



HAL
open science

De l'entre-soi à l'entre-autre(s) : enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones

Albane Geslin

► To cite this version:

Albane Geslin. De l'entre-soi à l'entre-autre(s) : enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones. Tourme Jouannet, Emmanuelle; Muir Watt, Horacia; de Frouville, Olivier; Matringe, Jean. Droit international et reconnaissance, Pedone, 2016, 978-2-233-00801-5. halshs-01220143

HAL Id: halshs-01220143

<https://shs.hal.science/halshs-01220143v1>

Submitted on 25 Oct 2015

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

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

**DE L'ENTRE-SOI À L'ENTRE-AUTRE(S)
ENJEUX ET AMBIGUÏTÉS DE LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE DES
DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES**

ALBANE GESLIN

Professeur de Droit public à Sciences Po Lyon – UMR 5206 Triangle

à paraître in H. MUIR WATT et E. TOURME-JOUANNET (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Pedone.

« J'espère ne pas être accusé de colonialisme mental en attribuant à l'Europe le rôle qui lui revient historiquement : celui du Moi, ce qui nous réserve à nous la position de l'Autre »¹.

Je voudrais démontrer dans les développements qui vont suivre que la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones offre l'opportunité de réfléchir aux conditions d'émergence d'un *droit des gens* contemporain reposant, notamment, sur des rapports de non-domination. Encore faut-il prendre la mesure de ce qu'implique, sur les plans tout à la fois éthique, normatif, cognitif, anthropologique et politique, ce « geste » de reconnaissance.

En droit, la notion de « reconnaissance » semble pour ainsi dire aller de soi, malgré la diversité de ses finalités et manifestations :

« Tantôt manifestation unilatérale de volonté par laquelle une personne *accepte de tenir établie* une situation préexistante, de fait ou de droit, en vue de permettre de produire ses effets voire de les renforcer (...), tantôt décision officielle par laquelle une autorité confère ou consent à faire produire des effets juridiques à un groupement, un titre ou un acte dont (...) elle *admet l'existence et la valeur* (...), tantôt acte unilatéral par lequel un État *fait connaître qu'il admet l'existence* à son égard d'un fait et s'engage irrévocablement à en tirer, dans ses relations extérieures, les conséquences que le droit international y attache »².

La reconnaissance relèverait ainsi du *constat* d'un existant, constat auquel l'ordre juridique dans lequel évolue son auteur entendrait faire produire des effets de droit. Les juristes s'interrogent alors sur la plus ou moins grande liberté du sujet reconnaissant, sur la portée de cet acte – déclaratoire ou constitutif – ainsi que sur les manifestations juridiques ou politiques que l'on considère comme en étant l'expression et la conséquence. Cependant la question peut

1 S. P. ROUANET, « Regard de l'autre, regard sur l'autre », *Diogène*, 2001/1, p. 3.

2 L. LEVENEUR, « Reconnaissance », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1303 (italiques ajoutées).

être soulevée de savoir si l'acte juridique que l'on recouvre du terme de « reconnaissance » ne produit d'effets que dans la sphère du droit. L'auteur d'un tel acte, délibérément ou non, consciemment ou non, ne va-t-il pas agir sur d'autres champs de l'ordre social ?

Au vu des travaux menés depuis quelques décennies en philosophie morale et politique³, mais également dans le domaine des *subaltern studies* et des études post-coloniales⁴, la réponse ne peut qu'être positive. On ne peut, en effet, se satisfaire de considérer la reconnaissance des droits des peuples autochtones comme résultant de leur seule inscription dans l'ordre juridique, qu'il soit national ou international. À l'inverse, on ne peut considérer la reconnaissance de droits comme valant reconnaissance pleine et entière des peuples autochtones. On le peut d'autant moins que, pendant plusieurs siècles, ces peuples ont représenté, pour l'Occident conquérant, une altérité radicale, qui fut combattue, soumise, puis récemment admise. La reconnaissance de cet Autre fut, ainsi, pour le moins, difficile et douloureuse.

En guise de première approche, qui sera affinée par la suite, on peut envisager la reconnaissance :

« comme un opérateur d'identification (au sens cognitif) de capacités et de compétences appartenant à des individus attestant qu'ils en sont bien les porteurs et un opérateur de distribution de valeur (au sens évaluatif) sur ces mêmes capacités ou compétences attestant qu'elles en possèdent une »⁵.

Ce double mouvement – identification/distribution – a une incidence considérable sur la

3 Voir notamment, A. CAILLÉ (dir.), *La quête de reconnaissance. Nouveau phénomène social total*, La Découverte, 2007, 304 p. ; A. CAILLÉ et C. LAZZERI (dir.), *La reconnaissance aujourd'hui*, CNRS Éditions, 2009, 501 p. ; N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, La Découverte, 2011, 182 p. ; N. FRASER et A. HONNETH, *Redistribution or Recognition ? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, 2003, 224 p. ; B. HOBSON (ed.), *Recognition, struggles and social movements, Contested identities, agency and power*, Cambridge University Press, 2003, 352 p. ; parmi les nombreux ouvrages d'A. HONNETH, voir *La lutte pour la reconnaissance*, Cerf, 2000, 232 p., *La réification. Petit traité de Théorie critique*, NRF Essais, Gallimard, 2007, 143 p., *Un monde de déchirements. Théorie critique, psychanalyse, sociologie*, La Découverte, 2008, 349 p., *Un monde de déchirements. Théorie critique, psychanalyse, sociologie*, La Découverte, 2013, 300 p. ; J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Points Essais, Seuil, 1997, 688 p., *La justice comme équité. Une reformulation de la Théorie de la justice*, La Découverte, 2003, 286 p. ; C. TAYLOR, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Champs Essais, Flammarion, 2009, 147 p.

4 Voir notamment, R. GUHA (ed.), *Subaltern Studies, vol. I-VIII*, Oxford University Press, 1982-1997 ; D. CHAKRABARTY, *Provincialiser l'Europe – La pensée postcoloniale et la différence historique*, Éditions Amsterdam, 2009, 381 p. ; N. BANCEL, F. BERNAULT, P. BLANCHARD, A. BOUBEKER, A. MBEMBE, F. VERGÈS (dir.), *Ruptures postcoloniales*, La Découverte, 2010, 540 p. ; COLLECTIF WRITE BACK, *Postcolonial Studies : modes d'emploi*, PUL, 2013, 519 p. ; A. MBEMBE, *Critique de la raison nègre*, La Découverte, 2013, 267 p. ; M. GALLIÉ, « Introduction – Des analyses "tiers-mondistes" aux "postcolonial studies" – théories critiques du pouvoir et revendications politiques », *RQDI*, hors-série, nov. 2012, pp. 1-10 ; M. BENCHIKH, « Souveraineté des "États post-coloniaux" et droits des peuples à disposer d'eux-mêmes », *RQDI*, hors-série, nov. 2012, pp. 73-99.

5 C. LAZZERI, « Reconnaissance », in S. MESURE et P. SAVIDAN, *Le dictionnaire des sciences humaines*, PUF, 2006, p. 972-973.

construction de l'identité⁶ de l'agent reconnu, qu'il soit individuel ou collectif. Mais, au-delà, cette reconnaissance peut également être perçue – dans la lignée des travaux de Nancy Fraser – comme vectrice de justice sociale. Partant, le mépris, le déni de reconnaissance, la méconnaissance, constituent autant d'injustices susceptibles de générer des conflits. Ainsi, la reconnaissance présente un aspect politique important et renferme un puissant potentiel critique, tant il est incontestable que « les institutions n'expriment pas seulement des rapports de reconnaissance, elles les produisent »⁷.

Surgissent alors de nombreuses interrogations. Puisque sont en jeu des valeurs, comment ont-elles émergé ? Qu'expriment-elles ? Quelle légitimité ont-elles ? La reconnaissance ne risque-t-elle pas de conduire à la projection de valeurs exogènes sur les agents reconnus, donc à leur insertion dans un ordre symbolique qui leur est étranger ? Partant, cet Autre reconnu se reconnaît-il encore ? Quelle est la légitimité des « distributeurs de reconnaissance » ? La reconnaissance peut-elle être unilatérale ou doit-elle être mutuelle ? En quoi le droit joue-t-il un rôle dans les politiques de reconnaissance ? Reconnaître et promouvoir, à l'échelle internationale, les droits des peuples autochtones, est-ce reconnaître et promouvoir la diversité des cultures autochtones, ou serait-ce, indirectement, à l'instar de la promotion planétaire des droits humains, une façon de promouvoir « un devoir de similitude »⁸ ? Ainsi, la question centrale qui guidera mes propos sera celle de savoir ce que les ordres juridiques internationaux, mais également régionaux, ainsi que, dans une certaine mesure, nationaux⁹, disent de la façon dont les *droits* des peuples autochtones sont reconnus, donc de la façon dont les *peuples autochtones* le sont.

Il n'entre pas dans mes intentions de présenter et d'étudier en détails la problématique des droits des peuples autochtones¹⁰. L'enjeu sera de tenter de mettre en évidence en quoi et comment le droit international relatif aux peuples autochtones participe aux luttes pour la reconnaissance. Il est bien évident que les réponses apportées ne devront être considérées ni comme absolues, ni comme définitives. Dans ce domaine comme en de nombreux autres, la multiplicité des outils d'analyse mobilisables conduit à des résultats différents. L'instrument

6 Sans entrer dans les infinis débats relatifs à la définition de l'identité, j'en retiens la conception générale suivante : « conscience de soi, individuelle ou collective, et sa couleur particulière en des temps et lieux donnés » (J.-J. SIMARD, *La réduction. L'Autochtone inventé et les Amérindiens d'aujourd'hui*, Septentrion, 2003, p. 24).

7 E. RENAULT, « Reconnaissance, institutions, injustice », *Revue du Mauss*, 2004/1, n° 23, p. 184.

8 L. ASSIER-ANDRIEU, « Le crépuscule des cultures. L'affaire Pitcairn et l'idéologie des droits humains », *Droit et Société*, 2012, vol. 82, p. 778.

9 Tant la question autochtone ne se satisfait pas des frontières, disciplinaires ou autres.

10 La doctrine est d'une très grande richesse en ce domaine et nombre d'auteurs seront cités tout au long des développements qui vont suivre.

qu'est le droit sera ici privilégié, partant de l'idée selon laquelle « la législation et les pratiques des institutions peuvent être comprises comme des cristallisations de modèles de reconnaissance »¹¹. En outre, du fait de ses capacités distributives et redistributives, le droit est un des moyens d'action pour tendre vers plus de justice sociale¹². Il n'en demeure pas moins qu'un regard transdisciplinaire s'avère indispensable à la compréhension des enjeux à l'œuvre dans l'acte complexe qu'est la reconnaissance.

À la différence à l'approche juridique classique, la sociologie et la philosophie morale mettent en évidence que les dimensions cognitive et évaluative de la reconnaissance sont inséparables. La reconnaissance est alors perçue comme étant

« toujours normative et normalisatrice. Elle relève donc d'un jugement de valeur. C'est en ce sens qu'elle diffère du *constat* dont l'approche est gouvernée par un principe d'extériorité (...). Dans la *reconnaissance*, au contraire, il y a une intériorisation de ce qui est reconnu. En ce sens, la reconnaissance est un facteur de légitimation. La légitimation inscrit un élément auparavant externe dans un système de valeurs »¹³.

En outre, puisque l'acte de reconnaissance est nécessairement tourné vers un autre, lequel est le plus souvent en demande – en ce que « notre identité est partiellement formée par la reconnaissance ou par son absence »¹⁴ – s'instaure une relation de pouvoir¹⁵. Il y a donc un enjeu éthique considérable, résultant non seulement du fait que la reconnaissance des peuples autochtones émane principalement du monde « non-autochtone », mais également du fait qu'« [ê]tre reconnu, c'est occuper une place dans l'esprit d'un ou de plusieurs autres et, d'une manière plus générale, dans la société. Il n'y a pas là seulement une question de justice ou d'injustice, mais, plus radicalement, l'enjeu d'être ou de ne pas être »¹⁶. Ce faisant, la relation de pouvoir peut se muer en relation de domination lorsque la reconnaissance de l'autre le contraint à intégrer un système de valeurs qui lui est étranger. S'instaure alors un « entre-soi » dominateur, mais d'autant plus difficile à discuter, voire à contester qu'il est présenté comme universel (I).

Il aura fallu plusieurs décennies de conflits et de contestations émanant des peuples

11 E. FERRARESE, « Performativité, pouvoir, vulnérabilité. A propos de quelques immanquables corrélats de l'idée de reconnaissance », in A. CAILLÉ et C. LAZZERI (dir.), *La reconnaissance aujourd'hui*, CNRS Éditions, 2009, p. 306.

