnol et que les fonctionnaires ne parlaient pas la langue Me'phaa. Elle a donc entamé une procédure devant le système interaméricain des droits de l'homme.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 239.

⁵⁶ Affaire « Fernandez Ortega y otros Vs Mexique », 30 août 2010, Série n°215, p. 29.

⁵⁷ Les échanges procéduriers et propos qui suivent ont été recueillis en avril 2010 par Melisa Lopez à San José (Costa Rica) et Lima (Pérou).

4.2.2 Raisonnement et décision de la CIDH

L'audience publique de l'affaire s'est tenue au Pérou, le 15 avril 2010, suivant une procédure similaire à celle de l'affaire *Xákmok Kásek* précédemment évoquée. Trois experts sont ici intervenus : une psychologue spécialisée en violences sexuelles, un anthropologue social et un expert en matière de violence contre les femmes.

La psychologue a expliqué que, dans la culture Me'phaa le traumatisme est vécu à la fois au niveau individuel et au niveau collectif, Madame Fernandez vivant ainsi un double traumatisme, pour elle-même en tant que femme, mais également parce qu'elle s'est retrouvée isolée des autres membres de la communauté.

L'anthropologue Aida Hernández a expliqué que pour le peuple Me'phaa, le sens de la personne se construit avec l'appartenance à la communauté, et que ce qui arrive à l'un de ses membres arrive à la communauté tout entière. Depuis ce viol, celle-ci souffre de la « maladie de la peur » qui ne sera guérie que lorsque la communauté aura retrouvé l'harmonie, laquelle passe donc par la justice et à la reconnaissance des responsables. D'autres arguments de nature culturels ont été avancés pour expliquer, notamment, l'impact particulier du viol d'une femme indigène, comparativement à une femme qui ne le serait pas : dans cette communauté, la femme est responsable de la transmission de la culture, celle dont le corps a été attaqué ne peut plus remplir son office ; le conjoint d'Inés a été aussi stigmatisé dans cette communauté où l'homme doit protéger sa famille.

L'anthropologue a également expliqué : « Les indigènes se méfient du système [...] de la justice. Les fonctionnaires de l'État ne connaissent pas la culture Me'phaa. Il existe une barrière pour l'accès de la femme indigène à la justice étatique. D'abord, les indigènes ne parlent pas l'espagnol et d'autre part, sa communauté se trouve loin des bureaux de l'État. Dans le cas d'Inés, elle a beaucoup souffert quand elle a voulu dénoncer son agression sexuelle aux fonctionnaires de l'État. D'abord ils ne parlaient pas sa langue et, de plus, ils ne comprenaient pas ses particularités d'indigène. » L'État ayant essayé de faire valoir que le Mexique disposait d'un système de justice auquel pouvaient accéder les indigènes et qu'il disposait de traducteurs de la langue Me'phaa, les juges de la CIDH ont approfondi cette question des rapports des communautés indigènes avec l'État.

Extrait de l'audition de Aida Hernández (AH), anthropologue, par les juges

Comment l'État peut rendre justice aux indigènes si les indigènes ne font pas confiance à l'État ?

AH : *La Communauté Me'phaa a son propre système de résolution des conflits. Toutefois, les cas les plus graves doivent être résolus par l'État.*

Qu'attend la victime de la justice internationale ?

AH : *Inés identifie ses dommages avec l'institution de l'État. Pour elle, son agression fait partie de la répression dont sa communauté est victime. Inés croit que la CIDH est un espace plus puissant. Pour elle la CIDH peut envoyer un message à l'État du Mexique pour garantir que ce qui lui est arrivé ne se produise pour les autres femmes de sa communauté.*

Quelles personnes considérez-vous que la CIDH doive écouter pour définir les réparations des dommages ?

AH : *Inés d'abord. D'autre part les réparations ne doivent pas être seulement destinées à elle ou à ses fils. La réparation des dommages doit se faire à toute la communauté.*

Quelles sont les relations entre la justice de l'État et la justice communautaire ?

AH : *La justice de la communauté Me'phaa fait une séparation entre les délits graves et les infractions. Les premiers doivent être résolus par l'État et les infractions sont de la compétence de la communauté. Celle-ci ne juge pas les cas graves car elle sait qu'ils peuvent être sanctionnés pour violation des droits de l'homme.*

4.2.3 Définition jurisprudentielle du dommage immatériel moral et spirituel

Dans cette affaire, la CIDH a estimé que les États doivent garantir l'accès à la justice aux membres des peuples autochtones. Pour cela l'État doit offrir une protection effective qui prenne en compte leurs particularités propres, leurs caractéristiques économiques et sociales, le droit coutumier et les coutumes en général⁵⁸. De même pour la Cour, les États doivent offrir des mesures de réparation adaptées aux souffrances physiques et physiologiques des victimes, intégrant par là-même les spécificités ethniques et le genre des personnes concernées⁵⁹.

