

SPÉCIAL  
MAI/22

**Le journal du**



# SOMMAIRE

## ÉDITORIAL

**Sandrine CORTEMBERT**

## INTRODUCTION

**Laurine HARBUTA**

**Nations en péril : une rencontre manquée entre le discours et les faits ?**

**Guillaume GARNIER**

**Les nations sans État**

**Camélia FOU DA MANY**

**Discrimination, préjugés et marginalisation de la minorité ethnique Roms**

**Mona ASSANI**

**Les droits des peuples autochtones des Nations Unies aux réticences étatiques : une reconnaissance globale mais d'application inégale (Réflexion à partir des cas australien, bolivien et canadien)**

**Zoé ESCOBAR-CAMELEYRE, Emmanuelle GAUCHERAND & Valéria VIGIL**

**Les Aïnous, de l'identité niée à la reconnaissance de peuple autochtone**

**Guilhem MERCIER**

**Ethnocide : entre mythe et réalité**

**Agathe DESMIER, Hugo GRILLON & Hamza MAZLUM**

**Les Ouïghours, vers une reconnaissance du génocide ?**

**Héloïse DO NASCIMENTO**

**Le péril du groupe ethnique Rohingya et son appréhension par le droit**

**Ingrid CHALAYE & Caroline RENAUD**

**La Justice transitionnelle, un moyen de réconciliation ?**

**Simon APPRIOU**

**La justice et les enfants-soldats**

**Mathilde GRATIEN**

**Les oubliés de la décolonisation : le cas de Madagascar**

**Daouda DANGNOSSI & Benjamin ALLAHAMNE MINDA**

**Les peuples menacés par le changement climatique : le cas des îles confrontées à la montée des eaux**

**Lola GERNIGON & Léa CHAPTAL**

**Les aides au développement de l'Union européenne en Afrique : une externalisation déguisée de la politique migratoire**

**Léa MOCHEFF & Léna SAGE**

**Conclusions**

**Pierre-François LAVAL**

Si le droit international relatif aux droits humains est parvenu à consacrer un ensemble d'obligations à la charge des États, renforcées par des mécanismes de promotion et de protection, on s'interroge de plus en plus sur l'effectivité de ce droit face à la prolifération de leurs atteintes quelles qu'elles soient.

« *Comment le droit international fonctionne en temps de crise ?* » s'interrogeait Jean-Marc Sauvé, Vice-Président honoraire du Conseil d'État dans son discours de clôture de la 12<sup>e</sup> Conférence annuelle de la Société européenne de droit international tenue à Riga en septembre 2016. Sa question qui concernait essentiellement le continent européen, doit être étendue à l'échelon international en raison de l'extension croissante de profonds troubles, de tensions, de catastrophes, d'exactions, de crimes que ne cesse d'affronter la société internationale<sup>1</sup> et qui interpelle son droit.

Certes, les crises « *peuvent avoir des vertus purgatives et réparatrices, lorsqu'elles préparent une nouvelle phase d'essor et de progrès* »<sup>2</sup>. Certaines crises internationales ont effectivement conduit à l'élaboration et/ou au renforcement de certaines normes internationales de répression, de condamnation et de protection. Toutefois, trop de crises sont encore « *destructrices* »<sup>3</sup> démontrant la fragilité de certaines règles pourtant bien consacrées dans l'ordre juridique international. Ce constat concerne plus particulièrement les droits humains, les réponses apportées à leur non-respect restent souvent trop imprégnées de considérations politiques.

L'examen de la société internationale est consternant : trop d'individus, appréhendés isolément ou collectivement, subissent des situations contraires à leurs droits, certaines les plaçant dans de réelles situations de dangers et révélant des états de dysfonctionnement du droit international. C'est à partir de ce constat que prit forme l'idée de lancer un

travail de recherches avec les étudiantes et les étudiants du master 1 et 2 DIP de l'année universitaire 2020-2021. Celui-ci fut basé sur l'observation de situations de péril encouru par certains individus, peuples et nations.

Les thèmes retenus, loin d'être exhaustifs, sont néanmoins très diversifiés. Ceux-ci portent tant sur des analyses de cas concrets de personnes en péril, que sur des perspectives de danger que le droit international devra être amené à couvrir. Les analyses, choisies par leurs auteurs, ne couvrent pas toutes des cas de dysfonctionnement du DIP, certaines se sont efforcées de démontrer l'effectivité de certaines réponses juridiques. L'année universitaire passée fut donc très chargée pour les 21 étudiantes et étudiants qui ont accepté ce projet et nos rencontres ont été régulières pour finalement permettre la tenue d'un colloque qui a eu lieu en juin 2021.

Ce numéro spécial du Journal de CDI reprend les contributions qui y furent présentées<sup>4</sup>.

Cette publication me permet de remercier encore Guillaume, Camélia, Mona, Zoé, Emmanuelle, Valéria, Guilhem, Agathe, Hugo, Léa, Hamza, Héloïse, Ingrid, Caroline, Simon, Mathilde, Daouda, Benjamin, Lola, Léa, Léna pour leur investissement, leur enthousiasme et leur énergie.

Je remercie également mes collègues, particulièrement Madame Neri qui m'a toujours apporté son soutien sans faille, Monsieur Laval pour sa participation, Madame Peyre pour avoir supervisé certains travaux. J'adresse une profonde reconnaissance à Madame Harbuta qui a beaucoup travaillé avec moi à la réalisation du colloque et à Monsieur Musy qui a eu la charge de la mise en forme des articles. J'adresse également mes sincères remerciements à Mesdames Gervasoni et Brossard pour leur aide.

Sandrine Cortembert

<sup>1</sup> Le terme de crise doit être entendu ici de façon extensive afin de couvrir toutes les situations de rupture du système international.

<sup>2</sup> Discours de Jean-Marc Sauvé consultable sur le site du Conseil d'État, conseil-etat.fr

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Seule celle de Marine Denis ne figure pas dans ce numéro spécial.

« Peuples, nations et individus en péril », voilà un sujet de colloque dont l'actualité ne manque malheureusement jamais. Il convient toutefois de noter que ces trois notions, trop souvent opposées, méritent d'être étudiées conjointement. Car le péril d'une nation induit indubitablement celui des individus qui la composent ainsi que des peuples qui gravitent autour d'elle ; inversement, l'individu en péril menace l'intégralité de la nation qui lui est associée ainsi que celle des divers peuples la composant.

Les étudiants du Master 2 de droit international public ont ainsi été conduits à étudier la notion – non juridique – de péril, que le dictionnaire Larousse définit comme une « *situation dans laquelle se trouvent quelqu'un ou quelque chose dont l'existence même est menacée, un danger constitué par une invasion ou une domination* ».

Encore, des notions juridiques alambiquées ont également dû être évoquées. La notion de peuple, par exemple, renvoyant en droit international au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes mais devant être compris plus globalement dans ce cas d'étude. Il a alors été question de sortir du cadre strict de la décolonisation, pour l'appliquer au cas des « peuples en péril ». Il s'agira alors d'étudier les cas de groupements humains, de communautés unies par des liens historiques, culturels, religieux, linguistiques voire ethniques qui sont menacés, notamment par une institution étatique du fait de cette inhérente différence. Dans le cadre de la nation en péril, il s'agira alors de la menace pesant sur l'intégralité de la population d'un État, du fait de ce dernier ou d'organismes extérieurs. Enfin, s'agissant de l'individu en péril, il faudra l'associer aux personnes ayant quitté leur territoire originaire du fait d'une menace, ou encore, d'une personne menacée par une institution ou un organisme extérieur, lequel engendre des conséquences beaucoup plus importantes.

Que ces peuples aient une assise intra-étatique. Nous penserons ainsi au cas de certains peuples autochtones, dont Zoé ESCOBAR, Emmanuelle GAUCHERAND, Valéria VIGIL et Guilhem MERCIER nous livreront quelques détails. Mais également au cas de minorités historiques qui sont aujourd'hui en proie à des velléités génocidaires, tel est le cas des Ouighours ou des Rohigyas, dont Héroïse DO NASCIMENTO, Ingrid CHALAYE et Caroline RENAUD nous expliqueront les principes juridiques applicables. Il s'agira encore d'un principe encore non

reconnu juridiquement mais qui mérite une attention particulière, de l'ethnocide, qui sera étudié par Agathe DESMIER, Hugo GRILLON et Hamza MAZLUM. L'étude de certains peuples qui ont été oubliés du processus décolonisateur semble également avoir une place toute particulière dans le cadre d'un colloque sur les peuples : il s'agira notamment de l'étude de Madagascar, livrée par Daouda DANGNOSSI et Benjamin MINDA.

Le cas des peuples ayant une assise *extra*-étatique sera également envisagé, ceux-ci étant également menacés par certains États du fait de cette situation *sui generis*. Tel est par exemple le cas des peuples nomades, et notamment des Roms, dont Mona ASSANI nous expliquera les tenants et aboutissants. Il sera également question d'étudier le cas des individus en péril, qui, contrairement au peuple qui est dans une situation de péril du fait de l'appartenance à un groupe ethnique, linguistique ou religieux, d'une situation géographique ou nationale ; l'individu quant à lui peut être dans une situation de péril car le droit n'a pas envisagé de protection adéquate pour ces cas particuliers d'individus. Nous penserons notamment au cas des migrants ou des réfugiés. Mais également du cas des personnes déplacées par le changement climatique étudiés par Marine DENIS ainsi que par Léa CHAPTAL et Lola GERNIGON. Le cas des enfants soldats sera également étudié par Mathilde GRATIEN.

Enfin concernant le cas des nations en péril, il s'agira d'étudier le cas de groupements humains unifiés du fait de l'existence d'institutions communes, d'une histoire commune et d'un principe, cher à Ernest Renan, qu'il appelait le « vouloir vivre ensemble », et qui, du fait de cette stabilité, ne semble pas pouvoir être en péril : ils représentent souvent une majorité stable, si ce n'est la totalité du substrat humain de l'État et sont dotés d'instances et de pouvoirs politiques importants. Pourtant, ces nations peuvent, elles aussi, connaître une situation de péril. Guillaume GARNIER nous parlera de l'ambivalence en droit entre les discours et les faits dans le cadre des nations en péril. Quant à Camélia FOUDA MANY, elle évoquera le cas emblématique des nations sans État. Enfin, il sera tout de même question d'évoquer les potentiels solutions juridiques à ces situations de péril. Simon APRIOU évoquera le cas de la justice transitionnelle dans des situations post-confliktuelles. Tandis que Léa MOCHEFF et Léna SAGE nous parleront des aides au développement de l'Union Européenne en Afrique dans le cadre des politiques migratoires.

En 1869, François Marie mettait en garde contre l'exode rural qui représentait un péril pour la nation dans un contexte où celle-ci devait se préparer à la guerre<sup>1</sup>. Il affirmait en effet que cet exode « renverse l'équilibre social, cause la diminution des mariages, amène la dégénérescence et la décadence [des] forces vitales [de la nation], et amoindrit considérablement tous les produits de ses terres par le défaut de bras<sup>2</sup> ». L'exode rural est ainsi dit menacer les « forces vitales » de la nation constituant donc bien un péril, un « état, situation d'une [chose] qui court de grands risques, qui est menacée dans sa sécurité, dans ses intérêts ou dans son existence même<sup>2</sup> ». Ainsi, dès le XIXe siècle, François Marie se montre conscient, d'une part, qu'une nation peut être en péril et, d'autre part, que ce péril peut résulter d'une atteinte ou d'une modification du substrat humain de la nation.

Aujourd'hui, les périls existant dans l'ordre international et saisis par le droit international sont nombreux. Le droit tente de limiter les conséquences de ceux-ci. Ainsi le droit international humanitaire (DIH) tend à éviter les maux superflus<sup>3</sup>. Le DIH constitue un très vaste corps de règles protégeant tant les individus que les biens notamment culturels et religieux ou l'environnement. Le droit international reconnaît ainsi que des individus<sup>4</sup>, des biens, l'environnement puissent être en péril puisqu'il est nécessaire d'organiser leur protection. Cependant, aucun des grands textes de droit international humanitaire n'évoque la nation, du moins en tant qu'élément nécessitant une protection. Les quatre conventions de Genève de 1949 mentionnent les nations mais en tant qu'elles sont civilisées et que les usages établis entre elles peuvent servir au droit international humanitaire<sup>5</sup> non pas en tant qu'elles puissent être en péril. Le droit international n'est pas aveugle aux nations simplement il lui semble inconcevable que celles-ci soient en péril<sup>6</sup>. Cela peut s'expliquer par le lien étroit entre l'Etat et la nation, il reviendrait ainsi à l'Etat de protéger la nation et non au droit international. Pourtant, le Secrétaire général des Nations unies (SGNU) António Guterres affirmait, dans un rapport de 2018, que le cycle de violences entre Israël et le Hamas et ses conséquences tant humaines que matérielles mettaient en péril « le projet de nation » palestinienne<sup>7</sup>. L'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) affirmait, de son côté, que « la destruction du patrimoine culturel [...] efface la mémoire collective d'une nation, déstabilise les populations et fragilise leur identité culturelle<sup>8</sup> ». De même, un langage plus courant peut affirmer que les atteintes subies par des populations peuvent menacer une nation<sup>9</sup>. Une nation est avant tout composée d'un groupe d'individus unis par « une grande solidarité, constituée par

le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore<sup>10</sup> » qui s'exprime par « le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune<sup>11</sup> » ce qui fait de la nation « un plébiscite de tous les jours<sup>12</sup> » comme l'affirmait Ernest Renan dans sa fameuse conférence de 1882. La nation « peut subsister même quand l'Etat n'existe plus ou n'existe pas encore<sup>13</sup> », elle ne se confond donc pas avec celui-ci<sup>14</sup>. Distincte de l'Etat dans lequel elle ne s'épuise pas<sup>15</sup>, la nation l'est également du peuple et de la population. Du peuple, d'une part, qu'elle dépasse puisqu'elle en est une version « structurée[e] par un Etat ou le désir d'en instituer un<sup>16</sup> ». De la population, d'autre part, dont l'unité n'est réalisée que par la soumission de différents individus « à un ordre juridique déterminé à l'exclusion de tout autre<sup>17</sup> » alors que l'unité de la nation se réalise par une combinaison d'éléments nombreux et variés.

Notre rapide examen du discours juridique, institutionnel et médiatique fait apparaître des divergences sur la question de savoir si les nations peuvent être ou non en péril. Le SGNU, l'AGNU, Amnesty International semblent penser que cela est possible au contraire du DIH. Cependant, il faut constater une divergence d'orientation de ces discours. Les discours institutionnel et médiatique se situent dans une démarche descriptive et analytique tandis que le discours juridique cherche à influencer sur les faits, il vise au-delà de lui-même pour se transformer en action. On aurait donc un écart entre le discours affirmant la nécessité de protéger les nations<sup>18</sup> et les faits – ou faits en devenir – ne prenant pas en compte les nations comme objet à protéger. Il convient de se demander comment réduire cet écart entre ces discours qui appellent à protéger des nations – notions immatérielles et peu précises – et les faits où ce sont des individus, des biens qui subissent des dommages et bénéficient d'une protection. Protéger des biens, l'environnement mais particulièrement les individus tout en affirmant protéger – ou en affirmant la nécessité de protéger – des nations indique l'existence d'un lien particulier entre la nation et les individus la composant. Cette particularité du lien nation-individus était déjà indiquée par François Marie au XIXe siècle dont le commentaire précité établit un lien non essentiel mais existentiel entre la nation et son substrat humain en ce sens que la disparition ou l'amoindrissement du second représente un danger pour la survie de la première. On peut émettre l'hypothèse que c'est ce lien particulier nation-individus qui rend acceptable pour l'entendement l'écart entre le discours et les faits. Il convient cependant de vérifier cette hypothèse au moyen d'un examen attentif de

\*L'auteur remercie Mmes. CORTEMBERT et HARBUTA pour avoir organisé le colloque dont cette contribution ressort, Mme. HARBUTA dont les relectures et conseils furent des aides précieuses ainsi que toutes celles et ceux qui se sont prononcés sur le fond et/ou sur la forme de ce travail.

<sup>1</sup>François Marie, Le Laboureur émigrant ou la Nation en péril, 1869, Marseille, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6336639j/f9.item> (dernière consultation le 23/04/2021)

<sup>2</sup>Article « Péril » du CNRTL, URL : <https://www.cnrtl.fr/definition/p%C3%A9ril> (dernière consultation le 23/04/2021)

<sup>3</sup>Il s'agit même là du second principe cardinal du DIH comme l'affirma la Cour internationale de justice en 1996 dans son avis sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p.257, §78)

<sup>4</sup>Les Conventions de Genève de 1949 (CG) font mention de « personnes » et non d'individus. Cela n'est cependant pas de nature à nous empêcher d'étudier les individus, d'une part, car les deux notions sont facilement interchangeables et, d'autre part, la notion « individu » a une dimension sociologique que ne possède pas la notion « personne » or ce sont les rapports entre un groupe humain – la nation – et ses composants – les individus – qui nous intéressent.

<sup>5</sup>CF. article 63 CGI, article 62 CGI, article 143 CGI, article 158 CGIV

<sup>6</sup>Cette tendance du droit international s'exprime bien dans la très importante utilisation du terme « nation » dans des dispositions ou documents renvoyant à la coopération alors qu'il est quasiment absent de dispositions ou documents traitant de situations conflictuelles. Le premier article de la Charte des Nations Unies est, à cet égard, exemplaire : les paragraphes 2 et 4 traitant du renforcement de la coopération parlent des « nations » alors que le terme est absent des paragraphes 1 et 3 traitant de situations conflictuelles.

<sup>7</sup>Assemblée générale des Nations Unies, Protection de la population civile palestinienne : rapport du Secrétaire général, A/ES-10/794 (14 août 2018), URL : <https://undocs.org/fr/A/ES-10/794> (dernière consultation le 14/05/2021), p.15, §14

<sup>8</sup>Résolution 69/281 de l'Assemblée générale des Nations Unies, Sauvegarde du patrimoine culturel de l'Iraq, A/RES/69/281 (28 mai 2015), URL : <https://undocs.org/fr/A/RES/69/281> (dernière consultation le 13/05/2021), p.2

<sup>9</sup>Voir par exemple Sophie Aujean, « Une seule victime, la nation syrienne », Blog - Paroles de chercheurs, de défenseurs et de victimes, 18 décembre 2015, URL :

<https://www.amnesty.be/infos/blogs/blog-paroles-chercheurs-defenseurs-victimes/article/une-nation-entiere-victime-de-violations-de-ses-droits-fondamentaux> (dernière consultation le 13/05/2021)

<sup>10</sup>Ernest Renan, Qu'est-ce qu'une nation ?, 1882, URL : [http://www.ihel.univ-paris3.fr/sites/www.ihel.univ-paris3.fr/files/Renan\\_-\\_Qu'est-ce\\_qu'une\\_Nation.pdf](http://www.ihel.univ-paris3.fr/sites/www.ihel.univ-paris3.fr/files/Renan_-_Qu'est-ce_qu'une_Nation.pdf) (dernière consultation le 14/05/2021), p.8

<sup>11</sup>Ibid.

<sup>12</sup>Ibid.

<sup>13</sup>Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, t.1, 1921-1927, Paris, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k932656z/f474.item.r=trait%C3%A9%20de%20droit%20constitutionnel> (dernière consultation le 23/05/2021), p.456

<sup>14</sup>Les nations peuvent être extra-étatiques comme le Kurdistan ou infra-étatiques ce que note par exemple Delphine Papin en comparant le cas de la France, Etat nation par excellence, et ses voisins directs comme l'Espagne avec la Catalogne et la Galice ou le Royaume-Uni avec l'Angleterre, l'Ecosse, l'Irlande du Nord et le Pays de Galles (« Incertaine idée de la Nation ? (2ème partie) » [Podcast], France Culture, 31/10/2017, 25', URL : <https://www.franceculture.fr/emissions/inlive-des-matins-2eme-partie/incertaine-idee-de-la-nation-2eme-partie>).

<sup>15</sup>Le phénomène des nations sans Etat est le plus bel exemple de cette distinction entre Etat et nation. Sur cette question, voir Camélia Fouda Many, « Les nations sans Etat », dans ce numéro.

<sup>16</sup>Charles Chaumont, « Le droit des peuples à témoigner d'eux-mêmes », Annuaire du Tiers Monde, 1976, p.29

<sup>17</sup>François Hamon et Michel Troper, Droit constitutionnel, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuel », 2016, p.31

<sup>18</sup>Ibid.

<sup>19</sup>Les discours auxquels nous faisons référence ici sont notamment ceux du SGNU et de l'AGNU que nous avons cité plus haut où l'affirmation d'une telle nécessité se déduit non d'un passage précis du rapport ou de la résolution cités mais de l'économie générale de ces textes. Si l'on prend l'exemple de la résolution 69/281, où l'AGNU affirme que la destruction du patrimoine culturel « efface la mémoire collective d'une nation », celle-ci vise à prendre des mesures pour protéger le patrimoine culturel d'une nation particulière – en l'espèce la nation irakienne – tout en incitant, dans plusieurs paragraphes, les Etats à coopérer pour protéger le patrimoine culturel en général. On peut affirmer que l'AGNU ne ferait pas référence explicitement à la « nation » et à la disparition de sa « mémoire collective » si elle ne considérait pas qu'il y avait une nécessité de protéger celle-ci.

l'individu (I.) sans quoi il ne sera pas possible d'étudier convenablement les liens que celui-ci entretient avec la nation (II.).

## I. L'individu, substrat humain de la nation

L'étude des constituants d'un élément composé et de leurs relations réciproques est un préalable nécessaire à la compréhension de l'élément composé qu'ils forment<sup>19</sup>. En l'occurrence, une telle étude visant à mieux appréhender l'individu permet de mettre en évidence l'importance capitale de l'unité (A.) réalisée par l'acquisition de l'identité nécessitant de l'individu qu'il se projette au-delà de lui-même (B.).

### A. L'unité, caractéristique essentielle de l'individu et possible justification de l'intérêt du DIH pour la protection de celui-ci

L'individu nous semble aujourd'hui être un élément incontournable de la pensée et une donnée fondamentale de notre société ce qui peut justifier l'intérêt tout particulier du DIH pour son sort: les livres de développement personnel n'ont jamais connu un tel succès, il devient de plus en plus important pour beaucoup d'avoir un style vestimentaire original, les droits humains sont majoritairement ceux de l'individu<sup>20</sup>... Cependant, cela serait oublier que l'individu – au sens psychologique du terme donc l'individu individualisé – n'a pas toujours existé et qu'il est une création de la pensée occidentale<sup>21</sup>. Etudier l'absence mais aussi la naissance de l'individu psychologique permet de tirer d'intéressantes conclusions quant à l'élément central de cette notion. Si l'individu « *fait son entrée dans le langage politique à la suite, sur le plan théorique, de l'Ecole du droit naturel moderne, notamment de John Locke, et, sur le plan pratique, des Révolutions anglaises de 1648 et 1688*<sup>22</sup> », on peut en trouver les premières traces à la Renaissance<sup>23</sup>. L'individu serait donc absent de l'Antiquité et du Moyen Âge. Le constat de cette absence traverse l'ensemble des travaux de Jean-Pierre Vernant pour ce qui concerne l'Antiquité grecque. L'helléniste souligne en effet que l'individu n'existe dans aucun domaine de la vie humaine<sup>24</sup>. Chacun est alors « *une unité interchangeable, un élément semblable à tous les autres*<sup>25</sup> ». Pour exister individuellement, les Grecs considéraient qu'il fallait « *se faire et demeurer "mémorable"*<sup>26</sup> » par leur mort dont l'individualité ressortait non « *[d]es qualités psychologiques, [de l]a dimension intime d'un] sujet unique et irremplaçable*<sup>27</sup> » mais des « *valeurs*<sup>28</sup> » de « *beauté, jeunesse, virilité, courage*<sup>29</sup> » que

représentait le mort. La conscience de soi d'un Grec ancien « *n'est pas réflexive, repli sur soi, enfermement intérieur, face à face avec sa propre personne: elle est existentielle*<sup>30</sup> ». En réalité, « *le monde de l'individu n'a pas pris la forme d'une conscience de soi, d'un univers intérieur définissant, dans son originalité radicale, la personne de chacun. Bernard Groethuysen résume ce statut particulier de la personne antique [...] en disant que la conscience de soi est l'appréhension en soi d'un il, pas encore d'un je*<sup>31</sup> ». En résumé, « *la Grèce a créé le citoyen, non l'individu*<sup>32</sup> » en s'attachant non aux particularités de chacun mais à ce qui fait que chacun est semblable à autrui. Avec une conscience de lui-même uniquement existentielle, l'individu ne pouvait se constituer en tant que tel: il ne pouvait pas faire la synthèse, l'unité de ses expériences, de ses caractéristiques. Le citoyen grec ne s'est pas soumis à « *l'épreuve de l'individuation*<sup>33</sup> », cette « *épreuve singulière de la vie en et comme soi-même*<sup>34</sup> ». Le Grec ancien n'éprouve pas sa réalité de l'intérieur, il ne se situe dans le monde que depuis une position d'existence sans travail personnel visant à assurer une quelconque unité de lui-même et donc sans chercher l'autonomie vis-à-vis du monde qui l'entoure dont il n'arrive pas – même pour un instant – à se détacher. L'individu grec ne s'est en définitive pas individualisé.

L'histoire de l'individualisation est « *un vaste processus social-historique*<sup>35</sup> » conduisant à l'autonomisation individuelle. Ce processus peut se lire comme la montée toujours plus grande d'une unité détachée du monde qui l'entoure et qui, tout au long de sa vie, doit apprendre à construire et conserver cette unité. Ce processus – qui construit des outils que ne possédaient pas les Grecs anciens – commence à la Renaissance avec « *la pensée humaniste qui fait de l'Homme la mesure de toute chose*<sup>36</sup> » mais également avec un très grand intérêt pour le portrait<sup>37</sup>. Le christianisme va également jouer un rôle considérable dans ce développement de l'individu *via* le Salut qui est individuel et repose sur un examen de l'ensemble des actions d'une personne au cours de sa vie. Avec la philosophie des Lumières<sup>38</sup> et son point d'orgue que représente la Révolution française, l'individu va se démocratiser vers les basses couches de la société<sup>39</sup> et devenir un élément fondamental de cette « *nouvelle forme du monde*<sup>40</sup> » dont Hegel situe la naissance aux XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles. Va également alors apparaître un individu dont l'unité sera fondée non plus sur celle de ses actions, expériences et droits mais sur ses émotions<sup>41</sup>. Cette nouvelle base de l'unité de l'individu contribuera à faire de celui-ci un « *moi émotionnel*<sup>42</sup> » où « *l'émotion et l'émotionnel occupent une place croissante dans l'identité de l'individu, dans sa définition de lui-même, et dans la*

19Méthode déjà recommandée par Thomas Hobbes dans la préface de son ouvrage *De Cive* pour étudier le citoyen et ses relations avec l'Etat (Thomas Hobbes, *Le Citoyen*, Paris, GF Flammarion, coll. « Œuvres de philosophie politique », 1982, p.71).

20A l'exception notable des systèmes de protection des droits humains africain et inter-américain où la dimension collective de certains droits fut reconnue. Pour ce qui concerne le système africain, voir les articles 19 à 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. Pour ce qui concerne le système inter-américain, on peut notamment citer deux décisions de la Cour inter-américaine des droits de l'homme consacrant un droit collectif à un environnement sain: Communauté Mayagna c. Nicaragua, 31 août 2001; Kichwa de Sarakawu c. Equateur, 27 juin 2012. Cette consécration, par la Cour inter-américaine, de droits collectifs est d'ailleurs paradoxale au regard du texte de la Convention inter-américaine des droits de l'homme qui, plus que les autres, donne une importance capitale à l'individu de par son article 18 garantissant le droit à un nom et, dans une moindre mesure, par son article 3 garantissant le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique. On se contentera sur ce point d'affirmer que ces deux articles garantissent, pour l'individu individualisé, une place – et donc une existence – dans le langage pour l'article 18 et dans le droit pour l'article 3.

21Voir notamment Philippe Corcuff, Christian Le Bart, François de Singly (dirs.), *L'individu aujourd'hui - Débats sociologiques et contrepoints philosophiques*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « Res Publica », Rennes, 2010, 400p., où le découpage des contributions entre une première partie « Genèse de l'individu » et une seconde partie « Interroger l'universalité de l'individu » montre que l'individu individualisé est une création dont la forme n'est pas universelle. Les titres des contributions de Danilo Martuccelli (« Y a-t-il des individus au Sud ? Expériences et récits en Amérique Latine », p.129-137) et d'Emmanuel Lozerand (« La question de l'individu au Japon », p.139-149) soulignent bien l'existence d'un individu occidental. Martuccelli parle d'ailleurs de « la représentation historique de l'individu moderne occidental » comme d'un « lit de Procuste mutilant la réalité » (p.136) quand il s'agit d'user de cette représentation pour étudier des individus non-occidentaux puisqu'il s'agit de « mettre entre parenthèses toute position historico-normative » (p.136). Lozerand va dans le même sens et reconnaît « l'existence d'une dynamique spécifique d'individualisation en Occident » (p.141) et parle également d'« une variation japonaise du grand récit de l'individualisation » (p.143). Même s'ils ne réalisent pas une étude complète de l'individu, les développements de Norbert Rouland, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Editions Odile Jacob, 1991, p.205-213 et de Matthew A. Ritter, « Universal Rights Talk / Plurality of Voices: A Philosophical-Theological Hearing » in Mark W. Janis et Carolyn Evans (dirs.), *Religion and International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p.431-452 concernant la transposition des droits humains à des cultures non-occidentales mettent en évidence l'existence d'autres formes d'individu et schéma d'individualisation.

22Pierre-Clément Timbal, André Castaldo, Yves Mautsen, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2009, p.317

23Christian Le Bart, « L'individualisation comme Grand Récit » in Philippe Corcuff, Christian Le Bart, François de Singly (dirs.), *L'individu aujourd'hui - Débats sociologiques et contrepoints philosophiques*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « Res Publica », Rennes, 2010, p.26

24Voir notamment les chapitres IV et VI des *Origines de la pensée grecque* (1969) pour ce qui est des domaines politique et militaire, la sixième partie de Mythe & pensée chez les Grecs (1985) concernant le domaine religieux et les chapitres 3 et 10 de *L'individu, la Mort, l'Amour* (1989) pour les domaines philosophique et littéraire.

25Jean-Pierre Vernant, *Œuvres - Religions, Rationalités, Politique*, Paris, Seuil, coll. « Opus », 2007, p.196

26Id., p.1362

27Id., p.1363

28Ibid.

29Ibid.

30Id., p.1465

31Id., p.1467

32Pierre-Clément Timbal, André Castaldo, Yves Mautsen, op.cit., p.26

33Olivier Tinland, « Auto-affection et individuation selon Michel Henry » in Olivier Tinland (dir.), *L'individu*, Vrin, coll. « Thema », Paris, 2008, p.100

34Id., p.106

35Jean-Claude Kaufmann, « La force structurante d'une illusion: l'individu » in Philippe Corcuff, Christian Le Bart, François de Singly (dirs.), op.cit., p.247

36Christian Le Bart, op.cit., p.26

37Ibid.; voir également François Flahault, « Interrogations sur la conception occidentale de l'individu » in Philippe Corcuff, Christian Le Bart, François de Singly (dirs.), op.cit., p.192-193 pour une nuance de cette importance du portrait en soulignant que « les premières représentations individualisées de visages humains que l'on connaît [...] remontent à plus de dix mille ans (fin du paléolithique) ».

