

UN EXEMPLE DE DIALOGUE TRANSJUDICIAIRE DANS LES SYSTÈMES RÉGIONAUX DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME : LA QUESTION FONCIÈRE AUTOCHTONE

GHISLAIN OTIS



Ghislain Otis est professeur titulaire de la chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones à l'université d'Ottawa (Canada).

AURÉLIE LAURENT



Aurélien Laurent est doctorante en droit au sein de la chaire sur la diversité juridique et les peuples autochtones à l'université d'Ottawa (Canada).

L'observateur attentif aura remarqué l'émergence des droits fonciers autochtones dans différents types d'instruments de droit international. Nous avancerons ici l'idée que cette protection simultanée ne serait pas le fruit du hasard, mais au contraire née du dialogue et de l'interfécondation de la part des différents organes internationaux. L'existence de phénomènes de « fertilisation croisée » a pu largement être analysée au niveau interne. En effet, les migrations transnationales des concepts et des arguments juridiques ont fait l'objet d'études approfondies en ce qui concerne leur réception par les juridictions nationales, en particulier dans la manière dont les juges suprêmes ou constitutionnels prennent (ou non) en considération des sources externes à leur système juridique. Ainsi, la prise en compte de sources internationales « molles »,

c'est-à-dire ayant un caractère obligatoire faible, voire nul, et les références au droit comparé font l'objet de débats au niveau national¹.

FERTILISATION CROISÉE

Mais, comme nous voulons le démontrer dans les pages qui suivent, ce phénomène de fertilisation croisée existe aussi au sein des organes supranationaux. En effet, on peut analyser cette convergence du droit international à reconnaître et à protéger les droits fonciers autochtones comme l'aboutissement d'un échange constructif d'arguments juridiques entre différents acteurs de la scène internationale. Et cela est d'autant plus intéressant qu'aucun des textes régionaux de garantie des droits fondamentaux ne contient une disposition spécifique de protection des droits ancestraux des peuples autochtones.

Nous verrons que les revendications des autochtones ont été accueillies favorablement dans les différents forums internationaux et supranationaux en raison, bien entendu, du bien-fondé de leurs arguments, mais aussi parce que les raisonnements des uns ont pu convaincre les autres et aider à trouver des fondements textuels pertinents propres à asseoir la légitimité des décisions. Nous verrons successivement le cas de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), celui de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP), puis celui de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

La question du dialogue des juges en droit international a été étudiée par la littérature scientifique, parfois de manière trop abstraite. La question foncière autochtone serait donc un exemple concret des phénomènes de migrations normatives et d'échanges des interprétations juridiques entre organes internationaux.

LA COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME : AU CARREFOUR DES INTERPRÉTATIONS DES DROITS FONCIERS AUTOCHTONES

La Cour interaméricaine des droits de l'homme est la première des juridictions régionales à avoir été confrontée à des revendications foncières autochtones fondées sur la protection de la propriété en droit international. La conception pluraliste de la propriété développée par la Cour de San José est bien connue et a été largement commentée. C'est en effet dans l'arrêt fondateur *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* que la Cour estime qu'« il est de l'avis de la Cour que l'article 21 de la Convention américaine des droits de l'homme (CADH) protège le droit de propriété dans le sens où il

¹ Voir notamment : Sarah K. Harding, "Comparative Reasoning and Judicial Review" (2003) 28, *The Yale Journal of international law* 411 ; Anne-Marie Slaughter, "Typology of Transjudicial Communication" (1994) 29, *University of Richmond Law Review* 99.

comprend, entre autres, les droits des membres de communautés autochtones dans le cadre de la propriété collective ».

Il s'agit d'une véritable reconnaissance des régimes fonciers communautaires coutumiers desquels peuvent découler des droits individuels d'usage et de jouissance de la terre. Ces régimes ne dépendent pas du droit interne étatique (d'une concession ou d'une reconnaissance formelle de l'État, par exemple), mais sont fondés sur l'appropriation collective et l'occupation d'origine précoloniale. La Cour insiste sur le caractère égalitaire des traditions juridiques et sur la neutralité culturelle du droit international pour interpréter la notion de propriété de manière à rendre sa protection effective dans les cultures juridiques appréhendant les relations foncières différemment des catégories occidentales².