Toujours dans cette affaire, la Cour a pris également en compte le fait que pour la communauté Me'phaa, il est fondamental que l'auteur d'une faute reconnaisse

⁵⁸ *Idem*, p. 73.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 86.

publiquement son acte : dans le processus de justice de cette communauté, le fait pour l'auteur du dommage de reconnaître sa faute est le premier pas vers la « guérison » des dommages causés au tissu communautaire⁶⁰.

La Cour a ainsi ordonné à l'État mexicain d'accomplir un acte public de reconnaissance de sa responsabilité internationale pour les dommages commis à l'encontre d'Inés Fernandez et de sa communauté. La décision de la CIDH va jusqu'à prévoir les détails d'un tel acte de reconnaissance : la cérémonie publique devra être organisée avec l'accord et en présence de la victime, des autorités de l'État et de la communauté ainsi que des membres de celle-ci et se dérouler en langues espagnole et Me'phaa⁶¹.

Si, pour la CIDH, les réparations doivent avoir une dimension communautaire, c'est parce qu'elles ont vocation à réintégrer la victime dans son espace vital et culturel, contribuant ainsi à rétablir le tissu communautaire. Dans l'affaire Fernández Ortega, l'État du Mexique a été sommé d'offrir toutes les facilités économiques afin que la communauté Me'phaa puisse ouvrir un centre « communautaire de la femme » qui sera géré par les femmes Me'phaas et mènera des actions éducatives concernant les droits de l'homme, en particulier les droits des femmes. L'État a plus généralement été mis en demeure d'appuyer les institutions et organisations de la société civile spécialisées en droits de l'homme en charge d'activités « d'empowerment » communautaire, toujours en adéquation avec la cosmovision de la communauté⁶².

Cette conception du dommage immatériel fondée sur une perspective culturelle a été utilisée et renforcée dans d'autres affaires de violations des droits de l'homme où la victime était un autochtone. Ainsi, dans l'affaire « massacre de Plan Sánchez contre Guatemala⁶³ », la Cour a considéré comme un « dommage immatériel » le fait que la communauté n'ait pas pu enterrer les siens selon ses rites et traditions. La spiritualité de cette communauté se manifeste en effet dans l'étroite relation qui existe entre les vivants et les morts et dans la pratique des rituels d'enterrement, forme de contact permanent, en solidarité avec les ancêtres.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 84.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Affaire « Massacre Plan Sánchez Vs. Guatemala », 29 avril 2004, Série C n°105. Des membres de l'armée du Guatemala avaient massacré 268 personnes appartenant au peuple Maya Achi, obligeant les survivants à enterrer les corps calcinés des victimes.

De même, en 2007, à l'occasion de l'affaire Escué Zapata contre la Colombie⁶⁴, la Cour a considéré, en s'appuyant sur les témoignages des membres de la communauté, l'importance de la relation qui existe entre les vivants, les morts et la terre au sein de la culture Nasa, afin de faire l'évaluation des dommages immatériels. Dans cette culture, lorsque l'enfant vient au monde, c'est comme s'il germait de la terre, tout en restant attaché à elle par le cordon ombilical. Et quand la personne meurt, elle doit de nouveau être semée en terre. La CIDH a estimé que l'attente infligée à la dépouille du leader indien Zapata – tué arbitrairement par l'armée colombienne – avant de pouvoir être inhumée selon les rites de sa communauté, a eu des répercussions négatives, du point de vue spirituel et moral, pour sa famille et sa culture, affectant ainsi l'harmonie du territoire⁶⁵.

Dans l'affaire Moiwana⁶⁶, enfin, la Cour a pris en compte le fait que dans la culture N'djuka, il existe des rituels spécifiques lors du décès d'un membre de la communauté. Après l'attaque dont la communauté a été victime, ces rituels n'ont pas pu être respectés, les membres de la communauté ayant dû fuir leur territoire. L'impossibilité de fait d'enterrer ses morts dans laquelle la communauté s'est ainsi retrouvée a été considérée comme une transgression morale ayant provoqué la colère de l'esprit de la personne décédée, mais aussi celle des autres ancêtres de la communauté, et entraîné des maladies physiques susceptibles d'affecter le lignage complet⁶⁷.