38C'est notamment Locke qui, dans son *Essai sur l'entendement humain* (1698), va former le concept de conscience au sens moderne. En liant conscience et self, Locke fait de la conscience le principe synthétique d'unification de l'expérience consciente. Pour Locke, la conscience individualise car elle permet de saisir notre expérience comme unique, comme un tout. Elle permet de rassembler en un tout l'ensemble de nos états mentaux qui nous définissent comme à nul autre pareil. Voir John Locke, *Essai philosophique concernant l'entendement humain* traduit par M. Coste, Pierre Mortier, Amsterdam, 1735, p.270, §16-19, URL: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54249426> (dernière consultation le 21/08/2021)

39Christian Le Bart, op.cit., p.27

40Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, édition critique établie par Jean-François Kervégan, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2013, p.276

41Christian Le Bart, op.cit., p.28

42Eva Illouz, « Raison et émotion dans la formation de l'individu moderne », in Philippe Corcuff, Christian Le Bart, François de Singly (dirs.), op.cit., p.110

gestion réflexive de ses relations à lui-même et aux autres<sup>43</sup> ». Mai 68 et le néo-capitalisme viennent couronner cette histoire de l'individualisation en consacrant pour « chacun [...] le droit d'être soi-même, à l'écart des rôles traditionnels<sup>44</sup> » et en réclamant « des salariés disponibles, sans attaches, comme délestées de tout ancrage moral, religieux, familial, territorial ou de classe<sup>45</sup> ». L'unité de soi par détachement vis-à-vis des autres pour se centrer sur soi et sa vie intérieure, voilà ce qu'est l'individualisation qui fait de l'individu biologique un individu psychologique. L'émergence de la pratique autobiographique et le développement du « mythe du moi authentique<sup>46</sup> » vont inciter les individus à vivre et examiner leur vie intérieure<sup>47</sup>. Un tel travail – plus ou moins conscient – nécessite une analyse de la diversité de ses ressentis et expériences pour en dégager des traits constitutifs de soi qui permettent de se reconnaître comme un tout unique. Le droit lui-même – et particulièrement les droits humains – participent à la constitution de cette unité détachée des autres qu'est l'individu. L'objet des droits humains est de lutter contre toute « societal intrusion<sup>48</sup> » ce qui les conduit à établir une « structural division between the individual and the society in which the individual would exist as such<sup>49</sup> ». Par la consécration d'un droit au respect de la vie et d'un droit au développement personnel<sup>50</sup>, les droits humains consacrent un « right to be left alone<sup>51</sup> ». Ils font ainsi naître et entretiennent « a society of competing individuals in perennial apprehension of societal intrusion<sup>52</sup> » en introduisant une division verticale – entre les individus et l'Etat – et une division horizontale – entre les individus – où chacun peut donc attaquer chacun quand ses droits humains sont violés.

L'importance de l'unité de ses expériences et de ses émotions pour l'individu, nous l'avons découverte à la fois dans l'absence de l'individu psychologique mais aussi dans le processus historique qui lui donne naissance. Cette importance se confirme dans les différentes définitions du terme « individu » au-delà de la polysémie de celui-ci<sup>53</sup>. Dès *L'Encyclopédie*, au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'unité se retrouve dans la définition donnée de l'individu qui est celui « qu'on ne peut plus [...] diviser en nouveaux sujets qui aient une existence réellement indépendante de lui<sup>54</sup> » et dont « l'assemblage de ses propriétés est tel, que prises ensemble elles ne sauraient convenir qu'à lui<sup>55</sup> ». Dans des définitions plus récentes, l'unité se retrouve encore au cœur de l'individu. De manière générale, l'individu est « un objet de pensée concret, déterminé, formant un tout reconnaissable, et consistant en un réel donné soit par l'expérience externe, soit par l'expérience interne<sup>56</sup> ». En biologie, il est un « être vivant dont les parties coopèrent d'une façon durable, assez étroitement pour que la cessation de cette synergie entraîne la disparition ou tout du moins une transformation considérable des fonctions qu'il manifeste<sup>57</sup> ». En psychologie, il s'oppose à la personne morale « 1<sup>o</sup> en tant que l'unité et l'identité extérieures, biologiques, de l'être humain s'opposent à l'unité et à l'identité intérieures qui résultent en lui de la réflexion et de la volonté. 2<sup>o</sup> en tant que les particularités, l'idiosyncrasie de chaque être humain s'opposent aux caractères communs qui en font des "semblables", et à l'admission commune des valeurs dites impersonnelles<sup>58</sup> ». Enfin, en sociologie, il est « l'unité dont se composent les sociétés<sup>59</sup> ». Ainsi donc, malgré la

polysémie du terme, revient toujours la notion d'unité au cœur de celle d'individu. Cette unité est donc bien une caractéristique essentielle de l'individu. Que celle-ci soit biologique et/ou psychologique, l'individu est avant tout celui qui est un, celui dont les expériences et les ressentis peuvent être analysés pour dégager ses traits caractéristiques propres qui font qu'il n'est pas un autre et qu'il reste lui-même au-delà de la diversité des situations dans lesquelles il se trouve. L'individu semble donc ne pouvoir s'individualiser que loin des autres puisque l'histoire de l'individualisation peut s'interpréter comme la création graduelle d'une unité de plus en plus détachée des autres. Ce détachement des autres rend l'individu plus facilement identifiable pour le droit qui peut, dans un même terme, faire référence à l'individu biologique et psychologique. Il n'est donc pas surprenant que le DIH s'intéresse plus à la protection de l'individu qu'à celle du groupe et *a fortiori* la nation qui est bien plus difficilement identifiable car cette identification suppose un travail approfondi pour circonscrire les limites du groupe. Pourtant, il n'est pas évident que l'individu ne puisse s'individualiser que loin des autres, en totale autonomie. Une telle impression ressort de cette version simpliste de l'histoire de l'individualisation, de ce « Grand Récit » comme le dit Christian Le Bart. Se défaire de cette impression nécessite de suivre *L'Encyclopédie* dont l'article « Individu » fait un renvoi vers l'article « Identité » soulignant donc l'existence d'un lien étroit entre les deux notions<sup>60</sup>.

## B. Acquérir son identité, l'importance capitale du groupe dont la protection juridique bénéficie à l'individu

Si l'individu – au sens psychologique – n'a pas toujours existé, c'est bien que l'on ne naît pas individu, on le devient<sup>61</sup>. Chacun doit se construire comme individu donc assurer l'unité de ses actes et ressentis par-delà la diversité de ses expériences. Pour Husserl, cette unité est de deux ordres, à la fois unité d'une vie factuelle et unité d'une vie affective<sup>62</sup>. Cette unité qui doit durer dans le temps implique notamment « la constitution d'un rapport à soi qui se joue entre le même et l'autre<sup>63</sup> ». Ce rapport à soi est ce que l'on appelle l'identité de l'individu donc l'ensemble des caractères qui font qu'un individu est lui-même et qu'il le reste aux différents moments de son existence. Husserl nous renseigne sur la manière dont se conçoit et se construit cette identité : cela « se joue entre le même et l'autre ». C'est donc dans le rapport à autrui que se construit l'identité, dans un rapport où l'on va déterminer ce qui est comme nous et ce qui ne l'est pas. Si l'individu est une unité d'expériences et de ressentis, il n'est pas pour autant totalement autonome puisqu'il a besoin des autres pour construire son identité. Il doit donc se chercher au-delà de lui-même en entrant en relation avec d'autres et avec des ensembles qui le dépasse. L'individu est le « produit paradoxa<sup>64</sup> » de la société et de ses institutions. L'un n'existe pas par défaut de l'autre, chacun existe grâce à l'autre. Cette question du rapport aux groupes a occupé – et continue d'occuper – les débats entre les communistes et les libéraux. En effet, dans la conception des Lumières – conception libérale – c'est la liberté qui fait de l'individu un individu<sup>65</sup>. L'individu ne

43Ibid.

44Christian Le Bart, op.cit., p.28

45Ibid., p.29

46Ibid.

47C'est dans la nature du processus d'individualisation que l'on peut noter les différences entre les schémas d'individualisation à travers le monde : si l'individu occidental se construit, s'individualise, en faisant l'unité de sa vie intérieure, l'individu confucéen s'individualise en faisant l'unité des rôles qu'il remplit dans ses relations avec les autres. Il se réduit à ses rôles dont il ne peut se détacher, il est ce qu'il fait tandis que l'individu occidental se contente de faire : « I am the totality of roles I live in relations to specific others. I do not play or perform these roles; I am these roles. When they all have been specified I have been defined uniquely, fully and altogether, with no remainder with which to piece together a free, autonomous self. » (Henry Rosemont Jr., « Why Take Rights Seriously? A Confucian Critique » in Leroy Rouser (dir.), *Human Rights and the World's Religions*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1988, p.177.)

48Matthew A. Ritter, op.cit., p.429

49Ibid.

50Ce droit n'est pas consacré en tant que tel. Cette formule synthétise la consécration du droit à la vie, du droit à l'éducation, de la liberté de conscience et de religion, de la liberté d'expression...

51Matthew A. Ritter, op.cit., p.453

52Ibid., p.430

53André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2016, p.495-496 où l'on ne trouve pas moins de cinq sens à ce terme dans des domaines aussi variés que la logique, la biologie, la psychologie ou la sociologie.

54Jean le Rond d'Alembert, Denis Diderot, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société de gens de lettres*, 1766, Paris. URL : [https://fr.wikisource.org/wiki/L%2E2%80%99Encyclop%C3%A9die/ire\\_%C3%A9dition/INDIVIDU](https://fr.wikisource.org/wiki/L%2E2%80%99Encyclop%C3%A9die/ire_%C3%A9dition/INDIVIDU) (dernière consultation le 24/05/2021)

55Ibid.

56André Lalande, op.cit., p.495 (nous soulignons)

57Ibid., p.496 (nous soulignons)

58Ibid. (nous soulignons)

59Ibid. (nous soulignons)

60Jean le Rond d'Alembert, Denis Diderot, op.cit.

61En affirmant cela, on veut dire que l'individu des sciences naturelles doit s'individualiser pour devenir l'individu de la psychologie. Ce travail d'individualisation n'est cependant pas conscient et n'est pas une option pour l'individu biologique, il n'y a pas d'individu humain – compris au sens de « membre de l'espèce humaine » – qui ne soit pas un individu au sens psychologique du terme.

62Laurent Perreau, « La question de l'individu et de l'individuation chez Husserl » in Olivier Tinland (dir.), op.cit., p.94

63Ibid., p.96

64Philippe Corcuff, Christian Le Bart, François de Singly, « Introduction » in Philippe Corcuff, Christian Le Bart, François de Singly (dirs.), op.cit., p.20

65Claude Calame, « Entre droits de l'homme et droits sociaux : l'individu abstrait et la personne concrète » in Philippe Corcuff, Christian Le Bart, François de Singly (dirs.), op.cit., p.154. Cette liberté n'est pas uniquement (ni peut-être d'abord) juridique, c'est aussi une liberté vis-à-vis d'un ordre supra-humain transcendant : « On pensait l'existence humaine, hier, à partir du paradigme de la dépendance : l'homme se trouvait

pourrait ainsi exister que loin du groupe. Pour les communautariens comme Michael Sandel, Alasdair McIntyre ou Charles Taylor une telle conception conduirait à créer des individus « indiscernables, dépourvus d'individualité et privés d'identité propre<sup>66</sup> ». Finalement construire des individus à l'écart du groupe reviendrait à créer des individus qui n'en seraient pas. Pour les communautariens, « l'identité d'un individu est faite de sa manière particulière de se situer dans son univers culturel<sup>67</sup> » soulignant que l'individu ne peut se construire que dans un rapport au groupe qui lui seul peut lui offrir un univers culturel. Ce groupe peut être la nation d'autant qu'elle est un univers culturel rassemblant une histoire, des symboles, des valeurs, une langue...

Le conflit libéraux-communautariens semble ne pouvoir être résolu. Il semble obligatoire de choisir entre une conception de l'individu pouvant exister sans le groupe et une conception de l'individu n'existant que grâce au groupe. Cependant, les libéraux de la Révolution française ne sont pas aussi extrêmes dans leurs positions que semblent vouloir le dire les communautariens. En effet, dès 1789, liberté individuelle et liberté collective sont liées puisque réciproques. Une telle conception est parfaitement lisible à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 où la liberté individuelle est encadrée par la liberté collective, la liberté des autres : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. » L'abbé Sieyès pouvait ainsi affirmer que « celui qui entreprendroit sur le droit d'un autre, franchiroit les bornes de son propre droit ; il suit que le droit de chacun doit être respecté par chaque autre, & que ce droit & ce devoir ne peuvent pas ne pas être réciproques<sup>68</sup> ». Dans l'esprit des révolutionnaires, la liberté de l'individu ne peut se définir sans celle des autres, sans celle du groupe. Ce rapport entre ces deux niveaux de liberté « interdit de penser un individu qui serait libre dans le splendide isolement d'une solitude asociale<sup>69</sup> ». Finalement, l'opposition entre libéraux et communautariens n'est pas si tranchée que ce qu'elle semblait être de prime abord. Les deux mouvements reconnaissent l'importance capitale du groupe dans le processus d'individualisation et donc dans la constitution de l'individu en tant que tel. Ainsi, dans le libéralisme rawlsien, « chaque individu prend conscience de sa propre valeur en participant à la vie d'une communauté qui le dépasse, et en recevant de cette communauté la reconnaissance de sa valeur<sup>70</sup> ». Le débat entre les libéraux et les communautariens porte en réalité sur la question de savoir si l'individu est un *embedded self* - s'il est inscrit dans un contexte communautaire - ou un *constituted self* - s'il est constitué par la communauté<sup>71</sup>. Dans le premier cas, l'individu est influencé par le groupe pour se constituer en tant qu'individu mais ce n'est qu'une influence. L'individu maintient une certaine distance avec le groupe qui lui permet d'aller chercher dans d'autres groupes pour se constituer. Dans le second cas, l'individu est entièrement défini par le groupe sans aucune distance. L'être humain doit donc pour s'autonomiser et se constituer en tant qu'individu chercher au-delà de lui-même des codes, des représentations qui vont lui permettre de la fois de se

reconnaître dans autrui mais également de savoir qu'autrui est fondamentalement différent. La diversité des identités individuelles tend plutôt, selon nous, à soutenir la thèse de l'*embedded self* puisque ce n'est que par « le croisement et la combinaison pratiques de plusieurs niveaux identitaires collectifs<sup>72</sup> » que l'individu va pouvoir créer son identité et donc s'individualiser. Ces niveaux identitaires sont plus ou moins élargis : l'individu va d'abord s'identifier vis-à-vis de sa famille, de sa catégorie socio-professionnelle, des habitants de son pays, des habitants des autres pays. A chaque niveau, il va récolter des éléments qu'il synthétisera pour se faire unité originale. Chaque fois qu'il rencontre un autre individu, il pourra ainsi affirmer leur semblance mais également leur fondamentale différence. Si l'individu ne peut s'individualiser sans l'univers culturel donné par un groupe comme l'est la nation, il peut se trouver en péril si les manifestations et supports dudit univers sont détruits. En ce sens, l'ethnocide et le génocide<sup>73</sup> constituent un péril pour l'individu tant biologique que psychologique. Si ces crimes peuvent menacer directement la vie des individus, ils détruisent également l'univers culturel de la nation et, par conséquent, limitent les possibilités d'individualisation. Ils effacent une partie de l'identité des individus. On comprend mieux dès lors pourquoi l'AGNU s'inquiétait des conséquences de la destruction du patrimoine culturel de l'Irak sur la nation irakienne et les irakiens<sup>74</sup>.

L'écart que l'on avait identifié au début de notre travail entre un discours affirmant protéger des nations et les faits où celles-ci sont absentes semble déjà se réduire. Si l'individu est un, il se définit par rapport aux autres en se différenciant mais également en s'identifiant à eux<sup>75</sup>. C'est en acquérant son identité que l'individu peut constituer son unité mais l'acquisition de cette identité nécessite de l'individu qu'il entre en relation avec d'autres, avec un groupe qui, d'une manière ou d'une autre, va lui donner les codes nécessaires pour se penser et se construire. L'individu ne peut donc exister sans un groupe le dépassant. Un lien existentiel lie donc l'individu au groupe puisque ce dernier permet au premier de se construire en tant que tel. Si le groupe en tant que tel - la nation - se trouve menacé, comme dans le cas de l'ethnocide, l'individu se trouve nécessairement en péril dans sa dimension biologique mais aussi psychologique. En affirmant protéger un groupe, on affirme donc nécessairement protéger les individus le composant. C'est en établissant des relations notamment avec les membres de sa nation que l'individu construira une partie de son identité et participera en même temps à la construction et à la pérennisation de cette nation.

## II. La nation, mise en forme d'un substrat humain national par et pour les individus

Notion ancienne et difficile à définir, la nation dépasse les individus la composant pour les englober dans un tout par des mécanismes complexes (A.). Cependant, de par son caractère artificiel, elle procède également des individus tout en étant constamment tournée vers eux leur permettant de s'individualiser et donc de se construire en tant qu'individus (B.).

### A. La nation, effacement de l'individu par le biais de mécanismes complexes

rivé à la normativité que Dieu avait établie. La liberté n'avait rien alors d'une auto-affirmation de soi. Elle ne trouvait sa signification que dans le fait de se soumettre aux "prescriptions de la loi éternelle". La rupture moderne fait prévaloir une axiomatique de l'autonomie : le sujet devient alors, tandis que se défait l'ordre finalisé de la nature, à lui-même son propre centre, "l'auteur de ses jours" selon la formule du Coriolan de Shakespeare. » (Philippe Portier, « Conclusion. Les laïcités à l'épreuve de la "deuxième modernité", in Jean Baudrillard, Micheline Milot, Philippe Portier (dir.), Laïcité, laïcités de Reconfigurations et nouveaux défis [en ligne], Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2015, URL : <http://books.openedition.org/editionsmslh/5672> (dernière consultation le 05/08/2021)).

66Marc-Antoine Dilhac, « La querelle de l'individualisme : Rawls et les communautariens » in Olivier Tinland (dir.), op.cit., p.168

67Charles Taylor, Hegel et la société moderne, trad. J. Brindamour et G. Laforest, Paris, Le Cerf, 1998, p.87

68Emmanuel Joseph Sieyès, Préliminaire de la Constitution française, 1789, Paris, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41690g/f24.item.textelimage> (dernière consultation le 31/05/2021), p.22

69Sophie Wahnhin, « Individualité et subjectivation pendant la période révolutionnaire » in Philippe Corcuff, Christian Le Bart, François de Singly (dirs.), op.cit., p.43

70Marc-Antoine Dilhac, op.cit., p.188

71Id., p.189

72Claude Calame, op.cit., p.160

73Sur ces deux notions, voir Agathe Desmier, Hugo Grillon et Hamza Mazlum, « Ethnocide : entre mythe juridique et réalité », dans ce numéro. On renverra également à Raphaël Lemkin, Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of

Government, Proposals for Redress, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p.79-90, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9443228/fl.item> (dernière consultation le 14/06/2021)

74Résolution 69/281 de l'Assemblée générale des Nations Unies, op.cit., p.2

75Cette définition de l'individu ouvre une nouvelle question : qu'est-ce qu'une personne ? Sans apporter de réponse définitive à cette interrogation qui n'est pas le cœur de notre propos, on dira tout de même qu'il ne semble pas y avoir de sens précis au seul terme « personne ». Le Lalande ne définit d'ailleurs pas la personne mais la personne morale, la personne physique et la personne juridique (André Lalande, op.cit., p.759). Seule la personne morale pourrait éventuellement entrer en conflit dans sa définition avec l'individu mais le Lalande opère un renvoi vers son article « Individu » à la fin des développements sur la personne morale indiquant une proximité certaine entre les deux notions. Tout au plus, l'ouvrage va-t-il distinguer « personne » et « individu » en considérant que le premier « sert parfois de synonyme plus honorable ou plus respectueux » au second (Id., p.760). On peut néanmoins signaler qu'Husserl fait une distinction forte entre l'individu qui n'a alors pas d'acceptation psycho-sociologique et la personne qui est « l'individuation pratique de la vie subjective » (Laurent Perreau, op.cit., p.98). Ce n'est cependant pas l'approche que nous avons retenue pour ce travail puisque la notion « individu » semble plus propice à l'étude des éléments d'un groupe que celle de « personne ». Certains politologues - particulièrement les collaborateurs de la revue L'Ordre nouveau comme Robert Aron, Jean Jardin ou Denis de Rougemont - distinguaient l'individu qu'ils concevaient comme une abstraction et la personne qui était une réalité concrète (André Lalande, op.cit., p.759-760) mais c'est là encore une distinction que nous n'avons pas retenue.



La nation fait partie du paysage terminologique depuis le Moyen Âge<sup>76</sup> et désignait alors des individus ayant une même origine qu'elle soit réelle ou supposée<sup>77</sup>. Ce terme a plus largement eu « *tendance à désigner n'importe quelle communauté politique et n'importe quelle communauté de civilisation, de culture*<sup>78</sup> ». Le sens politique<sup>79</sup> de cette notion est cependant plus précis même s'il reste difficile à cerner. Certains historiens comme Marc Bloch affirment que ce sens politique émerge avec la Guerre de Cent Ans<sup>80</sup> même si la question de la définition de ce terme fait encore partie « *de ces neuves et intéressantes questions*<sup>81</sup> » qu'il convient d'étudier en 1792. Dans les premières définitions politiques données à ce terme, celui-ci semble uniquement désigner une communauté d'individus qui, à un instant *t*, vivent sur le même territoire, sous les mêmes lois et parlent la même langue<sup>82</sup>. Rapidement pourtant, la nation va devenir plus que la simple somme des individus la composant. Ainsi, dès 1792, Jean-François Lambert insistera lourdement sur le fait que la nation se compose de la génération présente mais également des générations passées et futures<sup>83</sup> ce que Francis Hamon et Michel Troper diront dans des termes quasiment identiques quelques siècles plus tard en 2016<sup>84</sup>. Renan parle de la nation comme d'une « *grande solidarité*<sup>85</sup> ». En 1976, Pierre Gaborit et Daniel Gaxie soulignent fortement ce caractère englobant de la nation qui est « *une entité transcendante [...] distincte de l'ensemble des citoyens*<sup>86</sup> ». La nation est donc plus qu'une somme d'individus. Il y a quelque chose de plus dans la nation qui va masquer les individus pour mieux les intégrer. Les individus n'ont pas disparu, ils sont en retrait, effaçant certaines de leurs différences pour mettre en valeur ce qui les unit<sup>87</sup>. Ils restent des individus puisqu'ils se savent chacun différents des autres mais ils savent aussi que de très nombreux éléments font qu'ils appartiennent à un même ensemble sur lequel ils n'ont individuellement aucune prise.

Plusieurs fondements unificateurs de la nation ont été proposés conduisant à la distinction d'une conception française de la nation – conception élective – représentée par Ernest Renan en 1882 et une conception allemande de la nation – conception ethnique – représentée par les *Discours à la nation allemande* de Johann Gottlieb Fichte en 1807<sup>88</sup>. Fichte essentialise<sup>89</sup> la nation en considérant que c'est « *exclusivement la caractéristique générale de la germanité*<sup>90</sup> » qui fait l'unité de la nation allemande. Il affirme que la nation repose sur trois piliers : une langue commune<sup>91</sup>, des traits biologiques héréditaires et une religion commune<sup>92</sup>. Il semble que l'élément déterminant,

pour Fichte, soit la religion qui « *détermine absolument et achève ce que l'on a nommé le caractère national d'un peuple*<sup>93</sup> ». Ainsi toute personne justifiant de ces éléments est considérée comme appartenant à la nation. Renan a une approche plus contractualiste de la nation où celle-ci ne peut uniquement résulter de « *la race, la langue, les intérêts, l'affinité religieuse, la géographie, les nécessités militaires*<sup>94</sup> ». La nation, si elle suppose un passé, « *se résume [...] dans le présent par un fait tangible : le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune*<sup>95</sup> ». Pour Renan, la nation est plus qu'un donné. Il ne nie pas que des éléments biologiques et culturels entrent en ligne de compte pour définir la nation mais il considère que ces éléments ne suffisent pas *en eux-mêmes* à constituer une nation. Il faut ce désir de vivre ensemble qui s'exprime dans le vote<sup>96</sup>. La conception élective de la nation souligne que celle-ci « *se définit moins dans son identité par un contenu spécifique et fixe que par une volonté commune*<sup>97</sup> ». Une telle conception remet l'individu au centre de la nation réduisant encore l'écart que nous identifions au début de ce travail. La nation procède de l'individu mais immédiatement le dépasse et l'efface : « *l'essence d'une nation est que tous les individus aient beaucoup de choses en commun, et aussi que tous aient oublié bien des choses*<sup>98</sup> ». L'individu doit oublier, doit s'oublier quelque peu pour faire naître la nation. L'individu constitue donc la nation qui elle-même, par son caractère englobant, permet à l'individu de se projeter hors de lui-même pour adopter des codes et représentations qui lui permettront de se constituer en tant qu'individu. Il y a donc un lien existentiel entre l'individu et la nation allant du premier vers la seconde qui se double d'un autre allant de la nation vers l'individu ce qui réduit encore l'écart entre le discours et les faits qui nous guide tout au long de ce travail. Si nation et individu se créent mutuellement, il est évident que protéger l'un équivaut à protéger l'autre. On peut donc affirmer protéger une nation quand on protège en réalité des individus. Cette protection doit cependant s'étendre et aux individus et aux biens notamment culturels puisque la nation ne s'épuise pas dans les individus qui la composent. C'est son caractère englobant mais plus encore son caractère artificiel qui permettent à l'individu de se construire.

## B. L'artificialité de la nation, une construction tournée vers ses bâtisseurs

Parler de l'artificialité de la nation ne revient pas à nier son existence, il s'agit plutôt de mettre en avant son caractère

76 Juliette Sibon affirme que ce terme peut se lire dans des textes médiévaux aussi bien hébraïques, latins ou en langues vulgaires (« Dire la Nation : les sources médiévales » [Podcast], France Culture, 18/01/2015, 32', disponible sur <https://www.franceculture.fr/emissions/talmudiques/dire-la-nation-les-sources-medievales>)

77 C'est ce sens que retient encore le Cardinal de Mazarin dans son testament par lequel il lègue une partie de sa fortune au Collège des quatre nations (cf. Testament de Monseigneur le Cardinal de Mazarin, 1661, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bt1b52001030j/f17.item>, dernière consultation le 01/06/2021). Les quatre nations se trouvaient être les étudiants venant de provinces rattachées à la France par les Traités de Westphalie de 1648 et par le Traité des Pyrénées de 1659 : l'Artois, les Flandres, le Hainaut et le Luxembourg ; l'Alsace et les territoires contigus ; Pignerol et les Etats pontificaux ; le Roussillon, le Conflent et la Cerdagne (cf. La fondation du Collège Mazarin avec les lettres patentes et arrêt d'enregistrement au Parlement, Paris, 1669, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6540530c/f5.item> (dernière consultation le 01/06/2021), p.3).

78 Mario Albertini, « L'idée de nation », Presse fédéraliste, 20 janvier 2018, URL : <https://www.pressefederaliste.eu/idee-nation-mario-albertini> (dernière consultation le 01/06/2021). Cela peut notamment s'illustrer par l'article 2 du traité du 26 septembre 1815 fondant la Sainte-Alliance entre l'Autriche, la Prusse et la Russie qui parle d'une « nation chrétienne » (cf. Traité de la Sainte-Alliance, URL : <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1815sainte.htm>, dernière consultation le 04/06/2021). Le terme a même connu des extensions encore plus grandes et Gérard de Nerval pouvait ainsi parler de « la nation des gens de justice » (cf. Gérard de Nerval, Nouvelles et fantaisies (texte établi et annoté par Jules Marsan), Paris, Librairie ancienne Honoré Champion, 1928, p.182, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k96119177/f228.item.texteImage>, dernière consultation le 04/06/2021).

79 Pierre-Clément Timbal, André Castaldo et Yves Mauten parlent de « métaphysique juridique » (cf. Pierre-Clément Timbal, André Castaldo, Yves Mauten, op.cit., p.528).

80 Emilie Tardivel, « Qu'est-ce qu'une nation ? », Etudes, 2016/10, p.59-60

81 Jean-François Lambert, « Qu'est-ce qu'une nation, un corps politique, un Etat ? Où l'on prouve, d'après les principes et l'expérience des siècles qu'une seule génération ne doit pas usurper ces noms, et s'en prévaloir pour tout bouleverser et pour tout détruire sans aucun égard pour la postérité, 1792, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9735032v/f5.item> (dernière consultation le 01/06/2021), p.2

82 C'est ce qui ressort de la définition donnée par l'Encyclopédie d'Alembert et de Diderot mais également de celle donnée par Turgot pour qui la nation est à la fois « un assemblage d'hommes réunis sous un même gouvernement » et « un assemblage d'hommes qui parlent une même langue maternelle » (cité dans Gabriel Galice, « Les Peuples-Nations dans le "système national/mondial hiérarchisé" », Revue politique et parlementaire, 22 août 2018, URL : <https://www.revuepolitique.fr/les-peuples-nations-dans-le-systeme-national-mondial-hierarchise/> (dernière consultation le 01/06/2021)).

83 Jean-François Lambert, op.cit., p.6 et 76-77

84 Francis Hamon et Michel Troper, op.cit., p.187

85 Ernest Renan, op.cit., p.8

86 Pierre Gaborit et Daniel Gaxie, Droit constitutionnel et Institutions politiques, Paris, PUF, coll. « Mémentos Thémis », 1976, p.20 (nous soulignons)

87 Même si les individus mettent de côté certaines de leurs différences pour mettre en valeur ce qui les unit cela ne les empêche pas de s'individualiser. La nation approfondie le processus d'individualisation commencé au niveau de groupes beaucoup plus restreints comme la famille, les amis... Appartenir à une certaine nation va permettre aux individus de s'individualiser vis-à-vis des membres d'autres nations mais également vis-à-vis des membres de leur propre nation puisqu'ils n'auront pas tout à fait la même interprétation ou la même sensibilité vis-à-vis de ce qui les unit.

88 Ces théories font bien partie du champ de la « métaphysique juridique » pour reprendre l'expression de Timbal, Castaldo et Mauten puisque leur traduction juridique est imparfaite : pour ce qui concerne la conception française de la nation, voir notamment Emilie Tardivel, « Qu'est-ce qu'une nation ? », Etudes, 2016/10, p.53-64 ; pour ce qui concerne la conception allemande de la nation, les modes d'acquisition et de perte de la nationalité allemande sont loin de reposer uniquement sur le sang, la langue ou la religion.

89 Ce terme doit malgré tout être nuancé. En effet, Fichte ne considère pas la différence nationale comme une donnée de l'histoire mais comme « un événement » (Johann Gottlieb Fichte, Discours à la nation allemande (trad. Alain Renault), Paris, Imprimerie nationale éditions, coll. « La Salamandre », 1992, p.118).

90 Johann Gottlieb Fichte, op.cit., p.54 (nous soulignons)

91 Id., p.121 où l'auteur balaye l'idée d'une race pure qui se serait préservée à travers les âges pour mettre en évidence l'importance de la différence linguistique quelque soit l'origine des locuteurs. Pour Fichte, les Allemands sont une nation parce qu'ils ont continué de parler leur propre langue qui s'est développée de manière ininterrompue depuis son apparition.

92 Id., p.216

93 Id., p.217 (nous soulignons)

94 Ernest Renan, op.cit., p.8. Le plan de la conférence de Renan est assez simple : examiner chacun des éléments classiquement considérés comme élément fondateur de la nation (dans l'ordre : la race, la langue, la religion, les intérêts communs et la géographie) pour en montrer les limites et faire de la volonté l'élément fondateur de la nation. La Suisse, à moins de lui nier la qualité d'Etat-Nation, constitue un très bon exemple allant dans le sens de la théorie élective de la nation. Il s'agit en effet d'un Etat multiethnique, multilingue (cf. art.4 de la Constitution de 1999) et multiconfessionnel (cf. art.15 de la Constitution de 1999).

95 Id.

96 Gérard Fussman, « L'idée de nation dans le monde contemporain », Raison présente, n°159, 2006, p.11

97 Pascal Ory in « Du peuple à la Nation française : une histoire sociale en cours avec Pascal Ory » [Podcast], France Culture, 23/12/2020, 41', disponible sur <https://www.franceculture.fr/emissions/inivitee-des-matins/du-peuple-a-la-nation-francaise-une-histoire-sociale-en-cours-avec-pascal-ory>

98 Ernest Renan, op.cit., p.3

construit<sup>99</sup>. La nation n'est pas un donné, elle est une « communauté imaginée » pour reprendre le titre de l'ouvrage de Benedict Anderson<sup>100</sup>. Cette artificialité tend à rendre superflue la distinction entre conception élective et ethnique de la nation. En effet, la volonté de vivre ensemble qui fonde la nation dans la conception de Renan ne peut se développer sans une identité culturelle collective. Renan n'est d'ailleurs pas étranger à une telle réflexion puisqu'il souligne que l'identité culturelle ne suffit pas à elle seule à former une nation<sup>101</sup>. Cette identité culturelle doit nécessairement être mise en forme puisque « l'oubli, et je dirai même l'erreur historique, sont un facteur essentiel de la création d'une nation<sup>102</sup> ». Cette identité culturelle n'est pas une donnée, elle est construite par les individus et particulièrement les intellectuels. Ce « travail de création identitaire<sup>103</sup> » touche tout autant l'histoire que la langue et même l'environnement<sup>104</sup> du groupe humain appelé à devenir nation. Ce travail, effectué par des individus, emprunte le même schéma que celui que l'individu utilise pour construire son identité : l'identité culturelle de la nation se construit toujours dans un rapport d'opposition, de distinction avec les autres nations.