Or, pour justifier cette décolonisation de la propriété dans le système conventionnel interaméricain, la haute juridiction s'appuie notamment sur l'alinéa 29b) de la Convention selon lequel cette dernière ne peut recevoir une interprétation moins favorable que le droit interne de l'État et que les autres instruments internationaux auxquels les États sont parties³. La Cour va ainsi utiliser les instruments internationaux spécifiques aux peuples autochtones, telle la convention n° 169 de l'OIT⁴, lorsque l'État défendeur y est partie⁵. Puis la Cour utilisera aussi les normes universelles de protection des droits de l'homme, afin d'importer dans le système interaméricain une lecture des grands instruments de l'ONU favorable à la tenure collective autochtone⁶. Ainsi, dans l'affaire *Saramaka c. Suriname*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a très explicitement affirmé que le Suriname, un État ayant ratifié les instruments onusiens, violait le droit de propriété reconnu par l'article 21 de la Convention, même si les droits collectifs sur la terre et les ressources revendiqués par le peuple Saramaka n'avaient aucun fondement dans le droit interne de cet État⁷. Cela permet ainsi à la Cour interaméricaine de conclure que l'État a l'obligation internationale de mettre en place des mesures spécifiques afin de reconnaître, de respecter, de protéger et de garantir la propriété collective Saramaka⁸.

L'alinéa 29b) de la Convention n'est donc pas simplement une clause de sauvegarde classique en droit international, mais induit une logique de coordination des normes régionales et universelles. Cette clause légitime les importations d'interprétations normatives issues du droit international général, y compris des normes de *soft law* ou du droit européen. La Cour de San José a, à de multiples reprises, eu recours à ces importations. Aussi, l'utilisation par la CIDH de la convention n° 169 de l'OIT constitue un exemple parmi d'autres des emprunts normatifs relatifs à

2 | *Ibid.*, p. 146 et 149 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, 29 mars 2006, *Sawhoyamaxa Indigenous Cmty. c. Paraguay*, série C n° 146, p. 120.

3 | L'article 29 de la Convention américaine se lit comme suit : « Aucune disposition de la présente convention ne peut être interprétée comme [...] b) restreignant la jouissance ou 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. »

4 | Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (convention n° 169) de l'Organisation internationale du travail (OIT).

5 | Cour interaméricaine des droits de l'homme, 17 juin 2005, *Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay*, série C, n° 125, p. 127-130 ; *Sawhoyamaxa Indigenous Cmty. c. Paraguay*, p. 117.

6 | Cour interaméricaine des droits de l'homme, 28 novembre 2007, *Saramaka People c. Suriname*, série C n° 172, p. 93-96.

7 | *Ibid.*, p. 97-107.

8 | *Ibid.*, p. 96.

la protection des droits et libertés que fait régulièrement la Cour interaméricaine pour enrichir sa jurisprudence et accroître sa légitimité⁹.

C'est donc par une interprétation dynamique de la Convention, alimentée par des normes universelles et autochtonistes de droit international, que la Cour de San José a su protéger la tenure foncière autochtone et contribuer à la coordination et à l'effectivité des droits fonciers des peuples autochtones sur le continent. Mais la Cour interaméricaine n'est pas une simple importatrice, elle est au contraire un carrefour des dynamiques interprétatives favorables à la reconnaissance de la tenure foncière coutumière autochtone, sa propre jurisprudence servant désormais d'appui pour les autres juridictions supranationales, comme la CADHP.

9 | *Ibid.*

10 | Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, activités de juin à novembre 2009, *Communauté Endorois c. l'État du Kenya*, communication 276/2003, 27^e rapport d'activité. Les plaignants, membres de la communauté des Endorois, se revendiquent comme étant un peuple autochtone et estiment que le déplacement de leur terre ancestrale, le défaut de dédommagement adéquat et la perturbation de leurs activités pastorales communautaires constituent des violations de la Charte africaine, notamment des articles 8 (droit de pratiquer une religion), 14 (droit à la propriété), 21 (droit à la libre utilisation des ressources naturelles) et 22 (droit au développement).

11 | *Ibid.*, §209.

12 | *Ibid.*, §238.

LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES : RELAI DE LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS FONCIERS AUTOCHTONES EN AFRIQUE

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a à son tour démontré la vitalité et l'actualité de la notion de tenure originelle autochtone en droit international des droits de l'homme. Dans l'affaire *Communauté Endorois c. Kenya*¹⁰, la Commission est d'avis que, contrairement à ce que soutenait l'État défendeur, les droits sur la terre des Endorois ne se sont pas éteints du fait de la mise sous tutelle ou de la création par l'État d'une réserve faunique sur leurs terres ancestrales. À l'inverse, elle estime, d'une part, que la possession traditionnelle a des effets équivalents à ceux d'un titre de propriété octroyé par l'État et donne le droit d'exiger une reconnaissance officielle et un enregistrement de la part de l'État. D'autre part, elle décide que « les membres de la communauté autochtone ayant involontairement quitté la terre de leurs ancêtres ou qui en ont perdu la possession en conservent le droit de possession et de propriété, même s'ils ne disposent pas de titre légal, à moins que les terres n'aient été transférées légalement à des tiers de bonne foi », et le cas échéant, ils conservent des droits de restitution de ces terres ou de terres équivalentes¹¹. Elle conclut ainsi en l'espèce à la violation de l'article 14, car « la propriété du peuple Endorois a été sérieusement empiétée et continue de l'être » sans que ce préjudice soit proportionnel au besoin public ou conforme au droit national ou international¹².

La Commission s'appuie tant sur la spécificité de la Charte africaine, qui consacre les droits des peuples, que sur les définitions de la propriété élaborées en droit international, afin de conclure que les Endorois constituent un peuple autochtone, « statut leur permettant

de bénéficier de la Charte africaine qui protège les droits collectifs¹³». Ce sont notamment les sources du droit international relatives aux autochtones qui vont aider la Commission à élargir la notion de propriété protégée par l'article 14 de la Charte africaine à la tenure collective autochtone. En effet, la Charte prévoit dans ses articles 60 et 61 la prise en considération de certaines sources du droit international, en particulier relatif aux droits de l'homme, habilitant ainsi la Commission à coordonner à son tour les normes de protection en présence d'une revendication autochtone. En ce qui concerne plus spécifiquement le droit de propriété, la Commission utilise ses décisions antérieures¹⁴, des instruments spécialisés comme la Déclaration des Nations unies sur les peuples autochtones¹⁵, mais aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶ et surtout celle de la Cour interaméricaine¹⁷ pour faire du droit de propriété une notion autonome en droit international des droits de l'homme qui prime sur les définitions juridiques nationales¹⁸. Au final, la Commission africaine retient une conception de la propriété en matière autochtone très proche de celle de la Cour interaméricaine, tant sous l'angle du concept de propriété collective et ancestrale que sous celui de sa justification ou des conséquences juridiques de sa reconnaissance.

Il n'est pas surprenant que la Commission de Banjul ait puisé dans le raisonnement de la CIDH pour protéger la tenure foncière originaire des peuples autochtones africains : il est en effet dans les habitudes de la Commission d'emprunter à la CEDH et à la CIDH certaines interprétations, qu'elles soient de nature substantielle ou méthodologique¹⁹. Cette démarche a d'ailleurs pu être critiquée lorsque la Commission s'est contentée de réceptionner purement et simplement les interprétations des juridictions européenne et interaméricaine, voire de s'aligner mécaniquement sur elles, sans tenir compte du contexte spécifique au continent africain²⁰. La Commission a su toutefois éviter cet écueil en ce qui concerne la tenure originaire dans la mesure où elle prend soin de fonder son raisonnement sur le caractère collectif reconnu aux droits fondamentaux africains dans la Charte et dans ses décisions antérieures. De plus, la reconnaissance de la tenure originaire autochtone trouve son fondement dans la volonté de dépasser les injustices et les discriminations subies par les peuples autochtones privés de leurs terres lors d'un mouvement mondial de colonisation. Le renversement de cette logique en matière foncière par la reconnaissance de droits fonciers ancestraux peut donc légitimement s'appliquer sur tous les continents, y compris d'ailleurs le continent à l'origine de cette colonisation : l'Europe.

13 *Ibid.*, §162.

14 *Ibid.*, §186.

15 *Ibid.*, §204 et 207.