12 Voir E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, 2011, 306 p., spéc. pp. 194-296.

13 S. TRIGANO, « Qui reconnaît-on ? L'identité dans la reconnaissance », in A. CAILLÉ (dir.), *op.cit.*, p. 150.

14 C. TAYLOR, *op.cit.*, p. 41.

15 E. FERRARESE, *op. cit.*, p. 303.

16 F. FLAHAULT, « Reconnaissance et anthropologie générale », in A. CAILLÉ et C. LAZZERI (dir.), *op. cit.*, p. 461. Cette idée se retrouve sous la plume de Charles Taylor, pour qui « [l]a reconnaissance n'est pas simplement une politesse que l'on fait aux gens : c'est un besoin vital », *op. cit.*, p. 42.

autochtones, le relais des instances onusiennes notamment, pour que l'horizon de l'agent reconnaissant s'élargisse et que le système de valeurs s'ouvre à la diversité culturelle et qu'un nouvel espace commence, timidement encore, à se constituer, celui de l'entre-autre(s) (II).

I. LA FABRIQUE JURIDICO-NORMATIVE DE L'ENTRE-SOI

La puissance performative de l'acte de reconnaissance est telle que, lorsqu'elle est adossée à des rapports de domination/subordination, elle en démultiplie les effets en arraisonnant les agents vers lesquels elle est « projetée » dans un espace identitaire unificateur, l'altérité disparaissant dans l'entre-soi (A). Faisant son entrée dans le monde du droit, cette forme de la reconnaissance, à l'expression ambiguë et à la présence pour ainsi dire spectrale (B) va enfermer les peuples autochtones dans un univers juridique étranger et largement ignorant des spécificités culturelles (C).

A. L'arraisonnement¹⁷ des peuples autochtones dans un ordre symbolique unificateur

1) *La reconnaissance spéculaire de l'Autre*

Les réflexions du sociologue Schmuël Trigano et celles de l'anthropologue Lorenzo Bonoli sont d'un apport précieux pour comprendre que l'introjection de l'Autre dans l'univers symbolique de l'agent reconnaissant résulte d'un processus, si ce n'est naturel, à tout le moins pour ainsi dire spontané ; notre premier mouvement semble, en effet, de projeter sur l'Autre notre univers de sens. Lorsque ce mécanisme cognitif imprègne le champ du collectif, il est susceptible de générer, sur le plan de la reconnaissance, des conséquences politiques et sociales néfastes ; aussi s'avère-t-il nécessaire d'explicitier ce processus.

Lorenzo Bonoli pose très clairement la question et y apporte une réponse *a priori* simple :

« De quelle façon est-il possible de penser la connaissance de cultures radicalement différentes des nôtres ? Comment penser tout simplement l'apparition de l'altérité culturelle ? Comment concevoir la possibilité de *re-connaître* l'altérité, si l'on ne peut pas se référer à ce que l'on connaît déjà pour l'identifier ? (...) »

Les problèmes qui affectent la connaissance de l'altérité culturelle naissent, de façon générale, de l'impossibilité de se libérer du conditionnement de notre système symbolique (...).

Les difficultés soulevées par la rencontre avec une altérité culturelle se

¹⁷ Le terme « arraisonnement » est à entendre ici dans toute la richesse de sa polysémie : non seulement au sens d'« intercepter », mais également de « reconnaître », et d'« amener à la raison », à la Raison pourrait-on dire, puisqu'il s'agit de conduire, de gré ou de force, les peuples autochtones à intégrer la rationalité occidentale, au risque d'être marginalisés, invisibles, donc inexistants.

confrontent directement à la radicalité et à l'exclusivité, d'une part, de notre appartenance historico-linguistique et, de l'autre, du conditionnement qui en dérive et qui oriente tous nos actes cognitifs ; un conditionnement qui prend la forme d'un horizon de significations possibles dans lequel la connaissance peut seule avoir lieu »¹⁸.

On pourrait en conclure que la reconnaissance est alors une connaissance en « re-tour » sur elle-même, une reconnaissance *spéculaire* de l'Autre. Ce faisant, l'entre-soi peut-être institué ou maintenu selon deux modalités : l'Autre est perçu soit comme un *alter-ego* – on se voit donc en lui – soit comme l'envers de soi – tout ce que l'Autre n'est pas ou n'a pas en comparaison de soi. Dans ces deux cas, la *singularité* de cet Autre est inscrite dans l'ordre symbolique du reconnaissant, mais, dans le même mouvement, réduite au rang de *particularité*, en d'autres termes, une partie d'un tout qu'est cet ordre symbolique.

« Or, le particulier n'est plus le singulier. Il est le singulier identifié, "normalisé" (...). Dans cette logique, la singularité reste absolument incompréhensible, irréductible au connu. Le particulier que l'on reconnaît en elle fait écran à ce qu'elle est et l'assigne à un lieu qui n'est pas le sien »¹⁹.

C'est bien l'assignation voire la relégation identitaires, qu'a connu et continue de connaître un grand nombre de peuples autochtones. Ainsi que le souligne Estelle Ferrarese, la reconnaissance « est un acte d'une force telle qu'elle est en mesure de borner la réalité de celui qui est reconnu ; le contenu conféré lui échappe »²⁰. Il est assigné à une place qui ne correspond que très imparfaitement à l'identité qu'il s'est construite, tant l'horizon de reconnaissance est réduit²¹.

2) *La réduction de l'horizon de reconnaissance*

Les expressions « peuples autochtones » ou « peuples indigènes » – considérées comme synonymes – sont elles-mêmes porteuses d'une telle assignation. Alors que le terme « autochtone » renvoie à un rapport des individus et groupes à la terre-*khtôn*, et que le terme

18 L. BONOLI, *Lire les cultures. La connaissance de l'altérité culturelle à travers les textes*, Éditions Kimé, 2008, p. 49.

19 S. TRIGANO, *op. cit.*, p. 150.

20 E. FERRARESE, *op. cit.*, p. 312.

21 Michel Foucault émet, à cet égard, une hypothèse intéressante, faisant un parallèle entre la façon dont la folie a été scientifiquement connue en Europe, à partir du XVIII^e siècle par l'enfermement des « fous », et la façon dont la civilisation occidentale a connu les autres cultures. Il précise ainsi que « pour connaître les autres cultures non occidentales, les cultures dites primitives ou les cultures américaine, africaines, chinoise, etc., pour connaître ces cultures, il a sans doute fallu non seulement les exclure, non seulement les mépriser, mais les exploiter, les conquérir, et en quelque sorte, par la violence, les faire taire. (...) On a fait taire les cultures étrangères et on les a connues. (...) l'universalité de notre savoir a été acquise au prix d'exclusions, d'interdits, de refus, rejets, au prix d'une espèce de cruauté à l'égard de toute la réalité » (Interview du 13 septembre 1971, menée par le philosophe Fons Elders pour la télévision allemande, demeurée inédite jusqu'en mars 2014 ; voir Foucault – *The Lost Interview* : <https://www.youtube.com/watch?v=qzoOhhh4aJg#t=294>

« indigène » renvoie quant à lui à la naissance en un lieu donné, sans connotation particulière *a priori*, ces peuples, primo habitants des terres conquises et colonisées par les puissances européennes, ont été et continuent d'être identifiés par rapport à ce moment précis, moment où l'histoire occidentale percute la leur. L'article 1^{er} de la Convention 169 de l'Organisation internationale du Travail du 27 juin 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (ci-après Convention 169) en témoigne, posant le principe selon lequel la Convention s'applique

« aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles »²².

L'un des premiers critères de reconnaissance des peuples autochtones posés par l'OIT est donc un critère exogène²³, un critère renvoyant à l'Occident colonisateur, lequel continue donc de se voir au travers de ces peuples, et leur renvoie, de ce fait même, cette image, maintenant ainsi, longtemps après les proclamations d'indépendance, un colonialisme interne. En outre, « peuple autochtone » devient une catégorie juridique qui, comme toute catégorie juridique réduit, uniformise, contraint, voire essentialise, et intègre ses « bénéficiaires » dans un discours universalisant s'il en est, celui du Droit.

Les peuples autochtones ont toutefois été intégrés à l'univers occidental – lequel maintenant ainsi un entre-soi dominateur – de bien d'autres manières, dans le détail desquelles je n'entrerai pas (tant les situations ont été diverses d'un continent à l'autre et d'un peuple à

22 Article 1.1 (b) de la Convention du 27 juin 1989. Définition reprise récemment par la Commission européenne, à l'article 2 § 1 du Règlement (UE) n° 737/2010 du 10 août 2010 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil sur le commerce des produits dérivés du phoque, JO L 216, 17 août 2010, pp. 1-10. Il est intéressant de noter que, depuis quelques années, l'OIT se défend d'avoir proposé une « définition », déclarant s'être attachée à poser des « éléments d'identification » (voir *Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique. Un guide sur la Convention 169 de l'OIT*, Département des normes internationales du travail, 2009, p. 9). Elle n'en précise pas moins, quelques lignes plus loin, que « les éléments décrits dans l'article 1, paragraphe 1, constituent les critères objectifs délimitant le champ d'application de la Convention n° 169 de l'OIT. On peut déterminer, de manière objective, si un peuple indigène/autochtone ou tribal répond ou non aux exigences de l'article 1 (1). » (*ibid.*, p. 10 ; italiques ajoutées). À ces critères « objectifs », l'article 1 § 2 ajoute un critère qualifié de « subjectif », à savoir le « sentiment d'appartenance indigène », que le *guide sur la Convention* explicite ainsi : « L'article 1, paragraphe 2, établit l'auto-identification comme un critère fondamental. Il s'agit là du critère subjectif sur lequel se base la convention n° 169, en attachant une grande importance au fait qu'un peuple se définisse lui-même comme indigène ou tribal *selon les termes de la convention*, et qu'une personne ait le sentiment d'appartenir à ce peuple » (*ibid.* ; italiques ajoutées). Deux brèves remarques et interrogations : si ce critère est fondamental, pourquoi est-il présenté en un deuxième temps, et non prioritairement aux critères dits « objectifs » ? En outre, l'expression « selon les termes de la convention » laisse entendre que le critère subjectif est conditionné par les critères objectifs, ce qui relativise considérablement son caractère fondamental...

23 Sur ce point, voir notamment A. GESLIN, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *AFDI*, 2010, spéc. pp. 662-668.

l'autre) mais dont je vais présenter les grands traits.

Outre l'exclusion pure et simple du monde par l'extermination et la réduction en esclavage, mais également par l'application par les colonisateurs de la doctrine de la découverte et de la théorie de la *terra nullius* qui excluait de fait, et de droit, les premiers habitants des territoires du cercle de la « civilisation »²⁴, la singularité des communautés autochtones a été niée de multiples façons au travers des siècles, notamment dans le cadre d'une logique d'assimilation, susceptible de prendre plusieurs formes.

Ainsi, les *reducciones* jésuites sur le continent américain, de l'Argentine au Canada, dès le début du XVI^e siècle et jusqu'au XVIII^e siècle, ont conduit « à une définition idéologique de l'identité autochtone qui (...) se perpétuera jusqu'à nos jours »²⁵. Les jésuites ont, en effet, projeté sur les Amérindiens une identité mythique, mythologique, appartenant à l'imaginaire européen : celle d'un bon sauvage vivant à l'état de nature²⁶. Il fallait donc le protéger « des passions et des vices de ce monde », des « corruptions de la civilisation »²⁷ incarnés par les colons ; il fallait, par l'enseignement de la « vraie religion », « discipliner [sa] bonté naturelle »²⁸. Ainsi, dans le même mouvement, les Amérindiens furent assimilés à l'homme tel

24 Les deux Bulles pontificales de 1481 et 1493 ont consacré la doctrine de la découverte sur l'ensemble du continent (qui allait devenir) américain, fondant « le déni juridique aux peuples natifs de leur droit à gouverner leur propre territoire et d'en exploiter les richesses » (L. CLOUD, V. GONZALEZ, L. LACROIX, « Catégories, nominations et droits liés à l'autochtonie en Amérique latine. Variations historiques et enjeux actuels », in I. BELLIER (dir.), *Les peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*, SOGIP-L'Harmattan, 2013, p. 45. Cette doctrine a également été invoquée pour la colonisation de l'Australie et rejetée par la Haute Cour australienne en 1992 dans le célèbre arrêt *Mabo (Mabo v. Queensland (n° 2))* (« Mabo case ») [1992] HCA (3 June 1992) : <http://www.austlii.edu.au/>), confirmé par l'arrêt *The Wik Peoples v. Queensland and Ors ; The Thayorre People v. Queensland and Ors* (« Pastoral Leases case ») [1996] HCA (23 December 1996) : <http://www.austlii.edu.au/> ; voir notamment I. MERLE, « Le Mabo Case. L'Australie face à son passé colonial », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1998, n° 2, pp. 209-229 ; M. NEDELJKOVIC, « Les Aborigènes d'Australie : de la souveraineté culturelle à la souveraineté politique », in B. DE LA RONCIÈRE (dir.), *Terre et territoires : défis et évolutions dans les pays du Pacifique/Land and territories : challenges and changes in the Pacific rim countries*, L'Harmattan, 2003, pp. 33-67. Ainsi que le rappelle l'Instance permanente que les questions autochtones, « [l]es colonisateurs ont décrit les peuples autochtones comme des peuples sauvages, barbares, arriérés, inférieurs et non civilisés, et ils se sont servis de ces constructions intellectuelles [notamment doctrine de la découverte et *terra nullius*] pour assujettir, dominer et exploiter ces peuples et leurs terres, territoires et ressources », *Rapport sur les travaux de la onzième session (7-18 mai 2012)*, E/2012/43, E/C.19/2012/13, § 4, p. 3.