La nation va d'abord écrire son histoire et la figure de l'historien va s'imposer comme le « démiurge de l'identité nationale<sup>105</sup> », comme « la nation incarnée<sup>106</sup> ». L'histoire nationale va se manifester dans le roman national. Cette histoire est distincte de l'histoire factuelle. C'est une histoire qui se concentrera sur les moments d'union et non de division<sup>107</sup>. C'est une histoire faite de héros abandonnant leurs travaux - généralement paysans - pour venir au secours de la nation en danger : Jeanne d'Arc<sup>108</sup> ; le Grand Ferré<sup>109</sup>... L'histoire nationale est une histoire où la nation est toujours l'agressée et jamais l'agresseur, elle ne fait que se défendre, elle ne conquiert jamais et ne fait rien d'immoral. Traitant de la colonisation, des manuels d'histoire du début du siècle dernier peuvent ainsi affirmer sans aucune prise en compte de la réalité historique : « La France n'a pas acquis [son] immense Empire colonial par de longues guerres faites avec beaucoup de soldats. Elle le doit surtout à nos hardis explorateurs et à nos dévoués missionnaires, qui ont su gagner l'amour et la confiance des indigènes en faisant le bien<sup>110</sup>. » L'histoire nationale est tout entière tendue vers le but de créer un sentiment d'appartenance et un sentiment d'attachement profond à la nation<sup>111</sup>. Renan soulignait bien que « le progrès des études historiques est souvent pour la nationalité un danger<sup>112</sup> ». Aussi, toute histoire nationale se veut « multiséculaire et continue établissant le lien entre les ancêtres fondateurs et le présent<sup>113</sup> ». Conséquemment à cette apparition du roman national, apparaissent les

monuments nationaux qui « illustrent particulièrement l'histoire nationale et qui doivent faire l'objet d'une dévotion spécifique de la communauté<sup>114</sup> ». Un monument national est un monument dans lequel chaque membre de la nation doit pouvoir se reconnaître mais aussi que chacun, à travers le monde, doit pouvoir relier à cette nation. C'est avec les monuments nationaux que l'on ressent le rôle des intellectuels et des artistes dans la construction de l'identité nationale. Avec la parution de *Notre-Dame de Paris* en 1831, Victor Hugo veut inspirer « à la nation l'amour de l'architecture nationale<sup>115</sup> » et transforme la vieille cathédrale - alors presque en ruines - en « vaste symphonie en pierre, [...], œuvre colossale d'un homme et d'un peuple, [...] produit prodigieux de la cotisation de toutes les forces d'une époque, où sur chaque pierre on voit saillir en cent façons la fantaisie de l'ouvrier discipliné par le génie de l'artiste, sorte de création humaine [...] puissante et féconde comme la création divine dont elle semble avoir dérobé le double caractère : variété, éternité<sup>116</sup> ». Il en va du monument national comme de l'écrivain national qui doit « illustrer la nation par son œuvre, la qualité de son œuvre, au niveau national et international, illustrer la langue au niveau national et international, représenter au mieux la Nation, lui donner une image favorable et puis aussi, en quelque sorte, l'incarner par sa vie et son œuvre et voire son corps<sup>117</sup> ». Plus que l'histoire événementielle nationale, l'histoire littéraire nationale illustre le caractère construit de la nation. Il n'existe en effet pas de liste fixe des écrivains nationaux, celle-ci évolue au gré des besoins de la nation<sup>118</sup>.

La figure d'Alexandre Dumas, est à ce titre, particulièrement éclairante. Si Jacques Chirac, en novembre 2002, souligne lourdement que celui-ci est le petit-fils d'une esclave noire<sup>119</sup>, c'est pour le mettre en valeur comme incarnation de la diversité de la France. Si « l'écrivain national est une création de l'imaginaire<sup>120</sup> », cet imaginaire et ses productions dépendent du moment historique où il est produit. Si l'identité culturelle de la nation passe par son histoire, elle passe aussi par sa langue puisque « l'homogénéisation linguistique apparaît comme une condition indispensable à la réalisation de la nation comme unité sociale et culturelle<sup>121</sup> ». Les individus vont être les acteurs de cette homogénéisation soit des élites vers le peuple comme en France à travers l'Académie française, soit du peuple vers les élites comme en Allemagne où l'on avait coutume de dire que les nobles ne s'adressaient même pas en allemand à leurs chevaux. Parfois même, il a fallu créer une langue commune soit en enrichissant et modernisant une langue archaïque comme en Italie soit en se fondant sur les dialectes répandus dans la population comme pour le finnois et l'estonien<sup>122</sup>.

99 Sur la largesse du travail de construction de l'identité nationale et la diversité des domaines qu'il touche, on recommandera l'imposant Pierre Nora (dir.), *Les lieux de mémoire*, 3 tomes, Paris Gallimard, coll. « Quarto », 1997, particulièrement p.571-2216

100 Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1983, 160p.

101 Ernest Renan, op.cit., p.8

102 Ibid., p.3 (nous soulignons)

103 Anne-Marie Thiesse, « La fabrication culturelle des nations européennes » in Nicolas Journet (dir.), *La culture - De l'universel au particulier*, Auxerre, Sciences humaines éditions, 2002, p.222

104 Pour des questions de concision, nous avons fait le choix de ne pas développer l'aspect paysager de la nation. Nous recommandons au lecteur intéressé de se reporter à Pierre Nora (dir.), op.cit., p.953-1098.

105 Pierre Nora, « L'« Histoire de France » de Lavissee » in Pierre Nora (dir.), op.cit., p.859-1061d., p.860

106 Fichte dans ses Discours reconnaît ne parler que pour les Allemands « sans reconnaître - mais au contraire en les laissant totalement de côté et en les écartant - toutes les distinctions dissolvantes que de malheureux événements ont introduites depuis des siècles dans une nation unique » (Johann Gottlieb Fichte, op.cit., p.53). De même, certains anciens manuels d'histoire, au moment de raconter la guerre de Cent ans, décrivent la réaction contre les Anglais comme un grand moment d'union nationale : « Et partout, dans les châteaux, dans les villes, dans les plus humbles villages, on s'arme contre l'Anglais » (Ernest Lavissee, *La Deuxième année d'Histoire de France*, Paris, Librairie Armand Colin, 1922, p.124 ; ce manuel couramment appelé « Le petit Lavissee » est une version plus répandue du « Grand Lavissee » où le premier souligne « avec énergie la philosophie politique implicite » dans le second qui produit un colossal « effort pour souder le passé monarchique au présent républicain ; pour donner à l'aventure nationale sa cohérence et sa portée exemplaire » (cf. Pierre Nora, « L'« Histoire de France » de Lavissee » in Pierre Nora (dir.), op.cit. p.891)).

107 Cette « paysanne [...] qui sauva » la nation (Ernest Lavissee, op.cit., p.97) devenue « héroïne nationale » et que « [l]es bons Français sont heureux de [...] prier et de [...] fêter, pour qu'elle continue, dans le ciel, à protéger la France » (H. Guillemin et l'Abbé Le Ster, *Histoire de France*, Paris, Librairie L'École, coll. « Les classiques catholiques », 1938, p.86).

108 Moins connu, ce « paysan doux et bon, comme un enfant, mais fort et brave comme un lion » (Ernest Lavissee, op.cit., p.124) a, pendant la guerre de Cent ans, empêché les Anglais de s'emparer d'un château en exhortant ses camarades au courage.

109 H. Guillemin et l'Abbé Le Ster, op.cit., p.204

110 On pouvait ainsi lire dans certains manuels d'histoire de véritables appels à l'amour de la nation : « Vous, enfants du peuple, sachez que vous apprenez votre histoire, non pour mettre dans votre mémoire quelques faits et quelques dates, mais pour graver dans vos cœurs l'amour de votre [nation]. Rappelez-vous le lointain passé de votre pays. Au temps où les peuples n'étaient pas civilisés, quand la gloire consistait dans des expéditions aventureuses, les Gaulois vos ancêtres ont été des vaillants. Les Francs vos ancêtres ont

été des vaillants, au temps où Charlemagne les menait en Italie, en Espagne et au fond de l'Allemagne, encore barbare, où ils ont porté la civilisation. Les Français vos ancêtres ont été des vaillants, lorsqu'ils ont combattu à Bouvines contre l'envahisseur allemand, et pendant la guerre de Cent ans contre l'envahisseur anglais. Ceux-là aussi sont de vaillants ancêtres, qui ont travaillé dans les écoles, écrit de beaux ouvrages, composé de beaux poèmes : ils ont honoré l'esprit français. Ceux-là encore sont de vaillants ancêtres qui ont élevé nos cathédrales, ou bien qui ont travaillé dans les ateliers des corporations ; car ils ont honoré l'art et l'industrie de la France. C'est un devoir pour vous d'aimer par-dessus toutes choses une [nation] que vos pères ont honorée par leur travail, et pour laquelle ils ont versé leur sang. » (Ernest Lavissee, op.cit., p.127-128)

111 Ernest Renan, op.cit., p.3

112 Anne-Marie Thiesse, op.cit., p.223

113 Ibid., p.226

114 Victor Hugo, *Notre-Dame de Paris*, Paris, J. Hetzel et H. Lacroix (éd.), 1865, p.270, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9742207f9/item> (dernière consultation le 13/06/2021)

115 Ibid., p.58 (nous soulignons)

116 Anne-Marie Thiesse in « La France : une Nation littéraire » [Podcast], France Culture, 27/09/2019, 34', disponible sur <https://www.franceculture.fr/emissions/la-grande-table-idees/la-france-une-nation-litteraire> (dernière consultation le 03/06/2021)

117 Si certains auteurs arrivent à conserver leur titre à travers les âges comme Molière ou Victor Hugo, d'autres tombent de leur piédestal comme Anatole France qui bénéficiait d'un tel rang sous la IIIe République avant de connaître un déclin ardue (cf. Ibid.). Celui qui était « après Voltaire, le plus grand représentant de l'esprit français » (A. Lyonnet et P. Besseige, *Lecture et Langue française*, Paris/Strasbourg, Librairie Istra, coll. « Collection Lyonnet », 1930, p.87) va, après la IIIe République, disparaître de l'histoire littéraire française : son nom n'apparaît que trois fois dans le Précis de littérature française du XIXe siècle dirigé par Madeleine Ambrière (cf. Madeleine Ambrière (dir.), *Précis de littérature française du XIXe siècle*, Paris, PUF, 1990, p.408, 516 et 542, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4806568w.r=pr%C3%A9cis%20de%20la%20litt%C3%A9rature%20fran%C3%A7aise%20du%20XIXe%20si%C3%A8cle?rk=21459;2#> (dernière consultation le 10/07/2021)) et il est totalement absent du Précis de littérature française dirigé par Daniel Bergez (cf. Daniel Bergez (dir.), *Précis de littérature française*, Paris, Armand Colin, coll. « Hors collection », 2020, 480p.).

118 « Discours de Jacques Chirac : Hommage à Alexandre Dumas » [Vidéo], Ina, 30/11/2002, 19'54", disponible sur <https://www.ina.fr/video/I18180133> (dernière consultation le 03/06/2021)

119 Régis Debray in « La France : une Nation littéraire » [Podcast], France Culture, 27/09/2019, 34', disponible sur <https://www.franceculture.fr/emissions/la-grande-table-idees/la-france-une-nation-litteraire> (dernière consultation le 03/06/2021)

120 Anne-Marie Thiesse, « La fabrication culturelle des nations européennes », op.cit., p.224

121 Ibid.

L'exemple de la Slovaquie est à ce titre intéressant pour mesurer l'importance de l'homogénéisation linguistique pour la constitution d'une nation. Lorsque la « *nation slovaque*<sup>123</sup> » adopte la Constitution de 1992, elle affirme que « *le slovaque est la langue officielle de la République slovaque*<sup>124</sup> » tout en précisant que « *[l]es citoyens appartenant à une minorité nationale ou à un groupe ethnique bénéficient, dans les conditions fixées par la loi, en-dehors du droit d'acquiescer la langue officielle de l'État, également du droit : a) à l'instruction dans leur propre langue ; b) d'utiliser leur langue dans leurs rapports avec les administrations ; c) de participer aux délibérations sur toute affaire concernant les minorités nationales et ethniques*<sup>125</sup> ». Cependant, la loi sur la langue officielle de 1995 telle que modifiée en 2009 souligne que « *[l]a langue officielle a priorité sur d'autres langues employées dans la République slovaque*<sup>126</sup> ». Cette priorité de la langue slovaque a un champ d'application très large puisqu'elle concerne les administrations, les toponymes, les écoles et leur matériel, les services de radiodiffusion et de télédiffusion, les marchandises notamment alimentaires<sup>127</sup>. Pour protéger cette priorité de la langue slovaque, des amendes allant de 100 à 5000 euros pouvaient être infligées aux administrations, autorités et entreprises ne respectant pas leurs obligations<sup>128</sup>. Même si les règles ont depuis été assouplies et le montant des amendes réduit, cette priorité de la langue slovaque montre bien l'importance de l'homogénéité linguistique pour une nation émergente suite à la disparition d'un Etat. Lorsque la Tchécoslovaquie fut dissoute le 31 décembre 1992, il était nécessaire, pour la République tchèque et la Slovaquie, d'exister indépendamment en tant que nation tchèque d'un côté et slovaque de l'autre. Pour créer ces deux unités, l'homogénéisation linguistique est nécessaire puisqu'elle permet de créer un groupe humain unit par une langue commune.

La nation procède donc de son substrat humain. C'est lui qui va échafauder l'ensemble de l'identité culturelle sur la base de laquelle les individus pourront exprimer un sentiment d'appartenance et de vivre ensemble<sup>129</sup>. Mais si elle procède des individus, la nation est également tournée

vers eux. En effet, c'est grâce à cette base culturelle créée que les individus vont pouvoir se constituer en tant que tel, vont pouvoir s'individualiser. Ils vont pouvoir, au travers de l'école notamment<sup>130</sup>, capter des codes, des représentations qui vont leur permettre de bâtir leur identité. Par ce travail, les individus contribuent également constamment à pérenniser la nation puisqu'ils vont intégrer les valeurs que représentent les monuments nationaux, l'histoire nationale... Il y a donc un double lien existentiel entre l'individu et la nation : l'individu crée la nation qui elle-même contribue à créer l'individu<sup>131</sup>. L'écart entre le discours et les faits dont l'étude nous a guidé tout au long de ce travail se réduit finalement à peu de choses. Affirmer protéger une nation ne peut se traduire dans les faits qu'en protégeant des individus, des biens, l'environnement : la disparition des individus entraînera la disparition de la nation à la fois d'un point de vue physique mais aussi d'un point de vue culturel ; la disparition des biens et de l'environnement, en ce qu'ils sont chargés de valeurs particulières, ne permet plus de disposer de la base culturelle sur laquelle les individus se fondent pour bâtir la nation. A ce titre, l'ethnocide constitue le meilleur exemple d'un péril menaçant et la nation et les individus. En faisant disparaître la base culturelle constituant le fondement de la nation, l'ethnocide annihile la nation mais il menace également les individus qui voient une partie de leur identité disparaître. De même, le génocide – du moins dans la conception de Lemkin – menace tant l'individu biologique, puisqu'il s'agit d'exterminer les membres d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, que l'individu psychologique, puisqu'il s'agit de faire disparaître l'identité du groupe visé<sup>132</sup>. Le discours fait en réalité la synthèse des faits, il embrasse leur diversité et les réduit à un seul terme. Il n'y a donc pas de rencontre manquée entre le discours et les faits, le premier décrit simplement les seconds d'une manière plus englobante. En revanche, ne réellement protéger que des individus ne peut correspondre à l'affirmation de protéger une nation. La nation ne s'épuise pas dans les individus même si elle en procède et est tournée vers eux. L'écart entre le discours et les faits ne se réduit que si le processus réel de protection porte et sur les individus et sur les biens et – dans une bien moindre mesure – sur l'environnement.

123 Voir le préambule de la Constitution de 1992, URL : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/sk1992.htm> (dernière consultation le 12/06/2021)

124 Article 6 de la Constitution de 1992, URL : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/sk1992.htm> (dernière consultation le 12/06/2021)

125 Article 34§2 de la Constitution de 1992, URL : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/sk1992.htm> (dernière consultation le 12/06/2021)

126 Article 1§2 de la loi 357/2009 du 30 juin 2009 sur la langue officielle de la République slovaque, URL : <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/europe/slovaquie-loi95-09.htm> (dernière consultation le 13/06/2021)

127 Voir les articles 3 à 8 de la loi 357/2009 du 30 juin 2009, URL : <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/europe/slovaquie-loi95-09.htm> (dernière consultation le 13/06/2021)

128 Article 9a de la loi 357/2009 du 30 juin 2009, URL : <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/europe/slovaquie-loi95-09.htm> (dernière consultation le 13/06/2021)

129 Ce travail des individus pour créer l'identité culturelle de la nation se ressent bien dans ce que Pierre Nora appelle « la mémoire-nation » qui est ce moment où la nation prend conscience d'elle-même en faisant la synthèse de toutes les créations humaines qui lui ont permis de se construire, lui permettent d'exister et lui assurent un futur : cette « mémoire-nation » est « la Nation se récupérant comme passé à travers toute l'historiographie romantique et libérale ; se découvrant dans la profondeur de son vécu à travers le roman historique ; s'éprouvant dans l'unité de son être géographique que chante le Tableau de la France de Michelet ; s'explorant avec la création des Guides-Joanne ; se reflétant dans la peinture nouvelle de ses paysages. C'est la nation surtout comme un projet unifié créant décemment les instruments d'exploration et de conservation de sa propre mémoire, musée, sociétés savantes, Ecole des chartes, Comité des travaux historiques, Archives et Bibliothèque nationales. Et même, en cette période

de paix, s'exaltant aux souvenirs de sa grandeur militaire, avec les tableaux de bataille de la galerie historique du musée de Versailles, avec le retour des cendres de Napoléon. Avec, surtout, ce mythe du Soldat-laboureur qui s'incarne dans le mythique soldat Chauvin » (Pierre Nora, « La nation-mémoire » in Pierre Nora (dir.), op.cit., p.2208-2209). 130 L'importance de l'éducation dans la construction de la nation est bien soulignée par Fichte qui y consacre cinq de ses quatorze discours : voir les deuxième (p.73-94), troisième (p.95-115), neuvième (p.237-256), dixième (p.257-279) et onzième discours (p.281-302) dans Johann Gottlieb Fichte, op.cit. où l'éducation nationale est qualifiée de « moyen de préserver la nation allemande » (p.73).

131 L'existence de ce double lien existentiel fait nécessairement apparaître la question de savoir si l'individu précède la nation ou l'inverse. Un tel questionnement nous semble être la conséquence de l'approche retenue pour étudier les rapports entre l'individu et la nation. La nation n'est qu'un des groupes possibles dans lesquels l'individu trouve des éléments lui permettant de s'individualiser. L'individu, au sens psychologique du terme, précède toujours la nation. Celle-ci peut approfondir le processus d'individualisation mais elle ne peut le débiter.

132 Si Lemkin, dans son *Axis Rule in Occupied Europe*, considérait que le génocide concernait également la destruction de la culture du groupe visé (cf. Raphaël Lemkin, op.cit., p.79 et 84-85), cette dimension a quelque peu disparu de la définition du génocide donnée par l'article 6 du Traité de Rome de 1948. Cet article se concentre principalement sur des atteintes à la vie des individus visés (voir article 6a)-d)) comprenant le génocide comme une menace pour l'individu biologique. Cependant, le point e) de cet article 6 concerne le « transfert forcé d'enfants du groupe [visé] à un autre groupe » autrement dit l'assimilation et donc la disparition de la culture du groupe national, ethnique, racial ou religieux. Le génocide se trouve alors compris comme un péril menaçant le groupe en tant que tel et donc l'individu psychologique qui s'est individualisé sur la base de cette culture.

Ernest Renan a proposé une définition éclairée de la nation « *Une nation est donc une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore. Elle suppose un passé ; elle se résume pourtant dans le présent par un fait tangible : le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune* ». Cette citation permet de mieux appréhender la notion de nation sans directement la rattacher au terme d'État.

En effet, le terme nation trouve son origine au sein du mot latin *natio* qui signifie naissance, groupe humain de la même origine, mais également peuple. L'idée générale qui se dégage (et qui peut constituer une définition simpliste) est qu'un peuple ayant la même culture, la même langue, et se trouvant sur un même territoire peut constituer une nation. Par ailleurs, Renan ajoute à celle-ci le fait que les membres de ce peuple aient un passé commun les ayant unifiés, ainsi qu'un « *désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis. L'homme, Messieurs, ne s'improvise pas. La nation, comme l'individu, est l'aboutissant d'un long passé d'efforts, de sacrifices et de dévouements* ».

Pour Stéphane Pierre-Caps, « *les nations sans État peuvent être définies comme des collectivités qui entendent remettre en cause le cadre territorial et humain de leur existence étatique présente par la revendication et l'affirmation d'une existence nationale propre* ». Cette explication renvoie notamment au nationalisme (« mouvement politique d'individus qui prennent conscience de former une communauté nationale en raison des liens (langue, culture) qui les unissent et qui peuvent vouloir se doter d'un État souverain<sup>1</sup> »). De plus, face à la montée du nationalisme, Luis Moreno a pu mettre en avant l'existence de deux types de nationalisme : le nationalisme de majorité ou d'État ainsi que le nationalisme de minorité correspondant aux nations sans État. Selon lui, le premier n'est autre que la conséquence directe de « *la modernisation et l'industrialisation dans les processus de formation de l'État et de la construction d'une nation. Cette forme de nationalisme a amené à l'intégration de sociétés ethniquement homogènes, comme l'Allemagne ou la Suède, ou hétérogènes comme l'Italie ou les États-Unis* »<sup>2</sup>. À l'inverse, il définit le second à l'aide des propos de Maria Guibernau et dispose qu'« *un nationalisme de minorité constitue un nationalisme d'une nation sans État qui s'est habituellement développée au sein d'États pluriels soumis à des demandes d'autogouvernement par ces nations sans État* »<sup>3</sup>. Le nationalisme d'une nation fonde la volonté d'un peuple à devenir politiquement, juridiquement et territorialement indépendant de l'État dans lequel elle se trouve. Ces nations, généralement appelées sans État, aspirent à obtenir leurs propres gouvernements, leurs propres systèmes judiciaires ainsi que leur propre nationalité. De surcroît, lorsque l'on évoque la notion de nation sans État, il est primordial de définir ce qu'est un État. En outre, ce terme trouve son origine au sein du mot latin *status* qui signifie notamment « se tenir debout ». L'État est souvent organisé autour d'une Constitution (terme provenant des mots latins *cum* que l'on peut traduire par « avec », et *statuere* qui veut dire « maître de

») régissant ses lois, ses principes fondamentaux ainsi que ses comportements et relations avec différents pays.

De surcroît, il est à noter que l'État fut, pendant une longue période, perçu comme étant le seul sujet originaire du droit international public. Toutefois, le 11 avril 1949, la Cour internationale de Justice (CIJ) en définissant le terme de sujet de droit international, dans l'Affaire des réparations des dommages subis aux services des Nations Unies, a permis aux organisations internationales de faire partie également de la catégorie de sujet. Ainsi, selon la Cour, « *la qualité pour présenter une réclamation internationale c'est, pour qui en est revêtu, la capacité de recourir aux méthodes habituelles reconnues par le droit international pour l'établissement, la présentation et le règlement de réclamations. Parmi ces méthodes, on peut mentionner la protestation, la demande d'enquête, la négociation et la demande de soumettre l'affaire à un tribunal arbitral ou à la Cour, dans la mesure où son Statut le permet* »<sup>4</sup>.

Un sujet de droit international se trouve être une entité titulaire de droits internationaux mais aussi débitrice d'obligations et qui défie la capacité juridique de s'en prévaloir au niveau international. De ce fait, il est nécessaire d'opérer une distinction entre cette notion et celle d'acteur : les acteurs internationaux, malgré l'impact qu'ils peuvent avoir sur la scène et la communauté internationale, ne sont pas une catégorie juridique.

D'autre part, selon le droit international, l'État est « *une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumise à un pouvoir politique organisé* »<sup>5</sup>. La doctrine internationale attribuait trois éléments constitutifs qui permettaient de savoir si l'on était en présence d'un État. Toutefois, l'article 1er de la Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États en date du 26 décembre 1933 a mis en exergue un critère constitutif supplémentaire : « *l'État comme personne de Droit international doit réunir les conditions suivantes : I) Population permanente ; II) Territoire déterminé ; III) Gouvernement ; IV) Capacité d'entrer en relations avec les autres États* »<sup>6</sup>.

S'agissant du territoire, celui-ci s'entend comme étant la base matérielle d'un État, son assise. Le territoire peut se diviser en trois parties : une zone terrestre, une zone maritime et une zone aérienne. D'autre part, avec la sentence arbitrale de Max Huber en date du 4 avril 1928, « *Ile de Palmas* »<sup>7</sup>, deux principes vont véritablement être établis en droit international : l'existence d'une compétence exclusive d'un État sur son territoire, et le fait que la souveraineté territoriale ne puisse appartenir qu'à un seul État. Toutefois, il est à noter que depuis la mise en place de l'Organisation des Nations Unies (ONU) et de l'interdiction de recours à la force armée (article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies), l'utilisation de la conquête militaire comme méthode d'acquisition territoriale est prohibée (les peuples, les États, les nations sans État doivent alors avoir recours à une autre manière pour que leurs actes d'acquisition soient reconnus sur la scène internationale).

Par ailleurs, pour qu'un État soit valablement constitué, il est nécessaire d'avoir un gouvernement effectif (il est essentiel que celui-ci soit en mesure d'exercer toutes ses compétences étatiques). Assurément, il existe une certaine liberté

<sup>1</sup> Dictionnaire Larousse.

<sup>2</sup> Moreno (L.), Identités duales et nations sans État, Revue internationale de droit comparé, 2007/4, Vol.14, pp.85 à 105.

<sup>3</sup> Idem

<sup>4</sup> CIJ, Avis consultatif du 11 avril 1949, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Recueil 1949.

<sup>5</sup> Avis 1 de la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie, 7 décembre 1991.

<sup>6</sup> Convention de Montevideo concernant les droits et devoirs des États, adoptée par la septième conférence internationale américaine le 26 décembre 1933.

<sup>7</sup> « *La souveraineté (indépendance), relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer à l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques* ».

concernant l'organisation politique de l'État. Tous n'ont pas les mêmes administrations et structures politiques. De plus, le principe de non-ingérence vient appuyer cette indépendance. Selon l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU), « *tout État a le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part d'un autre État* »<sup>8</sup>.

Enfin, la capacité d'entrer en relation avec les autres États correspond souvent à la reconnaissance internationale de l'État. Selon Jean Combacau et Serge Sur, la reconnaissance internationale « *est un acte juridique unilatéral par lequel un État atteste à son égard de l'existence d'une situation de fait et s'engage à tirer les conséquences que le droit attache à cette existence* »<sup>9</sup>.

En outre, en droit international, deux idéologies s'opposent : la théorie constitutive (la reconnaissance internationale d'un État est indispensable à l'existence juridique d'un État) et la théorie déclarative (la reconnaissance internationale est une simple confirmation de l'existence d'un État). La Commission d'arbitrage pour la paix en Yougoslavie considère que la reconnaissance « *doit être faite en fonction des principes du droit international public qui permettent de définir à quelles conditions une entité constitue un État ; qu'à cet égard, l'existence ou la disparition de l'État est une question de fait ; que la reconnaissance par les autres États a des effets purement déclaratifs* »<sup>10</sup>. La théorie déclarative reste ainsi majoritaire en droit international public. La reconnaissance internationale d'un État est un acte défendant une importance politique majeure car celle-ci permet de conditionner la bonne intégration de l'État au sein de l'ordre juridique interne.

Aussi, il existe une véritable différence entre les nations sans État et l'État-nation. En effet, « *l'État suppose la Nation, la Nation appelle l'État. Il y a translation, transformation, transmutation, de l'unité nationale en puissance étatique* ». [...] On peut aussi dire avec l'historien Ernest Gellner que ce qui caractérise l'État-nation, c'est la congruence entre une forme d'organisation politique et une identité culturelle »<sup>11</sup>. Un État-nation se trouve entre ainsi, l'association de structures politiques et juridiques constituant l'État avec la notion d'appartenance et d'ordre identitaire représentant la nation.

Cependant, malgré ces différentes formes d'États, les nations sans État constituent une véritable problématique au sein de la communauté internationale. En effet, sans reconnaissance internationale, sans réel territoire, sans une assise politique et juridique, il semblerait que ces nations ne puissent se faire entendre et ce, malgré leur histoire, leur solidarité et leur homogénéité. Pourtant, en ne leur accordant pratiquement aucun droit, ni représentation sur la scène internationale, les nations sans État constituent une importante menace contre la paix et la sécurité internationales.

De ce fait, au regard des éléments susmentionnés, la qualification officielle d'État est-elle la seule option permettant aux nations sans État d'obtenir un rôle, une place et des droits au sein de la société internationale ?

Face à ces interrogations, il conviendra de voir de quelle manière le droit international fragilise-t-il l'émancipation des nations sans États (partie I), puis de comprendre et d'analyser les conséquences des combats de ceux-ci sur la scène internationale (partie II).

## I) La rigidité du droit international public face aux revendications des nations sans État

<sup>8</sup> Résolution adoptée par l'AGNU au cours de sa vingt-cinquième session, Septembre 1970.

<sup>9</sup> Combacau (J.), Sur (S.), Droit international public, Paris, Montchrestien, 7<sup>e</sup> édition.

<sup>10</sup> Avis 1 de la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la Paix en Yougoslavie, 7 décembre 1991.

Le développement de la scène et des règles internationales lors de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle sont véritablement la principale cause de difficulté dans l'émancipation des nations sans État. Si le critère de la population ne requiert pas nécessairement d'éléments spécifiques, celui-ci reste néanmoins le seul à manquer d'exigence particulière (A). En effet, les composants qui leur auraient permis d'évoluer ne sont accessibles que dès lors qu'un acteur de la scène internationale, plus précisément un État, défie une souveraineté absolue, ce qui n'est, en outre, pas le cas de ces nations (B).

A) La population d'un État : une absence d'exigence de la part de droit international public

Si l'on reprend la vision du droit international, la population fait partie des éléments constitutifs et cumulatifs pour que l'on puisse avoir et reconnaître un État au sens de la doctrine. Ainsi, la population d'un État constitue un véritable socle car sans peuple, sans l'union d'individus, il ne peut y avoir d'État. Par ailleurs, au sein d'une population, il est possible de distinguer les nationaux, des étrangers (qui n'appartient pas à la nation où on vit ou par rapport à laquelle on se place). La Cour permanente de justice internationale (CPJI), dans un avis en date du 7 février 1923 concernant les décrets de nationalités en Tunisie et au Maroc, a disposé l'existence d'une compétence personnelle de l'État sur ses nationaux : « *l'ensemble des personnes physiques dont la situation juridique est déterminée par le lien personnel de nationalité qui les unit à l'État* ». La population entendue de manière restrictive (c'est-à-dire les nationaux de l'État), sont à l'origine de la compétence personnelle de celui-ci. Néanmoins, ce dernier défie également une compétence territoriale qui lui permet d'exercer ses pouvoirs sur les étrangers se trouvant sur son territoire.