16 « La Commission africaine est aussi guidée par la Cour européenne des droits de l'homme », § 201. Voir Cour européenne des droits de l'homme, 29 juin 2004, *Dogan et autres c. Turquie*, req. nos 8803-8811/02, 8813/02 et 8815-8819/02.

17 Elle cite par exemple les affaires : *Saramaka People c. Suriname*. (§ 192); *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*. (§ 190, § 207); *Sawhoyamaya Indigenous Cmty. c. Paraguay*. (§ 208); Cour interaméricaine des droits de l'homme, 15 juin 2005, *Moiwana Community c. Suriname*, série C n° 124.

Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay.

18 *Communauté Endorois c. l'État du Kenya*. § 185.

19 Voir sur ce sujet Alain Didier Olinga, « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme » (2005) 65, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 499, p. 510 sqq.

20 *Ibid.*, p. 520 sqq.

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME : UNE VOCATION À ENTRER DANS LE DIALOGUE

La Cour européenne des droits de l'homme est la seule des juridictions étudiées à ne pas encore avoir reçu favorablement les revendications foncières autochtones au titre de la protection des biens. On peut expliquer cette indifférence de l'organe européen par le caractère parfois peu idoine des cas d'espèce qui lui ont été soumis et qui n'ont pas dépassé le cap de la recevabilité dans la plupart des cas²¹. Il est également possible qu'une lecture trop classique et individualiste de la propriété²² ou une trop grande déférence à l'égard des États aient empêché la Cour de Strasbourg de reconnaître la tenure foncière originaire des peuples autochtones européens. On note surtout l'absence d'argumentation claire de la part des requérants, fondée sur la tenure originaire autochtone extra-étatique, qui expliquerait que la Cour n'ait pas à ce jour reconnu de tels droits fonciers.

En tout état de cause, la Cour européenne ne reconnaît à ce jour aux autochtones des droits ou des intérêts fonciers que dans la mesure où ils sont reconnus d'une manière ou d'une autre par l'État dont ils sont ressortissants²³. Si l'État nie l'existence d'un tel droit collectif, alors la revendication foncière autochtone s'avérera plus problématique. Au contraire d'autres instances internationales, la Cour n'a pas été, pour l'instant, un levier d'émancipation des peuples autochtones vis-à-vis de leurs États respectifs. Mais la Cour n'a pas pour autant fermé la porte aux revendications foncières autochtones, car, exception faite de la juge minoritaire Ziemele qui admet d'emblée le particularisme des peuples autochtones²⁴, les autres juges semblent tout simplement ne pas avoir compris les enjeux singuliers des questions foncières autochtones et de leur résolution par le droit international. Or c'est précisément à la lumière des interprétations des autres organes internationaux que la Cour de Strasbourg serait le mieux à même de décoloniser à son tour la notion de propriété en droit européen des droits de l'homme. Elle a d'ailleurs fait preuve à maintes reprises d'une ouverture sur les interprétations normatives des instances onusiennes et de la CIDH.

En effet, tout comme les instruments interaméricain et africain, la Convention européenne contient une clause de sauvegarde : l'article 53 (ancien article 60) qui vise ainsi à accorder le plus grand niveau de protection conventionnelle européenne des droits fondamentaux, tant vis-à-vis du droit interne que du droit international. L'esprit d'origine de cette clause consiste donc à renvoyer « au système extérieur le plus favorable et non [une] incorporation au système européen

21 | Voir : Commission européenne des droits de l'homme, 25 décembre 1996, *Könkäma et 38 autres villages Sames c. Suède* DR 87, p. 78 ; Cour européenne des droits de l'homme, 12 janvier 2006, *Hingitaq 53 et a. c. Danemark*, req. n° 18584/04.

22 | Voir Commission européenne des droits de l'homme, 3 octobre 1983, *G et E. c. Norvège*, DR, 35, p. 43.

23 | Voir l'irrecevabilité du moyen sur la protection des biens : Cour européenne des droits de l'homme (troisième Section), *Handölsdalen Sami Village et autres c. Suède*, req. n° 39013/04.

Décision d'admissibilité partielle.