25 J.-J. SIMARD, *op. cit.* 27.

26 Sur la construction des mythes du bon et du mauvais sauvage, voir notamment S. P. ROUANET, « Regard de l'autre, regard sur l'autre », *Diogène*, 2001/1, n° 193, pp. 3-14, spéc. pp. 3-10. Achille Mbembe exprime également cette idée : « dans la façon de penser, de classifier et d'imaginer les mondes lointains, le discours européen aussi bien savant que populaire a souvent eu recours aux procédures de fabulation. En présentant comme réels, certains et exacts des faits souvent inventés, il a esquivé la chose qu'il prétendait saisir et a maintenu avec celle-ci un rapport fondamentalement imaginaire, au moment même où il prétendait développer à son sujet des connaissances destinées à en rendre objectivement compte. » (*Critique de la raison nègre*, *op. cit.*, pp. 26-27).

27 J.-J. SIMARD, *op. cit.*, p. 26.

28 *Ibid.* Sur les Réductions jésuites, voir également S. CRO, « Les "Réductions" jésuites », in V. FORTUNATI et R. TROUSSON (dir.), *Histoire transnationale de l'utopie littéraire et de l'utopisme*, Honoré Champion, 2008, pp. 543-550.

que divinement conçu, et exclus de la société dominante. Les arguments de protection, de conservation et d'éducation furent repris, au XIX^e siècle, pour expulser les Amérindiens d'une très grande partie de leurs terres ancestrales et les reléguer dans des réserves dont la taille et la qualité des terres rendaient impossible l'autonomie de ces sociétés. Ces expulsions et réductions géographiques ont eu un effet considérable sur la construction de l'identité autochtone, l'enjeu territorial devenant une question identitaire. Certains considèrent même que ce rapport entre identité et territoire en est venu « à prendre une importance disproportionnée dans l'image-de-soi autochtone »²⁹.

Peuvent également être mentionnées les politiques d'assimilation entreprises par le biais des pensionnats autochtones canadiens, du début du XIX^e siècle jusqu'à la fin du XX^e³⁰, ou par le retrait de près de 100 000 enfants autochtones de leurs familles pour être placés en institutions spécialisées ou dans des familles d'accueil blanches³¹. On peut ajouter les politiques assimilationnistes des gouvernements latino-américains, mais également de la France en Guyane et en Polynésie³², jusque dans les années 1980.

Un autre signe de cette altérité soumise et *a*-ssujettie s'exprime à travers le pouvoir de nomination, comme « pouvoir d'imposer le principe universellement reconnu de la connaissance du monde social, le *nomos* comme principe universel de vision et de division (*nemo* signifie séparer, diviser, distribuer), donc de *distribution* légitime »³³. Ainsi, la qualification d'« Indiens » est une attribution exogène qui, bien que désormais « apprivoisée » par les autochtones eux-mêmes n'en demeure pas moins stigmatisante³⁴ ; de même, et pour ne prendre qu'un exemple précis, le terme « Mohawk » est un nom d'origine non pas *mohawk*, mais algonquine anglicisé et signifiant « mangeurs d'hommes », alors que l'appellation autochtone, que ce peuple n'emploie plus officiellement, est « Kanienke'há:ka », porteur d'une toute autre signification, celle de « peuple de la pierre ». Dans un ordre d'idée comparable, celle de « l'ordre du discours »³⁵, il est intéressant de rappeler que la plupart des traités anciens, conclus entre les colons anglais et français et les peuples autochtones

29 J.-J. SIMARD, *op. cit.*, p. 29. Ce point sera rediscuté en 2e partie.

30 Politique pour laquelle le gouvernement canadien a présenté ses excuses officielles aux peuples autochtones le 11 juin 2008.

31 Politique qui s'est déployée de 1859 à 1969, et pour laquelle le gouvernement australien a également présenté ses excuses le 13 février 2008.

32 S. GUYON et B. TRÉPIED, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face au legs colonial français », in I. BELLIER (dir.), *op. cit.*, pp. 93-112.

33 P. BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, 1986. p. 12.

34 S. LOPEZ DA SILVA MACEDO, « "Pourquoi nous appelez-vous Indiens ?" La catégorie d'Indien et son appropriation par les populations autochtones au Brésil », in I. BELLIER (dir.), *op. cit.*, pp. 81-82.

35 M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, NRF, Gallimard, 1971, 82 p.

d'Amérique du Nord, l'ont été en langue anglaise ou française exclusivement. Outre que le monopole sémantique imposé marque la domination, cette exclusion des langues autochtones a des répercussions contemporaines. En effet, dans le cadre du règlement actuel des litiges par les juridictions nationales nécessitant l'interprétation desdits traités, « [cette] rédaction, monopolisée par les représentants français, anglais ou canadiens, introduit un biais qui prive les tribunaux d'un accès à la volonté véritable exprimée par les parties autochtones »³⁶.

On le constate, la tendance à projeter l'Autre hors de lui, pour l'« encoder » dans un réel tout à la fois étrange et étranger, susceptible de le rendre invisible socialement, mais également à lui-même, fut une tendance lourde des processus de reconnaissance des peuples autochtones par les non-autochtones. Or, ainsi que le souligne Charles Taylor, « une personne ou un groupe de personnes peuvent subir un dommage ou une déformation réelle si les gens ou la société qui les entourent leur renvoient une image limitée, avilissante ou méprisante d'eux-mêmes »³⁷. De cette oppression pour ainsi dire insidieuse, qui consiste à « emprisonn[er] certains dans une manière d'être fautive, déformée ou réduite »³⁸, laquelle peut générer une auto-dépréciation, il demeure des traces dans les sociétés autochtones contemporaines³⁹, mais également dans l'ordre juridique international.

B. Les instruments internationaux et le spectre de la reconnaissance

1) L'étrange disparition

Alors que, devant l'Assemblée générale des Nations Unies en septembre 2007, les États expliquant leur vote, en faveur ou en défaveur de la Déclaration des droits des peuples autochtones, usent abondamment de la rhétorique de la « reconnaissance »⁴⁰; alors que la doctrine souligne quasi-unanimement que la Convention 169 de l'OIT et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 constituent une avancée⁴¹ considérable en matière de protection, en ce qu'elles « reconnaissent » les droits des peuples autochtones, l'occurrence de ce substantif et de ses dérivés dans les instruments considérés est relativement faible. En effet, un rapide tour d'horizon fait apparaître, si on se limite à l'emploi du terme relativement aux droits des peuples autochtones, quatre occurrences dans la

36 J. LECLAIR, « "Il faut savoir se méfier des oracles" : regard sur le droit et les autochtones », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 41, n° 1, 2011, p. 103.

37 *op. cit.*, p. 41.

38 *Ibid.*, p. 42.

39 Cf. *infra*.

40 Assemblée générale des Nations Unies, 61^e session, 107^e et 108^e séances plénières, 13 septembre 2007, A/61/PV.107 et A/61/PV.108.

41 *Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 61/295 portant Déclaration des droits des peuples autochtones*, A/RES/61/295, 13 septembre 2007.

Convention 169 – articles 5 (a), 14, 23 et 27⁴² – et dix dans la Déclaration – alinéas 2, 18 et 21 du préambule, articles 26 § 3, 27, 31, 37, 43 et 44.⁴³

Cependant, le plus étonnant est ailleurs : la version française de ces deux instruments diffère des versions anglaise et espagnole⁴⁴, dans lesquelles la référence à la « reconnaissance » est beaucoup plus importante, la différence apparaissant principalement dans le préambule. Ainsi, dans le cadre de la Convention 169, la Conférence générale de l'OIT :

« *Pren[d] acte de l'aspiration des peuples en question à avoir le contrôle de leurs institutions, de leurs modes de vie et de leur développement économique propres et à conserver et développer leur identité, leur langue et leur religion dans le cadre des États où ils vivent* »⁴⁵,

mais

« *Recognis[es] the aspirations of these peoples to exercise control over their own institutions, ways of life and economic development and to maintain and develop their identities, languages and religions, within the framework of the States in which they live* »⁴⁶.

Dans le préambule de la Déclaration, la variation est plus grande, puisqu'à six reprises, lorsque les termes « *Recognizing* » et « *Reconociendo* » ouvrent la proposition, ils n'ont pas comme équivalent français « Reconnaissant », mais « Consciente »⁴⁷ et « Considérant »⁴⁸.

Une brève étude des documents préparatoires du Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme chargé d'élaborer le projet de déclaration permet de constater que les

42 La Convention compte un préambule de 11 alinéas et un dispositif de 44 articles.

43 La Déclaration est constituée d'un préambule de 24 alinéas suivi d'un dispositif de 46 articles.

44 Ne maîtrisant ni le russe, ni l'arabe, ni le chinois, mon étude comparative est limitée à ces deux versions, mais l'analyse comparative gagnerait à inclure l'ensemble des langues officielles des Nations Unies.

45 Alinéa 5. Italiques ajoutées.

46 Italiques ajoutées. Dans la version espagnole, cet aliéna débute par « *Reconociendo...* »

47 Alinéa 7 : « *Recognizing the urgent need to respect and promote the inherent rights of indigenous peoples...* » / « Consciente de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones... » ; alinéa 8 : « *Recognizing also the urgent need to respect and promote the rights of indigenous peoples affirmed in treaties, agreements and other constructive arrangements with States* » / « Consciente également de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits des peuples autochtones affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les États ».

48 Alinéa 11 : « *Recognizing that respect for indigenous knowledge, cultures and traditional practices contributes...* » / « Considérant que le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue... » ; alinéa 13 : « *Recognizing in particular the right of indigenous families and communities to retain shared responsibility for the upbringing...* » / « Considérant en particulier le droit des familles et des communautés autochtones de conserver la responsabilité partagée de l'éducation » ; alinéa 22 : « *Recognizing and reaffirming that indigenous individuals are entitled without discrimination to all human rights...* » / « Considérant et réaffirmant que les autochtones sont admis à bénéficier sans aucune discrimination de tous les droits de l'homme » ; et alinéa 23 : « *Recognizing that the situation of indigenous peoples varies from region to region...* » / « Considérant que la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions... ». On peut ajouter qu'à l'article 27, l'expression « *giving due recognition to indigenous peoples' laws, traditions, customs and land tenure systems* » a pour équivalent français « prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones ».

travaux se sont principalement déroulés en langue anglaise⁴⁹ ; ce faisant, la version française des documents n'y était, techniquement et officiellement, qu'une traduction. Or, dans cette hypothèse précise, il apparaît que « *Recognizing* » a pour traduction « Reconnaissant », et ce jusqu'à la transmission du projet de déclaration à l'Assemblée générale⁵⁰. En revanche, lorsque le projet de déclaration est transmis à l'Assemblée dans ses six versions linguistiques officielles, chacune d'elles faisant donc foi, « Reconnaissant » disparaît du préambule⁵¹. Comment interpréter cette substitution ?

2) *Herméneutique de la substitution*

Faute de disposer d'une explication émanant du ou des rédacteurs francophones de la Déclaration, seules des hypothèses peuvent être émises. Faut-il voir dans l'emploi de la locution « considérant », en lieu et place de « reconnaissant », la marque d'une tradition française/francophone dans la rédaction des préambules de déclaration ? Cette interprétation n'est pas dénuée de fondement, notamment à la lecture du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont toutes les propositions commencent par « considérant » ; cependant, ce terme a, alors, pour équivalent « *whereas* » ou « *considerando* ». Au demeurant, l'un des alinéas du préambule de la Déclaration de l'UNESCO sur la race et les préjugés raciaux de 1978 commence par « *recognizing* », lequel a pour équivalent « reconnaissant ». En revanche, alors que le préambule de la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes de 1993 comporte à trois reprises le terme « *Recognizing* »⁵², « Reconnaissant » n'est mobilisé qu'une seule fois⁵³, « Considérant » lui étant préféré. Ce faisant, une certaine « tradition française » pourrait parfaitement expliquer la substitution des termes.

Il n'est cependant pas inutile de rappeler que, dans la Déclaration de 2007, contrairement à ses devancières, toutes les équivalences francophones des « *recognizing* » antéposés ont disparu au profit d'autres locutions⁵⁴. À défaut de pouvoir en donner une explication définitive, il est

49 Les documents portent, en effet, la mention « Français. Original Anglais ».

50 Voir notamment Commission des droits de l'homme, *Questions relatives aux populations autochtones*, 62^e session, 22 mars 2006, E/CN.4/2006/79 ; Conseil des droits de l'homme, *Mise en application de la résolution 60/251 de l'Assemblée générale du 15 mars 2006 intitulée « Conseil des droits de l'homme »*, 1^{re} session, 21 juin 2006, A/HCR/1/L.3, pp. 3-19.

