

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 indigenas 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.