24 | Opinion dissidente de la juge Ziemele : Cour européenne des droits de l'homme (troisième section), 30 mars 2010, *Handölsdalen Sami Village et autres contre Suède*, req. n° 39013/04. Arrêt (au principal et satisfaction équitable) § 5.

qui garde ainsi son unité et sa cohérence²⁵». Or, dès 1988, le juge De Meyer estimait que « rien n'empêche, semble-t-il, la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme de trouver, pareillement, des indications relatives aux droits qu'il leur incombe de protéger dans d'autres sources de droit positif que la Convention européenne des droits de l'homme, telles que, par exemple, les "lois" et "conventions" auxquelles se réfère l'article 60²⁶ ».

Cette affirmation s'est depuis vérifiée dans la jurisprudence de la Cour, bien que celle-ci ne se réfère pas nécessairement à l'article 53 pour le faire. Ainsi, la Cour n'a eu de cesse de prendre en considération des sources du droit international général de toutes sortes. Elle juge qu'elle doit interpréter la Convention à la lumière du droit international général²⁷, en particulier à la lumière du droit international des droits de l'homme. Elle a pris en considération des traités ratifiés par les États défendeurs, mais aussi des traités non applicables au moment des faits, des jurisprudences des juridictions internationales ou régionales, des résolutions et d'autres éléments de *soft law international*. Il est ainsi devenu une habitude de citer dans le droit pertinent au début de chaque décision le droit étatique, mais aussi le droit international. La Cour prend par exemple de plus en plus en considération la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations unies.

Par conséquent, lorsqu'elle aura à statuer sur une demande claire de reconnaissance de la tenure originaire autochtone aux termes de l'article 1 du protocole n° 1, la Cour de Strasbourg ne pourra faire l'impasse sur les travaux des organes de mise en œuvre des traités onusiens eu égard à la question autochtone. Cela s'imposera d'autant plus que l'État défendeur aura ratifié ces traités, ce qui est le cas de tous les pays européens où vivent des peuples autochtones. Elle pourra aussi difficilement méconnaître le fait que les positions des États européens à l'égard de la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones donnent à penser qu'ils sont en grande majorité en accord avec les principes de cette déclaration qui reconnaît la tenure ancestrale. La Cour profitera en outre d'une consultation attentive de la jurisprudence de la Cour interaméricaine qui intègre la tenure ancestrale autochtone au droit de propriété aux fins de la Convention américaine des droits de l'homme. Elle utilise d'ailleurs déjà les précédents de la Cour de San José pour conforter son raisonnement dans l'interprétation de la Convention européenne même si, étant donné son caractère totalement externe et sans relation avec l'article 53 de la Convention, la référence à la Convention américaine relève d'une démarche discrétionnaire et n'a qu'un caractère persuasif.

25 | Emmanuel Decaux, « article 60 » in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 897-901.

26 | Cité par Emmanuel Decaux et Jan De Meyer, « Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la CEDH » dans Franz Matscher et Herbert Petzold, dir., *Protection human Rights : the European Dimension, Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, 1988, 125 à la p. 129.

27 | Cour européenne des droits de l'homme, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, req. n°15318/89, § 43. La Cour rappelle les principes d'interprétation de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 et « estime que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide. Considérant le caractère particulier de la Convention en tant que traité sur les droits de l'homme, elle doit aussi prendre en compte toute règle pertinente du droit international lorsqu'elle se prononce sur les différends concernant sa juridiction ».

28 | On trouve ainsi des pistes dans la jurisprudence même de la cour relative au droit de propriété : voir notamment *Dogan et autres c. Turquie*. Mais aussi en raison des évolutions sur le continent en général : que l'on songe au projet de Convention nordique saamie qui consacre l'origine ancestrale de la tenure autochtone, ou encore à l'intérêt toujours plus précis dont fait montre l'Union européenne à l'égard des revendications autochtones. Sur cette question en général, voir Ghislain Otis et Aurélie Laurent, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? » (2012) 89, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (à paraître).

29 | On pense notamment à la filiation qui existe entre le Bill of Rights américain, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française, puis la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou encore la Convention européenne des droits de l'homme et le système juridictionnel en Amérique et en Afrique.