51 Conseil des droits de l'homme, *Rapport sur sa 1^{re} session*, 29 juin 2006, A/61/53.Supp., spéc. pp. 19-20.

52 Alinéas 1, 3 et 6.

53 Aliéna 6.

54 Il sera à cet égard intéressant de suivre les travaux de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, (ci-après OMPI) en charge de l'élaboration d'un instrument international sur la protection des savoirs traditionnels (cf *infra*) ; en l'état actuel du projet d'articles (au 28 mars 2014), le préambule, constitué de 9 alinéas, fait référence à six reprises à la « reconnaissance » (*La protection des savoirs traditionnels : projet*

néanmoins possible de s'interroger sur les effets produits par cette substitution, au regard des enjeux de reconnaissance évoqués précédemment.

Dans le cadre du préambule de la Déclaration, la *reconnaissance* peut faire l'objet de plusieurs interprétations, alors que les faits de *considérer* ou d'*être consciente* n'ouvrent pas des horizons herméneutiques aussi complexes. Ainsi, « [Reconnaître] la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones... »⁵⁵, n'a pas la même portée qu'être « Consciente de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir » ces droits. « [Reconnaître] en particulier le droit des familles et des communautés autochtones de conserver la responsabilité partagée de l'éducation (...) de leurs enfants »⁵⁶ ne soulève pas les mêmes enjeux que « [Considérer] le droit des familles (...) à conserver la responsabilité partagée de l'éducation » des enfants. Alors que la reconnaissance implique une posture dynamique, un aller-vers l'autre⁵⁷, cette connotation n'est pas portée par les termes « consciente » et « considérant », lesquels renferment l'idée d'un regard observateur, fixe, neutre et plus distancié.

Au demeurant, les thèmes sur lesquels portent la « *recognition* » sont éclairants quant aux enjeux qu'il y a à l'emploi du terme – et donc, en creux, quant aux enjeux qu'il y a à ne pas employer ce terme – : droits inhérents des peuples autochtones sur leurs territoires et ressources, droits qu'ils tiennent des traités conclus avec les États, droit d'assurer l'éducation des enfants, droit d'être traités sans discrimination, caractère collectif des droits, diversité des situations des peuples autochtones. À cela s'ajoute le fait que la locution antéposée « *Recognizing* » se trouve répétée à six reprises, quasi anaphore, produisant un effet rhétorique que l'emploi de « consciente », à deux reprises, et de « considérant », à quatre reprises annihile.

Enfin, au regard de l'histoire des politiques publiques menées à l'égard – à l'encontre – des peuples autochtones, très brièvement évoquée précédemment, on pourrait lire dans cette « reconnaissance » l'expression d'une forme de repentir, que la version française de la Déclaration ne laisse pas apparaître. Quand on sait les difficultés qu'il peut y avoir en France à faire reconnaître par l'État certains actes passés⁵⁸, et les débats animés autour de ces

d'articles (28 mars 2014) : WIPO/GRTKF/IC/27, www.wipo.int

55 Alinéa 6.

56 Alinéa 13.

57 Quelles que soient les formes et conséquences sociales de cet aller-vers.

58 Il a ainsi fallu plus de deux ans et demi pour que la proposition de loi déposée par Christiane Taubira à l'Assemblée nationale, relative à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité, soit définitivement adoptée (loi n° 2001-434 du 21 mai 2001, *JORF*, n°0119, 23 mai 2001, p. 8175). Dans un autre domaine, mais révélateur de difficultés comparables, on peut mentionner les multiples propositions de loi déposées à l'Assemblée nationale et au Sénat depuis 2011, relatives à la reconnaissance de

questions, dans les communautés tant politique que scientifique, le glissement lexical et sémantique apparent entre les différentes versions de la Déclaration ne laisse d'interroger. D'autant plus que, lors des débats qui se sont déroulés devant l'Assemblée générale des Nations Unies en septembre 2007, le représentant de la France fut l'un des rares à ne pas employer le terme « reconnaissance » ou ses dérivés⁵⁹.

On le constate, la reconnaissance des droits des peuples autochtones n'est pas chose anodine, elle semble faire violence aux gouvernements, mais elle peut faire plus violence encore aux peuples eux-mêmes, en ce que la rhétorique juridique peut enfermer les peuples autochtones dans un univers étranger.

C. L'enclosure juridique des peuples autochtones

1) La violence (symbolique) du droit

Je soutiendrai, à la suite de Michel Miaille, que « chaque système social construit et produit des formes spécifiques de violence et (...) le droit lui-même exprime ces formes particulières. (...) le droit loin d'être le contraire de la violence n'en est qu'une des formes instituées : et cette institution varie avec le mode d'organisation sociale »⁶⁰. En outre, cette forme de violence est d'autant plus difficile à percevoir qu'elle est introjectée par les individus et les groupes, elle est « une partie de mon mode de vie, de mon réel social dont je suis aussi le producteur »⁶¹. C'est en ce sens que la violence du droit est une violence symbolique.

Or, les conceptions du droit sont des conceptions du monde visible et invisible, propres à chaque société. Donc le plus souvent irréductibles – à un degré ou à un autre – aux représentations des autres cultures. Sous couvert de raison et d'idéologie du progrès, l'Occident a sur-valorisé sa culture juridique au détriment des autres. Si les rencontres et les confrontations de cultures juridiques ne sont pas choses nouvelles, elles sont contestables lorsque l'une – la culture juridique occidentale – se donne le rôle dominant dans cette rencontre.

L'un des premiers actes de violence juridique fut la *reconnaissance* des *droits* autochtones au moment de la colonisation. L'objectif était alors de poser la préexistence du juridique (et non

la répression de la manifestation du 17 octobre 1961 (à noter toutefois que le Sénat a adopté une résolution sur cette question le 23 octobre 2012). Il est intéressant de noter que la résolution de l'Assemblée nationale du 18 février 2014 relative aux enfants réunionnais placés en métropole dans les années 1960 et 1970 ne comporte pas le terme « reconnaissance », mais demande à ce que « la connaissance historique de cette affaire soit approfondie et diffusée » : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0300.asp>

59 Assemblée générale des Nations Unies, 61^e session, 108^e séance plénière, 13 septembre 2007, A/61/PV.108, p. 11.

60 M. MIAILLE, « Le droit-violence », *Déviance et société*, 1980, vol. 4, n° 2, p. 171.

61 *Ibid.*, p. 175.

seulement du normatif) à l'arrivée de l'Occident, notamment par l'usage du concept de « coutume ». Cependant, ainsi que le souligne Louis Assier-Andrieu, la finalité n'était autre qu'

« une entreprise d'acculturation, d'imposition de catégories extérieures, de forçage systématique d'une conception occidentale du juridique à l'intérieur des sociétés locales. (...) non seulement préméditée mais rigoureusement programmée selon un mode d'emploi dominé par l'idée de "conciliabilité", c'est à dire d'identification du semblable »⁶².

Idée que l'anthropologue Marilyn Strathern poursuit en ces termes :

*« in being only too ready to castigate themselves for not previously "having law", subject peoples have been known to embrace, to the point of imitative forms of introduced or colonial law ; the shadow or observe of this is the colonial idea that of course these peoples always had law of sorts, an idea that they may equally embrace themselves »*⁶³.

Cet effet de distorsion et la violence qu'il induit peuvent être aggravés lorsque des droits, et plus largement des concepts juridiques sont intégrés, pour ainsi dire à marche forcée, dans des normativités qui les ignorent. « Le concept [juridique] a les pieds dans la tourbe »⁶⁴, il ne peut donc être transplanté d'un terrain social à un autre sans précaution ni vigilance. L'ethnocentrisme occidental de la Convention 169 est à cet égard très net lorsque, à l'article 14 § 1 et 2, il est précisé que

« [l]es droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés (...) Les gouvernements doivent en tant que de besoin prendre des mesures pour identifier les terres que les peuples intéressés occupent traditionnellement et pour garantir la protection effective de leurs droits de propriété et de possession ».

Or, quel sens véhicule le concept de propriété ? Produit de l'histoire occidentale, il présume un double mouvement de mise à distance et de réification, d'objectivation. D'une part, une distanciation entre l'humain et le non-humain, une extériorité du non-humain, objet naturel ou manufacturé, par rapport à l'humain ; d'autre part, une réification du non-humain, associée à l'exclusivisme de la subjectivisation de l'humain, distinction opérée en vertu d'une conscience que l'humain ne reconnaît qu'à lui-même. L'humain, sujet, appréhende le non-humain comme un objet extérieur à lui-même, pour s'en rendre propriétaire, pour exercer un pouvoir sur cette chose. Les peuples autochtones – de façon générale – ne se sont pas engagés

62 L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, 1996, p. 92.

63 M. STRATHERN, « Afterword », in D. OLIVER (ed.), *Justice, Legality and the Rule of Law : Lessons from the Pitcairn Prosecutions*, Oxford University Press, 2009, p. 225.

64 L. ASSIER-ANDRIEU, Présentation de K.N. LLEWELLYN et E.A. HOEBEL, *La voie Cheyenne*, Bruylant, 1999, p. XI.

dans un processus de réification de la nature. Ils entretiennent avec leur environnement une véritable synergie : les connaissances traditionnelles sont intimement liées aux ressources et aux lieux sur lesquels elles portent, lesquels sont eux-mêmes intimement liés aux êtres qui vivent et ont vécu de ces ressources. L'espace et les ressources qui s'y déploient sont non seulement sacralisés, mais également bien souvent humanisés⁶⁵. Aussi,

« si les groupes ou les individus ont des droits sur des territoires, des biens ou des personnes, ce n'est guère que par métaphore qu'on peut les assimiler à la propriété car, ce faisant, on prive les choses "appropriées" du sens que leur confèrent les populations concernées »⁶⁶.

Ce faisant, « reconnaître » un droit de propriété aux peuples autochtones sur leurs territoires et les ressources qui s'y trouvent, de même que les reconnaître « propriétaires » de leurs savoirs traditionnels⁶⁷, vise davantage à *attribuer des droits* à ces peuples qu'à *reconnaître leurs droits*, les formes spécifiques de normativité de ces sociétés qui prennent appui sur leurs propres « arrières-plans topiques »⁶⁸. Le monde occidental et occidentalisé se parle, mais n'écoute pas les peuples autochtones, poursuivant ainsi l'œuvre de réduction, dont on trouve trace également dans les décisions de certaines instances juridictionnelles.

2) Les processus juridictionnels de réduction

L'analyse de certains discours juridictionnels permet de mettre en évidence un rapport à l'altérité maintenant de l'entre-soi, trahissant une méconnaissance – délibérée ? – des spécificités autochtones. Dans cette perspective, on peut, schématiquement, identifier deux grands idéaux-types contemporains : d'une part, ce qu'il est devenu classique d'appeler l'indifférence à la différence, d'autre part un discours contraignant les peuples autochtones à une assignation à différence.

L'indifférence caractérise, pour l'heure, l'attitude de la Cour européenne des droits de

65 Sur la diversité des perceptions du monde par les peuples autochtones, voir Ph. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, NRF Gallimard, 2005, notam. chapitres 9 à 11.

66 M.-E. HANDMAN, « Propriété », in P. BONTE et M. IZARD (dir.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, 3e éd., Quadrige, PUF, 2004, p. 605.

67 Les travaux en cours de l'OMPI sur la protection des savoirs traditionnels dénotent une évolution notable en la matière (cf *infra*), mais marquent encore une hésitation quant à l'emploi du terme « propriétaire » ou « détenteur » des savoirs protégés (voir notamment l'alinéa ii), et les articles 4.2 et 5.1 du projet d'articles dans sa version consolidée du 28 mars 2014, [WIPO/GRTKF/IC/27](http://www.wipo.int), www.wipo.int).

68 Au sens de « strate[s] de représentations collectives qui sont organisées et hiérarchisées dans une société donnée, et déterminent le contenu rhétorique des échanges dans cette société. (...) Les contenus de l'arrière-plan topique dépendront des fondements de la société ; de comment la société se représente à la base son identité en tant que groupe, de son histoire collective » (E. DE JONGE, « La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme l'expression d'une vision du monde : une approche topique et génétique », *Argumentation et Analyse du Discours*, 2010/4, p. 3 : <http://aad.revues.org/956>).

l'homme (ci-après Cour EDH). Ainsi, dans l'affaire *Hingitaq 53 et a. c. Danemark*⁶⁹, 428 personnes originaires du district de Thulé au Groenland, ainsi que le groupe Hingitaq⁵³, représentant les intérêts des Inughuits (membres de la tribu de Thulé) avaient saisi la Cour, alléguant notamment la violation par le Danemark de l'article 1^{er} du Protocole 1 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH). Ces personnes avaient, en effet, été, dans un premier temps, expulsées de leur territoire de chasse, à raison de l'implantation, en 1951, d'une base aérienne américaine, puis déplacées de force de leur village en mai 1953, du fait de l'extension de la base militaire, et réinstallées. Pour les requérants, ces actes les privaient « de façon continue de leur terre natale et de leurs territoires de chasse ainsi que de la faculté d'en user, d'en jouir, de les exploiter et d'en disposer »⁷⁰. La Cour rappelle alors sa jurisprudence antérieure – sans relation avec les peuples autochtones – selon laquelle « la privation d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel constitue en principe un acte instantané et ne crée pas une situation continue de privation d'un droit »⁷¹. Ce faisant, la CEDH n'étant en vigueur à l'égard du Danemark que depuis septembre 1953 et le Protocole 1 que depuis mai 1954, la Cour constate son incompétence *rationae temporis*, et déclare la requête irrecevable⁷². Une telle conclusion méconnaît pour le moins les rapports des peuples autochtones à la terre et la dimension culturelle qui y est intrinsèquement liée⁷³

Plus récemment, la Cour EDH a été saisie par quatre villages Sami dont les habitants, dans les années 1990, se virent interdire l'utilisation des terres, considérées comme privées alors que d'usage traditionnel, pour les pâturages d'hiver des rennes (dont l'élevage est un des socles de leur culture) sauf à conclure un contrat avec les propriétaires fonciers. Les requérants invoquèrent la violation de l'article 6 § 1 de la CEDH, à raison du coût important d'accès à la justice qu'ils avaient dû assumer et de la longueur considérée excessive de la procédure

69 Cour EDH, 12 janvier 2006, *Hingitaq 53 et a. c. Danemark*, req. n° 18584/04, *Rec.*, 2006-I, pp. 371-397.

70 *Ibid.*, p. 392.