En outre, selon le droit international, il n'existe aucune obligation pour un État d'avoir une population à un endroit fixe (toutefois ceci reste tout de même préférable). Le droit international public est également indifférent quant à la substance et la quantité des personnes sur le territoire. L'une des premières conséquences de cette absence d'exigence fut notamment l'émergence des États dit multinationaux. Au regard des avancées politiques et internationales<sup>12</sup>, l'expression d'État multinational ou plurinational s'est développée et s'oppose, de fait, à l'idée de l'État-nation. Celle-ci renvoie au fait, selon William Kymlicka, « *qu'un État est « multinational » si ses membres appartiennent à différentes nations ainsi comprises et si « ce fait constitue un aspect important de l'identité personnelle et de la vie politique* »<sup>13</sup>. Il n'existe pas une unité et une uniformité au sein de la population de l'État. Le Royaume-Uni constitue aujourd'hui l'État représentant le mieux cette notion : on retrouve comme nations notamment les Anglais, les Gallois, les Écossais et les Nord Irlandais.

Par ailleurs, malgré le fait que les nations sans État défient une population solide et fidèle, cet élément n'est pas assez suffisant et nécessite la présence de critères beaucoup plus rigides et encadrés pour pouvoir envisager une transition entre ces deux statuts.

B) La souveraineté de l'État et l'autodétermination des peuples : un obstacle majeur à l'ascension des nations

Durant la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la communauté internationale fut confrontée aux nombreux mouvements de

<sup>11</sup> Dumont (H.), Le pacte constitutionnel européen et les Nations sans État, Civitas Europa, 2017/1, n°38, pp.369-409.

<sup>12</sup> Dumont (H.), Bailleux (A.), Le pacte constitutionnel européen : Fondements du droit institutionnel de l'Union, Larcier, 2015.

<sup>13</sup> Kymlicka (W.), La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités, Paris, La Découverte, 2001, p.34.

libération nationale. En effet, plusieurs pays, notamment d'Afrique, ont connu des guerres d'indépendance. Face à ces événements, les Nations Unies vont au fur et à mesure mettre en place un véritable processus de décolonisation.

L'Assemblée générale des Nations Unies, depuis 1946, s'est employée à examiner et mettre en place une politique de décolonisation. C'est finalement le 14 décembre 1960 que celle-ci adoptera la Résolution 1514 (XV), texte considéré à l'époque comme la Charte internationale de la décolonisation. D'autre part, c'est également au sein de cette résolution que va apparaître pour la première fois la notion de « droit des peuples à s'autodéterminer ». Par la suite, le 24 octobre 1970, ce même organe des Nations Unies adoptera la Résolution 2625 (XXV) qui, en plus de promulguer l'égalité juridique, affirme solennellement le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : « Convaincue que le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes constitue une contribution significative au droit international contemporain et que son application effective est de la plus haute importance pour promouvoir les relations amicales entre les États fondées sur le respect du principe de l'égalité souveraine ». Selon Ahmed Ali Abdallah, « ce principe trouve son fondement dans les articles 2, paragraphe 2, et 55 de la Charte de San Francisco, du 26 juin 1945, créant les Nations Unies, qui en fit un de ses objectifs majeurs à atteindre »<sup>14</sup>.

Très rapidement, le droit à la décolonisation est devenu le corollaire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et a permis de le forger et de le consolider. De plus, ce droit comprend deux manières d'agir : il existe pour certains auteurs une autodétermination interne mais également une autodétermination externe. La première renvoie au « droit d'obtenir le statut de son choix à l'intérieur d'un pays »<sup>15</sup>, c'est-à-dire le fait pour un peuple de déterminer librement sans l'ingérence de la part d'États étrangers son organisation politique. La seconde correspond au « droit à l'indépendance, qui « reconnaît à une population la possibilité de se séparer d'un État, soit pour s'ériger en État indépendant, ce qui entraîne comme conséquence inévitable la sécession »,<sup>16</sup> autrement dit, c'est la faculté pour un peuple dont l'autodétermination interne n'a pas été efficace de devenir autonome et de constituer un État.

Neanmoins, malgré l'affirmation et l'existence de ce droit à l'autodétermination, force est de constater que la problématique des nations sans États perdure dans le temps. Cela est notamment lié au concept de souveraineté et de supériorité des États sur tous les autres sujets et acteurs de la scène internationale. Cette idéologie d'autorité suprême fut mise en exergue par Jean Bodin en 1576 dans son ouvrage « Les Six Livres de la République ». Selon lui, « la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République ». Or, il est nécessaire de rappeler que des nations sans États ne disposent d'aucun droit, d'aucune place auprès de la communauté internationale et d'aucune souveraineté. « Une « nation sans État » est donc une nation dépourvue de la souveraineté, donc le contraire d'une nation au sens juridique classique »<sup>17</sup>.

Sans souveraineté, ces nations ne défient pas de légitimité et ne peuvent donc pas prétendre au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de ce fait, à devenir un État.

## II) L'ampleur et l'impact des nations sans États au sein de la scène internationale

« Au lendemain de la Première Guerre mondiale, à la suite de l'effondrement de l'Empire ottoman, les grandes puissances de l'époque, la France et la Grande-Bretagne, décident de la création de nouveaux États qui vont, avec le système des mandats, rester sous leur domination jusqu'à leurs indépendances. Deux peuples sont alors marginalisés : les Kurdes et les Palestiniens »<sup>18</sup>.

L'une des conséquences directes de cette marginalisation n'est autre que la naissance de deux nations sans État avec différentes problématiques : l'une essaye de se faire entendre et de se défendre face à quatre puissances étatiques (I), tandis que l'autre voit sa reconnaissance internationale devenir inefficace notamment en raison du schisme au sein même de sa population (II).

A) La situation Kurde : une nation luttant contre quatre États internationalement « reconnus »

Les Kurdes sont considérés comme étant la plus grande nation sans État du monde. Partagés entre la Turquie, l'Irak, l'Iran et la Syrie, il semblerait y avoir près de quarante-cinq millions de Kurdistans dans ces régions du Moyen-Orient.

Si les termes de « Kurde » et de « Kurdistan » sont réapparus il y a quelques années, cela ne signifie pas que la question sur cette nation est également aussi récente. En effet, il est important de souligner que l'existence du Kurdistan remonte au Moyen-Âge. Toutefois, il est à noter que celui-ci est longtemps resté sous l'emprise de l'Empire Ottoman. Jusqu'à la chute de la Turquie Ottomane, ce peuple n'avait jamais connu une véritable indépendance étatique.

Par la suite, à la fin de la première guerre mondiale, les kurdes aspiraient à devenir un réel État, reconnu sur la scène internationale. « En 1918, le Président Wilson, énonçant ses fameux 14 points, encouragea les espoirs nationaux kurdes. Le 12e point, en effet, déclara l'assurance d'un développement autonome pour toutes les nationalités - non Turques - de l'Empire ottoman ». Le Traité de Sévres, conclue entre les Alliés et l'Empire Ottoman, aurait dû entre la concrétisation de ces envies. Néanmoins, il s'est avéré que la Turquie, en ne ratifiant pas ce dernier, et en le remplaçant par le Traité de Lausanne (qui n'évoquait aucunement la situation du Kurdistan), a réussi à mettre de côté la problématique de la nation kurdistanaise tout en la complexifiant et l'élargissant avec la naissance de la Turquie, l'Irak, l'Iran et la Syrie.

Ce n'est que quelques décennies plus tard, lors d'une autre guerre, que la question Kurde va de nouveau susciter l'intérêt de la communauté internationale. En réaction de la défaite de l'armée irakienne au Koweït, les kurdes d'Irak (accompagnés des chiites) se sont révoltés contre leur propre gouvernement. Les représailles et le crime de génocide dont ils auront été les victimes marqueront le retour de la problématique de cette nation sans État sur le plan international. Le Conseil de sécurité, avec sa résolution 688 en date du 5 avril 1991 « condamne la répression des populations civiles irakiennes dans de nombreuses parties de l'Irak, y compris très récemment dans les zones de peuplement kurde, qui a pour conséquence de menacer la paix et la sécurité internationales dans la région »<sup>19</sup>.

Le Kurdistan est une nation sans État très complexe et qui, de ce fait, n'arrive pas à réunir tous les éléments nécessaires afin de devenir un véritable État. Premièrement, en l'espèce, il est impossible d'utiliser l'*uti possidetis* (adage latin signifiant « vous posséderez ce que vous possédiez déjà ») pour attribuer un territoire et ainsi une puissance étatique. Comme il

<sup>14</sup> Abdallah Ahmed (A.), Réflexions critiques sur le droit à l'autodétermination des peuples autochtones dans la décolonisation des Nations Unies du 13 septembre 2007, Revue québécoise de droit international, Vol.27-1, 2014, pp. 61-85.

<sup>15</sup> Gingras (D.), L'autodétermination des peuples comme principe juridique, Laval Théologique et philosophique, 53 (2), 365-375, <https://doi.org/10.7202/401080ar>

<sup>16</sup> Ibidem

<sup>17</sup> Cité par Dumont (H.), Civitas Europa, p.380.

<sup>18</sup> Carillet-Getty, Les Palestiniens, une nation sans État, France Culture, 2019.

<sup>19</sup> Résolution 688 du Conseil de sécurité des Nations Unies, 1991.

fut susmentionné, le peuple kurde n'a pratiquement jamais été indépendant.

De plus, pour une partie de la doctrine, l'idée d'utiliser le principe d'intégrité territoriale pour faire valoir le territoire du Kurdistan n'est pas envisageable. Comme le rappelle Bryar Baban, en citant la CIJ dans son avis relatif à l'indépendance du Kosovo, « la portée du principe de l'intégrité territoriale est donc limitée à la sphère des relations interétatiques ». [...] Selon cette formule de la Cour, les nations sans État, comme les Kurdes, ne font pas partie intégrante de la « sphère des relations interétatiques » car ils luttent pour briser l'intégrité territoriale d'un État<sup>20</sup>. D'autre part, cette séparation du peuple kurde entre quatre États internationalement reconnus ralentit considérablement l'avancée de cette nation. Dans l'hypothèse qu'un de ces derniers envisage de délaïsser, de manière totale et définitive, une partie de son territoire au profit des kurdistanis, rien ni personne n'est en mesure d'assurer que les trois autres pays en feraient de même. Dans l'attente d'une réelle progression, la nation kurde reste divisée, et mène divers combats plus ou moins interdépendants contre la Syrie, l'Iran, l'Irak et la Turquie. Enfin, force est de constater que la menace que représente l'État islamique au Moyen-Orient a eu un effet, celui d'apporter une attention supplémentaire de la scène internationale sur la problématique de cette nation sans État, mais aussi un effet négatif : entraîner une partie du peuple kurde dans un nouveau conflit alors même que leur nation s'avère relativement fragile aux yeux de tous. Toutefois, pour Bryar Baban, « pour les Kurdes, cette guerre n'est pas seulement une lutte contre le terrorisme international, mais également c'est une guerre de la libération nationale. Il s'agit d'une autre étape ou d'une nouvelle épreuve pour créer leur propre État sur les territoires historiques protégés exclusivement par eux-mêmes »<sup>21</sup>.

B) La situation palestinienne : la non-effectivité de l'État palestinien au sein de la communauté internationale

L'émergence de cette nation sans État est beaucoup plus profonde et bien plus lointaine que les actes, tant de violence que de négociation, auxquels se confrontent le territoire de la Palestine ainsi que la scène internationale aujourd'hui.

Assurément, à la fin de la Première Guerre mondiale, la Grande-Bretagne s'engage auprès de la diaspora juive à trouver un territoire en vue d'en faire un État. Toutefois, en réalisant cette idéologie sioniste (un État juif en Palestine), de nombreuses populations arabes durent quitter la terre de leurs ancêtres. Les Palestiniens qui restèrent durent cohabiter avec ces nouveaux arrivants. Ce n'est qu'avec le temps et leur exil totalement différent de celui des juifs, qu'une diaspora palestinienne s'est formée. La fin de la seconde guerre mondiale marquera un nouveau tournant pour cette nation sans État car, du fait de leur adhésion ainsi que de leur collaboration avec l'Allemagne et Hitler, les Palestiniens ratèrent une nouvelle occasion de fonder leur propre État sur un territoire qu'ils avaient toujours connu. Par la suite, les différents conflits israélo-arabe et israélo-palestinien ne vont cesser d'accroître la puissance de l'État juif et de disperser les Palestiniens principalement vers la Jordanie, le Liban, la Syrie et l'Égypte.

Neanmoins, l'un des seuls effets « positifs » de cette séparation des Palestiniens et de leur exil fut la naissance d'une unité, et d'un nationalisme au sein de cette population. En effet, en plus d'avoir été mis de côté par les

puissances européennes à la chute de l'Empire Ottoman, et d'avoir été grièvement persécuté par les différents conflits avec Israël, les conditions de vie des réfugiés palestiniens furent et demeurent toujours très déplorables. Ce nationalisme c'est notamment développé et matérialiser avec le FATAH (mouvement de libération établi en 1959 au Koweït par Yasser Arafat et principal composant de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP)).

Avec le temps, l'idéologie d'un peuple palestinien est arrivée à se faire entendre. La première démarche internationale sera faite par l'Assemblée Générale des Nations Unies qui le 14 octobre 1974, avec la résolution 3210, reconnaîtra l'OLP comme étant le « représentant officiel du peuple palestinien ». Ceci est assez paradoxal car comme il fut mentionné précédemment, dès lors qu'il y a un peuple colonisé ou occupé par une puissance étrangère, celui-ci dispose d'un droit à s'autodéterminer (droit international reconnu par l'ONU). « S'il y a « peuple », il y a droit à l'autodétermination, donc éventuellement droit à un État, ce qui implique une représentation, un territoire »<sup>22</sup>.

D'autre part ce n'est que le 29 novembre 2012 que l'État de Palestine fut officiellement reconnu par l'ONU comme étant un État observateur non-membre. Avec cela, il serait à même de penser que nous ne sommes plus en face d'une nation sans État. Toutefois, il s'est avéré que cette reconnaissance n'a pas permis à l'État de Palestine d'avoir une réelle effectivité et place au sein de la scène internationale. Actuellement, mise à part la Chine, aucune des premières puissances mondiales comme les États-Unis, la France, le Japon ou bien l'Allemagne, n'a reconnu cet État.

Enfin, cette non-effectivité peut aussi s'expliquer par les divisions qui règnent au sein même de cette nation. Vincent Romani a énoncé que « de nation sans État, les Palestiniens sont aujourd'hui menacés d'avoir un État sans nation »<sup>23</sup>. Les conflits entre le FATAH et le HAMAS (organisation palestinienne islamiste créée à Gaza) sont la source première de cette fragmentation de la nation palestinienne. Si après plusieurs années le FATAH se sent plus ou moins prêt à négocier avec Israël afin de pouvoir véritablement asseoir l'État palestinien, le Hamas quant à lui refuse catégoriquement tout échange avec l'État juif et n'aspire qu'à une seule chose : reprendre la totalité du territoire palestinien.

En outre, si autrefois la Palestine disposait de pratiquement tous les éléments nécessaires pour pouvoir être un État à part entière au sein de la communauté internationale, il est aujourd'hui, au vu de l'instabilité de cette nation, impossible de ne plus la considérer comme une nation sans État.

Au regard des propos susmentionnés, il est aisé de comprendre que la question des nations sans États s'évalue au cas par cas. La rigidité, la rigueur du droit international ainsi que l'emprise que détiennent les premières puissances mondiales sur les actions de la communauté internationale rendent la création et l'évolution d'un État beaucoup plus complexe et dangereux. L'existence de nations sans État se révèle être une véritable menace contre la paix et la sécurité internationale.

<sup>20</sup> Baban (B.), analyse de l'avis du 22 juillet 2010 de la CIJ « Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo » dans le Kurdistan : une nation apatride au droit à l'État, Civitas Europa, Vol.38, n°1, 2017, pp.153-178.

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> David Cumin, Cours d'histoire des relations internationales, Master 1, année 2020-2021.

<sup>23</sup> Romani (V.), La Palestine : vers un État sans nation ?, Revue Relations, Centre Justice et Foi Février 2012.

[Dans cette présentation, le choix a été fait d'utiliser indifféremment les dénominations « Tsiganes » et « Roms », cette dernière ayant acquis sa légitimité en 1971, à l'issue du premier congrès mondial des Roms.]

Introduction : Repères historiques et géographiques

#### A. Les débuts en Occident à l'époque médiévale

1. Les principales routes des Tsiganes : Les origines des communautés Tsiganes sont associées au Nord du monde indien, à la suite de recherches par des linguistes hongrois, anglais et allemands de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Certains groupes proviendraient du Sindh, une province du Sud du Pakistan, d'autres sont mentionnés en Perse. Au début du XIV<sup>e</sup> siècle, on les retrouve en Arménie et dans l'Empire byzantin. Au même moment, les Roms sont mentionnés dans les provinces « européennes » de l'Empire, comme en Moldavie ou dans le Péloponnèse<sup>1</sup>.

2. Le commencement de l'ancrage social et territorial des populations Tsiganes en Europe : Au cours de leurs premières apparitions en Occident, les regards à l'encontre des Tsiganes sont plus curieux que négatifs. C'est à la fin du Moyen-Âge, au début du XV<sup>e</sup> siècle, qu'on retrouve les premières attestations documentaires<sup>2</sup>, notamment avec des documents d'archives ayant gardé la trace des pérégrinations entre 1423 et 1427 du duc André et du comte Thomas ou du comte Philippe.

#### B. Inscriptions sociales et territoriales à l'époque moderne

##### 1. Les limites de l'intégration :

A une époque où la réputation repose en grande partie sur les relations de voisinage et où le vagabondage tend à être criminalisé, la mobilité géographique de la population Tsigane dérange et tend à être perçue comme une entrave au contrôle de l'autorité royale, qui se renforce. Par la suite, les politiques princières se font de plus en plus répressives. Sous Louis XIV, alors que la monarchie voulait mettre au pas sa noblesse frondeuse, elle formula le vœu de « purger le royaume » de « cette engeance bohémienne malfaisante ». D'expulsions en expulsions, la population Tsigane fut contrainte de développer des stratégies de subsistance au travers de l'itinérance.

##### 2. Vers la stigmatisation :

Le XIX<sup>e</sup> siècle est à la fois le temps de la dispersion des compagnies et de la consolidation des systèmes Tsiganes. D'une part, rejetés des campagnes où s'installe un climat d'hostilité à leur égard, ils s'inscrivirent d'autre part dans l'économie populaire rurale et urbaine. À la suite de l'abolition de l'esclavage des Roms dans les principautés roumaines, la France connaitra au cours de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle une vague d'émigration. Les entrées en France s'expliquent plus précisément par les mutations de la politique Tsigane des grands empires centraux, puis par la disparition de ces derniers<sup>3</sup>. À la suite des guerres successives s'étant déroulés entre 1870 et 1913, les États balkaniques modifieront les titres de nationalité et développeront une

politique de recensement et de refoulement à l'égard des Tsiganes, qui motiva les départs.

#### C. Diversité sociale et dénationalisation politique contemporaines

##### 1. La montée de l'exclusion et des discriminations :

Au début du XX<sup>e</sup> siècle, la surveillance policière du monde de l'itinérance changea de nature en devenant une affaire politique. Le Régime des nomades français fut progressivement établi à partir de la loi du 12 juillet 1912, dont l'article 3 dispose : « *Le nomade est celui qui n'a point d'habitudes régulières, vit au jour le jour, sans profession bien définie et avec des moyens d'existence toujours équivoques. Il n'a jamais de domicile fixe* ». La République française prend de premières mesures discriminatoires à l'égard des Tsiganes, en leur imposant un carnet d'identité avec signalement anthropométrique, une sorte de passeport intérieur<sup>4</sup>, dès l'âge de 13 ans. Jusqu'aux années 1930, de nombreux États européens mirent en place à l'encontre de leurs ressortissants nationaux Tsiganes un régime administratif familial d'exception.

Dans le même temps, le mouvement politique tsigane moderne voit le jour. Une rencontre nationale est organisée en 1901 à Sofia puis un congrès à nouveau dans la même ville en 1906 au cours duquel est développée une action politique pour demander le droit de vote et une égalité des droits pour les Tsiganes<sup>5</sup>. En 1919, l'organisation Tzigane Egypt est créée. En 1923, est publié pour les Tsiganes le journal *Istikbal*<sup>6</sup>, lequel sera interdit en 1925, puis le journal *Terbie*<sup>7</sup> en 1931, interdit en 1934, en même temps que l'existence de toutes les organisations tsiganes. La stigmatisation atteint son paroxysme en octobre 1935. En Allemagne, le Parti national-socialiste renforcé, dès son arrivée au pouvoir, une législation déjà assez dure avec les lois de Nuremberg « *sur la sauvegarde du sang et de l'honneur allemand* ». Ces lois visent en premier lieu les juifs mais également les « asociaux », au premier rang desquels les Tsiganes nomades.

##### 2. La Seconde Guerre mondiale et l'après-guerre : un nouveau cadre historiographique

Dès 1939, Heydrich enferme plusieurs dizaines de milliers de Tsiganes allemands et autrichiens dans des camps en prévision de leur déportation à l'Est. Celle-ci survient en décembre 1942 à l'initiative de Himmler<sup>8</sup>. Le nombre total des victimes du génocide Tsigane serait de plusieurs centaines de milliers, au moins 220.000, sur un million de Tsiganes vivant en Europe avant la guerre, marquant violemment les consciences. Déstructuré et dépourvu d'instances représentatives, le génocide des Tsiganes restera longtemps « une catastrophe invisible »<sup>9</sup>. La communauté Tsigane n'a pu obtenir la reconnaissance de ce drame qu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle.

Parallèlement, en 1967, le Comité international Tsigane sera créé, devenant le lien entre diverses organisations nationales. Il prendra la forme d'une fédération internationale. Il s'agit alors d'obtenir une reconnaissance auprès d'organisations internationales tels que le Conseil de l'Europe, l'Unesco ou encore la Commission pontificale Justice et Paix. En 1971, le premier Congrès mondial tsigane

<sup>1</sup> T. BOESTAD, Des Tartares nommés tsiganes : quand le Moyen-Âge pense les Roms, Actuel Moyen-Âge, 2019.

<sup>2</sup> H. ASSEO, L'odyssée des Tsiganes, Collection, n°43, avril-juin 2009.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> A. LARANE, Tsiganes, la nation invisible, Herodote.net (en ligne), publié le 28-05-2020.

<sup>5</sup> J.-P. LIEGEOIS, L'émergence internationale du mouvement politique rom, Hommes et migrations, n°1188-1189, 1995.

<sup>6</sup> Qui signifie « le futur » en turc.

<sup>7</sup> Qui signifie « éducation » en turc.

<sup>8</sup> A. LARANE, Tsiganes, la nation invisible, Herodote.net (en ligne) publié le 28-05-2020.

<sup>9</sup> M. STEWART, Une catastrophe invisible. La Shoah des Tsiganes, Terrain (en ligne), n°54, mars 2010.



est organisée à Londres, réunissant des délégués de 14 pays et de nombreux observateurs.

Les délégués rejettent les dénominations généralement employées, Tsiganes, Zigeuner, Gitanos, Gypsies, qu'ils estiment ne pas être les leurs, et acceptent pour tous le terme de « Rom ». Ils revendiquent le droit légitime de ce peuple à être reconnu en tant que tel, en affirmant notamment : « *Le peuple Rom a le droit de rechercher sa propre voie vers le progrès* ».

Les Roms sont mentionnés pour la première fois dans un texte officiel de l'ONU à travers la résolution 6 du 31 août 1977 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme exhortant les pays « *qui ont des Tsiganes (Romanis) à l'intérieur de leurs frontières à accorder à ces personnes, s'ils ne l'ont pas fait jusqu'ici, la totalité des droits dont jouit le reste de la population* ».

En 1978, le deuxième Congrès se tient à Genève. Le programme d'action vise à la reconnaissance pour les Roms de leur spécificité culturelle, en luttant contre les politiques de rejet et d'assimilation. La nouvelle organisation internationale issue du congrès, l'Union romani, entreprend des démarches auprès du Conseil économique et social des Nations unies et représente, au moment de la remise de son dossier, 71 associations dans 21 États.

Depuis lors, malgré des avancées aux plans européen, national et régional, aujourd'hui encore, les Roms, qui constituent la première minorité ethnique d'Europe, forte d'environ 10 millions d'individus, continuent d'être victimes de nombreuses injustices. En 1994, dans la revue « *Études tsiganes* », l'anthropologue Patrick Williams s'interrogeait : « *Comment construire et maintenir une autonomie dans une situation d'immersion et, pour la majorité d'entre elles, de dispersion ?* ».

Dans quelle mesure la reconnaissance de la minorité ethnique Rom au niveau européen en constitue-t-elle une avancée encore largement insuffisante pour faire cesser l'exclusion et les discriminations ?

Le Conseil de l'Europe, qui se trouve être un acteur majeur dans la protection des droits des Roms depuis sa création, poursuit encore l'objectif d'une intégration (I). Plus récemment, diverses politiques de l'Union européenne tentent de lutter contre l'exclusion de la minorité Rom (II).

I/ Le Conseil de l'Europe : un acteur majeur dans la protection des droits des Roms

La protection des minorités se trouve au cœur de la protection universelle des droits de l'Homme (A). À partir des années 1990, avec les adhésions des pays d'Europe centrale et orientale, le traitement de la question Rom entraîne de nouveaux défis pour le Conseil de l'Europe (B).

A. La protection des minorités au centre de la protection universelle des droits de l'Homme

1. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : instrument de référence pour le respect des droits de l'Homme

Le 4 novembre 1950, les représentants des États membres du Conseil de l'Europe<sup>10</sup> signent à Rome la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cet instrument concrétise et réaffirme l'attachement des États parties à certains droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948. Depuis son entrée en vigueur le 3 septembre 1953, la Convention protège, par le biais d'un mécanisme juridictionnel contraignant, les droits civils et

politiques des particuliers<sup>11</sup>. Sont proclamés le droit à la vie, le droit à la liberté et à la sécurité, le droit à un procès équitable, le principe de la légalité des peines, le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression ou encore la liberté de réunion et d'association. Sont interdits la torture, l'esclavage ou le travail forcé, la détention arbitraire et toutes les formes de discriminations<sup>12</sup>.

Contrairement aux traités internationaux classiques, basés sur le principe de réciprocité entre les États contractants, la Convention crée des obligations objectives pour les États à l'égard des particuliers. Afin de veiller à la mise en œuvre et au respect effectif de la Convention par les États parties, la Cour européenne des droits de l'Homme est instituée. Cette dernière siège à Strasbourg et se compose de 47 juges, soit un par État membre.

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, intitulé « *Interdiction de discrimination* », prohibe les discriminations en garantissant la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention sans distinctions fondées « *sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Depuis 1953, seize protocoles additionnels ont été adoptés. Ils ajoutent des droits et libertés à ceux reconnus dans le texte initial, ou précisent la procédure applicable devant la Cour. Plusieurs protocoles peuvent être invoqués quant à la question Rom. Le protocole n°4, du 16 septembre 1963 interdit les expulsions collectives d'étrangers. Le protocole n°7, du 22 novembre 1984, fixe les garanties procédurales applicables en cas d'expulsion d'étrangers. Le protocole additionnel n°12, du 4 novembre 2000, confirme le principe de l'interdiction des discriminations et en précise les contours. Il est également important de mentionner la Charte sociale européenne de 1961, révisée en 1996, pendant de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de droits civils et politiques (droit au logement, à la santé, à l'éducation ou encore à la protection sociale).

Le Conseil de l'Europe a été la première institution à s'intéresser à l'intégration des Roms au niveau européen. Par la suite, chacun de ses organes a participé à la mise en œuvre d'une meilleure intégration des communautés Roms marginalisées et à la lutte contre la discrimination dont elles sont victimes.

2. La contribution de l'ensemble des organes du Conseil de l'Europe

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sera la première institution, dès 1969, à adopter un texte officiel concernant les Roms<sup>13</sup>. En 1993, à la suite de l'admission de nouveaux États membres d'Europe centrale et orientale, le nombre de Tsiganes vivant dans la zone du Conseil de l'Europe s'accroît considérablement. Afin de faire un point sur la situation, l'Assemblée parlementaire adopte une nouvelle recommandation<sup>14</sup>, laquelle rappelle la situation difficile des communautés Tsiganes ainsi que l'importance de la mise en œuvre des textes déjà adoptés. Elle invite le Comité des ministres à prendre, le cas échéant sous forme de propositions à l'adresse des gouvernements ou des autorités locales et régionales compétentes des États membres, des initiatives dans le domaine de la culture, de l'éducation, de l'information, de l'égalité des droits, de la vie courante<sup>15</sup>. Cette recommandation énonce notamment que « *en tant que minorité dépourvue de territoire, les Tsiganes*

<sup>10</sup> Le Traité de Londres du 5 mai 1949 fonde le Conseil de l'Europe. Il est signé par les 10 pays suivants : Belgique, Danemark, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège, Suède, Royaume-Uni.

<sup>11</sup> CVCE.EU, La mise en place de la Convention européenne des droits de l'Homme, consulté le 06 juin 2021.

<sup>12</sup> Sénat, Rapport d'informations n°199 (2012-2013) de M. BILLOUT, fait au nom de la Commission des affaires européennes, L'intégration des Roms : Un défi pour l'Union européenne et ses États membres.

<sup>13</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation n°563 (1969) relative à la situation des Tsiganes et autres nomades en Europe.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> J.-P. LIEGEAIS, Roms et Tsiganes, Paris, La Découverte, 2009.

*contribuent dans une large mesure à la diversité culturelle de l'Europe, et cela à plusieurs égards, que ce soit par la langue et la musique ou par leurs activités artisanales* » ou encore que « *Le respect des droits des Tsiganes, qu'il s'agisse des droits fondamentaux de la personne, ou de leurs droits en tant que minorité, est une condition essentielle de l'amélioration de leur situation* ».

Le Comité des ministres a pour sa part adopté, dès 1975, diverses recommandations contribuant à promouvoir l'intégration de la population Rom en Europe. Ces textes insistent sur les difficultés sociales et économiques auxquelles les Roms sont confrontés et proposent des améliorations pouvant être apportées dans les domaines principaux que sont l'éducation, le logement, l'emploi, ou encore l'accès aux soins de santé.

A titre d'exemples, en 1975, tenant compte des préoccupations exprimées dans la Recommandation 563 de l'Assemblée Consultative relative à la situation des tziganes et autres nomades en Europe a adopté la résolution n° 13 portant recommandation sur la situation sociale des populations nomades en Europe énonce que « *des mesures appropriées devraient être prises afin d'éviter, dans toute la mesure du possible, que le mode de vie des populations nomades n'ait pour conséquence de les empêcher de jouir des droits et protections* ». En 1983, la recommandation relative aux nomades apatrides ou de nationalité indéterminée rappelle : « *Dans leur droit et leur pratique applicables à la circulation et à la résidence des personnes, les Etats s'abstiendront de toute mesure conduisant à une discrimination envers les nomades fondée sur le mode de vie de ceux-ci* ».

Aussi, la recommandation n° R (2000) 4 sur l'éducation des enfants roms/ Tsiganes en Europe estime que « *des structures de soutien adéquates devraient être mises en place afin de permettre aux enfants Roms/Tsiganes de bénéficier, notamment par le biais d'actions positives, de l'égalité des chances à l'école* ».

La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance est une instance de défense des droits de l'homme du Conseil de l'Europe qui poursuit l'objectif de lutter contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau pan-européen et sous l'angle de la protection des droits de l'homme<sup>16</sup>. Elle adoptait en 1998 une recommandation sur la lutte contre le racisme et l'intolérance envers les Roms et les Tsiganes, soulignant que l'anti-tsiganisme est une forme particulière de racisme, caractérisée par la persistance des préjugés sur le long terme, acceptés par le plus grand nombre, et accompagnés d'actes de violence, d'une déshumanisation des individus et d'une discrimination institutionnelle et systémique<sup>17</sup>.

Dans les années 1990, l'élargissement vers l'Est avec les adhésions des pays d'Europe centrale et orientale presse le Conseil de l'Europe à davantage s'intéresser davantage à la question de la situation des Roms.

## B. De nouveaux défis pour le Conseil de l'Europe à partir des années 1990

### 1. Le développement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

A partir de la seconde moitié des années 1990, la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie d'une vingtaine de requêtes considérées comme recevables à propos de la situation des Roms, portant pour l'essentiel sur le problème des violences policières<sup>18</sup>, des traitements

inhumains ou dégradants infligés en détention ou de cas de stérilisations forcées de femmes roms<sup>19</sup>, des attaques sur des villages roms ou des destructions de biens leur appartenant<sup>20</sup>, des procédures d'expulsions collective<sup>21</sup>. Les requêtes portaient en outre sur les discriminations manifestes<sup>22</sup>, telles que l'interdiction faite à un Rom de se présenter à des élections<sup>23</sup> ou le placement d'enfants Roms dans des écoles spéciales<sup>24</sup>.