De par sa situation régionale postcoloniale, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a beaucoup été confrontée à la question autochtone, et le développement d'une jurisprudence innovante et protectrice à l'égard de ces peuples mérite ainsi toutes les attentions, tout comme d'ailleurs la récente décision de la Commission africaine des droits de l'homme dans l'affaire du peuple Endorois. Cela serait en outre une belle manière de décoloniser la propriété en Europe que de retenir les enseignements des autres instances régionales de protection des droits de l'homme et ainsi de montrer que le dialogue « transjudiciaire » n'est pas en sens unique. D'autant qu'il existe un faisceau d'indices montrant que l'Europe est de plus en plus prête à cette ouverture²⁸.

LEÇONS SUR LA NATURE DU DIALOGUE TRANSJUDICIAIRE

Il n'est pas étonnant que les phénomènes dialogiques se produisent au niveau de la protection des droits fondamentaux, étant donné le caractère général, flou et la vocation universelle (réelle ou prétendue) de ces normes. En effet, bien souvent, les textes de protection des droits et libertés ont une certaine ressemblance et même parfois des relations de « parenté²⁹ », que cela soit des instruments nationaux ou supranationaux. Il est ainsi particulièrement pertinent de s'informer sur les différentes interprétations dont ont pu faire l'objet ces normes « sœurs », puis de les utiliser dans le processus décisionnel.

On observe en outre que, dans les trois systèmes étudiés, les clauses de sauvegarde ont pu (ou *pourront*, dans le cas de la CEDH) jouer un rôle dans l'interfécondation en matière de droits fonciers autochtones. Cela dit, chacune des juridictions a opéré un élargissement des sources d'inspiration issues du droit international et en a changé la portée. Les clauses de sauvegarde exigent de la juridiction de protection d'incorporer les obligations issues d'un traité dont l'État défendeur est partie, mais les instances supranationales sont allées bien au-delà de ce renvoi formel aux sources les plus « dures » du droit international. Elles ont en effet étendu les sources matérielles d'inspiration aux normes internationales non approuvées par l'État partie défendeur notamment, mais aussi aux normes de *soft law*, comme les résolutions et les jurisprudences internationales externes. Cette ouverture permet une coordination entre les différentes normes internationales de protection des droits de l'homme, ce qui constitue une mise en ordre et une plus grande effectivité des normes internationales. De plus, elle engendre un processus internormatif dans un « bassin juridique » plus grand et permet donc de puiser dans des

raisonnements diversifiés pour sans cesse améliorer la protection des droits fondamentaux en général et celle des peuples autochtones.

Cela dit, l'« impérativité » des sources de droit international visées par les clauses de sauvegarde et les autres sources internationales invoquées par les juges n'est pas la même puisque les juridictions sont contraintes par leur texte conventionnel de les utiliser tandis que pour les autres elles gardent une certaine discrétion. Il y a donc un nuancier normatif de sources internationales disponibles auprès des instances régionales qui maîtrisent ainsi leur incorporation dans la jurisprudence, ce qui permet d'ailleurs de conserver une certaine cohérence de leur système respectif. Finalement, l'interfécondation des droits fondamentaux correspondrait à un phénomène par lequel un organe chargé de mettre en œuvre un instrument de protection des droits et libertés dynamise l'interprétation de ce texte en faisant appel à des dispositions³⁰, et à leurs interprétations, qui sont extérieures à ce texte. Ces emprunts normatifs fécondent en quelque sorte le discours judiciaire de l'organe juridictionnel ou quasi juridictionnel pour nourrir l'interprétation « vivante » et évolutive du texte. Cette nouvelle interprétation pourra ensuite elle-même être empruntée et absorbée par d'autres organes.

On utilise ainsi la métaphore du dialogue pour qualifier cet échange non institutionnalisé de discours judiciaires qui se persuadent mutuellement au-delà de leurs juridictions respectives et semblent se « répondre ». Même si on peut douter de l'existence d'un véritable dialogue – car il n'est pas certain que les juridictions s'adressent véritablement aux autres juridictions dans leurs décisions –, il s'agit à tout le moins d'échanges mutuels d'interprétations juridiques qui dépassent la stricte sphère de compétence des organes. Ces interprétations sont ainsi importées et exportées, d'où l'expression de « transjudicialisme³¹ ».