71 *Ibid.*, p. 394.

72 *Ibid.*, p. 397.

73 Alors même que le Comité de l'OIT saisi par la Confédération nationale des syndicats du Groenland sur le fondement de l'article 24 de la Convention 169 à l'encontre du Danemark, affirma, en 2001 « que les effets du déplacement de 1953 se font encore sentir aujourd'hui puisque les personnes réinstallées ne peuvent retourner au village d'Uummanaq et que les revendications juridiques sur ces terres restent non résolues. (...) le comité estime que les répercussions du déplacement qui persistent suite à l'entrée en vigueur de la convention n° 169 doivent encore être examinées en ce qui concerne les articles 14, paragraphes 2 et 3, 16, paragraphes 3 et 4, et 17 de la convention en dépit du fait que le déplacement a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la convention » (*Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation présentée par la Confédération nationale des syndicats du Groenland (Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat SIK), en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT et alléguant l'inexécution par le Danemark de la convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989 (GB.277/18/3) (GB.280/18/5), § 29 : www.ilo.org*).

interne. La Cour rejette le premier motif, retient le second (la procédure ayant duré près de 14 ans)⁷⁴, mais la Convention européenne est appliquée sans prise en considération de l'évolution du droit en matière de protection des communautés autochtones, dont relèvent les Sami, ce qui conduira la juge Ineta Ziemele à émettre une opinion partiellement dissidente. Elle y évoque l'évolution de la protection internationale des droits fondamentaux des peuples autochtones depuis les vingt dernières années⁷⁵ et reproche à la Cour de n'avoir pas pris la mesure de la situation réelle des Sami dans la société suédoise. Elle s'appuie pour cela sur un rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (ci-après CEDR) évoquant, dans le cadre des contentieux territoriaux, une discrimination *de facto* subie par les Sami, devant prouver leur occupation « immémoriale » des territoires sur lesquels ils revendiquent un droit de pâturage⁷⁶.

C'est ainsi que l'on peut affirmer, au vu de cette jurisprudence européenne indifférente à la différence autochtone, que « la Cour contribue à perpétrer, sans doute involontairement, une vision coloniale de la propriété »⁷⁷.

L'assignation à différence pourrait caractériser l'attitude de la Cour suprême du Canada à l'égard des peuples autochtones. Aux termes de l'article 35 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982, « les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». Interprétant cette disposition, la Cour suprême a adopté une approche culturaliste, figeant les « droits ancestraux » des peuples autochtones canadiens, notamment sur leurs territoires et les ressources naturelles, dans un temps pré-colonial. En effet, en application d'une jurisprudence qui semble désormais bien consolidée,

« le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes. Autrement dit, ce critère doit tendre à identifier les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord *avant le contact avec les Européens* »⁷⁸.

74 Cour EDH, 3^e section, 30 mars 2010, *Handölsdalen Sami Village et autres c. Suède*, req. n° 39013/04.

75 *Partly Dissenting Opinion of Judge Ziemele*, § 2.

76 *Ibid.*, §§ 6-7.

77 G. OTIS et A. LAURENT, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? », *RTDH*, n° 89, 2011, p. 61. Outre la jurisprudence européenne, on peut mentionner les récentes ordonnances en référé prononcées par la présidente du TGI de Paris, relatives à des ventes aux enchères de masques cérémoniels hopi, les katchinam ; à deux reprises des associations ont essayé d'obtenir l'interdiction des ventes et à deux reprises (en avril 2013 et décembre 2013) leurs requêtes furent rejetées, au motif que « Si la vente de ces objets culturels peut constituer un outrage à la dignité de la tribu hopi, cette considération morale et philosophique ne donne pas à elle seule droit au juge des référés de suspendre la vente de ces masques qui n'est pas interdite en France » (ordonnance de décembre 2013, citée par l'association Survival : www.survivalfrance.org). Ce qui suscita une réaction d'indignation de la part de l'ambassade des États-Unis à Paris, qui publia une tribune dans le *Huffington Post* du 9 décembre 2013.

Si les droits et pratiques des peuples autochtones sont bien reconnus, c'est en adoptant une interprétation étroite, restreignant considérablement les activités que ces peuples sont susceptibles de mener sur leurs territoires (chasses, pêches et cueillettes de subsistance et rituelles principalement), sans tenir compte des évolutions qu'ont connues ces activités au cours des siècles. Ce qui laisse ainsi le champ plus libre aux activités économiques menées par des allochtones sur lesdits territoires. Sous couvert de pluralisme juridique et au nom de soi-disant limitations intrinsèques à leurs « cultures distinctives », la Cour suprême enclôt les peuples autochtones dans un passé permanent⁷⁹, une essence autochtone, « alibi du néocolonialisme judiciaire »⁸⁰. Ainsi que le souligne Ghislain Otis,

« Il ne faut pas escamoter le soubassement politique et économique du chantier entrepris par la Cour suprême car, lorsqu'on débusque le programme sous-jacent au raisonnement des magistrats, on se trouve face à une idéologie que l'on pourrait qualifier de néocoloniale. (...) les jugements rendus par la Cour suprême du Canada font ressortir le refus du pouvoir judiciaire de bouleverser, au nom des droits historiques des peuples autochtones, l'ordre social et économique hérité de la colonisation européenne du Canada. Bref, le référent identitaire est un procédé politico-juridique au service de l'ordre établi »⁸¹.

On le constate, les rhétoriques judiciaire et juridique permettent à la société dominante, que cette société soit nationale, régionale ou internationale, de maintenir de l'entre-soi, soit qu'elle ignore les spécificités autochtones, soit qu'elle referme sur ces peuples un piège identitaire essentialiste excluant. S'il est peu discutable d'affirmer que « compte tenu (...) de l'hégémonie du droit dans nos sociétés modernes, loger la différence autochtone dans l'alvéole des "droits" est fort probablement la seule avenue dorénavant possible »⁸², il n'en demeure pas moins qu'un autre chemin que celui notamment arpenté par les juridictions européenne et canadienne est envisageable. Prenant appui sur l'interculturalité, la

78 R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, § 44 (italiques ajoutées). Voir également, pour une démarche comparable relativement à la preuve des titres fonciers autochtones, R. c. *Marshall*, R. c. *Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220.

79 Cette assignation identitaire ne semble pas totalement étrangère la Convention 169, dont l'article 1^{er} déjà évoqué précise qu'elle s'applique « aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat, et qui, quel que soit leur statut juridique, *conservent leurs institutions* sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles » (italiques ajoutées).

80 G. OTIS, « Identitarisme, droits ancestraux et néocolonialisme. Le système de la Cour suprême », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 41, n° 1, 2011, p. 116.

81 *Ibid.* Voir également J. LECLAIR, « "Il faut savoir se méfier des oracles" : regard sur le droit et les autochtones », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 41, n° 1, 2011, pp. 102-111 ; A. EISENBERG, « À la défense des droits culturels : réponse à Jean Leclair », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 41, n° 1, 2011, p. 112-115 ; G. OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 3, 1999, pp. 591-620.

82 J. LECLAIR, « Réplique de Jean Leclair », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 41, n° 1, 2011, p. 119.

reconnaissance des droits des peuples autochtones, conséquence de la reconnaissance de ces peuples en tant qu'acteurs à part égale sur le plan politique, permettrait de donner corps, dans le champ normatif, à la parité de participation, condition indispensable à l'émergence d'un entre-autre(s).

II. LA CO-CONSTRUCTION NORMATIVE DE L'ENTRE-AUTRE(S)

J'entends par « entre-autre(s) » un espace politique, *a fortiori* normatif, au sein duquel la construction du commun est possible, plus précisément un espace *rendant possible* une co-construction du commun, fondé sur la valeur de justice et porté par une politique de reconnaissance égalitaire (A).

Sans tomber dans l'angélisme, mes propos viseront, en prenant appui sur les potentialités de l'existant et les usages stratégiques du droit par les peuples autochtones (B), à envisager comment, dans l'ordre juridique international, construire cet espace commun, où la parité de participation des différents acteurs serait pleinement reconnue (C).

A. L'ouverture de l'horizon de reconnaissance dans un cadre interculturel

1) *Le surgissement autochtone*

Afin d'éviter de faire « à autrui l'éloge d'être comme nous »⁸³, ce qui dénoterait l'attitude tout à la fois condescendante et ethnocentrique précédemment dénoncée, s'impose une exigence éthique invitant à modifier notre perspective cognitive et admettre un horizon de reconnaissance élargi.

Ce décentrement ne se fit pas sans heurts ni résistances ; au contraire même, on peut affirmer que ce décentrement n'a été possible que parce que l'altérité a résisté et heurté les systèmes symboliques des instances de reconnaissance⁸⁴. C'est par la lutte pour la reconnaissance menée principalement à partir des années 1960 au nom, non seulement d'une plus grande justice, mais également d'une visibilité sociale et politique, que les peuples autochtones ont contraint les sociétés au changement.

Ce surgissement autochtone résulte de l'occupation du territoire politique, institutionnel, médiatique, mais également, plus radicalement et avec des succès divers, celle du territoire

83 C. TAYLOR, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, op. cit., pp. 95-96.

84 « Un heurt et une résistance qui mettent en échec les prévisions et les attentes que nous formulons à partir de notre système symbolique, nous révélant ainsi quelque chose qui n'en dépend pas » (L. BONOLI, op. cit., p. 55).

physique, au Mexique⁸⁵ ou au Chili⁸⁶ par exemple. Les premiers habitants ont ainsi « rebond[i] depuis leurs réserves sur la place publique »⁸⁷. Le marquage des territoires politiques nationaux et régionaux fut initié par les peuples autochtones du Grand Nord et les Amérindiens à partir des années 1960-1970, en réaction aux politiques d'assimilation mises en œuvre aux États-Unis et au Canada notamment. Au cours de ces années-là, en effet, va être fondé un certain nombre d'organisations autochtones, à l'échelon d'abord national⁸⁸, puis régional⁸⁹. Parallèlement à ces regroupements « associatifs », les anthropologues ont constaté des « bricolages identitaires »⁹⁰. Ainsi, à partir des années 1980, les divers peuples de l'Arctique que sont les Yuit de Russie, les Inupiat et Yup'ik d'Alaska, les Uummarmiut, Siglit, Inuinait et Inuit du Canada, et les Kalaallit, Inuhuit et Tunumiit du Groenland, vont s'unir sous la « bannière Inuit » et décider de s'identifier comme un seul peuple, inventant « une identité pan-ethnique transnationale »⁹¹. La puissance politique des peuples autochtones se renforcera lorsque le Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) ouvrira sa tribune à ces organisations à partir de 1974⁹², faisant ainsi de l'ONU le « creuset de l'autochtonie »⁹³.

L'objectif et l'effet de ce surgissement sont, pour ces peuples, non seulement de prendre conscience, mais également de montrer à l'ensemble des membres des sociétés étatiques

85 Soulèvement des communautés autochtones du Chiapas au Mexique à partir de janvier 1994, à l'issue duquel seront conclus, le 16 février 1996, les accords de San Andrés reconnaissant une large autonomie et des droits particuliers aux peuples autochtones.

86 Où les conflits pour la terre ont été nombreux depuis 1997 : au cours des XIX^e et XX^e siècles, les Mapuche ont été spoliés de leurs terres au profit de grandes firmes forestières ; depuis le retour de la démocratie, les Mapuche se sont engagés plus nettement dans divers processus de revendication territoriale, dont l'occupation ; voir notamment F. LE BONNIEC, « Imposition et usage du droit. Chronique d'un procès antiterroriste contre les dirigeants mapuche au Chili », in B. BOSA et E. WITTERSHEIM (ed.), *Luttes autochtones, trajectoires postcoloniales (Amériques, Pacifique)*, coll. Les terrains du siècle, Karthala, 2009, pp. 147-186.

87 J.-J. SIMARD, *op. cit.*, p. 21.

88 *National Indian Youth Council*, États-Unis en 1961 ; Fédération des centres Shuars, Equateur en 1964 ; *American Indian Movement*, États-Unis en 1968 ; Fraternité nationale des Indiens, Canada la même année...