Dans un arrêt de 2007<sup>25</sup>, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme rappelait : « *[D]u fait de leurs vicissitudes et de leur perpétuel déracinement, les Roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable, qui a un caractère particulier (...). Ils ont dès lors besoin d'une protection spéciale, ainsi que la Cour [européenne des droits de l'homme] l'a constaté dans sa jurisprudence antérieure (...)* ».

En 2009, la Grande Chambre énoncera : « *[S]i l'article 14 de la Convention [européenne des droits de l'homme] prohibe la discrimination dans l'assurance de la jouissance des "droits et libertés reconnus dans la (...) Convention" l'article 1 du Protocole n° 12 [à la Convention] étend le champ de la protection à "tout droit prévu par la loi". Il introduit donc une interdiction générale de la discrimination* »<sup>26</sup>.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a permis de reconnaître les nombreuses discriminations dont la population Rom est victime, ainsi que de sensibiliser cette dernière aux instruments existants pour faire valoir leurs droits. Il convient cependant de souligner que les requêtes déposées en la matière sont encore rares et que le problème de l'exécution des arrêts de la Cour demeure.

### 2. La mise en place d'organes dédiés à la promotion de l'intégration et de la représentativité des Roms

En 1996, un groupe de spécialistes sur les Roms/Tsiganes (MG-S-ROM), rassemblant 12 pays, est créé. Ce comité se réunit deux fois par an rassemble des membres désignés par les États membres, ainsi que des représentants de l'Assemblée parlementaire, du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux et de l'ECRI. La Commission européenne peut également y siéger en qualité d'observateur<sup>27</sup>. En 2002, ce MG-S-ROM est renommé Groupe de spécialistes sur les Roms, Tsiganes et Voyageurs, pour devenir entre 2006 et 2010 le Comité d'experts sur les Roms et les gens du voyage<sup>28</sup>. Entre 2000 et 2010, le MG-S-ROM a rédigé sept recommandations du Comité des Ministres sur les questions relatives aux Roms et aux Gens du voyage, et plus précisément sur les politiques et les pratiques des États membres à leur égard, en matière d'éducation, de logement, de santé, d'emploi et d'aires d'accueil.

A la suite de la proposition de la présidente finlandaise Tarja Halonen, de créer « *une assemblée consultative des Roms pour les représenter au niveau de l'Europe entière* », lors d'une allocution devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en janvier 2001, le Forum Européen des Roms et des Gens du Voyage (ERTF) est fondé en 2004. Il s'agit d'une organisation internationale des Roms, qui unit les ONG de tous les pays de l'Europe. L'idée était de permettre aux Roms de faire entendre leur voix au niveau européen en faisant non seulement part de leurs préoccupations, mais aussi en prenant part aux décisions les concernant, ainsi que de protéger les droits humains et les libertés fondamentales des Roms, Sintes, Kaleés et gens du voyage, d'intégrer ces peuples dans les sociétés

<sup>16</sup> CRI (97) 50 : Rapport sur la République Tchèque, Commission européenne contre le racisme et l'intolérance. Conseil de l'Europe, Septembre 1997.

<sup>17</sup> M. DOYTICHEVA, Roms et Tsiganes en Europe méditerranéenne : l'actualité d'une question, Confluences Méditerranée, 2015/2, n°93, pp.9-25.

<sup>18</sup> Art. 2 de la Convention relatif au droit à la vie.

<sup>19</sup> Art. 3 de la Convention relatif à l'interdiction de la torture.

<sup>20</sup> Art. 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée et familiale et du domicile.

<sup>21</sup> Protocole n°4.

<sup>22</sup> Art. 14 de la Convention relatif à l'interdiction de la discrimination et Protocole n° 12.

<sup>23</sup> Voir Cour EDH, Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine, arrêt de la Grande Chambre du 22 décembre 2009.

<sup>24</sup> Voir Cour EDH, D.H. et autres c. République Tchèque, arrêt de Grande Chambre du 13 novembre 2007.

<sup>25</sup> Ibid. & 182.

<sup>26</sup> Cour EDH, Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine, arrêt de la Grande Chambre du 22 décembre 2009, & 53.

<sup>27</sup> Sénat, Rapport d'information n°199 (2012-2013) de M. BILLOUT fait au nom de la Commission des affaires européennes, L'intégration des Roms : Un défi pour l'Union européenne et ses États membres, 12 décembre 2012.

<sup>28</sup> Comité ad hoc d'experts sur les questions relatives aux Roms et aux gens du voyage (CAHROM). Document d'information préparé par le Secrétariat et approuvé par le Bureau du CAHROM lors de sa 16<sup>è</sup> réunion à Strasbourg le 1<sup>er</sup> septembre 2018.

européennes, et d'encourager la lutte contre la discrimination. Le Forum réunit des représentants de fédérations nationales et d'organisations internationales roms afin de défendre les droits des Roms et de veiller à leur plein respect.

Début 2011, le Conseil de l'Europe a lancé un projet de formation de médiateurs, pour la plupart issus de la communauté rom, afin de faciliter la communication entre les communautés roms et les institutions publiques sur des questions concrètes telles que la scolarisation des enfants, l'accès aux soins, le logement et l'emploi.

Pour l'UE, la construction d'une réponse au défi de la lutte contre les discriminations à l'encontre des Roms est, en comparaison à l'action du Conseil de l'Europe, plus récente. Elle fait suite à l'approbation du Conseil européen de Copenhague, lequel, en juin 1993, au principe de l'élargissement de l'UE aux pays associés d'Europe centrale et orientale (PECO)<sup>29</sup>. Pour diverses raisons, cet élargissement de l'UE est sans commune mesure avec les autres adhésions. Ce sont 10 États qui sont concernés, soit 100 millions de nouveaux citoyens européens, et le niveau de développement économique des candidats apparaît très inférieur à celui des États membres de la Communauté<sup>30</sup>.

II/ L'action de l'Union européenne pour lutter contre l'exclusion de la minorité Rom

La contribution relativement moderne de l'UE à la question Rom (A) se traduit par un bilan encore largement insatisfaisant (B).

A. Une contribution relativement moderne

1. Les mesures et initiatives des instances européennes

Le programme PHARE est une initiative mise en œuvre par l'UE pour apporter une assistance financière aux pays associés d'Europe centrale et orientale partenaires jusqu'à ce qu'ils soient en mesure d'assumer les obligations inhérentes à la qualité d'État membre de l'UE<sup>31</sup>. Il s'agissait à l'origine principalement des efforts déployés à l'échelle internationale pour fournir un appui économique aux démocraties polonaise et hongroise naissantes. Depuis, le programme PHARE s'est considérablement efforcé pour devenir le principal instrument financier de soutien à la stratégie de pré-adhésion des pays d'Europe centrale et orientale.

En 2007, la Bulgarie et la Roumanie deviennent membres de l'UE. Cette année marque un tournant dans l'engagement de celle-ci quant à une réelle démarche en faveur des Roms.

En décembre 2007, le Conseil européen a abordé pour la première fois la question de « *la situation très particulière des Roms de l'Union* » et a invité les États membres à « *user de tous les moyens pour améliorer leur inclusion* »<sup>32</sup>. En janvier 2008, le Parlement européen lance un appel plaçant pour l'élaboration d'une stratégie-cadre européenne pour l'inclusion des Roms<sup>33</sup>, de même qu'en 2019 il adopte une résolution sur la nécessité de renforcer le cadre stratégique de l'UE pour les stratégies nationales

d'intégration des Roms après 2020 et d'intensifier la lutte contre l'anti-tsiganisme.

Au niveau du cadre juridique, les traités de l'UE constituent la principale base juridique de toutes les initiatives de l'UE visant à promouvoir l'inclusion sociale au sens large, et l'intégration des Roms en particulier. L'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) garantit notamment les droits des personnes appartenant à des minorités : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'état de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ».

L'art. 10 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) énonce comme objectif de l'UE la lutte contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. L'article 21 TFUE établit le droit des citoyens de l'UE de circuler et de séjourner librement sur son territoire. D'autres instruments juridiques et politiques sont également importants pour les mesures d'intégration des Roms, tels que la Charte des droits fondamentaux de l'UE de 2000 devenue juridiquement contraignante après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, avec l'article 21 sur la non-discrimination, deux directives du Conseil de 2000 concernant l'égalité de traitement, une directive du Parlement européen et du Conseil de 2004 sur le droit à la libre circulation pour les citoyens de l'Union<sup>34</sup>, une recommandation du Conseil de 2013 relative à des mesures efficaces d'intégration des Roms<sup>35</sup>, ou encore la communication de 2011 de la Commission sur le cadre de l'UE pour les stratégies nationales d'intégration des Roms pour la période allant jusqu'à 2020, qui consacre également le rôle de l'Agence des droits fondamentaux en la matière.

2. La responsabilité conjointe de l'Union européenne et des États membres<sup>36</sup>.

La population Rom représenterait environ 8 millions de personnes dans l'UE, présents plus particulièrement en Bulgarie<sup>37</sup>, en Roumanie<sup>38</sup>, en Hongrie<sup>39</sup> et en Slovaquie<sup>40</sup>. Dans ces États, 80 % des Roms vivent sous le seuil de pauvreté<sup>41</sup>. Le 21 mai 2012, la Commission européenne présentait une communication intitulée « *Stratégies nationales d'intégration des Roms : un pas dans la mise en œuvre du cadre de l'Union européenne* » dans laquelle elle livrait ses premières conclusions concernant les stratégies nationales élaborées par les États membres. La Commission y voyait un signe de la détermination de ces derniers à s'engager dans la nouvelle voie tracée par l'UE, notamment en identifiant un certain nombre de bonnes pratiques. Cependant, elle soulignait une implication insuffisante des autorités locales et régionales dans l'élaboration des stratégies nationales.

Face au constat de la marginalisation persistante des communautés Roms dans de nombreux pays de l'UE, la Commission européenne a adopté, le 7 octobre 2020, une nouvelle stratégie pour améliorer l'inclusion des Roms dans les sociétés européennes d'ici une dizaine d'années<sup>42</sup>. Le dernier plan décennal adopté par la Commission

<sup>29</sup> Sénat, Rapport d'information n°228 (1995-1996) de D. BADRÉ fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur les conséquences économiques et budgétaires de l'élargissement de l'Union européenne aux pays associés d'Europe Centrale et Orientale, 15 février 1996.

<sup>30</sup> A titre d'exemple, le PIB des candidats réunissait environ 5% du PIB des 15 États de l'UE à l'époque.

<sup>31</sup> Parlement européen, Fiche thématique n°33, Le programme PHARE et l'élargissement de l'UE, 1998.

<sup>32</sup> W. GUY, *Romani identity and post-communist policy*, in *Between Past and Future: The Roma of Central and Eastern Europe*, University of Hertfordshire Press, 2001, pp. 25-33.

<sup>33</sup> Parlement européen, Résolution on a European Strategy on the Roma, p6\_TA (2008)0035, 2008, p.6.

<sup>34</sup> Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

<sup>35</sup> Recommandation du Conseil du 9 décembre 2013 relative à des mesures efficaces d'intégration des Roms dans les États membres, JOCE 378 du 24 décembre 2013.

<sup>36</sup> Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race, d'origine ethnique, JOCE L 180 du 19 juillet 2000 et Directive 2000/78/CE du Conseil du 28 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE L 303 du 2 décembre 2000.

<sup>37</sup> La Bulgarie déclare une population Rom de 325 000 personnes sur son territoire, tandis que le Conseil de l'Europe estime pour sa part le nombre de Roms présents sur ce territoire à 75 000.

<sup>38</sup> La Roumanie déclare une population de Roms de près d'un million de personnes tandis que le Conseil de l'Europe l'estime à 1 850 000 personnes.

<sup>39</sup> La Hongrie compte une population de Roms d'environ 750 000 personnes.

<sup>40</sup> La Slovaquie compte une population de Roms d'environ 500 000 personnes.

<sup>41</sup> Au niveau européen, le seuil de pauvreté correspond le plus souvent à 60% du revenu médian.

<sup>42</sup> Vie publique, Roms, une nouvelle stratégie européenne pour lutter contre les discriminations, 20 octobre 2020.

européenne, visant à soutenir les Roms dans l'UE, met l'accent sur sept domaines clés, que sont l'égalité, l'inclusion, la participation, l'éducation, l'emploi, la santé et le logement. La Commission a présenté de nouveaux objectifs et adresse des recommandations aux États membres sur la manière de les atteindre pour chacun de ces domaines. Au nombre des orientations et mesures fournies par la Commission aux États membres, figurent l'élaboration de systèmes de soutien aux Roms victimes de discriminations, l'organisation de campagnes de sensibilisation dans les écoles, le soutien à l'acquisition d'une culture financière, la promotion de l'emploi des Roms dans les organismes publics ou encore l'amélioration de l'accès des femmes roms à des examens médicaux de qualité<sup>43</sup>.

Pour Vera Jourova, vice-présidente chargée des valeurs et de la transparence : « *Au cours de ces dix dernières années, nous n'en avons pas fait assez pour soutenir la population Rom dans l'UE. C'est inexcusable. Nombre d'entre eux continuent de faire l'objet de discriminations et de racisme. Nous ne pouvons l'accepter. Aujourd'hui, nous intensifions nos efforts pour redresser la situation, avec des objectifs clairs et un renouvellement de notre engagement à produire un véritable changement au cours de la prochaine décennie.* »

## B. Un bilan encore largement insatisfaisant

### 1. Les défis politiques futurs

Le suivi et l'évaluation des stratégies nationales d'intégration des Rom représentent un défi considérable dans tous les États membres. Les divers fonds de l'UE offrent des opportunités à ces derniers pour mettre en place des projets en faveur de l'inclusion des communautés Roms. De nombreux domaines d'action liés à l'amélioration de l'égalité, de l'inclusion et de la participation des Roms sont des compétences nationales. Cependant, l'UE possède un rôle important dans l'orientation des politiques, la coordination des actions des États membres, le suivi et la mise en œuvre des progrès ainsi que l'octroi d'un soutien par l'intermédiaire des fonds octroyés par l'UE.

Les initiatives politiques et les projets financés de l'UE témoignent d'une volonté d'intégration de la population Rom. Toutefois, selon un rapport du 28 juin 2016 de la Cour des comptes européennes : « *des obstacles et des dilemmes subsistent malgré des progrès notables* ». Tout d'abord, les stratégies nationales ont tendance à ne pas indiquer quel niveau de financement est nécessaire pour mener à bien les mesures d'inclusion des Roms proposés. En outre, une attention insuffisante continue d'être accordée à la lutte contre la discrimination et contre l'antisiganisme. Enfin, la nécessité d'une participation active des organisations de la société civile, en particulier de représentants de la communauté rom elle-même, n'a pas toujours été prise en considération dans les États membres sélectionnés au moment de l'élaboration des stratégies

nationales. Tous ces obstacles ne permettent pas aux fonds d'avoir un effet maximal<sup>44</sup>.

Le décalage entre les promesses théoriques et les moyens mobilisés pour leur réalisation révèle une absence de volonté politique. Pour Jean-Pierre Liegeois, sociologue et chercheur français : « *la rupture entre la recherche et l'action fait que nombre d'activités ne sont plus qu'activisme* »<sup>45</sup>.

### 2. Une marginalisation qui perdure, quelles perspectives ?

La préoccupation dont fait l'objet la population Rom ne lui permet pas pour autant de voir sa condition améliorée. Les discriminations dans tous les aspects de la vie sociale des communautés Roms restent nombreuses<sup>46</sup>. En dépit des initiatives européennes, une plus grande implication des différents acteurs concernés à tous les échelons, notamment national et local, est encore nécessaire. En 2009, dans le dixième principe des « Principes communs de base pour l'inclusion des Roms » établis lors de la première rencontre de la Plateforme européenne pour l'inclusion des Roms à Prague, énonce : « *La participation des Roms à chaque étape du processus renforce l'efficacité des politiques. Elle doit s'opérer au niveau national et européen en s'appuyant sur l'expertise des fonctionnaires et spécialistes Roms. Elle doit également impliquer la consultation d'une série de parties prenantes Roms dans l'élaboration, la mise en œuvre et l'évaluation des initiatives politiques* »<sup>47</sup>.

En outre, les études de l'Agence européenne des droits fondamentaux démontrent qu'une meilleure implication des Roms en amont permet d'obtenir de meilleurs résultats en

aval. En 2018, l'Agence européenne des droits fondamentaux estimait que : « *Plus important encore, la recherche montre que le fait de responsabiliser les citoyens peut contribuer à briser l'image stéréotypée des Roms en tant que victimes perpétuelles et les encourager à être égaux en revendiquant leur part du développement et du progrès social* ». L'implication des Roms, trop longtemps « destinataires passifs » des programmes, permettra d'établir un véritable dialogue, notamment dans le processus de décision. Helena Dalli, commissaire à l'égalité, déclarait : « *Pour que l'Union européenne devienne une véritable Union de l'égalité, nous devons veiller à ce que les millions de Roms soient, sans exception, traités de manière égale, socialement intégrés et à même de participer à la vie sociale et politique.* »

Les diverses initiatives prises à tous les échelons ne mettent pas fin à la situation dramatique à laquelle les Roms restent confrontés en Europe. Une réponse urgente demeure nécessaire, des responsabilités mieux définies indispensables. En fondant ses valeurs sur la démocratie, l'égalité, les droits de l'homme et l'État de droit, l'Europe se doit de parvenir à l'intégration de toutes ses populations, au premier rang desquelles la minorité Rom.

<sup>43</sup> Communiqué de presse de l'UE, La Commission lance un nouveau plan décennal de soutien aux Roms dans l'UE, 7 octobre 2020.

<sup>44</sup> Cour des comptes de l'UE, Rapport spécial n°14/2016, Initiatives et soutien financier de l'UE en faveur de l'intégration des Roms, 28 juin 2016.

<sup>45</sup> J.P. LIEGEOIS, Roms et Tsiganes, Paris, La Découverte, 2019.

<sup>46</sup> S. DELEPINE, Tsiganes d'Europe, une minorité en danger ? Diploweb, 14 septembre 2008.

<sup>47</sup> Publications de l'UE, Les 10 principes de bases pour l'inclusion des Roms, disponible en ligne sur le site des publications de l'UE, publication.europa.

« Il y a dans le monde plus de 350 millions d'autochtones répartis entre 5000 peuples au moins, dont la situation varie selon le degré de reconnaissance de leurs droits par les États qui les englobent. Marginalisés politiquement, économiquement et culturellement par les événements historiques qu'ils ont subis (conquêtes, guerres, spoliations de leurs territoires et de leurs ressources, atteintes à leurs visions du monde), ces peuples revendiquent des droits dans les États dont ils veulent faire évoluer la gouvernance »<sup>1</sup>.

La notion « peuples autochtones » ne fait l'objet d'aucune définition faisant autorité en droit international. En effet, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (ci-après « Déclaration » ou « DDPA ») laisse ouverte la définition<sup>2</sup>.

L'indéfinition juridique d'une telle catégorie surprend mais semble logique au regard de la difficulté de répondre, de façon universelle, à la question de savoir *qui* sont les peuples autochtones. C'est pourquoi les principaux acteurs de la Déclaration n'ont souhaité ni inscrire une définition précise ni adjoindre une liste nominale<sup>3</sup>. La volonté de ne pas figer de notion résulte du désir de rester maître de l'élaboration des critères d'identification ainsi que le rappelait le Conseil mondial des peuples indigènes<sup>4</sup>. En outre, toute définition étant nécessairement réductrice, il y a le risque que la diversité socio-économico-politique des peuples autochtones ne puisse être véritablement appréhendée comme le souligne la DDPA elle-même<sup>5</sup> ainsi que la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire *Endorois* : « aucune définition acceptée n'incorpore la diversité des cultures, de l'histoire et des circonstances actuelles des autochtones. Les rapports entre les populations autochtones et les groupes dominants ou principaux de la société varient d'un pays à l'autre »<sup>6</sup>.

Malgré cette absence de définition, certains critères permettent de définir les peuples autochtones, le principal étant le sentiment d'appartenance ethnique. En 1982, le Rapporteur spécial des Nations Unies, José R. Martínez Cobo, proposa dans son *Étude*, une « *working definition* »<sup>7</sup> élaborée à partir de la pratique des États et des peuples eux-mêmes. Il prend en considération de multiples critères, tant objectifs – « *ancestry* », « *culture* », « *language* » – que subjectifs – « *group consciousness* », « *self identification* », « *acceptance* »<sup>8</sup>.

Quelques années plus tard, l'OIT, principale institution produisant, en 1989, l'unique instrument juridique contraignant qu'est la Convention 169 sur les peuples indigènes et tribaux, reprendra très largement ces mots<sup>9</sup> sans toutefois définir clairement qui sont ces peuples. L'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones ajoute à ces critères celui du lien puissant de ces individus et groupes avec les territoires et les ressources naturelles, l'existence de systèmes sociaux, économiques et politiques propres, et d'une langue, d'une culture et de croyances propres<sup>10</sup>. Le droit international précise, en outre, que les autochtones, peuples et individus, ont le droit d'appartenir à une communauté ou à une nation autochtone, conformément aux traditions et coutumes de

la communauté ou de la nation considérée, et ont le droit de décider de leur propre identité.

Au-delà des problèmes d'identification des « peuples autochtones », il faut préciser que le terme « minorités » ne peut être employé comme un synonyme. En effet, ils ne sont pas titulaires des mêmes droits car contrairement aux peuples autochtones, les minorités ne se sont pas vues reconnaître le droit à l'autodétermination.

Le concept des droits des autochtones prend forme en 1957. Le premier instrument légal international introduisant ce concept de protection des peuples autochtones est la Convention 107 de l'OIT relative à la protection et à l'intégration des populations autochtones tribales et semi tribales dans les pays indépendants. Cette convention a été révisée et renforcée par la Convention 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989. Apparemment symboliques et emblématiques de l'utopie de la réconciliation, les premières proclamations des années 90 traduisent en réalité un nouvel esprit. La proclamation en 1993 de l'Année internationale des populations autochtones, la proclamation en 1994 d'une journée internationale des peuples autochtones le 9 août et la proclamation en 1995 de la première décennie internationale sur le thème « *Populations autochtones : un partenariat dans l'action* », préparent l'arrivée de la Déclaration de 2007. Ladite déclaration naît de la coopération entre l'organisation internationale à but non lucratif, *International Work Group for Indigenous Affairs* (IWGIA), et sa branche francophone dénommée Groupe International de Travail pour les Peuples Autochtones (GITPA), avec les peuples autochtones de tous les continents. Pourtant, cette Déclaration n'a pas toujours fait l'unanimité. Durant les 25 ans que dura la négociation, quatre États, dans lesquels les communautés autochtones sont nombreuses, s'opposèrent à son adoption : les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada. Finalement, l'Australie (3 avril 2009), la Nouvelle-Zélande (21 avril 2010), le Canada (12 novembre 2010) et les États-Unis (17 décembre 2010) ont révisé leur position sur la Déclaration et l'ont finalement ratifiée. Désormais, la DDPA n'a plus d'opposition déclarée et a donc une portée universelle.

La Banque mondiale considère que les peuples autochtones représentent 5% de la population mondiale. Ils sont présents dans 70 pays. Considérés par les Nations Unies comme vulnérables (15% du nombre d'individus vivent dans l'extrême pauvreté dans le monde), la plupart de ces communautés vivent en marge et sont exclues des processus décisionnels des pays où ils vivent. En 2007, la Déclaration pose le droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Ainsi, elle « scelle le principe de la reconnaissance des peuples autochtones en droit international et ouvre la voie à redéfinition de leur place dans la communauté internationale<sup>11</sup> ». Dès lors, les problématiques autochtones deviennent une priorité pour de nombreux organes de l'ONU et apparaissent des actions d'organisations variées, des processus de co-construction des savoirs et la production de normes. Ces dernières

<sup>1</sup> GITPA/IWGIA, *De l'autonomie à l'autogouvernance des peuples autochtones : Manifestations du droit à l'autodétermination*, Paris, l'Harmattan, 2020, Collection Questions autochtones, p.4.

<sup>2</sup> BELLIER (I.) (dir.), *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*, Paris, L'Harmattan, 2013, Collection Horizons Autochtones, p.14.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>4</sup> « indigenous peoples are such population groups as we are, who from old-age time have inhabited the lands where we live, who are aware of having a character of our own, with social traditions and means of expression that are linked to the country inherited from our ancestors, with a language of our own, and having certain essential and unique characteristics which confer upon us the strong conviction of belonging to a people, who have an identity in ourselves and should be thus regarded by others ». 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.1-4, ONU, Vol. 5, Conclusions, Proposals, Recommendations, §11, p.5.

<sup>5</sup> Voir le Préambule de la DDPA : « *Considérant que la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions et les pays, et qu'il faut tenir compte de l'importance des particularités nationales ou régionales, ainsi que de la variété des contextes historiques et culturels* ».

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> COBO (J.R.M.), *Study of the problem of discrimination against indigenous peoples*, op. cit., note 4, §379, p.22.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 3-70.

<sup>9</sup> Voir Convention 169 de l'OIT, article 1<sup>er</sup> et article 2.

<sup>10</sup> Voir le site officiel de l'Association française pour les Nations Unies (AFNU) : <https://www.afnu.fr/peuples-autochtones>

<sup>11</sup> BELLIER (I.), « Les peuples autochtones aux Nations unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *Critique internationale*, 2012/1 (n° 54), p.61-80.

s'intéressent normalement à la reconnaissance de droits sur le territoire, l'usage des ressources naturelles, l'éducation, la justice ou la participation politique, et sont susceptibles de s'étendre.

Pourtant, malgré l'évolution des droits accordés aux peuples autochtones, leur rôle actif au plan international et l'importance de reconnaître leurs besoins prioritaires, force est de constater que beaucoup de peuples autochtones continuent de rencontrer des difficultés : au plan national, et particulièrement dans le domaine des droits de l'homme, leurs droits sont encore loin d'être parfaitement appliqués. La Déclaration de 2007 reste un instrument non contraignant. L'observation des droits proclamés est renvoyée au droit interne des États qui conservent toute latitude pour mettre ou non en œuvre de tels droits en faveur des peuples autochtones. En outre, quand bien même ces droits venaient à être incorporés dans leur droit interne, l'intérêt général et le développement économique priment et permettent à ces États de nuancer l'application des droits, d'exproprier ou de déplacer les populations occupant des territoires où des richesses minières peuvent être exploitées. De telles mesures ne sont pas contraires au droit interne ni au droit international lorsqu'elles sont accompagnées de justes compensations. Ces peuples peuvent alors être confrontés à « des pressions [...] sur leurs terres, leurs ressources et leurs territoires du fait des activités liées au développement et à l'extraction de ressources<sup>12</sup> ». D'après le site officiel de la Banque mondiale développant la question des peuples autochtones, la plupart du temps, leurs propriétés, territoires et ressources naturelles ne sont même pas officiellement reconnues. Une grande partie des terres qu'ils occupent, certes, « leur appartient au titre du droit coutumier », mais de nombreux gouvernements rechignent à leur reconnaître une propriété officielle ou légale entière. En outre, même en cas de reconnaissance officielle, cette insécurité foncière est renforcée par l'insuffisance des « moyens de protection des limites de territoire ou contre l'exploitation des ressources naturelles par des tiers ». L'insécurité foncière est donc une illustration du manque de reconnaissance nationale des droits de ces peuples ; elle implique elle-même une menace « à l'intégrité écologique, à la biodiversité et à la santé environnementale » dont dépend l'humanité tout entière. La présente contribution entend montrer en quoi les droits des peuples autochtones, reconnus en droit international, sont-ils menacés et nécessitent-ils une protection renforcée ?

Il s'agira alors de constater l'insuffisance de la mise en œuvre, à l'échelle nationale, du droit à l'autodétermination pour les peuples autochtones (I) et les dangers auxquels ces peuples sont confrontés en matière de droits aux « terres, territoires, ressources naturelles » (TTR) (II).

### I. Une mise en œuvre insuffisante du droit à l'autodétermination des peuples autochtones dans les systèmes juridiques nationaux

La reconnaissance des droits des peuples autochtones dans une déclaration internationale marque un tournant majeur pour le droit international puisqu'il s'agit d'un texte très complet qui reconnaît toute une gamme de droits aux peuples autochtones notamment celui de l'autodétermination (A). Toutefois, il ne s'agit pas seulement de reconnaître ce droit mais également de l'intégrer en droit interne ce qui pose encore des défis et des enjeux auprès de chaque État (B).

#### A. Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones : un droit fondamental internationalement reconnu mais d'incorporation inégale en droit interne

Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones a vu sa portée considérablement renforcée depuis l'adoption de la DDPA en 2007 (I), mais l'assimilation éparse et

partielle de ce texte juridique par les États vient en réalité nuire à l'effectivité de ce droit (2).

### 1. La DDPA : un instrument international vecteur du renforcement du droit à l'autodétermination des peuples autochtones

Le droit à l'autodétermination est, selon l'éminent juriste Grigori Tunkin, « le plus important principe généralement admis du droit international contemporain »<sup>13</sup>. Il occupe une place prépondérante dans le droit international des droits de l'homme comme en témoigne sa reconnaissance en tant que droit fondamental dans tous les instruments relatifs aux droits de l'homme. Il tient une place centrale dans la Charte de l'ONU (articles 1 et 55), dans les deux Pactes internationaux relatifs aux droits humains de 1966 (article 1 commun) et dans de nombreuses déclarations onusiennes telles la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) adoptée le 14 décembre 1960 par la célèbre Résolution 1514 (XV). Pilier de la Déclaration de 2007, ce droit des peuples autochtones est expressément consacré à l'article 3 aux termes duquel « 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 par l'article 4 selon lequel « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes ».

Si l'affirmation de ce droit constitue une avancée majeure indubitable, elle suscite néanmoins de nombreux débats au sein des juristes et entre les États et les peuples autochtones. Les questions relatives au sens juridique et à l'interprétation du droit à l'autodétermination des peuples autochtones sont les plus récurrentes.

*A priori*, la Déclaration consacre un droit à l'autodétermination « interne » des peuples autochtones comme synonyme de « droit à l'autonomie » (articles 4 et 46.1). Un consensus semble avoir été trouvé par les rédacteurs et les signataires de la Déclaration en ce sens<sup>14</sup>. C'est d'ailleurs ce consensus qui aurait permis l'adoption de ce texte par un grand nombre d'États, au-delà du caractère fondamental de ses dispositions en faveur des peuples autochtones<sup>15</sup>. Dans son aspect interne, le droit à l'autodétermination implique que les peuples autochtones sont libres de choisir la forme de leur gouvernement, leur statut juridique ou encore leur système économique, social et culturel dans un État déjà constitué. Certainement plus vigoureuse que le droit international classique sur ce point, la Déclaration consacre ainsi une véritable autodisposition statutaire des peuples autochtones au sein de leur État<sup>16</sup>. Par ailleurs, et c'était encore le cas au moment de la rédaction des deux Pactes de 1966, les groupes autochtones n'étaient pas considérés comme des peuples en tant que sujets de droit international, ce qui vient justifier davantage que l'autodétermination interne leur soit seule applicable<sup>17</sup>. À première vue, l'autodétermination (interne) des peuples autochtones est fondamentalement différente des principes du droit international général applicables à l'autodétermination (externe) des peuples soumis à la domination coloniale tels qu'ils figurent dans la Résolution 1514 (XV). Cela se vérifie aisément par le fait que ladite Résolution ne s'appliquait qu'aux seuls cas de subjugation, de domination et d'exploitation étrangère<sup>18</sup>. Néanmoins, pour certains juristes, il semblerait qu'une négation du droit à l'autodétermination « externe », synonyme d'indépendance, reste fondamentalement discutable car elle serait contraire à l'esprit d'émancipation des peuples autochtones<sup>19</sup>. Se pose inévitablement la question de savoir si l'on ne pourrait pas les considérer comme des peuples opprimés, discriminés ou sous domination et ainsi leur permettre de rompre avec l'État

<sup>12</sup> « Les peuples autochtones et le système de protection des droits de l'homme des Nations Unies », Fiche d'information n°9/Rev.2, Juin 2014, p.4.

<sup>13</sup> TUNKIN (G.), *Droit international public, Problèmes théoriques*, Paris, Pedone, 1965, p.42.