La particularité de tels préjudices a amené les juges de la CIDH à reconnaître comme dommage immatériel, « un dommage spirituel, forme aggravée du dommage moral, qui doit entraîner des réparations adéquates »⁶⁸.

Melisa LOPEZ, doctorante en droit public au CERDHAP

⁶⁴ Affaire « Escué Zapata Vs. Colombia », 4 juillet 2007, série C n°165.

⁶⁵ *Ibidem*, paragraphe 153, page 41.

⁶⁶ Affaire « Comunidad Moiwana vs. Surinam », 15 juin 2005, Série C n°124.

⁶⁷ Cite aussi dans Rinaldi, *Op. Cit.*, p. 244.

⁶⁸ *Idem*, p. 245.

Conclusion

La démarche développée au sein du système interaméricain des droits de l'homme, essentiellement autour de la question de la violation des droits des communautés indigènes, a permis d'améliorer la compréhension interculturelle des droits de l'homme. Cette démarche passe tout d'abord par une meilleure appréhension de la signification d'un dommage selon les valeurs culturelles d'une communauté indigène déterminée. Elle induit ensuite une adaptation des décisions de la Cour pour que la réparation du dommage réponde à la fois au principe de respect des droits de l'homme posé dans la CADH et au sentiment de justice conçu selon les réalités culturelles des peuples indigènes. Une telle approche renforce la légitimité de cette normativité internationale et l'effectivité des décisions prises par la CIDH puisque celles-ci s'inscrivent dans une conception et une finalité de la justice acceptées et reconnues par les acteurs concernés.

Si cette dynamique semble être *top down* et consister en une interprétation de la CADH en fonction des contextes locaux, le caractère spécifique de la démarche insufflé, néanmoins, une sorte de circularité entre droits de l'homme et diversité des visions du monde. Cela permet une articulation constructive et donc des évolutions réciproques entre les deux. Cette démarche ouvre une véritable interprétation/reformulation des droits de l'homme à partir des représentations du monde des peuples indigènes.

La jurisprudence développée par les tribunaux internationaux et les échanges entre experts et juges de ces instances jouent un rôle fondamental dans la prise en compte et la « tolérance collective »⁶⁹ de visions du monde différentes. La spécificité du continent latino américain, tenant à l'affirmation de son multiculturalisme depuis le niveau local jusqu'au niveau supraétatique, permet aux juges une démarche audacieuse par-delà la recherche de mise en adéquation des régulations locales traditionnelles avec le droit international. Ce faisant, le système interaméricain des droits de l'homme favorise une dynamique qui dépasse le pluralisme de façade.

La démarche interculturelle analysée dans cette étude constitue une piste novatrice, elle s'inscrit dans une dynamique « d'hybridation », et non pas dans un mouvement de pendule (extrême) entre universalisme et culturalisme. Elle permet une redéfinition juridictionnelle des notions-clefs du dispositif de protection des droits de l'homme. Cette jurisprudence

⁶⁹ Selon les termes du Secrétaire de la CIDH.

opère ainsi un véritable changement de paradigme. Elle contribue à refonder la régulation juridique dans une perspective plurielle, l'unité dans la diversité, à l'inverse du modèle de la modernité fondé sur principe de la diversité dans l'unité. Sont ainsi ouvertes les pistes de réflexions pour la définition de processus et d'outils adaptés à la gouvernance démocratique légitime.

Séverine BELLINA, directrice de l'IRG

Bibliographie

Ouvrages, articles

ARIZA Libardo, *Derecho, saber et identidad indigena*, Universidad de los Andes, Bogotá : éditions Siglo del hombre, 2009.

BELLINA Séverine, « La légitimité dans tous ses états : réalités, pluralisme et enracinement des pouvoirs », in *Chroniques de la gouvernance 2009-2010*, Institut de recherche et débat sur la gouvernance, Paris : éditions Charles Léopold Mayer, 2009.

DAVILA SAENZ Juana, *Apuntes sobre Pluralismo Juridico. Series investigaciones sociojuridicas*, Faculté de Droit, Bogotá : éditions Uniandes, 2004.

DHOMMEAUX Jean, « Les Communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » in *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme* sous la dir. de Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGRUDJA, Paris : éditions Pedone, 2009.

HENNEBEL Ludovic, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme », in *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme* sous la dir. de Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGRUDJA, Paris : Éditions Pedone, 2009.