89 Première Conférence des peuples arctiques en 1973 ; première Conférence internationale des traités indiens en 1974 ; Conseil mondial des peuples indigènes en 1975 ; *Inuit Circumpolar Conference* en 1980 ; *Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica* en 1984, par exemple.

90 F. MORIN et B. SALADIN D'ANGLURE, « L'ethnicité, un outil politique pour les autochtones de l'Arctique et de l'Amazonie », *Etudes Inuit Studies*, 1995-1, vol. 19, p. 57 : www.gitpa.org ; F. MORIN, « L'ONU comme creuset de l'autochtonie », *Parcours Anthropologiques*, n° 5, p. 40.

91 F. MORIN, *op. cit.*, p. 40.

92 La première « ONG » autochtone accréditée auprès de l'ECOSOC fut la Fraternité nationale des Indiens en 1974 ; en 1975, le Conseil mondial des peuples indigènes obtint ce statut, suivi en 1977 par le Conseil international des traités indiens, et en 1983 par l'*Inuit Circumpolar Conference*. Aujourd'hui, près d'une cinquantaine d'ONG autochtones a le « statut ECOSOC ». Pour de plus amples détails sur ce point, voir A. GESLIN, *op. cit.* Également I. BELLIER, « La reconnaissance internationale des peuples autochtones », in I. BELLIER (dir.), *op. cit.*, pp. 13-37.

93 F. MORIN, *op. cit.*

concernées⁹⁴ que, par-delà la diversité des situations, ils ont un passé comparable, très largement fait de discriminations et de relégation, et sont portés par un rapport au monde similaire, bien que recouvrant des modes d'expression d'une grande diversité. Ils appellent ainsi, au nom de la dignité, à une véritable et juste reconnaissance de leur statut de sujets et d'acteurs à part entière de la vie sociale, à l'échelle tant locale, nationale qu'internationale.

2) *Dialogue interculturel et « parité de participation »*⁹⁵

Ainsi que le précise Nancy Fraser, se démarquant de Charles Taylor et d'Axel Honneth, la reconnaissance relève non d'une problématique d'ordre psychologique renvoyant à la question de la réalisation de soi, mais d'une question de justice :

« Il faut (...) déclarer injuste le fait que des individus et des groupes se voient déniés le statut de partenaire à part entière dans l'interaction sociale en conséquence de modèles institutionnalisés de valeurs culturelles à la construction desquels ils n'ont pas participé sur un pied d'égalité et qui déprécient leurs caractéristiques distinctives ou les caractéristiques distinctives qui leur sont attribuées »⁹⁶.

Cette parité de participation et la dynamique tout à la fois dialogique et diatopique qu'elle suppose, font ainsi de la reconnaissance non plus une connaissance *en retour* sur elle-même, mais une connaissance *réciproque*, portant en outre, sur la société, un regard critique guidé axiologiquement par la volonté de vaincre l'injustice⁹⁷. Cela suppose également, sur le plan anthropologique et sociologique « d'analyser les rapports de pouvoirs qui s'établissent dans la rencontre des mondes symboliques et matériels diversement organisés »⁹⁸ et « d'affronter le risque d'une inter-ocularité »⁹⁹. Un double enjeu se dégage : d'une part, déconstruire, dans la mesure du possible, les identités autochtones résultant des projections exogènes ; d'autre part, permettre aux peuples autochtones de réinvestir les champ politique, économique et social et mettre en place des politiques de redistribution, indispensable à une pleine reconnaissance.

Ainsi, l'une des revendications majeures des organisations représentant les peuples autochtones ayant participé à l'élaboration de la Déclaration de 2007 et au projet de

94 On estime généralement que les peuples autochtones représentent plus de 370 millions de personnes, réparties dans quelques 90 pays, parlant près de 4 000 langues : Secretariat of Permanent Forum on Indigenous Issues, *State of the World's Indigenous Peoples*, 2009, ST/ESA/328, p. 1.

95 Expression que l'on doit à Nancy Fraser, in N. FRASER et A. HONNETH, *Redistribution of Recognition ? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, 2003, notam. pp. 36-37 ; voir également N. FRASER, « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du Mauss*, 2004/1, n° 23, spéc. pp. 158-164.

96 N. FRASER, « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *op. cit.*, p. 158.

97 *Ibid.*, p. 164.

98 E. CUNIN et V. A. FERNANDEZ, « De l'anthropologie de l'autre à la reconnaissance d'une autre anthropologie », *Journal des anthropologues*, 2007, n° 110-111 : www.jda.revue.org/899.

99 S. P. ROUANET, *op. cit.*, p. 13.

Déclaration américaine en cours de négociation au sein de l'Organisation des États américains (ci-après OEA), a été de refuser qu'y soit établie une définition de ce qu'ils étaient : « *[t]he right to define what is an indigenous person be reserved for the indigenous peoples themselves. Under no circumstances should we let artificial definition (...) tell us who we are* »¹⁰⁰. C'est la raison pour laquelle la Déclaration de 2007 ne pose aucun critère d'identification. Ainsi que le soulignait la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après Com. ADHP) dans l'affaire *Endorois* « aucune définition acceptée n'incorpore la diversité des cultures, de l'histoire et des circonstances actuelles des autochtones »¹⁰¹. D'où l'importance fondamentale de l'auto-identification, posée à l'article I § 2 du projet de Déclaration américaine :

« *Self-identification as indigenous peoples will be a fundamental criteria for determining to whom this Declaration applies. The states shall respect the right to such self-identification as indigenous, individually or collectively, in keeping with the practices and institutions of each indigenous people* »¹⁰².

Par un tel positionnement, les peuples autochtones n'affirment rien d'autre que le souhait de refuser toute assignation identitaire et d'être les principaux acteurs de leur propre construction sociale, expression de leur droit fondamental à l'autodétermination, au sens fort du terme. Les « principaux acteurs », j'insiste, et non pas acteurs exclusifs. Car, sauf à ce qu'une communauté vive dans le plus parfait isolement, chaque culture s'élabore par co-construction et interculturation, les identités sont composites, métissées, et en reconfiguration constante. L'objectif de déconstruction évoqué précédemment est donc orienté, non pas vers l'exclusion tout ce qui paraîtrait étranger à l'identité autochtone – on risquerait de retomber dans le travers essentialiste –, mais vers la mise au jour de ce qui résulte d'un rapport de domination et le perpétue.

L'enjeu fondamental est d'instaurer une politique de reconnaissance égalitaire, visant à ce que toutes les parties se mettent « ensemble sous le même horizon d'intelligibilité »¹⁰³, résultant d'une volontaire « fusion des horizons », pour reprendre l'expression de Hans-Georg Gadamer¹⁰⁴.

100 World Council of Indigenous Peoples, cité par J.R.M.COBO, *Study of the problem of discrimination against indigenous peoples*, volume II, Chapter V, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1, 20 juin 1982 § 9, p. 5.

101 Com. ADHP, Communication 276/2003, 4 février 2010, *Centre de Développement des Droits des Minorités agissant au nom de la Communauté Endorois c. Kenya*, § 147 ; www.ihdra.org

102 *Record of the Current Status of the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2 May 2012, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.334/08 rev. 7 (cette disposition a été adoptée par consensus le 25 mars 2006).

103 R. VACHON, « L'étude du pluralisme juridique. Une approche diatopique et dialogale », *Journal of Legal Pluralism*, 1990, n° 29, pp. 167-168.

104 H.-G. GADAMER, *Vérité et méthode*, Seuil, 1996, spéc. pp. 326-329.

Cela peut se traduire par un certain nombre d'actes à portée tout à la fois symboliques et politique, mais également juridique, tant il est vrai qu'« il n'y a de droit effectifs que lorsque les sujets de droit sont reconnus dans des dispositifs juridico-politiques et par ces dispositifs »¹⁰⁵.

B. Les luttes juridiques et juridictionnelles pour la reconnaissance

1) Les usages stratégiques du droit

Le « surgissement » des peuples autochtones sur la scène internationale a incontestablement perturbé le jeu des acteurs, non seulement sur le plan politique, mais également sur le terrain juridique. Bien que le droit, « fait de culture »¹⁰⁶ des sociétés occidentales – et occidentalisées –, soit une expression sociale de la normativité étrangère à celles traditionnellement développées par les peuples autochtones, ceux-ci en ont fait un outil d'interpellation et d'émancipation. Afin de s'affirmer comme sujets politiques, à la fois au niveau interne, mais également au plan international, ces peuples ont adopté une stratégie normative offensive : le droit relevant de « pratiques sociales, discursives et performatives »¹⁰⁷, c'est en adoptant le langage même des pouvoirs auxquels ils entendaient s'opposer et dont ils attendaient reconnaissance effective que les peuples autochtones ont cherché à s'assurer visibilité et audience¹⁰⁸.

Ainsi en mobilisant la rhétorique des droits humains, ainsi que les institutions chargées d'en assurer la promotion et la protection, les acteurs autochtones s'emparent d'une légitimité que ne peuvent leur contester les autres acteurs de la société internationale, qui dans leur grande majorité promeuvent ces droits (à tout le moins officiellement). Dans le même mouvement, les peuples autochtones remettent en cause la prétention universaliste de ces droits humains, en pointent les dérives et soulignent la nécessité d'une prise en considération de leurs spécificités culturelles. En d'autres termes, entrant dans un espace normatif relevant de l'arrière-plan topique occidental, ils vont faire *com*-prendre aux autres agents des droits humains leur(s) propre(s) arrière(s)-plan(s) topique(s). Ce faisant, ils participent à l'émergence d'une déconstruction des normes et des discours qui les accompagnent, ainsi qu'à la décolonisation des concepts juridiques, dans la perspective d'une plus grande justice sociale. Ainsi que le souligne Diane Lamoureux « les luttes pour les droits ne visent ni la

105 A. BERTHO, « Le droit à l'État ? », in F. SAILLANT et K. TRUCHON (dir), *Droits et cultures en mouvements*, PUL, 2013, p. 275.

106 L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, *op. cit.* p. 101.

107 F. SAILLANT, « Pour une anthropologie critique des droits humains », in F. SAILLANT et K. TRUCHON (dir.), *op. cit.*, p. 9.

108 Ce qui n'est pas sans risque, mais « [n]ous ne devrions pas supposer que les seules stratégies qui valent la peine d'être adoptées sont celles qui ne présentent aucun risque » (A. EISENBERG, *op. cit.*, p. 115).

conquête du pouvoir (que ce soit par les voies électorales ou par les armes) ni la destruction du pouvoir existant, mais plutôt à énoncer de nouvelles normes de justice »¹⁰⁹.

Partant, le droit et son langage, historiquement outils d'oppression et d'enfermement des peuples autochtones, vont être mobilisés, moins pour régler des *litiges*, que, reprenant la distinction fertile que fait Jean-François Lyotard, pour régler des *différends* fondés sur des torts¹¹⁰ et, ce faisant, amener les acteurs, notamment les juridictions régionales, à ouvrir de nouveaux espaces normatifs.

2) *Vers de nouveaux espaces normatifs de reconnaissance*

La distinction entre litiges et différends est pour le moins opérante et féconde ici, en ce sens que, contrairement aux litiges dont la résolution peut être trouvée dans l'ordre institutionnel et positif en question, le différend renvoie à :

« l'état instable et l'instant du langage où quelque chose qui doit pouvoir être mis en phrases ne peut pas l'être encore. (...) quelque chose demande à être mis en phrases, et souffre du tort de ne pouvoir l'être à l'instant. (...) il (...) faut permettre l'institution d'idiomes qui n'existent pas encore »¹¹¹.

Or, telle a bien été – et demeure encore assez largement – la situation, en ce sens que, au plan international, hormis la Convention 169, qui ne lie qu'une vingtaine d'États, aucun texte de portée obligatoire n'assure la protection des droits des peuples autochtones. En effet, ni la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 28 juin 1981, ni la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, ni la CEDH ou les Pactes de New York sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, n'envisagent la protection des droits collectifs des peuples autochtones en tant que tels.

On doit principalement au dynamisme de la Commission et de la Cour interaméricaines des droits de l'homme (ci-après Com. IDH et Cour IDH), ainsi qu'à celui de la Com. ADHP d'avoir ouvert des espaces normatifs que les textes dont elles ont la charge d'assurer le respect n'envisageaient *a priori* pas. Ainsi, en se fondant sur la Déclaration de 2007, mais également sur le projet de Déclaration américaine des droits des peuples autochtones, ces trois entités ont élaboré une nouvelle « grammaire normative »¹¹², prenant appui sur les règles et principes positifs existants – mais dont la stricte mise en application ne permettait pas d'assurer la

109 D. LAMOUREUX, « "Le droit d'avoir des droits". Que faisons-nous politiquement lorsque nous revendiquons des droits ? », in F. SAILLANT et K. TRUCHON (dir), *op. cit.*, p. 51.

110 J.-F. LYOTARD, *Le Différend*, Les Éditions de Minuit, 1984, notam. pp. 16-55.

111 *Ibid.*, pp. 29-30.