<sup>14</sup> ABDALLAH (A.A.), « Réflexions critiques sur le droit à l'autodétermination des peuples autochtones dans la Déclaration des Nations Unies du 13 septembre 2007 », *R.Q.D.I.*, 2014, 27-1, pp.61-85.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> BELLIER (I.), CLOUD (L.), LACROIX (L.), *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, Paris, L'Harmattan, 2017, SOGIP, Collection Horizons Autochtones, p.229.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.228.

<sup>19</sup> ABDALLAH (A.A.), « Réflexions critiques sur le droit à l'autodétermination des peuples autochtones », *op. cit.*, note 14.

opresseur. Pour Ahmed Ali Abdallah, la question se pose avec autant d'acuité que diverses dispositions de la Déclaration de 2007 laissent penser le contraire<sup>20</sup>. Dans son préambule, la Déclaration affirme en effet que « les peuples autochtones sont égaux à tous les peuples », ce qui implique qu'ils peuvent, au même titre que les autres peuples, exercer tous les droits liés à leur qualité juridique de peuples. L'article premier prévoit également que « Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme ». Plus encore, le contenu de l'article 3 de la DDPa est sensiblement le même que celui de l'article 1 de la Résolution 1514 (XV), remettant ainsi en jeu la juridicité et la normativité de cette Déclaration. En outre, pour Irène Bellier, « une lecture intégrée de l'article 3 et de l'article 46.3 de la DDPa ne permet pas de considérer que le droit à l'autodétermination reconnu aux peuples autochtones se distingue, dans sa portée, du droit reconnu à tous les peuples par le droit international »<sup>21</sup>. De ce point de vue, il n'est donc pas possible de souscrire à la thèse selon laquelle « l'émancipation ne peut s'envisager que dans un cadre national » et que « la Déclaration ne peut pas être lue comme un titre à l'indépendance »<sup>22</sup>. Cela paraît d'autant plus vrai que le préambule de la DDPa précise « qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international » et que l'article 45 ajoute que « aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme entraînant la diminution ou l'extinction de droits que les peuples autochtones ont déjà ou sont susceptibles d'acquiescer à l'avenir ».

En dépit de ces deux conceptions maximaliste et minimaliste du droit à l'autodétermination, il n'en reste pas moins vrai qu'en consacrant un droit collectif à l'autodétermination pour les peuples autochtones, « la Déclaration s'inscrit dans la volonté temporaire d'internationalisation des droits de l'homme, dont l'objectif est non seulement d'octroyer des droits, mais de leur donner un effet utile en les rendant concrètement applicables »<sup>23</sup>. Malheureusement, l'incorporation éparse et partielle de la Déclaration en droit interne constitue un frein à l'effectivité des droits des peuples autochtones, en particulier du droit à l'autodétermination.

## 2. L'incorporation éparse et partielle de la DDPa en droit interne : un frein à l'effectivité du droit à l'autodétermination des peuples autochtones

Selon l'ex-Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli-Corpuz, le respect des droits des peuples autochtones ne peut être assuré que si les États parviennent à établir d'ambitieux programmes de réformes internes<sup>24</sup>. Elle considère notamment que toutes les branches de l'État, à savoir les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire se doivent de participer à la création d'un cadre légal favorisant l'incorporation de la Déclaration<sup>25</sup>. Beaucoup d'États ont réaffirmé leur volonté de mettre en œuvre ce texte juridique sans que cela ne débouche toutefois sur des mesures concrètes, tandis que d'autres ont su lier la parole aux actes avec plus ou moins de succès<sup>26</sup>.

S'agissant plus particulièrement du droit à l'autodétermination que proclame la Déclaration, le professeur Marc Weller fait remarquer que les références explicites à ce droit dans les instruments constitutionnels ou législatifs sont assez rares à l'heure actuelle<sup>27</sup>. Pourtant, selon Laura et Ryan Seelau, la reconnaissance du droit à l'autodétermination est la seule politique interne qui soit bénéfique tant aux peuples autochtones qu'aux États Nations<sup>28</sup>.

La Bolivie est un pays pionnier en matière de reconnaissance des droits des peuples indigènes, notamment du droit à l'autodétermination interne (même si les conditions permettant de constituer une autonomie restent encore trop strictes aux yeux des populations indigènes)<sup>29</sup> et un modèle de mise en œuvre de la DDPa. En effet, si la Constitution bolivienne s'inspire de la Convention 169 de l'OIT, elle considère avant tout la Déclaration de 2007 dont elle reprend 46 articles. La Constitution reconnaît désormais le caractère « plurinational » de l'État, composé de 36 « nations et peuples indigènes originaux paysans » (article 5). Elle leur garantit expressément le droit à la libre détermination, à l'autonomie, à l'autogouvernement et à la culture (articles 2, 30 et 290). Une dizaine de lois assoit ces principes constitutionnels et la question indigène est désormais transversale dans le domaine politique et législatif (plus de 50 articles sur 410)<sup>30</sup>.

Le Canada, quant à lui, s'est engagé sur la voie de la réconciliation entre les peuples autochtones (les Premières Nations, les Métis et les Inuits) et le gouvernement fédéral du Canada en reconnaissant à ces peuples le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, en application de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. Concrètement, il s'agit d'offrir un plus grand respect du droit à l'autodétermination des communautés autochtones par le biais de traités et d'ententes sur l'autonomie gouvernementale. Au Canada, on compterait actuellement 25 ententes et environ 50 tables de négociation sur l'autonomie gouvernementale<sup>31</sup>. L'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut (ci-après l'Accord du Nunavut), signé en 1993 et entré en vigueur en 1999, est un exemple d'entente moderne car les aspirations d'autonomie gouvernementale des Inuits sont exprimées par l'entremise du gouvernement territorial du Nunavut, un gouvernement public unique représentant tous les résidents du territoire, Inuits ou non. Ce système des ententes n'est pas prohibé par la DDPa dans la mesure où il encourage le respect, par l'État, des traités conclus avec les peuples autochtones<sup>32</sup> et permet ainsi la mise en place d'un dialogue constructif pour la réalisation du droit à l'autodétermination. Cependant, cela implique que les communautés autochtones ne peuvent pas exercer ce droit unilatéralement et que le gouvernement fédéral canadien s'octroie donc la liberté de déterminer quelles sont les communautés susceptibles de bénéficier du droit à l'autodétermination<sup>33</sup>. Or, pareille sélection est contraire à l'esprit de la Déclaration de 2007<sup>34</sup>. En pratique, concernant la situation dans le Nunavut, la prise en compte insuffisante des modes de vie et savoirs traditionnels inuits (*Inuit Qaujimajatuqangit*, IQ) ont incité, depuis 2018, les organisations inuites à rechercher d'autres modalités d'autonomie gouvernementale que celle de gouvernement public en place depuis près de 20 ans<sup>35</sup>. Bien qu'ayant ratifié la DDPa en 2009, l'Australie ne comporte aucun dispositif normatif faisant clairement

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> BELLIER (I.), CLOUD (L.), LACROIX (L.), *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, op. cit., note 17, p.229.

<sup>22</sup> SERMET (L.), « Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » dans Ghislain Otis, (dir), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p.201.

<sup>23</sup> ABDALLAH (A.A.), « Réflexions critiques sur le droit à l'autodétermination des peuples autochtones », op. cit., note 14.

<sup>24</sup> TAULI-CORPUZ (V.), *Rapport de la Rapporteuse spéciale portant sur le dixième anniversaire de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc. A/72/186, 2017, §22.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> LERICHE (L.), *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : De l'effectivité d'une déclaration en droit international*, Paris, Pedone, 2020, p.47.

<sup>27</sup> WELLER (M.), « Chapter 5 : Self-Determination of Indigenous Peoples », in *The UN Declaration on the rights of Indigenous Peoples : a commentary*, p.140.

<sup>28</sup> SEELAU (L.) et SEELAU (R.), « Making Indigenous Self-determination work : what the Nation building principles and three case studies from Chile teach us about implementing Indigenous Human Rights », *American Indian Law Review*, Vol. 39, n°1, pp.137-199, p.147.

<sup>29</sup> LACROIX (L.), « L'institutionnalisation des « autonomies indigènes » en Bolivie », *AFEA, Autochtonie, libre-détermination et mouvements sociaux de l'ère de la globalisation*, 2012, France, pp.1-11.

<sup>30</sup> LACROIX (L.), « Le devenir incertain des territoires et des droits autochtones dans les Basses Terres de l'État plurinational de Bolivie », in *Les Indiens d'Amazonie face au développement prédateur. Nouveaux projets d'exploitation et menaces sur les droits humains*, Paris, L'Harmattan, GITPA, Collection Questions Autochtones, p.307.

<sup>31</sup> Voir le site officiel du gouvernement du Canada.

<sup>32</sup> DDPa, article 37.

<sup>33</sup> LERICHE (L.), *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, op. cit., note 26, p.57.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> GITPA/IWGIA, *De l'autonomie à l'autogouvernance des peuples autochtones : Manifestations du droit à l'autodétermination*, op. cit., note 1, p.97.

référence au droit à l'autodétermination ou à l'autonomie des Aborigènes. Ces notions étaient pourtant au cœur de la politique du gouvernement Whitlam des années 1970<sup>36</sup>. Mais celle-ci ressemblait plus à un programme d'émancipation des cadres juridiques protectionnistes puis assimilationnistes qu'à une reconnaissance réelle du droit des populations aborigènes à s'administrer elles-mêmes<sup>37</sup>. L'Australie adopta l'*Aboriginal Communities and Associations Act* de 1976 (Cwth) qui permettait la création de communautés autogérées conduites par des conseils élus. Pour autant, l'expérience d'autodétermination n'est pas parvenue à l'émancipation souhaitée par les organisations autochtones et telle que prévue par la Déclaration<sup>38</sup>. Elle a même été totalement remise en cause en Australie, en témoigne l'Intervention d'Urgence dans le Territoire du Nord proclamée en 2007 qui révèle l'interventionnisme accru de l'État dans les affaires aborigènes et, de ce fait, une transformation profonde des modalités d'organisation des communautés autochtones.

C'est ainsi qu'il ressort de la pratique des dernières années que la Déclaration de 2007 a connu des fortunes diverses concernant son assimilation au sein des ordres juridiques internes. Il en découle alors, pour les États, un devoir de prendre les mesures concrètes nécessaires pour une mise en œuvre effective du droit à l'autodétermination, conformément à l'esprit de la Déclaration.

### B. Les défis et les enjeux à la charge des États pour une mise en œuvre effective du droit à l'autodétermination des peuples autochtones

Il existe de nombreuses approches permettant aux États de parvenir à une mise en œuvre effective du droit à l'autodétermination. Une première approche consiste à reconnaître et « renforcer les propres institutions et systèmes d'administration autonome des peuples autochtones »<sup>39</sup>, l'enjeu étant d'accroître leur représentativité au sein de ces institutions comme l'a rappelé l'ancien Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya<sup>40</sup> (1). Une deuxième approche vise à « donner aux peuples autochtones la possibilité de participer en tant que partenaires égaux [...], de poursuivre et d'améliorer la prise de décision »<sup>41</sup>, l'enjeu étant d'asseoir leur visibilité tant sur la scène internationale que nationale (2).

#### 1. La reconnaissance perfectible du droit des peuples autochtones à des institutions propres par les États : l'enjeu de la représentativité

Tout comme la Convention 169 de l'OIT<sup>42</sup>, la DDPA accorde aux institutions propres autochtones un rôle fondamental en consacrant le droit des peuples autochtones de « maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes »<sup>43</sup>, le droit « d'en choisir les membres selon leurs propres procédures »<sup>44</sup> mais également le droit de « promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles [...] en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme »<sup>45</sup>. À la lecture de ces dispositions, on comprend l'enjeu majeur que représente la reconnaissance et la protection des institutions autochtones par les États, en ce sens que

l'existence de telles institutions est un élément fondamental dans l'identification des peuples autochtones<sup>46</sup>.

Pièce maîtresse de l'exercice du droit à l'autodétermination, la notion « d'institutions propres autochtones » fait référence aux institutions générées par les ordonnancements autochtones et désignées par les différentes lois et constitutions nationales de « chef », « communauté traditionnelle » ou encore « conseil des anciens »<sup>47</sup>. Il s'agit donc des institutions « ancestrales », « traditionnelles », qui doivent être distinguées des institutions étatiques en charge de la question autochtone dans la mesure où les premières bénéficient très exceptionnellement d'une reconnaissance de l'État<sup>48</sup>. Bien que devant coexister, les institutions étatiques font de l'ombre aux institutions propres autochtones et annoncent la diminution voire l'extinction de leurs prérogatives<sup>49</sup>. En effet, l'une des plus grandes préoccupations des institutions traditionnelles autochtones tient au fait que l'influence des structures modernes a parfois conduit à la déshérence du Conseil des anciens et à une perte d'objectivité du chef du village et de sa capacité à défendre les intérêts de sa communauté. Plus grave encore, dans certains pays comme l'Australie, les chefs traditionnels chargés de représenter la communauté sont désormais nommés par le gouvernement. Ce changement a un impact fort préjudiciable sur la représentation et la prise interne de décisions des peuples autochtones<sup>50</sup>. Ainsi, la constitution de représentants autochtones dotés d'une autorité réelle reste une question non résolue de la gouvernance aborigène en Australie<sup>51</sup>.

Si les États de notre étude reconnaissent, *a priori*, l'existence d'institutions propres autochtones, force est de constater que, dans les faits, le degré de cette reconnaissance varie selon les contextes historiques et politiques de chaque État.

Au Canada, l'Accord du Nunavut de 1993 a permis la création d'une structure de gouvernance inuite représentée par diverses organisations inuites, la principale étant la *Nunavut Tunngavik Incorporated* (NTI). Celle-ci joue un rôle primordial en nommant la moitié des représentants dans les cinq institutions de gouvernance publique<sup>52</sup>. Ce que l'on constate toutefois c'est que les Inuits ont dû « adapter leur projet d'autonomie gouvernementale aux cadres du fédéralisme canadien » et que toutes les institutions fonctionnent sur des modèles occidentaux de gouvernance<sup>53</sup>. L'expérience d'autonomie gouvernementale est donc un phénomène inachevé au Nunavut.

En Australie, la reconnaissance des institutions autochtones propres a été conditionnée par un facteur historique et juridique déterminant : la célèbre décision *Mabo 2* de 1992 et le vote du *Native Title Act* de 1993, qui viennent mettre fin à la doctrine juridique de la *terra nullius*<sup>54</sup>. Cependant, l'institution de la nouvelle doctrine n'a pas pour autant permis d'obtenir la reconnaissance légale ou constitutionnelle d'institutions autochtones propres<sup>55</sup>. En effet, les Aborigènes d'Australie et les Insulaires du Détroit de Torres espèrent toujours être reconnus dans la Constitution et ainsi, mieux se faire entendre au sein des institutions.

Contrairement à l'Australie, la Bolivie inscrit le droit des peuples indigènes de déterminer leurs propres institutions

<sup>36</sup> BELLIER (I.), CLOUD (L.), LACROIX (L.), *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, op. cit., note 17, p.235.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : Un manuel à l'intention des institutions nationales des droits de l'homme », en ligne :

[https://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIManualForNHRIS\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIManualForNHRIS_fr.pdf) p.32

<sup>40</sup> Voir le Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. James Anaya, sur la situation des populations autochtones au Brésil, 26 août 2009, §78-82 (A/HRC/12/34/Add.2).

<sup>41</sup> « La DNUDPA : Un manuel à l'intention des institutions nationales des droits de l'homme », op. cit. note 39.

<sup>42</sup> Convention 169 de l'OIT, articles 2.1 ; 4.1 ; 5 ; 6.1 et 8.2.

<sup>43</sup> Article 5 de la DDPA ; voir également l'article 18 et l'article 20§1 de la DDPA.

<sup>44</sup> Article 33.2 de la DDPA.

<sup>45</sup> Article 34 de la DDPA.

<sup>46</sup> Voir notamment l'article 1.1 de la Convention 169 de l'OIT.

<sup>47</sup> BELLIER (I.), CLOUD (L.), LACROIX (L.), *Les droits des peuples autochtones. Des Nations Unies aux sociétés locales*, op. cit. note 17, p.246.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Voir le Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones sur l'étude relative aux peuples autochtones et au droit de participer à la prise des décisions, CDH-Medpa, 23 août 2010, §49 (A/HRC/15/35).

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> BELLIER (I.), CLOUD (L.), LACROIX (L.), *Les droits des peuples autochtones. Des Nations Unies aux sociétés locales*, op. cit. note 17, p.270.

<sup>52</sup> Le Conseil de gestion des ressources fauniques, la Commission du Nunavut chargée de l'examen des répercussions, la Commission d'aménagement du Nunavut, le Tribunal des droits de surface du Nunavut et l'Office des eaux du Nunavut.

<sup>53</sup> RODON (T.), « Le Nunavut: une composition inachevée? », *Études/Inuit/Studies*, 2014, 38(1-2), pp.95-114.

<sup>54</sup> Doctrine qui prévenait la reconnaissance d'un ordre juridique autochtone antérieur à la colonisation britannique.

<sup>55</sup> PREAUD (M.), DOUSSET (L.), « Reconnaissance ? Une critique anthropologique du cas australien » in Dousset Laurent (eds), *Les Sciences humaines et sociales dans le Pacifique Sud : terrains, questions, méthodes*, Marseille, Pacific-Credo Publications, pp. 333-357.



et d'en choisir leurs membres dans plusieurs lois et dispositions de la Constitution politique de l'État<sup>56</sup>. Cette initiative a été prise en 2009 par l'ancien Président Evo Morales, premier dirigeant autochtone du continent, afin de mettre un terme au processus de décolonisation et d'émanciper les communautés indigènes. Ainsi, les formes d'organisation et d'autorité des populations indigènes sont libres et variables selon les régions. Toutefois, dans la région des Basses Terres, la plupart des noms d'autorités reconnues compétentes pour régir la gouvernance locale renvoient encore à l'histoire coloniale et au processus d'assimilation politique et culturelle (*cacique, corregidor, secretario*)<sup>57</sup>, mettant à mal la mise en œuvre effective du droit à l'autodétermination des peuples indigènes. Il n'en demeure pas moins qu'en Bolivie, sont considérées comme des autorités originaires celles qui exercent des fonctions politiques, administratives, d'ordre symbolique et rituel et des fonctions d'administration de la justice<sup>58</sup>. À cet égard, la Bolivie a entrepris une importante réforme en inscrivant la justice autochtone dite « juridiction indigène originaire paysanne » (JIOC en espagnol) au même rang hiérarchique que les autres justices étatiques au sein de la Constitution (article 179). Cependant, dans les faits, la compétence de la justice ordinaire semble prendre le pas sur la justice autochtone, la marge d'appréciation de la JIOC ayant été largement restreinte<sup>59</sup>. Dès lors, il n'existerait donc pas d'institution autochtone spécialisée dans l'administration de la justice qui soit reconnue et effective<sup>60</sup>.

Aujourd'hui, de nombreux peuples autochtones continuent à utiliser et développer des structures traditionnelles de prise des décisions, bien que l'État ne les reconnaisse pas. Quelques-uns préfèrent même ne pas être reconnus pour garder la maîtrise totale de leurs structures<sup>61</sup>. Ces institutions jouent en effet un rôle majeur dans la participation des peuples autochtones à la prise de décisions.

## 2. Une participation limitée des peuples autochtones à la prise de décisions : l'enjeu de la visibilité

Ce lien entre le principe de participation et le droit à l'autodétermination a été rappelé dans le Rapport final sur l'Étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décision initiée par le Conseil des droits de l'Homme<sup>62</sup>. Le nombre important d'articles relatifs à la participation des peuples autochtones dans la Convention 169 de l'OIT et la DDPA marque l'importance de ce droit pour ces peuples<sup>63</sup>. Sans ce droit fondamental, les autres droits subjectifs ou collectifs des peuples autochtones ne peuvent être dûment sauvegardés<sup>64</sup>.

Proclamé comme l'un des cinq objectifs du programme des Nations Unies sur le millénaire<sup>65</sup>, ce droit comprend notamment la participation des peuples autochtones à l'État et aux affaires publiques (a), mais aussi la participation à la prise de décisions pour les affaires qui les concernent (b).

### a. La participation des peuples autochtones à l'État et aux affaires publiques : un dispositif à améliorer

Le droit des peuples autochtones de participer aux affaires publiques est un droit tant individuel que collectif qui comprend le droit de prendre part à la gestion des affaires publiques, le droit de voter, d'être élu ou encore d'accéder, de manière égale, aux fonctions publiques de son pays (article 25 du PIDCP). Les rapporteurs spéciaux Rodolfo Stavenhagen et James Anaya ont insisté sur la nécessité de renforcer la participation des peuples autochtones aux

affaires publiques<sup>66</sup>. La Convention 169 oblige les États à mettre en place toutes les mesures nécessaires pour permettre aux peuples autochtones de participer librement et à tous les niveaux de prise de décisions (article 6b). Plus globalement, la DDPA consacre le droit des peuples autochtones de « participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État » (article 5).

Divers mécanismes existent en droit interne en vue de faciliter la participation des peuples autochtones aux affaires publiques. C'est ainsi que la Constitution bolivienne de 2009 prévoit la mise en place d'un système de quotas pour assurer la participation politique des Indigènes. Ils occupent des sièges réservés au sein de l'Assemblée législative plurinationale et de huit des neuf assemblées législatives départementales du pays ainsi que des postes de hauts fonctionnaires dans les institutions cruciales de l'État. Des sièges leur sont également réservés au sein des principales instances judiciaires<sup>67</sup>. Dès lors, avec l'élection d'Evo Morales en 2009, l'avènement d'un État dit « plurinational », à fortes populations autochtones, a permis aux Indigènes d'occuper une place plus importante dans la vie politique et les principales institutions du pays<sup>68</sup>. Ce système de sièges a également fonctionné au Groenland où tous les membres de l'*Inatsisartut* (parlement) et du *Naalakkersuisut* (cabinet) sont de descendance Inuit. Malheureusement, ce dispositif aussi poussé n'existe pas dans tous les pays comme en Australie ou dans la région du Nunavut au Canada dans laquelle les Inuits, bien que représentant 85% de la population du territoire, sont sous-représentés dans les institutions publiques, la majorité des postes de direction étant occupés par des non-Inuits<sup>69</sup>.

Des arrangements locaux permettent également aux communautés autochtones de choisir une autorité pour les représenter au niveau fédéral<sup>70</sup>. Telle est la solution adoptée par le *National Congress of Australia's First Peoples*. Établi sous l'égide de la Commission australienne des droits de l'homme, le Congrès permet d'incorporer les organisations autochtones d'Australie dans le processus décisionnel. Si celui-ci tente d'être un organisme national de représentation autochtone durable, il lui est toutefois difficile de faire sa place dans le système institutionnel australien en raison de sa marginalisation<sup>71</sup>. Dans cette optique, la participation des peuples autochtones au niveau fédéral s'en trouve alors compromise.

La création de partis politiques autochtones peut aussi être envisagée pour faciliter la participation des autochtones aux affaires publiques. Toutefois, aucun État de notre étude n'a envisagé une telle solution même si en Bolivie, les organisations des populations indigènes dotées d'une personnalité juridique (la Conamaq, la Cidob, la CSTUCB...) peuvent tout de même se présenter aux élections locales ou nationales au même titre que les partis politiques<sup>72</sup>.

Toutes ces mesures restent néanmoins limitées et n'impliquent, pour les États, aucun caractère contraignant ; ce qui nourrit davantage le débat sur la participation réelle et effective des peuples autochtones à la prise de décisions pour les affaires qui les concernent<sup>73</sup>.

b. La participation des peuples autochtones à la prise de décisions pour les affaires qui les concernent : une obligation étatique de consultation et de consentement des peuples autochtones peu respectée

Le droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions pour les affaires qui les concernent est un enjeu fondamental reconnu au sein de la Convention 169 de l'OIT

<sup>56</sup> CPE, Articles 26.II.4., 30.5, 30.14, 30.18, 146, 147, 206, 209, 2010, 211, 278, 284, 290.

<sup>57</sup> BELLIER (I.), CLOUD (L.), LACROIX (L.), *Les droits des peuples autochtones. Des Nations Unies aux sociétés locales*, op. cit. note 17, p.258.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p.259.

<sup>59</sup> Article 10 de la loi n°073 du 29 décembre 2010 de délimitation juridictionnelle.

<sup>60</sup> Voir l'étude sur la JIOC, Sousa Santos et Exeni Rodríguez, 2012 : 69.

<sup>61</sup> CDH-Medpa, 2010, §51 (A/HRC/15/35).

<sup>62</sup> CDH-Medpa, 26 mai 2011 (A/HRC/EMRIP/2011/2).

<sup>63</sup> La DDPA contient plus de 20 dispositions affirmant le droit des peuples autochtones de participer à la prise des décisions, voir not. les articles 5 ; 18 et 19.

<sup>64</sup> CDH-Medpa, 2010, (A/HRC/15/35).

<sup>65</sup> AGNU, Projet de programme d'action pour la deuxième Décennie internationale des populations autochtones, 18 août 2005, A/60/270, §9, al. ii.

<sup>66</sup> CDH-Medpa, 2010, §26 (A/HRC/15/35).

<sup>67</sup> Voir par exemple : Tribunal Constitutionnel plurinational, Tribunal Suprême Electoral plurinational, Tribunaux Electoraux Départementaux, Tribunal Suprême Judiciaire, Conseil de la magistrature et Tribunal agro-environnemental.

<sup>68</sup> LACROIX (L.), « Le devenir incertain des territoires et des droits autochtones dans les Basses Terres », op. cit., note 30, p.309.

<sup>69</sup> GITPA/IWGIA, *De l'autonomie à l'autogouvernance des peuples autochtones : Manifestations du droit à l'autodétermination*, op. cit., note 1, p.92 et 93.

<sup>70</sup> BELLIER (I.), CLOUD (L.), LACROIX (L.), *Les droits des peuples autochtones. Des Nations Unies aux sociétés locales*, op. cit. note 17, p.279.

<sup>71</sup> Site officiel de l'Australian Human Rights Commission.

<sup>72</sup> LACROIX (L.), « Le devenir incertain des territoires et des droits autochtones dans les Basses Terres », op. cit., note 30, p.309.

<sup>73</sup> *Ibid.*

(articles 6,7 et 15) et de la DDPa qui ne lui consacre pas moins de dix-huit articles<sup>74</sup> articulés autour de quatre principes fondamentaux : la consultation, la concertation, la coopération et le consentement. Il est l'un des instruments les plus revendiqués par les peuples autochtones comme exercice du droit à l'autodétermination. Le principe de participation des peuples autochtones à la prise de décisions fait, de toute évidence, écho à l'obligation de l'État de les consulter sur les questions qui peuvent les toucher. L'obligation étatique de consultation et de consentement des peuples autochtones sur les mesures les affectant a été érigée en principe général de droit par la CourIDH dans l'affaire *Sarayaku*<sup>75</sup>. Elle s'applique à tous les champs affectant les peuples autochtones, en particulier dans le cadre de l'exploitation des ressources naturelles (voir *infra*). Or, force est de constater que la reconnaissance du droit à la consultation et au consentement préalable, libre et éclairé (CPLE) s'est faite différemment selon les États. Il y a tout d'abord les États dont les constitutions ne reconnaissent aucun droit aux peuples autochtones (c'est le cas du Chili, du Costa Rica ou encore de l'Australie). Ensuite, se trouvent les États dont les constitutions ne précisent pas le droit à la consultation mais contiennent des droits connexes (c'est le cas de la Colombie ou encore du Pérou). Enfin, on relève par exemple la Constitution de Bolivie qui reconnaît explicitement le droit à la CPLE en des termes plus poussés que ceux établis par les instruments internationaux. Ce droit est inscrit en tant que principe de démocratie directe et participative et comme droit fondamental des « nations et peuples indigènes originaux paysans » (articles 30.II.15 et 304.I.22). Le caractère obligatoire et de bonne foi de la CPLE y est rappelé (article 403.I) tout comme dans la loi des Hydrocarbures de 2005. Toutefois, le Code minier de 2014 limite fortement la CPLE.

Certains États comme l'Inde ou la Namibie ont instauré des mécanismes mais qui ne respectent pas les standards de la DDPa, en témoignent les procédures de consultation ponctuelles et non obligatoires ou encore l'absence de recherche de consentement des peuples autochtones. Or, pour être légale, la procédure de consultation doit consister en un dialogue de bonne foi entre l'État et les organisations autochtones, exercé préalablement à la prise de décisions et de façon libre, sans pression ni manipulation, en vue d'aboutir à une décision consensuelle et éclairée comme le précise la CourIDH dans l'affaire *Saramaka*<sup>76</sup>. Ainsi, les consultations ne doivent pas consister en une simple formalité procédurale, il s'agit d'une véritable obligation de moyen renforcée à la charge des États<sup>77</sup>.

Pourtant, même dans les États où il est clairement indiqué que les peuples autochtones ont le droit de prendre part à tous les niveaux de prise des décisions, il y a souvent un écart entre l'intention gouvernementale et la mise en œuvre effective de ce droit<sup>78</sup>. En effet, le conflit du Territoire indien et parc national Isiboro - Sécure (TIPNIS) de 2011 a mis en évidence les limites du droit à la consultation préalable reconnu par la Constitution bolivienne. Le projet de route lancé par les autorités sur ce territoire s'est fait, d'abord, sans l'accord des communautés indigènes, et par la suite, selon une procédure de consultation très dénoncée (information partielle, non-application des coutumes autochtones dans la prise de décision...) <sup>79</sup>. En 2012, le gouvernement d'Evo Morales est incité à élaborer une loi-cadre de consultation mais les organisations autochtones non proches du gouvernement ne participent pas à son élaboration.

Bien souvent également, la portée de l'atteinte aux droits des peuples autochtones qu'entraînerait la décision qui les concerne est minorée en vue d'obtenir son approbation<sup>80</sup>. De plus, une information large et régulière des peuples autochtones dispensée en temps voulu selon des moyens culturellement appropriés fait souvent défaut<sup>81</sup>.

Tout ceci ne fait que renforcer la désillusion des peuples autochtones quant à leur participation active à la prise de décisions pour les affaires qui les concernent et met en lumière le non-respect, par les États, de leur droit à la consultation et au CPLE. Dans de nombreux cas, l'absence de participation effective des peuples autochtones aux processus décisionnels a eu des effets préjudiciables, entraînant leur marginalisation et pérennisant un ensemble de problèmes économiques, sociaux et culturels<sup>82</sup>.

Un autre défi majeur consiste à reconnaître les droits des peuples autochtones aux « terres, territoires et ressources naturelles » (ci-après TTR) qui font l'objet d'une protection encore fragile et inconstante.

## II. Une protection encore fragile du droit des peuples autochtones aux « terres, territoires, ressources naturelles » (TTR) dans les systèmes étatiques

La présente partie cherche à éclairer la teneur du contentieux qui oppose les peuples autochtones à l'État autour du rapport à la terre. Malgré l'existence des articles 26 à 32 de la DDPa, qui garantissent aux peuples autochtones un droit aux TTR, certains domaines font l'objet de luttes actuelles et à propos desquelles il existe un lien entre processus globaux et conflits locaux : le droit aux terres dont les peuples autochtones cherchent à obtenir la sécurisation (A), et le droit aux ressources naturelles dont l'accès est menacé par les pratiques extractives et agro-industrielles dans un contexte de globalisation (B).

### A. Le droit des peuples autochtones aux terres : une lutte continue contre les gouvernements pour la sécurisation des droits fonciers

Gentili et les théoriciens naturalistes sont les premiers à admettre l'existence d'un problème du droit à la terre pour les peuples autochtones. Déjà « contre l'utilisation et l'exploitation des terres et des ressources des Amérindiens par les Espagnols »<sup>83</sup>, ils défendent le principe d'égalité entre tous les êtres humains. À l'inverse, la doctrine positiviste refuse aux Autochtones la détention de droits. Dès lors, le plus souvent, « les États méconnaissent le fait que les Peuples autochtones peuplent et exploitent des territoires depuis des temps immémoriaux ». Plus encore, « l'État-nation visera sans cesse à faire table rase de ce qui ne coïncide pas avec ses impératifs économiques d'exploitation du territoire et avec son modèle territorial consacrant les principes d'exclusivité, de souveraineté nationale et de non-ingérence »<sup>84</sup>.