Cette dialectique peut ainsi aboutir à une convergence vers un « standard » de protection des droits et libertés sur un sujet donné. C'est ce qu'il nous semble avoir observé à propos de la tenure foncière originaire. Mais cet échange peut aussi révéler l'existence de visions concurrentes sur un même sujet. On peut distinguer deux types de dynamiques : la première suit une logique verticale de coordination ; la seconde suit une logique plus horizontale et correspond simplement à un échange constructif d'arguments juridiques entre organes internationaux. La première catégorie d'interfécondation correspond à l'incorporation de sources internationales spécialisées ou universelles, molles ou dures, au sein d'un autre espace normatif qui entretient des relations normatives avec l'espace duquel émanent ces sources. C'est le

30 | Gaetano Pentasuglia, *Minority groups and judicial discourse in international law : a comparative perspective*, Martinus Nijhoff Publishers Éd., Boston, 2009, p. 237.

31 | Toufayan, *Identity, effectiveness, and newness in transjudicialism's coming of age*. L'auteur utilise l'expression "transjudicialism" pour qualifier ce phénomène. Et A.-M. Slaughter parle de "transjudicial communication" comme "communication among courts – whether national or supranational – accross borders" : Slaughter, *Typology of Transjudicial Communication*, p. 101.

cas lorsqu'une juridiction régionale utilise des sources de droit international général (comme la CIDH qui utilise la convention n° 169 de l'OIT ou le Pacte relatif aux droits civils et politiques). Cela permet de coordonner ces normes sur un espace donné et surtout de leur donner une effectivité sur cet espace. Dans la seconde dynamique, les sources normatives utilisées sont indépendantes de l'espace normatif de réception (elles ont vocation à s'appliquer sur des espaces distincts). C'est le cas des arguments de droit international comparé³² qui détiennent une autorité persuasive car leur mobilisation permet de mieux comprendre et de mieux justifier une solution (c'est ce que fait, par exemple, la Commission africaine). En effet, d'une part, ces sources extérieures ont pu convaincre en amont le juge qui les utilise, l'aider à mieux saisir un enjeu (on parle ainsi d'interprétation « à la lumière de », ce qui démontre la qualité éclairante de la source externe) et lui donner des arguments décisifs. D'autre part, elles servent à convaincre les auditoires auxquels est destinée la décision. Reste ensuite à déterminer s'il est adéquat d'utiliser ces sources, comment et pourquoi.

Sans vouloir rentrer dans le détail de ces questions complexes, et hautement contextuelles, on peut résumer en affirmant que l'utilisation des sources externes par une juridiction dépendra d'un faisceau de critères qui comprennent, notamment, la posture théorique du juge récepteur, sa politique jurisprudentielle, son besoin de trouver une légitimité externe, ainsi que le degré de normativité, de légitimité et l'adéquation contextuelle de la source extérieure.

DE LA BONNE UTILISATION DU DIALOGUE TRANSJUDICIAIRE EN DROIT INTERNATIONAL DES PEUPLES AUTOCHTONES

En définitive, les interfécondations normatives présentent un intérêt certain pour les revendications des peuples autochtones, car elles peuvent être mobilisées afin d'encourager un organe international ou même national à décoloniser la propriété : c'est ce que nous avons suggéré à propos de la Cour européenne des droits de l'homme.

Cela étant, il existe des risques et des écueils. En premier lieu, le dialogue transjudiciaire ne doit pas être un moyen pour empêcher les peuples autochtones de participer à l'évolution du droit international, en laissant aux organes composés majoritairement de non-autochtones le soin de déterminer leurs droits sans tenir compte de leurs cultures et de leurs intérêts. Le dialogue le plus important à articuler reste celui entre les cultures juridiques autochtones et non autochtones, c'est dans cette optique que le dialogue transjudiciaire participe à l'évolution des droits des peuples autochtones.

32 | A.-M. Slaughter parle de communication horizontale à ce sujet : Slaughter, *ibid.*, p. 106.

En second lieu, les interfécondations ne sauraient avoir pour effet pervers d'importer des solutions juridiques déconnectées du contexte particulier dans lequel la question foncière a émergé : il existe en effet de par le monde des multitudes de situations propres à chaque peuple autochtone dont les organes décisionnels devront nécessairement tenir compte. ■