112 E. RENAULT, *op. cit.*, p. 190.

pleine reconnaissance des droits des peuples autochtones. Ce faisant, elles participent à la codification internationale de ces droits, donc à leur intégration dans le droit positif. Aux côtés de la jurisprudence, il peut également être fait mention des normes posées par certaines organisations intergouvernementales, telle la Banque mondiale et la Société Financière Internationale (ci-après SFI).

Sans présenter l'ensemble des principes consacrés¹¹³, on en retiendra les éléments saillants, s'articulant autour de deux des problématiques centrales qui animent la théorie de la reconnaissance.

Dans un premier temps, on peut regrouper un certain nombre de principes dont le point commun est qu'ils conduisent à s'interroger sur la pertinence de la distinction entre *reconnaissance* et *redistribution*. Ainsi en est-il de la reconnaissance non seulement des droits fonciers autochtones, mais plus précisément d'une conception pluraliste de la propriété. Ainsi que le souligne la Cour IDH,

« *indigenous communities might have a collective understanding of the concepts of property and possession (...). This notion of ownership and possession of land does not necessarily conform to the classic concept of property, but deserves equal protection under Article 21 of the American Convention. Disregard for specific versions of use and enjoyment of property, springing from the culture, uses, customs, and beliefs of each people, would be tantamount to holding that there is only one way of using and disposing of property, which, in turn, would render protection under Article 21 of the Convention illusory for millions of persons* »¹¹⁴.

113 La jurisprudence en ce domaine est particulièrement riche, notamment pour ce qui est du continent américain. Voir notamment les chroniques de jurisprudence de L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA à la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*. Également les contributions de J. DHOMMEAUX, « Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » et K. RINALDI, « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », in L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2009.

114 Cour IDH, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs)*, March 29, 2006, Serie C, n° 146, § 120 (citant Cour IDH, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, August 31, 2001, Serie C, n° 79, § 149) ; voir également l'Opinion séparée du juge S. García-Ramírez jointe à l'arrêt, §§ 10-17. Également Com. IDH, Case 12.053, *Maya Indigenous Community of the Toledo District (Belize)*, Report on the Merits n° 40/04, October 12, 2004, www.cidh.oas.org ; Cour IDH, *Comunidad Moiwana vs. Suriname (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 15 de junio de 2005, Serie C, n° 124 ; confirmé par Cour IDH, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs)*, August 24, 2010, Serie C, n° 214, § 87, <http://www.corteidh.or.cr/>. À noter qu'un droit de propriété collectif a également été reconnu aux communautés tribales (Cour IDH, *Saramaka People v. Suriname (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)*, November 28, 2007, Serie C, n° 172). Voir également Com. ADHP, Communication 276/2003, 4 février 2010, *Centre de Développement des Droits des Minorités agissant au nom de la Communauté Endorois c. Kenya*, www.ihdra.org. Cette vision pluraliste des droits fonciers est celle également portée par l'article 26 de la Déclaration de 2007. Sur le plan doctrinal, voir notamment F. DEROCHE, « Émergence d'un système de protection du rapport à la terre et aux ressources naturelles des peuples autochtones », in C. COURNIL et C. COLARD-FABREGOULE, *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, Bruylant, 2011, pp. 511-531 ; S. D. MATSUMOTO, *Les droits des peuples autochtones dans le cadre de l'exploitation des ressources naturelles en Amérique latine*, thèse de doctorat, 14 mars 2013, Université Paris 1, 606 p.

Toutefois, au regard de la problématique évoquée, l'attention mérite d'être portée sur la reconnaissance d'un lien fondamental entre territoire et identité autochtones. De façon générale, les théoriciens de la reconnaissance distinguent celle-ci, qui s'exprime en termes de luttes identitaires, donc en termes d'*être*, de la redistribution, qui s'exprime en termes de lutte de possession, donc en termes d'*avoir*. Si pour certains la distinction semble irréductible, en ce qu'elle renvoie à deux types de « valeurs » – valeur attribuée aux personnes/valeur attribuée aux biens¹¹⁵ –, d'autres, telle Nancy Fraser, considèrent que, bien que distinctes¹¹⁶, redistribution et reconnaissance constituent les deux dimensions de la justice. Or, l'une des revendications centrales des peuples autochtones est la restitution et/ou la protection de leurs territoires traditionnels. Classiquement, on pourrait considérer ces prétentions comme relevant strictement d'une logique de redistribution. Ce serait alors considérer les terres autochtones et les ressources qu'elles renferment comme porteuses d'une valeur exclusivement économique. Et ce serait méconnaître l'attachement spirituel et identitaire des peuples autochtones pour la terre de leurs ancêtres, attachement d'autant plus fort qu'ils en ont été le plus souvent arrachés. C'est la raison pour laquelle tant la Cour IDH que la Com. ADHP ont reconnu que le déplacement non volontaire des peuples autochtones ainsi que la restriction d'accès à leurs territoires et ressources traditionnels constituaient des atteintes à leur liberté de conscience et de religion, ainsi qu'à leur intégrité physique et culturelle :

« [I]a falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales, acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales. Eso puede exponerlos a condiciones de vida precarias o inhumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema »¹¹⁷.

Les propos sont d'une plus grande netteté dans l'arrêt *Chitay Nech and al. v. Guatemala* :

115 Voir notamment A. CAILLÉ, « Reconnaissance et sociologie », in A. CAILLÉ (dir.), *La quête de reconnaissance. Nouveau phénomène social total*, op. cit., p. 188 et pp. 195-196.

116 Et devant le demeurer, l'un des paradigmes ne pouvant être subsumé sous l'autre (adoptant cette perspective, Nancy Fraser marque notamment son opposition aux thèses de J. Rawls et A. Honneth).

117 Cour IDH, *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación Génesis) vs. Colombia (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 20 de noviembre de 2013, Serie C, n° 270, § 354 (citant Cour IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axi vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, 17 de junio de 2005, Serie C, n° 125, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 de junio de 2012 (*Fondo y Reparaciones*), Serie C, n° 245, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, op. cit.). Voir également Cour IDH, *Río Negro Massacres v. Guatemala (Preliminary objection, Merits, Reparations and Costs)*, September 4, 2012, Serie C, n° 250, § 177. La Com. ADHP reconnaît également que « le fait de refuser aux Endorois l'accès au Lac est une restriction de leur liberté de religion » (Communication 276/2003, op. cit., § 174).

« the forced disappearance affected the members of the Chitay Rodriguez family in a particularly grave manner due to their connection with the Mayan indigenous group. As recognized by the expert witness Rosalina Tuyuc, the energetic connection with the land has a fundamental importance in the Mayan vision, for which the abandonment of the community not only was made material for the families that had to flee, but also signified a greater cultural and spiritual loss (...). Also, the displacement of the next of kin of Florencio Chitay Nech out of his community provoked a rupture with his cultural identity, which signified the total eradication of any reference to the life that he had before the persecution, including his culture, language and his ancestral past »¹¹⁸.

Ainsi, du constat selon lequel territoires physique et symbolique ne font qu'un, on peut conclure que les paradigmes de reconnaissance et de redistribution sont à ce point liés qu'une distinction est pour ainsi dire impossible¹¹⁹. Ce faisant, si la distinction peut avoir quelque pertinence dans une vision occidentalisée des rapports sociaux et de l'idée de justice, on peut affirmer que dans un contexte symbolique autre, la redistribution s'avère une condition nécessaire de la reconnaissance, que *être* et *avoir* sont si intrinsèquement unis que l'avoir se dissout dans l'être¹²⁰.

Prenant toujours principalement appui sur la jurisprudence, on peut, dans un second temps, identifier des principes traduisant le souci d'instaurer une *parité de participation*. Ainsi en est-il de la reconnaissance de la qualité de sujet collectif de droit international aux peuples autochtones¹²¹. Tel est également le cas de la consécration de l'obligation de consultation préalable à tout projet concernant les peuples et territoires autochtones au rang de principe général du droit international¹²², consultation devant être effectuée à toutes les étapes du projet envisagé et selon des processus culturellement adaptés afin de respecter les modes

118 Cour IDH, *Chitay Nech and al. v. Guatemala (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)*, May 25, 2010, §§ 145-146.

119 Un raisonnement comparable pourrait être mené à l'égard des revendications relatives à la restitution des objets sacrés.

120 Cette vision holiste des rapports de l'humain – plus précisément du groupe – au territoire ne doit pas être considérée comme une essentialisation des peuples autochtones, tant la diversité des situations est importante. Toutefois, c'est une représentation qui s'est construite dans le rapport à l'« Autre » occidental et qui demeure un élément central du discours que ces peuples lui adressent. Voir notamment *Charter of the Indigenous and Tribals Peoples of the Tropical Forests*, 15 févr. 1992 ; *Kari-Oca Declaration (World Conference of Indigenous Peoples on Territory, Environment and Development)*, 30 mai 1992, *Leticia Declaration of Indigenous Peoples and Other Forest Dependent Peoples on the Sustainable Use and Management of All Types of Forests*, déc. 1996, *African Declaration on the World Conference of Indigenous Peoples 2014*, 21 nov. 2012.

121 Cour IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *op. cit.*, § 231.

122 *Ibid.*, § 164 : la Cour, dressant la liste de tous les États (américains ou non, parties à la Convention 169 ou non, ayant formellement accepté la Déclaration de 2007 ou non) qui reconnaissent d'un point de vue légal ou prétorien le droit à la consultation préalable, arrive à la conclusion selon laquelle « *la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional* ».

traditionnels de prises de décision¹²³. Au-delà du principe de consultation préalable, c'est également celui de *consentement* préalable, libre et éclairé¹²⁴ qui est affirmé par la jurisprudence¹²⁵ et les normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale que la SFI demande aux entreprises qu'elle finance de respecter¹²⁶. Ce principe du consentement préalable est la condition *sine qua non* à l'exercice effectif du droit à l'autodétermination en tant que « droit à décider de son destin »¹²⁷. Enfin, sur un tout autre terrain, mais participant d'une même préoccupation, on peut faire état de l'acceptation par la Cour IDH de la possibilité pour les membres des communautés autochtones de témoigner dans leur langue et d'obtenir traduction des décisions de la Cour dans cette langue¹²⁸.

Les peuples autochtones, adoptant le langage du droit, mettent ainsi en œuvre des pratiques d'émancipation visant à sortir des marges dans lesquelles les rapports de domination les ont maintenus, l'important étant moins « de faire reconnaître une identité que d'acquérir une "autorisation de parole" sur le monde commun »¹²⁹. Toutefois, se voir accorder *l'autorisation* de parler, premier pas, s'avère insuffisant à l'affirmation du sujet politique, que ce soit sur la scène nationale ou internationale. Il ne s'agit, en outre, plus seulement de contester, plus seulement de protester contre les discriminations structurelles dont sont victimes les peuples autochtones ; la requête formulée est également celle d'une *participation* à ce monde commun, à parité. En ce sens, la reconnaissance des droits des peuples autochtones s'avère un puissant vecteur de recomposition de l'ordre juridique international.

C. Pour un droit des gens édifié sur l'entre-autre(s)

1) La reconnaissance de la juridiversité au sein de l'ordre normatif international

L'entre-autre(s), en tant qu'espace où, par le déploiement d'une politique de reconnaissance

123 *Ibid.*, § 202.

124 Principe énoncé aux articles 10, 19, 29 § 2 et 32 § 2 de la Déclaration de 2007 ; à noter que la Convention 169 n'exige le consentement que dans le cas du déplacement des populations des terres qu'elles occupent (art. 16) et qu'il peut être passé outre un refus.

125 Cour IDH, *Saramaka People v. Suriname*, *op. cit.*, § 134-137.

126 Voir le paragraphe 32 des Normes de performance 1 (relatives au système d'évaluation et de gestion de la société et de l'environnement) et plus spécifiquement les paragraphes 11 à 17 des Normes de performance 7 (relatives aux populations autochtones) <http://www.ifc.org>.

127 I. BELLIER, « La reconnaissance internationale des peuples autochtones », in I. BELLIER (dir.), *op. cit.*, p. 28. Principe posé à l'article 3 de la Déclaration de 2007 (« Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ») et à l'article III du projet de Déclaration américaine (« *Within the states, the right to self-determination of the indigenous peoples is recognized, pursuant to which they can define their forms of organization and promote their economic, social, and cultural development* »).

128 Voir notamment Cour IDH, *Tiu Tojín vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)*, 26 de noviembre de 2008, Serie C, n° 190, <http://www.corteidh.or.cr>.

129 D. LAMOUREUX, *op. cit.* p. 45.

égalitaire et réciproque, est rendue possible la construction du commun, peut légitimement constituer les fondations d'un édifice normatif international plus ouvert à la « juridiversité »¹³⁰. On peut même aller jusqu'à soutenir qu'il résulte de l'éthique de la reconnaissance « une injonction de respect de l'altérité juridique et la prescription d'un dialogue des cultures juridiques porteur de modèles pluralistes du droit »¹³¹, non seulement dans le cadre étatique – espace normatif prioritairement concerné par les enjeux du pluralisme –, mais aussi sur la scène internationale.