À l'origine, les États colonisateurs justifient la dépossession des terres autochtones par l'absence de propriété privée. Selon le philosophe anglais John Locke, « celui qui, conformément à cela, a labouré, semé, cultivé un certain nombre d'arpents de terre, a véritablement acquis, par ce moyen, un droit de propriété sur ses arpents de terre, auxquels nul autre ne peut rien prétendre, et qu'il ne peut lui ôter sans injustice »<sup>85</sup>. Cette philosophie permettra d'instaurer une dynamique de négation et d'expropriation des terres autochtones, celles-ci ne coïncidant pas aux usages européens. Cette dynamique « culminera avec la

<sup>74</sup> DDPa, articles 8 ; 10 ; 11 ; 13 ; 15 ; 16 ; 17 ; 19 ; 21 ; 24 ; 26 ; 28 ; 29 ; 30 ; 32 ; 36 ; 38 ; 42.

<sup>75</sup> CourIDH, *Affaire du Peuple Indigène Kichwa de Sarayaku c. Équateur*, arrêt, 27 juin 2012, §164.

<sup>76</sup> CourIDH, *Affaire du Peuple Saramaka c. Suriname*, arrêt, 28 novembre 2007, Série C n°172, §133.

<sup>77</sup> LERICHE (L.), *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, op. cit., note 26, p.68.

<sup>78</sup> SPOERER (M.), *Les peuples autochtones dans la prise de décisions publiques : entre participation, instrumentalisation et reconnaissance : le processus de mise en œuvre du droit à la participation et à la consultation des peuples autochtones au Chili d'après la Convention n°169 de l'OIT*, Science politique, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018.

<sup>79</sup> LACROIX (L.), « Bolivie : la consultation en débat », intervention dans le cadre du séminaire SOGIP : « La consultation et la problématique du consentement - Philippines, Bolivie, Pérou » (12 décembre 2013).

<sup>80</sup> BELLIER (I.), CLOUD (L.), LACROIX (L.), *Les droits des peuples autochtones. Des Nations Unies aux sociétés locales*, op. cit. note 17, p.284.

<sup>81</sup> CDH-Medpa, 2010, (A/HRC/15/35), p.25.

<sup>82</sup> « La DNUDDPA : Un manuel à l'intention des institutions nationales des droits de l'homme », op. cit. note 39, p.89.

<sup>83</sup> TIOUKA (A.), KARPE (P.), « Droits des peuples autochtones à la terre et au patrimoine », *Journal d'agriculture traditionnelle et de botanique appliquée*, 40e année, bulletin n°1-2,1998. Conserver, gérer la biodiversité : quelle stratégie pour la Guyane ? p.616.

<sup>84</sup> HIRT (I.), DESBIENS (C.), « L'aménagement du territoire et la question de la différence culturelle au Canada. De l'invisibilité à la visibilité des peuples autochtones », *Annales de géographie*, 2017/6 (N° 718), p. 704-727.

<sup>85</sup> LOCKE (J.), « De la propriété des choses », *Traité du gouvernement civil (1960)*, p.34.

création des réserves au XIX siècle »<sup>86</sup>. Au Canada comme aux États-Unis, « les réserves sont des portions de terres [...] sur lesquelles les Amérindiens ont été sédentarisés le plus souvent contre leur volonté ou comme condition de la signature de traités ». De plus en plus critiquées, ces réserves connaissent de nombreux problèmes dont l'insalubrité des logements ou encore l'isolement géographique. En 2019, l'AGNU s'empare de la question du manque d'accès à un logement convenable pour les peuples autochtones tant dans les villes que dans ce genre de réserves. Dans ce rapport, « la rapporteuse spéciale conclut que les conditions de logement des peuples autochtones dans le monde sont dans leur très grande majorité abominables et trop souvent constituent une violation du droit à un logement convenable »<sup>87</sup>. Pour corriger ces faiblesses, tout en évitant l'engagement de coûts financiers trop onéreux, les États ont imaginé de nouvelles formes de gestion des terres impliquant la participation autochtone. Cette prise en considération des peuples autochtones apparaît comme une forme de sécurisation de leurs droits fonciers, leur offrant ainsi une place importante dans les processus décisionnels de leurs terres. La Constitution bolivienne de 2009 va plus loin en prévoyant la conversion progressive de ces territoires en collectivités territoriales décentralisées et autonomes (à l'instar des municipalités, des régions et des départements) nommées localement « autonomies autochtones ».

En outre, même si lois et doctrines juridiques discriminatoires persistent, force est de constater que depuis quelques années de nombreux droits positifs et jurisprudences sont dédiés à la question des peuples autochtones et de leurs terres. L'article 35 de la loi constitutionnelle canadienne de 1982 reconnaît que « les autochtones ont des droits particuliers du fait qu'ils ont occupé le territoire canadien avant les Européens. Ce sont des droits ancestraux ». En outre, la justice reconnaît que « les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l'arrivée des Européens ; ils n'ont jamais été conquis »<sup>88</sup>. Dès lors, il ne peut être nié leur droit à rester sur ces terres. De nombreux juristes affirment que l'aménagement est un outil qui permet « de mesurer le degré de reconnaissance politique et d'acceptation sociale de la présence autochtone au sein du pays ». En outre, il s'agit d'une « pratique culturelle, véhiculant des normes, des valeurs et des idéologies, tout en constituant une forme de savoir-pouvoir ». Là encore la situation s'améliore dans certains États. Au Canada par exemple, l'aménagement et l'urbanisme s'emparent des problématiques autochtones, « en témoignant la mise en place de programmes d'études spécialisés en urbanisme autochtone, [...] et les dossiers consacrés à la thématique autochtone dans des revues d'urbanisme ».

Il convient de noter que dans l'exercice et la préservation du droit à la terre, la reconnaissance et la délimitation des terres, territoires ou ressources autochtones, n'est pas l'unique problème. De nombreux États relèvent le problème des déplacements involontaires et celui de la protection de l'environnement.

En 2010, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a contribué au développement du droit international s'agissant de la réparation des violations des droits fonciers des peuples autochtones en dégageant « les principales leçons que les juges [...] devraient tirer »<sup>89</sup>. Elle indique que des réparations peuvent être accordées aux peuples autochtones dès l'instant qu'ils « ont pu établir l'existence de droits ancestraux sur leurs terres traditionnelles ainsi qu'une violation de ces droits par l'État ». La Cour reconnaît la sensibilité de la question en ce qu'elle aborde très concrètement « le problème de la redistribution des ressources et du pouvoir qu'implique la remise en cause du *statu quo* par les organes judiciaires lorsque ces derniers

s'attachent à redresser les torts du passé ». Malgré tout, la Cour est audacieuse puisque la décision *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay* de 2005 « ordonne la délimitation des terres et la restitution de celles-ci ou, à défaut, une restitution par équivalence prenant la forme de l'octroi de terres de substitution ». Cette décision contribue indéniablement à la sécurisation des droits fonciers des peuples autochtones et inspirera les rédacteurs de la DDPA (articles 28.1 et 28.2). Plus encore, la Cour, dans cet arrêt, « enjoint à l'État de prendre des mesures financières, comme la constitution d'un fonds spécial, pour assurer la restitution, soit par le rachat de gré à gré des terres ou l'acquisition de terres de remplacement ». Avec cette décision la Cour reconnaît que la réparation de nature restitutive soulève des difficultés politiques et pratiques mais propose une solution alternative avec la compensation pécuniaire et non pécuniaire qu'elle présente « comme une mesure minimale qui souffre peu d'exceptions ». Il est intéressant aussi de préciser que cette réparation compensatoire ne prend pas toujours la forme du versement d'une somme d'argent mais peut être immatérielle et symbolique.

Pourtant, malgré des situations en amélioration, certains peuples autochtones, comme en Bolivie, continuent de dénoncer la précarité persistante de leurs droits et de leurs territoires. « La recherche de nouvelles réserves de pétrole et gaz ainsi que les projets hydroélectriques sont quelques menaces auxquelles les peuples indigènes doivent faire face »<sup>90</sup>. Il reste clair que les États et les multinationales disposent de moyens juridiques, financiers et technologiques colossaux pour déposséder ces peuples de leurs territoires et ressources naturelles. C'est donc aux juridictions nationales et internationales qu'il revient de veiller à ce que les droits autochtones garantis par la DDPA soient effectivement respectés.

#### B. Le droit des peuples autochtones aux ressources naturelles face aux défis de l'extraction et de l'exploitation

« L'émergence des mouvements sociaux autochtones s'est souvent jouée autour des conflits miniers, dans la mesure où ceux-ci mettent en lumière les inégalités et discriminations auxquels les peuples autochtones font face dans le monde, notamment concernant les terres, territoires et ressources naturelles »<sup>91</sup>. Depuis 1996 et la première conférence sur les industries extractives et les peuples autochtones, organisée par le Conseil mondial des Églises à Londres, les défis de l'extraction et de l'exploitation face aux droits des peuples autochtones n'ont eu de cesse d'être pris en compte à l'échelle internationale. Le leitmotiv des vingt dernières années est la considération et la participation des peuples autochtones dans les accords commerciaux et économiques.

Les problématiques liées à l'exploitation et l'extraction des ressources naturelles « pèsent d'une façon disproportionnée sur les peuples autochtones ». L'atteinte à la santé, aux écosystèmes, aux paysages ainsi que les déplacements de pollutions, sont autant de conséquences de l'exploitation et de l'extraction agro-industrielle auxquelles sont confrontés les peuples autochtones. Plusieurs acteurs sont mis en cause : les États et les entreprises multinationales.

La Commission du développement du Parlement européen, dans un avis de 2018, présente plusieurs options aux États pour améliorer la situation<sup>92</sup>. En outre, elle les invite « à effectuer des analyses d'impact obligatoires des effets sur les droits de l'homme de toute nouvelle activité dans ces secteurs et à en divulguer les résultats avant le lancement de ces activités » et « souligne la nécessité de garantir que la législation régissant l'octroi de concessions comprend

<sup>86</sup> HIRT (I.), DESBIENS (C.), « L'aménagement du territoire et la question de la différence culturelle au Canada. », *op. cit.* note 84.

<sup>87</sup> AGNU, Le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant et du droit à la non-discrimination à cet égard, 2019 (A/74/183).

<sup>88</sup> *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73.

<sup>89</sup> OTIS (G.), « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Revue Recherches amérindiennes au Québec*, 2009, 39(1-2), p.99.

<sup>90</sup> Site officiel de l'IWGIA (Bolivia) en version anglaise ou espagnole : <https://www.iwgia.org/es/bolivia.html#:~:text=Pueblos%20ind%C3%ADgenas%20en%20Bolivia&text=Existen%2036%20pueblos%20reconocidos%2C%20siendo,la%20regi%C3%B3n%20oriental%20del%20pa%C3%ADs.>

<sup>91</sup> LERICHE (L.), *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *op. cit.*, note 26, p.295.

<sup>92</sup> Avis de la commission du développement (24.4.2018) à l'attention de la commission des affaires étrangères sur la violation des droits des peuples autochtones dans le monde, y compris l'accaparement des terres (2017/2206 (INI)).

des dispositions en matière de consentement libre, préalable et informé ».

Selon les normes internationales, aussi bien la DDPA que la Convention 169 de l'OIT, les États ont l'obligation de consulter les peuples intéressés, « avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de [les] concerner [...], afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause » (article 19 de la DDPA), (voir *supra*). Cette obligation vaut particulièrement en matière d'activités menées sur les territoires traditionnels. Or, comme le souligne Irène Bellier, « le droit au principe de consentement dépend en lui-même des droits en matière de foncier et d'environnement accordés aux peuples autochtones »<sup>93</sup> en ce qu'ils posent la question de savoir si les terres, territoires et ressources leur appartiennent effectivement. Dès lors, « le droit au principe de consentement sous-tend un droit à l'autodétermination sur les terres, territoires et ressources que les États ne peuvent octroyer pleinement sans porter atteinte à leur intégrité territoriale »<sup>94</sup>. Le Canada, au moment de l'adoption de la DDPA, était particulièrement réticent et craignait de donner aux peuples autochtones trop de pouvoir en leur accordant une sorte de droit de véto. La position du Canada n'est pourtant pas isolée. En effet, pour plusieurs États, octroyer aux peuples autochtones un droit décisionnel sur des projets touchant l'économie nationale équivaldrait à renoncer à leur pouvoir souverain sur les richesses naturelles de l'État.

En matière d'extraction et d'exploitation les États jouent donc un rôle déterminant puisqu'ils octroient les concessions de « droits d'exploitation des ressources naturelles sur les terres publiques grevées d'un titre ancestral autochtone »<sup>95</sup>. C'est donc à eux qu'il revient de rechercher le consentement des populations aux projets d'extraction et d'exploitation. La décision *Pueblo Saramaka c. Suriname* de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de 2007, est une décision charnière puisqu'elle traite pour la première fois des conditions précises de validité pour l'octroi de concessions. En ce que ces dernières « sont de nature à porter préjudice aux activités traditionnelles essentielles au mode de vie des autochtones », les États doivent consulter préalablement les autochtones, voire recueillir leur consentement, notamment en cas d'impact grave « d'un projet sur les ressources essentielles de la communauté ». S'agissant du processus de consultation, les autorités publiques et les peuples autochtones sont parfois démunis. Eu égard à sa jurisprudence, il est incontestable que la Cour suprême du Canada fait respecter le droit à la consultation et au consentement préalable, libre et éclairé (CPLE) des peuples autochtones. Pourtant, elle admet que la mise en œuvre de ce droit dépend des situations<sup>96</sup>. Cette analyse casuistique « ne fait que nourrir le flou existant autour de cette procédure aussi bien pour les autorités publiques que les peuples autochtones. De cette imprécision, il en découle indubitablement une facilité pour outrepasser le consentement autochtone »<sup>97</sup>.

« Face à la multiplication des conflits et des impacts, les arènes internationales ont permis de questionner le rôle des entreprises transnationales, notamment du point de vue de la prise en compte des droits de l'homme et de ceux des peuples autochtones »<sup>98</sup>. Évidemment, la « prédation des ressources naturelles » par les sociétés transnationales (STN), ou leur indifférence du droit au CPLE des peuples autochtones, sont donc intrinsèques à la problématique de l'extraction et l'exploitation des terres autochtones. De nombreux procédés ont déjà été mis en place pour tenter de soumettre les STN au respect des droits de l'homme

ainsi qu'aux standards de la Déclaration de 2007. À ce titre, plusieurs moyens sont mis à disposition des États qui « peuvent, soit de manière unilatérale, soit par le biais d'organisations internationales, les pousser à adopter des réglementations internes visant à garantir le respect des droits de l'homme et plus spécifiquement des peuples autochtones »<sup>99</sup>. Les *Principes directeurs sur les entreprises multinationales* adoptés en 1976 par l'OCDE sont la première concrétisation de cette volonté de soumettre les STN aux normes internationales relatives aux droits de l'homme. Quelques mois plus tard, en novembre 1977, l'OIT développera la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*. En 2011, le Conseil des droits de l'homme adoptera les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* dits « Principes de Ruggie ». Néanmoins, la plupart du temps, de tels instruments sont appréhendés en droit international comme de simples « recommandations ». Les STN n'ont donc aucune obligation de mise en œuvre.

A cette problématique s'ajoute celle de l'engagement de la responsabilité des STN. En dépit des mécanismes de contrôle disponibles (judiciaires, quasi-judiciaires et extrajudiciaires) au niveau national, régional et international en cas de violation, les STN échappent souvent aux poursuites eu égard à leur statut particulier. En effet, à ce jour, il n'existe toujours pas d'instrument international juridiquement contraignant pour « réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises »<sup>100</sup>.

Malgré tout, la sanction sociale de l'atteinte à la réputation de l'entreprise reste une solution souvent efficace pour obliger l'entreprise à revoir sa position et à modifier son cadre normatif interne. Tel a été le cas pour l'entreprise minière Vedanta Resources Vlc. Un projet minier de la société allait porter atteinte à la montagne sacrée de la tribu indienne des Dongria Kondh. Alors que la tribu avait reçu le soutien de nombreuses personnalités britanniques, la mine était gelée. Le cours de l'action de la société s'était alors effondré sur le marché boursier britannique ce qui avait fait perdre plusieurs millions d'euros aux investisseurs de la STN. A la suite de l'affaire *Vedanta*, l'entreprise a revu un grand nombre de ses politiques internes.

La problématique de l'exploitation des ressources naturelles par les STN demeure un sujet brûlant et actuel, en témoigne le projet très controversé du barrage hydroélectrique de Belo Monte au Brésil. Ce projet implique la participation de plusieurs entreprises de renom (Alstom, GDF Suez ou encore EDF) et met en péril la vie des peuples autochtones de la région qui n'ont plus accès aux ressources du fleuve ni l'assurance de rester sur leurs terres en raison de la politique de délocalisation du gouvernement brésilien.

## Conclusion

D'un point de vue juridique, le bilan de l'effectivité de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones reste tout de même positif. Pour Luc Leriche, « sa nature de *soft law* n'a nullement été un obstacle à son intégration complète ou partielle dans les ordres juridiques internes. (...) Sa souplesse lui a également valu d'être directement incorporée dans le libellé d'instruments internationaux contraignants mais également au sein même des politiques internes de plusieurs institutions internationales »<sup>101</sup>.

<sup>93</sup> BELLIER (I.) (dir.), *Terres, territoires, ressources. Politiques, pratiques et droits des peuples autochtones*. Paris, L'Harmattan, 2015, SOGIP, Collection Horizons Autochtones, p.300.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p.301.

<sup>95</sup> OTIS (G.), « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour IDH », *op. cit.*, note 89.

<sup>96</sup> À ce titre, voir les jurisprudences contradictoires : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo Services Inc*, 2017 CSC 40 et *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge Inc*, 2017 CSC 41.

<sup>97</sup> LERICHE (L.), *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *op. cit.*, note 26, p.67.

<sup>98</sup> BELLIER (I.), CLOUD (L.), LACROIX (L.), *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, *op. cit.*, note 17, p.294.

<sup>99</sup> LERICHE (L.), *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *op. cit.*, note 26, p.203 et s.

<sup>100</sup> A/HRC/RES/26/9, « Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme ». Voir aussi « *Le droit des peuples à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains* », Programme Droits Humains du Centre Europe - Tiers Monde (CETIM), p.33.

<sup>101</sup> LERICHE (L.), *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *op. cit.*, note 26, p.225.

En pratique, les peuples autochtones n'ont pas manqué de recourir à la Déclaration pour demander réparation pour les violations commises à l'égard de leurs droits<sup>102</sup>.

Il est donc incontestable que, tant *de jure* que *de facto*, la Déclaration a permis d'améliorer la condition juridique des peuples autochtones et dispose d'une « importante autorité de persuasion »<sup>103</sup>.

Toutefois, des progrès restent à faire par les États, les institutions internationales et les sociétés transnationales quant à la nécessité d'octroyer une protection spécifique aux peuples autochtones. Comme le souligne Luc Leriche, « les acteurs internationaux ont encore tendance à relativiser de manière excessive les droits inscrits dans la Déclaration. Par exemple, de nombreuses autorités étatiques perçoivent encore les peuples autochtones comme des obstacles au développement économique et à l'exploitation des ressources naturelles sur le territoire national. Certes, (...) les droits des peuples autochtones ne sont pas absolus (...). Cependant, il appartient à chaque système juridique d'être en mesure de formuler des limites équitables. Dans cette perspective, les droits des peuples autochtones ne devraient pas être sacrifiés sur l'autel de l'État »<sup>104</sup>.

La Déclaration n'a donc pas su trouver un équilibre satisfaisant entre reconnaissance des droits autochtones et

garantie des intérêts étatiques. En effet, les peuples autochtones continuent de « *souffrir de situations de vulnérabilité et de pauvreté dans la plupart des pays où ils vivent* »<sup>105</sup>.

Dès lors, la Déclaration ne constituerait qu'une première étape vers l'adoption d'un nouveau cadre juridique contraignant en faveur des peuples autochtones. En effet, la ratification massive d'un tel instrument au contenu semblable à celui de la Déclaration traduirait la volonté concrète des acteurs internationaux et nationaux de s'ajuster aux réalités contemporaines et ce, en vue d'améliorer l'effectivité de la protection des droits des peuples autochtones<sup>106</sup>.

Les enjeux autour de cette effectivité demeurent plus que jamais d'actualité, en témoigne le film documentaire poignant « Terra Libre » sorti le 22 septembre 2021 et projeté à l'Université Jean Moulin Lyon 3 en présence du réalisateur Gert-Peter Bruch et du cacique Ninawa, Chef du peuple Huni Kui de l'État de l'Acre en Amazonie brésilienne. Tous deux membres de l'Alliance des Gardiens de Mère Nature, ils cherchent avant tout à éveiller les consciences et sensibiliser les jeunes générations à la cause autochtone.

---

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> GÓMEZ ISA (F.), « The UNDRIP : an increasingly robust legal parameter », *The International Journal of Human Rights*, Vol 23, n°1 et 2, 2019, pp.7-21.

<sup>104</sup> LERICHE (L.), *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *op. cit.*, note 26, p.226.

<sup>105</sup> GÓMEZ ISA (F.), « The UNDRIP : an increasingly robust legal parameter », *op. cit.*, note 103.

<sup>106</sup> LERICHE (L.), *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *op. cit.*, note 26, p.227.

Les Aïnous sont un peuple autochtone vivant au Japon et en Russie. Ils peuplent l'île d'Hokkaido, l'île de Karafuto-Sakhaline ainsi que les îles Kouriles<sup>1</sup>. Ils vivent en grande majorité sur l'île d'Hokkaido où leur population est estimée à 25 000 individus<sup>2</sup>. Beaucoup d'entre eux sont déjà assimilés à la culture japonaise et ont aujourd'hui un mode de vie similaire<sup>3</sup>.

À partir des IV<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> siècles, les Japonais repoussent progressivement les ancêtres du peuple Aïnou vers le nord. Au XI<sup>ème</sup> siècle, les Utaris<sup>4</sup> s'implantent définitivement sur l'île la plus septentrionale de l'archipel : Hokkaido<sup>5</sup>. À partir du XIV<sup>ème</sup> siècle, des colons Japonais viennent s'installer sur les territoires aïnous créant ainsi des tensions jusqu'en 1869 où Hokkaido est finalement annexée au Japon<sup>6</sup>. Pendant toute la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, Tokyo va mener une politique d'assimilation brutale à l'encontre des Aïnous, leurs droits et libertés vont se réduire jusqu'au premier tournant de 1899 : la « loi sur la protection des anciens aborigènes de Hokkaido ».

Le terme d'assimilation peut être défini comme le : « Fait de devenir semblable sur le plan social et culturel<sup>7</sup> ». Il y a donc eu dans l'histoire du peuple Utari une dynamique tendant à les incorporer totalement à la civilisation japonaise, niant ainsi tout intérêt ou profit de la particularité culturelle de ce peuple. La proximité avec la grande aire culturelle japonaise a déjà eu un certain nombre d'effets néfastes sur les Aïnous du Japon : un grand nombre d'Utaris ne savent pas qu'ils appartiennent à ce peuple ou qu'ils ont des ancêtres Aïnous. Les parents entretiennent cette ignorance de peur que leurs enfants ne subissent des discriminations du fait de leur appartenance ethnique<sup>8</sup>. L'identité Utarie est dans ces cas-là perdue et des interrogations persistent quant au nombre réel d'Aïnous, certaines sources non officielles avancent même le chiffre de 200 000 individus<sup>9</sup>.

Cet article se concentrera sur la situation des Aïnous du Japon en ce qu'ils sont la communauté la plus significative de ce peuple du point de vue démographique. Les Utaris des Kouriles et de Karafuto-Sakhaline ont d'ailleurs en grande partie été expulsés vers Hokkaido par les Soviétiques en même temps que les Japonais à la fin de la Seconde Guerre Mondiale, au début de l'occupation Russo-Soviétique des îles Kouriles et de l'annexion du sud de Karafuto-Sakhaline<sup>10</sup>.

L'objectif de ce travail sera donc d'analyser le changement de statut des Aïnous au regard d'un droit japonais influencé par le droit international des droits de l'Homme. La transition de groupe ethnique à peuple autochtone est aujourd'hui une réalité pour les Utaris, ce qui en fait un exemple de réussite relative de la reconnaissance de leurs droits et ce, à l'intérieur d'un État qui réserve une place toute particulière voire mystique à la question de l'homogénéité de sa population.

Toutefois, malgré ces avancées significatives, de nombreux progrès restent à faire. Il conviendra donc de se demander en quelles mesures les Aïnous du Japon ont pu voir leurs droits évoluer depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle, passant ainsi d'une perspective péjorative d'indigènes<sup>11</sup> à la reconnaissance de peuple autochtone par l'État japonais ?

Dans un premier temps, sera évoquée la dure assimilation des Aïnous à la culture nipponne, imposée par les pouvoirs publics et subie par le peuple Aïnou, au travers de mesures assimilatrices et discriminatoires, mais aussi par le prisme des espoirs frustrés du XX<sup>ème</sup> siècle (I). Avant de se concentrer sur la reconnaissance par l'État japonais du statut de peuple autochtone aux Aïnous, processus non seulement interne, mais également le fruit d'une influence grandissante du droit international des droits de l'homme (II).

I) L'assimilation des Aïnous à la culture japonaise et les échecs du XX<sup>ème</sup> siècle

Sera premièrement abordée dans cette partie, la question de la répression de la culture et de l'identité aïnoue, qui s'est manifestée pendant le XIX<sup>ème</sup> siècle par le biais de la politique assimilatrice japonaise (A). Pour ensuite se concentrer sur les revendications inabouties et les frustrations des Aïnous relatives aux nouveaux espoirs d'après-guerre (B).

### A) Le XIX<sup>ème</sup> siècle et la volonté assimilatrice

Juste après l'annexion d'Hokkaido, un grand nombre de colons Japonais viennent s'installer sur l'île. À partir des années 1870 des groupes d'Aïnous sont déplacés des zones fertiles et remplacés par des Japonais<sup>12</sup>. De manière progressive, l'administration japonaise s'étend de manière effective sur la totalité de l'île et les populations Utaries d'Hokkaido se retrouvent entièrement sous domination japonaise.

Le Japon entre dans l'ère *Meiji* le 23 octobre 1868, cette période se caractérise par la volonté de moderniser l'État japonais s'inspirant des modèles occidentaux et reproduisant leurs systèmes économiques et militaires<sup>13</sup>. L'ère *Meiji* est également un changement profond du modèle politique japonais qui devient un État impérialiste et expansionniste<sup>14</sup>. L'île d'Hokkaido en sera la première conquête. En effet il est intéressant de noter que le Japon entre dans l'ère *Meiji* en 1868 et qu'il annexe Hokkaido un an plus tard en 1869, cela démontre le dynamisme et la volonté modernisatrice de l'Empire du Japon du XIX<sup>ème</sup>.

C'est à partir de l'ère *Meiji* que naît l'idéal japonais de l'État nation entièrement homogène. À partir de 1878 les Aïnous disposent d'un nouveau statut et ne sont plus considérés comme des indigènes mais comme des « anciens indigènes<sup>15</sup> ». Cette dynamique est clairement le point de départ de la volonté politique assimilatrice des Aïnous du Japon, elle va se matérialiser par diverses mesures, telles que la mise en place d'une éducation nouvelle et adaptée en langue japonaise ou encore l'obligation de la conversion agricole dont l'objectif est l'abandon des anciennes pratiques culturelles aïnoues<sup>16</sup>. Le point culminant de ce mouvement se concrétise par la création de la loi sur la protection des anciens aborigènes de Hokkaido de 1899.

La loi sur la protection des anciens aborigènes de Hokkaido dispose par exemple que : « *[a]n elementary school shall be built through the national treasury in the place where there is a tribe of former aborigines of Hokkaido*<sup>17</sup> », c'est un signe de la volonté d'assimilation des Aïnous, à la fois positif car cette mesure leur offre une meilleure accessibilité à l'éducation, mais négatif car ces écoles publiques vont bien évidemment avoir pour objet de noyer ces populations dans la culture japonaise. L'article 7 précise quant à lui que : « *[t]he children of the former aborigines of Hokkaido who are in poverty shall be granted their tuition fees if they enrolled in school*<sup>18</sup> ». En lien avec l'article précédent, l'aide financière est ici un moyen d'augmenter le taux de scolarisation des enfants Utaris dans les écoles japonaises. Ces mesures s'inscrivent dans une dynamique que l'on pourrait qualifier de civilisatrice, rendue possible par la colonisation de ces territoires. L'ère *Meiji*, au travers du modèle occidental qu'elle a adopté, reproduit la logique d'expansion territoriale menée par les grandes nations Européennes et les États-Unis, ce qui fait de cette loi un tournant et un symbole dans l'histoire du peuple Aïnou.

### B) Des revendications légitimes et nombreuses.

À partir de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les Aïnous du Japon vont progressivement abandonner leurs anciennes pratiques culturelles (que ce soit leur langue ou leur mode de vie de chasseur-cueilleur<sup>19</sup>). Le gouvernement japonais va durant la majeure partie du XX<sup>ème</sup> siècle raisonner selon la logique de la loi sur les anciens aborigènes d'Hokkaido de 1899. Comme le nom de cette loi l'indique, aucune minorité

n'est censée exister au Japon, puisque les Utaris sont d'anciens aborigènes<sup>20</sup>. Cette phrase laisse sous-entendre que les Aïnous seraient donc de *nouveaux-Japonais*, niant de la sorte totalement l'altérité culturelle que représente leur communauté à cette période.

Le 21 juin 1979, le Japon ratifie le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose que : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue<sup>21</sup> ». Toutefois, cela n'engage à aucun moment un processus de reconnaissance par le Japon de la différence culturelle des Aïnous. Les pouvoirs publics japonais restent dans le déni et rien n'est mis en place pour reconnaître le statut de minorité aux Aïnous<sup>22</sup>.

Néanmoins, quelques années plus tard, dans le 3<sup>ème</sup> rapport périodique du Japon soumis à l'article 40<sup>23</sup> du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, une avancée significative est faite, ce dernier dispose que : « *[a]s for the question of people of Ainu raised in relation to Article 27 of the Covenant. They may be called the minorities of that Article. Because it is recognized that these people preserve their own religion and language and maintain their own culture. The people of Ainu are not denied to enjoy the rights mentioned above as Japanese nationals whose equality is guaranteed under the Japanese Constitution<sup>24</sup>* ». Pour la première fois, dans ce rapport de 1991, la qualité de minorité ethnique est reconnue au peuple Aïnou.

Dans la continuité de cette dynamique une nouvelle loi va venir remplacer la loi de protection sur les anciens aborigènes d'Hokkaido de 1899 encore en vigueur. Cette nouvelle loi s'appelle la « loi sur la promotion de la culture aïnoue et sur la diffusion des connaissances relatives à leurs traditions », elle date de 1997. Elle dispose par exemple que : « *[t]his act aims to have Japanese society respect the Ainu's pride in being an Ainu people and to contribute to supporting the various cultures in our country by implementing policies to disseminate knowledge regarding Ainu tradition and culture, which are the sources of Ainu people's ethnic pride, and to promote Ainu culture, as well as to educate the nation to the state of Ainu Traditions<sup>25</sup>* ». Elle confirme donc la reconnaissance effective par le Japon du statut de minorité ethnique, s'inscrivant dans la continuité du 3<sup>ème</sup> rapport périodique du Japon relatif au Pacte International relatif aux droits civils et politiques. La volonté assimilatrice semble être abandonnée au profit d'une vision plus respectueuse voire promotionnelle de la culture utarie : « *[t]he national and regional governmental bodies shall respect the autonomous will and ethnic pride of the Ainu people in the Promotion of Ainu Culture<sup>26</sup>* ». Cette loi est donc un progrès considérable pour la reconnaissance des droits du peuple Aïnou et elle est manifestement un tournant dans la vision sociétale et son appréhension par les pouvoirs publics japonais.

Néanmoins, il reste un certain nombre de lacunes qui n'ont pas été comblées, ainsi, aucun droit n'est réellement reconnu aux Aïnous, c'est une loi qui proclame des principes, qui en fini, certes, avec la volonté assimilatrice<sup>27</sup>, mais qui ne leur permet pas d'accéder aux territoires qui leurs avaient été spoliés et surtout qui ne leur reconnaît pas le statut de peuple autochtone.