FUENTES Carlos Ivan, « Universalidad y diversidad en la interpretacion de la Convencion Americana sobre Derechos Humanos : Innovaciones en el caso de la Comunidad Indigena Yaky Axa », *Revista CEJIL*, septembre 2006, n°69.

LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth et MARTIN-CHENUT Kathia (dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : La Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris (Université de Paris 1/CNRS UMR 8103), Volume 20, Paris, 2009.

KYMLICKA Will, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie des droits des minorités*, Paris : édition La Découverte, 2001.

PARRA Oscar, « La influencia de la visión de mundo de los pueblos indígenas en la

determinación de las reparaciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Etnias & Política*, n°8, Bogotá, Centre de Coopération Indigène.

RINALDI Karine, « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection de droit de l'homme », in *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme* sous la dir. de Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGRUDJA, Paris : éditions Pedone, 2009.

RIVERA Francisco, RINALDI Karine, « Pueblo Pueblo Saramaka Vs Suriname : el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos », *Revista CEJIL*, décembre 2008, n°80.

SANCHEZ BOTERO Esther et RUIZ MOLLEDA, « Le pluralisme juridique en Amérique latine : de la reconnaissance légale à la démarche interculturelle », in *Chroniques de la gouvernance 2009-2010*, Institut de recherche et débat sur la gouvernance, Paris : éditions Charles Léopold Mayer, 2009.

SEGURA Jorge Rhenan, *Presentacion de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de investigaciones juridicas UNAM, www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/41.pdf (Site consulté le 7 août 2010).

TAYLOR Charles, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, Fonds de culture économique, Mexique (titre original : « *Multiculturalism and The Politics of Recognition* »), 1993.

VILLARGA RODRIGO, « Los territorios indígenas amerindios y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos », *Revista CEJIL*, septembre 2006, n° 2.

**Jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme
(en espagnol ; francisée dans les notes de bas de page du texte)**

Caso del Pueblo Saramaka Vs Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni, Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79

Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Julio de 2007. Serie C No. 165

Caso Masacre Plan Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C No 105.

Caso Comunidad indigena Xakmok Kasek v. Paraguay. Sentencia 24 de agosto de 2010 Fondo, Reparaciones y Costas. Serie N° 214.

Caso Fernandez Ortega y otros v Mexique. Sentencia 30 de agosto de 2010. Excepcion Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Serie. N° 215.

Table des matières

Acronymes	3
Introduction	5
Au cœur des mutations de l'action publique : la conception du droit	5
Du droit de la Modernité : l'État source unique de la juridicité	5
Du droit au temps de la gouvernance : le pluralisme normatif	6
L'enjeu du pluralisme normatif : penser l'État de droitS	7
Les lieux du pluralisme normatif en œuvre : le système interaméricain des droits de l'homme comme « laboratoire vivant »	8
1. Dispositif institutionnel et normatif du système interaméricain des droits de l'homme	11
1.1. La Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme	11
1.2. Les sources juridiques et normatives de la jurisprudence de la CIDH : le rôle de l'interprétation	12
2. Le multiculturalisme au cœur du système interaméricain des droits de l'homme	15
2.1. La reconnaissance constitutionnelle au niveau national de la diversité culturelle : les communautés indigènes, sujets de droits	16
2.2. La prise en compte des communautés indigènes par la CIDH : enjeux et limites	17
3. Les deux axes fondamentaux de la démarche en œuvre au sein du système interaméricain de protection des droits de l'homme	19
3.1. La victime au cœur du processus	19
3.2. L'audience publique	21
4. Une jurisprudence innovante, source du droit international en matière des droits de l'homme : vers une approche plurielle	23

4.1. De la conception individuelle à la conception collective de la propriété de la terre : la reconnaissance de la notion de terre ancestrale	23
4.1.1. Rappel du contexte et des faits	24
4.1.2. Raisonnement et décision de la CIDH	25
4.1.3. Reconnaissance jurisprudentielle du droit à la propriété collective des terres ancestrales	29
4.1.4. Titulaires du droit à la propriété collective	30
4.1.5. Conditions de la revendication d'une terre ancestrale	30
4.1.6. Droit aux ressources naturelles liées à la culture	32
4.2. La prise en compte de la vision du monde dans la définition du dommage : la notion de dommage immatériel revisitée	33
4.2.1. Rappel du contexte et des faits	33
4.2.2. Raisonnement et décision de la CIDH	34
4.2.3. Définition jurisprudentielle du dommage immatériel moral et spirituel	35
Conclusion	39
Bibliographie	41
Ouvrages, articles	41
Jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme	42