Bien que l'on soit encore loin d'un ordre juridique international prescrivant le pluralisme normatif, on peut néanmoins constater une participation, certes limitée, mais croissante, des peuples autochtones à l'élaboration des instruments juridiques les concernant directement. Ainsi ont-ils été directement impliqués dans les travaux préparatoires de la Déclaration de 2007 et participent activement, par l'intermédiaire de *caucus*, à la rédaction du projet de Déclaration américaine¹³². Ils ont également participé à l'élaboration du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique du 29 octobre 2010¹³³. Peut également être cité le projet en cours de réflexion à l'UNESCO visant à la création d'un Conseil d'experts des peuples autochtones du patrimoine mondial, dans le souci d'intégrer ces peuples à l'élaboration et à la mise en œuvre de la réglementation, des politiques et de la planification lorsque leurs terres ancestrales sont désignées comme sites du patrimoine mondial¹³⁴.

Les peuples autochtones sont également très fortement impliqués dans les négociations internationales se déroulant au sein du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de

130 G. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in G. OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, 2012, p. 18.

131 *Ibid.*, p. 17. L'ordre juridique international est déjà coutumier d'une certaine forme de juridiversité, en ce qu'il accepte en son sein des normes n'émanant pas de sujets « classiques » du droit international ; il suffira de mentionner à titre d'exemples la *lex mercatoria*, la *lex electronica* ou la *lex sportiva*.

132 *Record of the Current Status of the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2 May 2012, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.334/08 rev. 7.

133 Dans le cadre du Protocole de Nagoya, les peuples autochtones ont obtenu quelques victoires significatives : non seulement la référence, dans le préambule, à la Déclaration des Nations Unies de 2007, mais également la mention explicite du respect du « droit coutumier des communautés autochtones et locales » (art. 12). Sur l'influence des groupes autochtones dans le cadre de ces négociations, voir notamment K. BAVIKATTE et D.F. ROBINSON, « Towards a People's History of the Law : Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on access and Benefit Sharing », *Law, Environment and Development Journal*, 2011, n° 7/1, pp. 35-51.

134 Comité du patrimoine mondial, *Rapport d'avancement sur le projet de création d'un Conseil d'experts des peuples autochtones du patrimoine mondial (WHIPCOE)*, WHC-2001/CONF.208/13, 22 novembre 2001. Ce projet est soutenu par un grand nombre d'instances internationales, mais sa concrétisation tarde, notamment en raison de financement insuffisant.

l'OMPI (ci-après IGC), visant notamment, depuis le début des années 2000, à l'élaboration d'un instrument juridique garantissant une protection efficace de ces savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. L'étude de l'évolution du projet d'articles au cours des dernières années permet de mettre en évidence la prise en considération croissante des préoccupations autochtones et là encore des spécificités de leurs ordres symboliques. Plus précisément, on voit se constituer, progressivement, encore partiellement, mais distinctement, une certaine interculturalité normative. Le débat qui s'est cristallisé autour de la notion de « domaine public » – pendant des droits de propriété intellectuelle – en est une illustration. Dès 2003, les experts autochtones participant aux travaux de l'IGC ont alerté sur le fait que cette notion était inconnue des peuples autochtones¹³⁵ et présentait de réels dangers, en ce que de nombreux savoirs, connus du public, sont considérés par les États et les offices de brevets, comme relevant du domaine public, donc librement utilisables ou exploitables par des tiers à la communauté dont ces savoirs sont originaires. Aussi, en 2010, l'IGC a décidé de mener une réflexion sur le thème « Quel rôle le "domaine public" ou un concept analogue joue-t-il dans votre communauté autochtone, traditionnelle ou locale ? »¹³⁶. Or, que ce soit le représentant des tribus Tulalip, ou ceux du Conseil Same, des Tupaj Amaru, des îles Salomon ou des Igbo d'Afrique de l'Ouest¹³⁷, le constat est identique ; il apparaît que si,

« [à] première vue, les savoirs traditionnels peuvent s'apparenter à des objets du domaine public, étant donné qu'ils sont fréquemment partagés au sein d'une communauté (...) il existe souvent des restrictions sociales concernant les personnes éventuellement autorisées à utiliser certains savoirs et les conditions dans lesquelles elles peuvent le faire. Certaines connaissances sont considérées comme secrètes, sacrées et faisant partie intégrante du patrimoine culturel autochtone depuis la nuit des temps et jusqu'à la fin des temps »¹³⁸.

Aussi les peuples autochtones ont-ils proposé que la notion de « domaine public » soit, non pas exclue, mais réinterprétée afin de « concilier différentes manières d'envisager le partage des connaissances »¹³⁹. Le projet d'articles en cours de négociation porte la marque de cette recherche de conciliation. En effet, contrairement aux versions antérieures, le projet « consolidé »¹⁴⁰ comporte une liste des termes et de leur définition, laquelle distingue

135 *WIPO/GRTKF/IC/5/15*, § 53.

136 *Note sur les significations du terme « domaine public » dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore*, WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8, 24 novembre 2010.

137 *Ibid.*, §§ 89-91.

138 *Ibid.*, § 5.

139 *Ibid.*

140 En date du 28 mars 2014. La consolidation est relative en ce que de nombreuses dispositions sont encore assorties de multiples variantes.

« domaine public » et « accessibilité au public ». Le premier renvoie à des « éléments intangibles qui, de par leur nature même, ne sont pas ou ne peuvent pas être protégés par les droits de propriété intellectuelle reconnus », la seconde vise « [(...) un objet de la protection]/[de[s] savoirs traditionnels] ayant perdu [son]/[leur] lien distinctif avec une communauté autochtone et, de ce fait, [est]/[sont] [devenu]/[devenus] des savoirs génériques ou courants, nonobstant le fait que [son]/[leur] origine peut être connue du public] »¹⁴¹. Il est également intéressant de souligner qu'une des variantes actuelles de l'article 3.3 du projet fait référence à « la nature inaliénable, indivisible et imprescriptible des droits moraux associés (...) aux savoirs traditionnels », quand bien même ces savoirs seraient largement diffusés. Cette disposition fait partiellement écho aux conclusions de l'atelier d'experts des communautés autochtones organisé à l'OMPI, en coopération avec l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, en avril 2013, dont il ressort que « [l]es peuples autochtones sont les détenteurs de leurs savoirs traditionnels et de leurs expressions culturelles traditionnelles à perpétuité »¹⁴².

S'il faut bien évidemment se garder de surinterpréter les exemples qui précèdent, et affirmer qu'ils dénotent un changement profond de l'ordre juridique international, il faut néanmoins constater que les instances internationales s'ouvrent de plus en plus nettement à la participation active des peuples autochtones. En formulant contre-propositions et alternatives, ces peuples font entendre les spécificités de leurs rapports au monde, et peuvent ainsi en assurer une traduction juridique opposable sur la scène internationale ou régionale.

Partant, au-delà même du pluralisme juridique, qui suppose des « processus d'interaction entre les différents systèmes normatifs en présence »¹⁴³, il émerge de ce dialogue interculturel un ordre juridique international plus complexe, dont les *normes*, et non seulement la juxtaposition des instruments juridiques, expriment la juridiversité. Ce faisant, même s'il est trop tôt pour prendre la mesure réelle du recul de l'ethnocentrisme occidental dans l'élaboration des normes internationales, les conditions sont posées pour que s'élabore un ordre juridique véritablement universel.

141 *La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles*, Rev. 2 (28 mars 2014), WIPO/GRTKF/IC/27, p. 5.

142 *Rapport de l'Atelier d'experts des communautés autochtones sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles*, Point VII du Commentaire sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, WIPO/GRTKF/IC/27/INF/9, p. 5. On constate que, fort habilement, les experts autochtones « retournent » la notion de « domaine public » à leur avantage, le commentaire poursuivant en ces termes « [p]ar conséquent, toute utilisation légitime devrait être prévue pour une période convenue et à la condition que tous les droits relatifs au savoir reviennent aux peuples autochtones à l'expiration de cette période ».

143 G. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », *op. cit.*, p. 11.

2) *L'entre-autre(s) ou la co-construction de l'universel*

N'y a-t-il pas quelque contradiction à parler d'universel après tant de développements relatifs à la nécessité de reconnaître la diversité des univers symboliques ? Ne serait-il pas tout à la fois plus pertinent et plus juste de considérer que « si nous prenons l'altérité au sérieux, il n'y a pas "d'univers" : nous vivons dans un "plurivers" »¹⁴⁴ ?

Si les critiques post-coloniales et décoloniales, depuis Aimé Césaire notamment, posent la question de l'universel, elles ne le rejettent pas nécessairement. C'est, en effet, une certaine perspective universaliste qui est contestée, celle de l'universalisme de transcendance, abstrait, projection du *topos* européen sur le monde. En revanche, ces critiques ouvrent « la voie à une autre imagination de la communauté universelle »¹⁴⁵, à un universel concret, constitué de la multiplicité des singularités, et soutenu par le principe d'égalité. Ainsi que le souligne Ramón Grofoguel, « [s]i l'universalisme abstrait établit des relations verticales entre les peuples (...), l'universalisme concret est le résultat d'un processus horizontal de dialogue critique entre des peuples qui se considèrent égaux entre eux »¹⁴⁶. Le fait de reconnaître, portant la valeur de justice sociale et prescrivant la parité de participation, est un des actes, si ce n'est l'acte, fondateur de la communauté.

Il faut rompre avec l'idée selon laquelle la reconnaissance des peuples autochtones en tant que sujets politiques, ainsi que la reconnaissance de droits à leur profit, serait porteuse de fragmentation sociale. En effet, loin de la seule défense de leurs intérêts identitaires, les peuples autochtones participent à l'élaboration de projets politiques globaux, que ce soit au plan national¹⁴⁷ ou international. Ainsi, dans un domaine où les enjeux globaux sont indéniables, à savoir la lutte contre les changements climatiques, ces peuples font entendre leurs voix, non pas au titre de revendications spécifiques, mais pour se faire force mondiale de réflexions et de propositions, « *[r]eflecting their position as "stewards" of the environment and drawing upon their age-old traditional knowledge - the heart of their cultural resilience* »¹⁴⁸.

144 C. EBERHARD, *Le droit au miroir des cultures*, op. cit., p. 27.

145 A. MBEMBE, *Critique de la raison nègre*, op. cit., p. 228.

146 R. GROFOGUEL, « Vers une décolonisation des "uni-versalismes" occidentaux : le "pluri-versalisme décolonial", d'Aimé Césaire aux Zapatistes », in N. BANCEL, F. BERNAULT, P. BLANCHARD, A. BOUBEKER, A. MBEMBE, F. VERGÈS (dir.), *Ruptures postcoloniales*, op. cit., p. 131-132.

147 Les réformes constitutionnelles récentes en Bolivie et en Équateur en attestent ; voir notamment J. CASANOVA et J. BARBOSA, « Enjeux et défis de la consécration constitutionnelle des cosmovisions autochtones dans la protection de l'environnement : regards croisés entre Bolivie et Équateur », in C. COURNIL et C. COLARD-FABREGOULE, op. cit., pp. 533-551.

148 P. COCHRAN, *Leading the Way on Climate Change : Indigenous Peoples Global Summit on Climate Change*, 2009, <http://www.turtleisland.org/discussion>. Entre autres initiatives, peut être mentionnée l'institution par l'UNESCO, le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, l'Instance Permanente des Nations Unies sur les Questions Autochtones et le Bureau du Haut-Commissariat des Nations Unies aux

Partant, la reconnaissance de la diversité culturelle et plus précisément juridique permet, par le dialogue interculturel, la négociation et les ajustements qu'ils supposent, l'élaboration de valeurs communes et, plus largement, d'un « universel de traduction »¹⁴⁹. Ce faisant, par un jeu de circularité, la reconnaissance permet la constitution du global, espace dans lequel les singularités reconnues sont intégrées en tant que parties de ce tout à la construction duquel elles ont participé.

L'observation de l'ordre juridique international au prisme de la reconnaissance des droits des peuples autochtones permet ainsi, non seulement de révéler les mécanismes coloniaux de subordination, mais également de mettre en lumière les « arts de la résistance »¹⁵⁰ déployés par ces peuples, visant à poser les jalons d'un droit international émancipateur et fondé sur des rapports de non-dominance.

Avril 2014

droits de l'homme, du forum communautaire « En première ligne face au changement climatique » (<http://www.climatefrontlines.org>). Voir également D.J. NAKASHIMA, K. GALLOWAY MCLEAN, H.D. THULSTRUP, A. RAMOS CASTILLO and J.T. RUBIS, *Weathering Uncertainly. Traditional knowledge for climate change assessment and adaptation*, UNESCO/UNU, 2012, 120 p.

149 Expression que l'on reprend à Souleymane Bachir Diagne, qui l'oppose à l'universel de surplomb (il ne s'agit donc pas précisément du concept derridien renvoyant à une langue universelle) : *Comment la post-colonialité réinvente les différences*, débat entre Emmanuelle Saada, Souleymane Bachir Diagne, Mamadou Diouf et Jean-François Bayart, *Mediapart*, 26 juin 2012 (www.mediapart.fr).

150 J.C. SCOTT, *La domination et les arts de la résistance*, Éditions Amsterdam, 2008, 270 p.