## II) Les Aïnous, un peuple autochtone.

Premièrement, la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones de 2007 sera analysée dans cette partie en tant que l'un des moteurs de la reconnaissance de la qualité de peuple autochtone aux Aïnous (A). Il conviendra ensuite se concentrer sur les bénéfices juridiques concrets de cette Déclaration pour le peuple Aïnou, tout en observant les problématiques persistantes (B).

### A) Le processus enclenché par la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones

Le 13 septembre 2007, l'Assemblée Générale des Nations Unies adopte la Déclaration des Nations unies sur les Droits des Peuples Autochtones avec le soutien du Japon<sup>28</sup>, elle dispose notamment que : « [I]es peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme<sup>29</sup> », ou encore que : « Les autochtones, peuples et individus, ont le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture<sup>30</sup> », mais aussi que : « Les peuples autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires (...) donné[s] librement et en connaissance de cause des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour<sup>31</sup> ». De nombreuses dispositions de la Déclaration correspondent pleinement à la situation des Aïnous du Japon, dénonçant ainsi l'interdiction de l'assimilation des peuples autochtones ou encore proclamant le droit de retour, voire le droit à l'indemnisation.

Toutefois, malgré sa ratification, le Japon préfère ne pas considérer les Aïnous comme un peuple autochtone<sup>32</sup> et il va falloir attendre le 6 juin 2008 pour que la *Diète*, le Parlement japonais, conformément aux demandes des organes des Nations Unies chargés de la surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme et aux peuples autochtones, prenne une résolution en faveur de la reconnaissance aux Aïnous de la qualité de peuple autochtone. Le Parlement japonais demande ainsi au gouvernement japonais d'octroyer le statut d'autochtone aux Aïnous : « [p]ar conséquent, nous appelons le gouvernement à prendre les mesures suivantes dans les plus brefs délais : I. La reconnaissance de peuple autochtone aux Aïnous en tant que premiers habitants du nord de l'archipel nippon, notamment à Hokkaido, disposant de leur propre langue, culture et religion<sup>33</sup> ». Mais une seconde fois, malgré la signature du Japon de la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des peuples autochtones et malgré la résolution de la *Diète* de 2008, il faudra attendre février 2019 pour que le statut de peuple autochtone soit réellement reconnu aux Aïnou par le gouvernement japonais<sup>34</sup>.

### B) Les conséquences de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones

C'est finalement le gouvernement de l'ancien Premier ministre Shinzo Abe qui accordera aux Aïnous officiellement le statut de peuple autochtone avec la « Loi sur la promotion des mesures visant à instaurer une société respectueuse de la fierté des Aïnous » de 2019. Elle vient remplacer loi sur la promotion de la culture aïnoue et sur la diffusion des connaissances relatives à leurs traditions de 1997. Elle dispose par exemple en son article 2 que : « [I]es termes « politiques aïnoues » employés dans la présente loi désignent les mesures de développement d'un environnement qui contribue à la promotion de la culture aïnoue, à la diffusion et à l'enrichissement des connaissances concernant les traditions et la promotion de la culture aïnoue pour que les Aïnous vivent avec fierté en tant que peuple<sup>35</sup> ». Dans l'article 2 de cette loi, il est donc possible de constater que le caractère de peuple est évoqué sans ambiguïté<sup>36</sup>, cela fait clairement écho à la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones qui, en son article 8, condamne l'assimilation forcée. En effet, le fait pour le Japon, de reconnaître le statut d'autochtone au peuple Aïnou est la meilleure protection juridique qu'il puisse exister contre la menace de l'assimilation forcée. Également, cette loi de 2019 permet de réaffirmer des principes simples mais indispensables : « [n]ul ne peut faire de discrimination à l'égard des Aïnous, ni commettre tout autre acte qui viole leurs droits et intérêts relatifs à cette appartenance<sup>37</sup> ». Cela vient rappeler une nouvelle fois la déclaration qui précise que : « [I]es autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres et ont le droit de ne pas faire l'objet, dans l'exercice de leurs droits, d'aucune forme de

discrimination fondée, en particulier, sur leur origine ou leur identité autochtone<sup>38</sup>».

Ces avancées sont indéniables et extrêmement positives pour la cause utarie, mais il reste encore des progrès à faire, notamment au niveau de l'autodétermination. La Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones dispose que : « [l]es 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<sup>39</sup>». De plus, l'autodétermination est un principe reconnu par la Charte des Nations Unies : « [l]es buts des Nations Unies sont les suivants : Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes<sup>40</sup>». Ainsi, si l'on se réfère à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée Générale des Nations Unies qui adopte la « Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies<sup>41</sup> », qui dispose que : « [e]n vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement

économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte (...) Tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait les peuples mentionnés ci-dessus dans la formulation du présent principe de leur droit à disposer d'eux-mêmes, de leur liberté et de leur indépendance<sup>42</sup>». L'État japonais est loin d'accorder au peuple Aïnou un droit effectif à l'autodétermination, certes, la loi de 2019 ouvre la voie à une responsabilité locale en vue de sa mise en place : « [l]es gouvernements nationaux et locaux sont responsables de la formulation et de la mise en œuvre des politiques aïnoues (...) L'État et les entités publiques locales s'efforcent d'approfondir la compréhension des Aïnous par les citoyens au moyen d'activités éducatives, publicitaires et autres<sup>43</sup>». Mais on demeure loin de l'ouverture à une éventualité autonomiste, plus conforme au statut de peuple autochtone des Aïnous et plus respectueuse du droit international.

Néanmoins, le Japon s'impose aujourd'hui clairement comme un modèle. La situation des Aïnous est sans comparaison face aux drames que vivent les Rohingyas au Myanmar et les Ouïghours en Chine. Il faut donc espérer que le Japon puisse insuffler une dynamique nouvelle plus respectueuse du droit international des droits de l'homme à l'ensemble du théâtre asiatique.



A l'origine le terme d'ethnocide n'était pas assimilé au Droit international mais uniquement réservé à l'ethnologie. Le procès de Nuremberg a donné une première impulsion vers l'intégration de ce terme au sein du DI en définissant tout d'abord le génocide.

### I) Définition et approche doctrinale de l'ethnocide

Pour cela, il convient de reprendre la définition apportée par Raphaël LEMKIN. Par « génocide », nous entendons la destruction d'une nation ou d'un groupe ethnique. Ce nouveau mot, forgé par l'auteur pour signifier une vieille pratique dans son évolution moderne, est composé du mot grec *genos* (race, tribu), et du mot latin *cide* (tuer), s'apparentant ainsi par sa formation à des mots comme tyrannicide, homicide, infanticide, etc. En règle générale, le génocide ne signifie pas nécessairement la destruction immédiate d'une nation, sauf lorsqu'il est réalisé par des meurtres en masse de tous les membres d'une nation. Il entend plutôt signifier un plan coordonné de différentes actions visant à la destruction de fondements essentiels de la vie de groupes nationaux, dans le but d'exterminer les groupes eux-mêmes. Un tel plan aurait pour objectifs la désintégration des institutions politiques et sociales, de la culture, de la langue, des sentiments nationaux, de la religion et de la vie économique de groupes nationaux, ainsi que la suppression de la sécurité personnelle, de la liberté, de la santé, de la dignité, voire de la vie des personnes appartenant à ces groupes. Le génocide vise le groupe national en tant qu'entité, et les actions en question sont dirigées contre des individus, non pas en qualité, mais en tant que membre du groupe national<sup>1</sup>.

Comme le précise Sandra PRUIM<sup>2</sup>, l'ethnocide et le génocide culturel sont entendus comme la perte de l'identité culturelle par la force, la délocalisation forcée et l'assimilation au sein d'une société dominante ainsi que la dépossession des terres. Ces deux concepts sont étendus via des politiques qui visent à interdire l'utilisation d'une langue aussi bien dans les milieux privés que dans les écoles ou encore la destruction systématique d'ouvrages rédigés dans cette langue.

Un autre aspect de ce concept relève de l'histoire culturelle et de l'héritage religieux, cela est vu comme la destruction matérielle de la culture aussi par des documents que des objets ou des monuments culturels, historiques ou religieux ayant une signification importante pour le peuple visé. Cette destruction culturelle se traduit aussi par des restrictions comme l'accès aux bibliothèques, musées, écoles, monuments historiques, les lieux de recueillement ou à d'autres institutions culturelles.

De telles mesures sont égales à une attaque continue de la construction culturelle et la vie d'un groupe. Substantiellement, l'article 8 vise garantir que les peuples autochtones sont libres de profiter, de se développer et de transmettre leur culture et leur langue.

Toutefois selon Julie LAVET, « *d'autres abus de langage existent et ont été constatés autour de l'emploi du terme de génocide. Certains parlent de « génocide culturel », pour réagir à des événements comme la destruction de monuments d'une culture. Récemment, l'emploi par le Dalai Lama de l'expression de « génocide culturel » pour qualifier la sinisation du Tibet illustre parfaitement l'abus de langage dont est victime le terme de génocide, auquel on devrait dans ces cas précis substituer l'utilisation encore timide « d'ethnocide ». En effet, l'usage généralisé et répété du mot « génocide » tend à une banalisation de ce crime, et s'avère même dangereuse puisqu'elle permet parfois la propagation d'idées d'inspirations négationnistes.* »<sup>3</sup>

Selon Pierre CLASTRES, l'ethnocide est la destruction systématique des modes de vie et de pensées de gens différents de ceux qui mènent cette entreprise de destruction. Le génocide assassine les peuples dans leur corps et l'ethnocide les tue dans leur esprit<sup>4</sup>. Les termes génocide et ethnocide ont une base étymologique similaire. Celle de génocide a été envisagée précédemment, concernant l'ethnocide, on distingue le mot latin *ethno* (groupe social de personne qui s'identifie entre elle sur la base d'une ascendance commune, fictive ou réelle, d'une histoire commune, d'une culture commune ou d'un vécu commun) et le terme latin *cide* (tuer). « L'ethnocide » désigne l'acte de destruction d'une civilisation, l'acte de décivilisation. Cet acte peut permettre de caractériser le « sujet » auteur de la décivilisation ou procédure alors coupable d'ethnocide<sup>5</sup>.

CLASTRES précise, que l'agresseur, dans l'ethnocide comme dans le génocide, partage la même vision du peuple qu'il agresse la différence résidant dans le moyen de parvenir à ses fins<sup>6</sup>. Dans l'ethnocide on perçoit l'autre comme différent mais avec la volonté de le changer par tout moyen non létale, en revanche le génocide ne laisse pas place à cette volonté et l'objectif est l'anéantissement physique du peuple agressé.

En somme dans chacun des cas cela revient à pratiquer l'anéantissement du peuple agressé, mais avec différents moyens pour mettre en œuvre ce projet.

S'il existe bien une distinction entre ces deux notions, l'histoire et la pratique nous ont montré qu'ils allaient souvent de pair. L'ethnocide ouvrant dans une grande partie des cas la voie à un génocide en devenir.

Néanmoins, il y'a eu la volonté de distinguer ces deux notions. Sur le plan de la pratique s'il est vrai qu'aucunes conventions ne mentionnent clairement l'ethnocide, la déclaration de San José tente de fournir une approche juridique de l'ethnocide.

The Declaration of San José describes ethnocide in terms of 'the loss of cultural identity among Indian populations of Latin America.' Ethnocide occurs when 'an ethnic group is denied the right to enjoy, develop and transmit its own culture and its own language, whether collectively or individually.' It involves an 'extreme form of massive violation of human rights' such as the right of ethnic groups to respect for their cultural identities<sup>7</sup>.

Le groupe de travail de l'ONU sur les populations indigènes, en sa quatrième session a remis un rapport qualifiant les pratiques ethnocidaires, "inequalities and oppression suffered for centuries; ethnocidal practices; the actual dismal situation and marginalized existence in many countries, notwithstanding lofty statutes and policies; lack of understanding and knowledge reflected in accusations of backwardness and primitiveness; and forced assimilation and integration by majority populations"<sup>8</sup>.

Toutefois, il est possible de relever certaines dispositions qui tendent à poser un cadre à cette notion d'ethnocide. "Article 8 of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples provides that Indigenous peoples and individuals have the right to be free from forced assimilation and destruction of culture. In addition, this provision requires that states provide effective mechanisms for prevention and redress of actions that: deprive Indigenous peoples of their integrity as distinct peoples; dispossess Indigenous peoples of land; force population transfers, assimilation or integration; or promote or incite discrimination. In essence, this article protects the right of Indigenous peoples and individuals to live in an environment where they can enjoy their own cultures and where those cultures are able to develop and flourish"<sup>9</sup>. Cette disposition est explicite concernant le

1 LEMKIN (R.), Axis rule in occupied Europe : laws of occupation, analysis of government, proposals for redress, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1944, p. 79.

2 PRUIM (S.), Ethnocide and Indigenous People : article 8 of the Declaration on the Rights of Indigenous People, *Adealide Law Review*, n°2, 2014.

3 LAVET (J.), « L'engagement de la responsabilité de la France dans le génocide rwandais de 1994 », mémoire de fin d'études, Université Lumière Lyon II, Institut d'Études Politiques, Section Affaires Internationales, année universitaire 2008-2009.

4 CLASTRES (P.), De l'ethnocide, Persée, 1974, p. 102.

5 JAULIN (R.), La décivilisation : politique et pratique de l'ethnocide, édition complexe, 1974.

6 CLASTRES (P.), De l'ethnocide, Persée, 1974, p. 102.

7 Declaration of San José, UN Doc SS 82/WS.32, preamble para 1.

8 Report of the Working Group on Indigenous Populations on its Fourth Session, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1985/22.14.

9 PRUIM (S.), "Ethnocide and Indigenous Peoples: Article 8 of the Declaration on the

droit à la liberté contre les assimilations forcées pour les peuples et individus indigènes.

Face à ce début de consécration de droits visant les populations indigènes et autochtones, il ne faut cependant pas se leurrer et prendre conscience des faits antérieurs à ces avancées juridiques afin de les compléter de la manière la plus adéquate possible, comme dans le cas du génocide : prévenir et réprimer de tels agissements. Pour cela il est donc nécessaire de s'intéresser à l'histoire, dans les faits, de certains ethnocides afin d'apporter par la suite la solution juridique la plus adaptée.

## II) L'ethnocide : une réalité historique

Si la liste d'événements qualifiables d'ethnocide est longue, ces derniers ne sont pas contemporains pour autant. Historiquement l'idée d'ethnocide, bien qu'inexistante à l'époque, allait très souvent de pair avec les conquêtes militaires. En effet, il s'agissait la plupart du temps d'imposer aux vaincus le mode de fonctionnement aussi bien sociétale que culturel des vainqueurs. En revanche dès la conquête des Amériques l'idée a été bel et bien d'éradiquer les cultures, incas ou indiennes pour les remplacer par celles européennes.

Néanmoins, la période contemporaine a connu de nombreux ethnocides et malheureusement celle-ci y est toujours confrontée.

En l'espèce il est possible de s'attarder sur l'exemple du cas des Lhotshampas. En effet, le gouvernement bhoutanais cherche à unifier le pays en imposant la langue bhoutanaise dzongkha et la culture bhoutanaise à tous les habitants, assimilant ainsi de force les minorités issues de l'immigration : en 1985, une loi prive de leur citoyenneté les Lhotshampas, population d'origine népalaise vivant dans les plaines du Sud ; leur langue est interdite, ils doivent porter la tenue vestimentaire durkpa. De plus, ce peuple a subi des violences (vols, agressions, viols et meurtres) ce qui repend un climat de peur et d'insécurité. De cela découle l'exode des Lhotshampas vers l'Assam ou le Bengale Occidental en Inde et vers le Népal<sup>10</sup>.

De ces faits, nous sommes confrontés à des éléments typiques de l'ethnocide, à savoir la suppression de la langue ethnique ainsi que de l'ensemble des tenues coutumières du peuple Lhotshampas, s'accompagnant de violences. Il est donc possible de qualifier les actions et les prises de décision du gouvernement bhoutanais de l'époque d'ethnocide selon le prisme de lecture établi précédemment (cf. partie I).

Il est à noter que dans cette affaire, le Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés a réussi à faire plier le Gouvernement Népalais qui voulait renvoyer les Lhotshampas au Bhoutan<sup>11</sup>.

Dans la pratique, bien que l'ethnocide résulte la volonté d'anéantir une culture, aussi bien spirituellement que matériellement, dans les faits aucun mécanisme n'a permis d'interdire la liberté de penser. C'est pour cela que les efforts sont déployés autour de l'aspect culturel visible, à savoir la langue ou la tenue. A terme, au-delà de l'ethnocide, ces pratiques peuvent provoquer un déplacement des populations « contraint », forçant ces dernières à abandonner un état dans lequel elles ne sont plus que l'ombre d'elles-mêmes. Permettant à l'état ethnocidaire d'atteindre son objectif d'unification et d'uniformisation.

Néanmoins, ces actes d'ethnocide ne sont pas que le fait d'Etats dit défaillants. Il concerne aussi les grandes puissances démocratiques et développées.

Durant le XXème siècle, le Canada a élaboré une politique qui visait à « tuer l'indien dans l'enfant ». Cela avait pour finalité d'éradiquer la culture autochtone et d'imposer un modèle colonial et occidental. De 1878 à 1996 c'est plus de 150 000 enfants autochtones qui ont été placés dans des pensionnats, dès l'âge de 6 ans jusqu'à leurs 16 ans. L'objectif était d'ériger « la solution finale au peuple

*autochtone* »<sup>12</sup>. Outre un taux de mortalité très élevé, le peuple autochtone a subi des violences psychologiques allant jusqu'à de l'acculturation.

À l'époque, ces politiques et pratiques ont été conçues par la plupart des observateurs comme contribuant au « bien-être » des peuples autochtones, mais cette intersection entre l'allégation de l'installation du bien-être et la violence appliquée ne pourrait jamais être expliquée sans mentionner une situation d'ethnocide. Il est indéniable que la séparation des enfants de leurs parents a toujours pour effet d'imposer aux premiers à un âge impressionnable et réceptif une culture et une mentalité différentes de celles de leurs parents. Ce processus tend à faire disparaître le groupe en tant qu'unité culturelle en un temps relativement court.

Cette politique d'assimilation a été transcrite juridiquement dans l'Indian Act en 1876. Dans ce texte, le gouvernement canadien s'érige comme un guide dont le but n'est pas d'intégrer mais d'assimiler les Amérindiens à la civilisation euro-canadienne. Un extrait du rapport annuel du ministre de l'intérieur de 1876 traduit très bien l'idéologie qui se trouve dans l'Indian Act : « *Notre législation indienne repose sur le principe que les autochtones doivent rester dans un statut de tutelle et être traités comme des pupilles ou enfants de l'État [...] L'intérêt des autochtones comme celui de l'État requiert que tous les efforts soient faits pour aider l'homme rouge à sortir de sa condition de tutelle et de dépendance et il est clairement de notre savoir et de notre devoir de le préparer, par l'éducation et tout autre moyen, à un plus haut degré de civilisation en l'encourageant à assumer les privilèges et les responsabilités d'une citoyenneté entière* ». En vérité il s'agit surtout de récupérer les terres des peuples autochtones au Canada. Le gouvernement avait d'abord tenté de les intégrer dans la politique publique, comme en les encourageant à participer aux élections.

Pendant longtemps, l'Indian Act a fait partie des mémoires personnelles mais n'était pas reconnu dans la mémoire collective. Toutefois, en 2008, a été créé un mécanisme de justice transitionnelle : « la Commission vérité et réconciliation ». Le gouvernement canadien n'a jamais reconnu sa part de responsabilité au sujet des persécutions à l'encontre des autochtones, Bien que l'Indian Act n'existe plus et qu'il n'existe plus de centre d'éducation, ce génocide culturel a toujours des conséquences sur la vie des autochtones du Canada : alcoolisme drogue et aussi énormément de féminicides ou encore la disparition du jour au lendemain de nombreuses femmes. Depuis l'élection de Justin Trudeau en 2015, un début de reconnaissance de la part de responsabilité du gouvernement Canadien semble débuter. La Canada a d'ailleurs ouvert une enquête nationale sur les femmes disparues ou assassinées, dirigée par la juge autochtone Marion Buller en 2018.

Il est à noter aussi que la Commission Vérité et réconciliation a mené des travaux pendant sept ans aboutissant en 2004 à la délivrance d'un rapport final conséquent. Cette justice transitionnelle a permis de reconnaître les faits et de recueillir les témoignages des personnes victimes des pensionnats. Cependant il semble que cette reconnaissance ne servirait qu'à alléger les souffrances des personnes subies aux violences. Elle n'effacerait jamais les effets des actes dans la disparition de la culture ou la tradition d'un groupe.

En effet, il est évident que la monopolisation étatique de la violence impliquait l'exercice de cette violence sur des groupes considérés comme extérieurs aux normes dominantes de la civilisation, de sorte que les processus de civilisation impliquent non seulement la réduction de la violence et de l'agression, mais leur réarrangement.

Le rapport de BTH (Bringing them home)<sup>13</sup> citant l'argument avancé par le délégué vénézuélien aux Nations Unies lors du débat sur la rédaction de la Convention fait le

Rights of Indigenous Peoples." Adelaide Law Review, vol. 35, no. 2, 2014, p. 269.

10 BALAJI (M.), Bhoutan. La question des réfugiés pèse sur le processus démocratique, Courrier International, du 06 février 2008.

11 Ibidem.

12 Commission Réconciliation et vérité du Canada, rcaanc-cirnac.gc.ca

13 « Bringing Them Home » est le nom donné au rapport final de l'enquête nationale sur la séparation des enfants autochtones et insulaires du détroit de Torres de leurs familles menée par la Commission des droits de l'homme et de l'égalité des chances (actuellement appelée Commission australienne des droits de l'homme).

diagnostic des actes ethnocidaires : « ... le transfert forcé d'enfants vers un groupe où ils recevraient une éducation différente de celle de leur propre groupe, et auraient de nouvelles coutumes, une nouvelle religion et probablement une nouvelle langue, équivalait en pratique à la destruction de leur groupe, dont l'avenir dépendait de cette génération d'enfants. Un tel transfert pourrait se faire d'un groupe de faible niveau de civilisation et vivant dans des conditions à la fois insalubres et primitives, à un groupe hautement civilisé en tant que membres dont les enfants ne subiraient aucun dommage physique et jouiraient en effet d'une existence matériellement beaucoup plus mieux; dans de tels cas, il ne serait pas question de meurtre de masse, de mutilation, de torture ou de malnutrition ; pourtant, si l'intention du transfert était la destruction du groupe, un crime de génocide aurait sans aucun doute été commis. »<sup>14</sup>

De plus, un autre cas ayant un caractère actuel et démonstratif pour le sujet est le cas des Ouïghours. Le Parti Communiste Chinois (PCC) a profité de la montée du terrorisme mondial pour faire pression sur les minorités musulmanes en Chine, telles que la population Ouïghoure, la désignant comme source de ces menaces « terroristes ». Alors que la loi de 1993 sur la sécurité nationale a été initialement mise en œuvre pour protéger contre les influences externes.

Le règlement anti-extrémisme a été modifié en octobre 2018, accordant aux gouvernements locaux le pouvoir d'établir « des institutions d'éducation, de formation professionnelle et psychologique pour les personnes qui ont été touchées par des pensées extrémistes » également connues sous le nom de « centres d'enseignement professionnel ». <sup>15</sup> Il est apparu récemment que des membres de la minorité ouïghoure ont été détenus de force dans ces centres et qu'ils se sont vu imposer une éducation centrée sur les Han-chinois afin de modifier leur appartenance ethnique, leur religion voire leur mode de vie.<sup>16</sup>

De nombreuses raisons sont invoquées par les autorités chinoises pour justifier la nécessité de détenir une personne ouïghoure en rééducation. Le résultat de cette campagne intense de réingénierie sociale coercitive est essentiellement la destruction de la culture minoritaire ouïghoure au sein de sa communauté adulte.<sup>17</sup> Cette politique de détention des intellectuels et de ceux qui pourraient maintenir la culture ouïghoure vivante à travers leur diffusion de l'histoire, des connaissances, des croyances religieuses et de la langue ouïghoure constitue clairement une partie de la politique du PCC de « *nettoyage culturel* »<sup>18</sup>.

En effet, la pratique ethnocidaire est intrinsèquement liée aux groupes minoritaires. L'histoire et l'actualité nous poussent à converger aux idées de Lemkin qui a souligné que « *l'essence du génocide était culturelle - une attaque systématique contre un groupe de personnes et son identité culturelle ; un crime dirigé contre la différence elle-même* ». C'est cette différence de culture qui sépare et distingue un groupe minoritaire de la population majoritaire et est souvent la cible de l'une des formes les plus graves de discrimination minoritaire.

Une conception mono-culturelle et organiciste de la « société », ne permet aussi qu'une assimilation à un « mode de vie » unique, individualisé. Ce n'est que dans la mesure où ces deux aspects de la rationalité politique libérale sont abordés et qu'une forme de libéralisme est nourrie, concevant plutôt les individus comme des parties intégrantes des collectivités, avec leur identité communautaire. Il s'agit ici d'un élément essentiel plutôt qu'excessible de leur relation à l'État, que l'on puisse espérer que des histoires similaires ne réapparaissent pas, et que les gens puissent cesser de se ressentir comme les objets de l'une ou l'autre forme de violence organisée<sup>19</sup>.

### III) L'ethnocide dans les normes et conventions internationales

Comme il en est le cas au Canada, la justice transitionnelle peut être envisagée comme une solution face à la question de l'ethnocide. Mais dans nos recherches nous avons aussi trouvé des solutions juridiques à travers des normes internationales pénales mais aussi par le prisme des droits de l'Homme.

S'agissant de la récrimination de l'ethnocide via le droit pénal international, il est intéressant de rappeler que le terme ethnocide n'a pas été adopté lors de la rédaction du Statut de Rome. C'est un terme issu de l'anthropologie, de la sociologie, il est donc intimement lié au droit humain. Ainsi, il n'a pas été admis car les rédacteurs ont considéré qu'il n'était pas de nature pénale.

Cependant le crime de persécution qui est constitutif d'un crime contre l'humanité<sup>20</sup> semble pouvoir être envisagé comme un lien qui permettrait d'incriminer un d'ethnocide. Alors que la définition du génocide dans l'article 6 du Statut de Rome ne le permet pas. Plus précisément s'agissant de l'élément matériel du crime de persécution a été envisagé de manière très large par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. En effet le crime de persécution a pu être reconnu, sans forcément l'obligation d'un élément physique. Notamment dans l'arrêt Tadic « *la persécution peut revêtir de nombreuses formes, tant qu'il existe un élément commun de discrimination relatif à l'exercice d'un droit fondamental, et la persécution ne requiert pas nécessairement un élément physique* »<sup>21</sup>. À cet égard, il serait donc possible d'englober l'ethnocide au sein des crimes contre l'humanité.

S'agissant de l'ethnocide vu par le prisme des droits de l'homme il semble logique de distinguer lorsque la situation se trouve dans un conflit armé ou en dehors.

En dehors d'un conflit armé, on retrouve plusieurs textes qui pourraient avoir vocation à s'appliquer. Dans une liste non exhaustive on peut retrouver la DUDH à son article 27 qui dispose que toute personne à le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté. Le Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels ou encore la Convention de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel sont aussi des conventions qui protègent le patrimoine culturel et qui pourrait donc par ce biais protéger des ethnocides.

En outre il est impossible de ne pas mentionner la Déclaration pour les droits des peuples autochtones qui se rapproche le plus de la définition d'ethnocide actuelle sans pour autant en utiliser le terme. Par exemple à l'article 7 « *les peuples autochtones (...) ne font l'objet d'aucun acte de génocide ou autre acte de violence, y compris le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autres* »<sup>22</sup> : la répression de l'ethnocide est clairement visée. Mais, il n'existe pas de convention qui vise directement les ethnocides en dehors de conflit, c'est à travers la protection des biens culturels et des droits individuels qu'une possible protection contre l'ethnocide peut être envisagée.

S'agissant des ethnocides lors des conflits armés la Convention de la Haye de 1954 sur la protection des biens culturels semble pouvoir être un rempart efficace devant des faits pouvant être qualifié d'ethnocides<sup>23</sup>.

Cependant comme nos exemples d'ethnocides ont pu le démontrer la plupart des ethnocides récents n'ont pas lieu lors de conflit armé. De plus la convention permet une protection matérielle des biens culturels, s'en prendre en compte un quelconque *mens rea*.

Cette multiplicité d'acteurs et de sources juridiques potentiels démontrent la difficulté d'incrimination de

14 Mr. Pérez Perozo, 3rd Session, 6th Committee, 1948-1949, 83rd Meeting, 25 October 1948, cited in BTH, p. 271

15 CAIVU (L.), XUANZUN (L.), 10 October 2018, Xinjiang Revises its Anti-Extremism Regulation, The Global Times

16 ZENZ (A.) 2019a, Thoroughly reforming them towards a healthy heart attitude: China's political re-education campaign in Xinjiang, Central Asian Survey 38, p. 124

17 Idem

18 Uyghur Human Rights Project 2018, p. 4.

19 VAN KRIEKEN (R.), Décembre 2004, Rethinking Cultural Genocide: Aboriginal Child Removal and Settler-Colonial State Formation, Oceania, Vol. 75, No. 2, p. 146

20 Article 5 h) du Statut de Rome « Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement

reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte vise dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ; »

21 Le Procureur c/ Dusko Tadic, TPIY, Jugement de première instance, IT-94-I-T, 1997, §707

22 Article 7 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

1. Les autochtones ont droit à la vie, à l'intégrité physique et mentale, à la liberté et à la sécurité de la personne.

2. Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de génocide ou autre acte de violence, y compris le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autre. » adoptée par l'AGNU le 13 septembre 2007.

23 Plus précisément à l'article 2 et 4 de la Convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 14 mai 1954

l'ethnocide, mais il semble que les ethnocides répondent tous à un point commun. La particularité du terme ethnocide est qu'il peut être appliqué à un grand nombre de cas en pratique. C'est le cas des peuples autochtones, aussi bien en Amérique du nord, qu'en Australie, ou encore au Bhoutan, et pourquoi pas les empires coloniaux des deux, trois derniers siècles ?

Dans chacun de ces cas les « oppresseurs » commettent des actes ethnocidaires dans la volonté de civiliser un groupe de personne considéré comme « barbare ». C'est là que la notion de civilisation et décivilisations s'entremêlent. Un groupe veut civiliser un groupe et pour ce faire il le décivilise avec toutes les conséquences, ancrées dans les mémoires personnelles et dans l'histoire de l'humanité.

Le génocide peut être défini comme un crime international tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, raciale ou religieux. La notion de crime de génocide est issue de la Seconde Guerre Mondiale ainsi que du Tribunal de Nuremberg, impulsée par Raphael Lemkin. A cette période le génocide n'est pas poursuivi comme un crime international mais comme une branche du crime contre l'humanité et de la guerre. Par la suite, l'Assemblée Générale des Nations Unies dans une Résolution de 1947 et la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide des Nations Unies de 1948, permettent une codification et une définition de la notion de crime de génocide. Le génocide devient alors un crime international engageant la responsabilité pénale individuelle.

La Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide des Nations Unies de 1948 est entrée en vigueur le 12 janvier 1951. 152 États en font partie, dont la Chine qui l'a signée le 20 juillet 1949 mais qui ne l'a ratifiée que le 18 avril 1983 en mettant une réserve à l'article IX relatif à la compétence de la Cour Internationale de Justice pour tout différend relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention.

Les Ouïghours sont un peuple de la région de Xinjiang en Chine. C'est une minorité ethnique de confession musulmane sunnite. Les Ouïghours font partie des 55 groupes ethniques minoritaires officiellement reconnus par la Constitution chinoise, et forment une population d'environ 11,3 millions d'habitants, ce qui représente 1% de la population chinoise. La région Xinjiang occupe un sixième du territoire chinois<sup>1</sup>. De plus, cette région est considérée comme la destination finale des Routes de la Soie<sup>2</sup>, ce qui en fait un atout économique majeur. L'histoire de la région est mouvementée depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, du fait d'un conflit pour l'indépendance de la région. C'est un peuple non seulement présent en Chine, mais également au Kazakhstan, en Ouzbékistan, au Kirghizistan et en Turquie.

En 2014, le 22 mai, un attentat a lieu à Urumqi, capitale de la région, qui a fait 31 morts. Cet attentat est l'élément déclencheur de l'accélération de la politique répressive chinoise. Pékin attribue cet attentat aux « *terroristes* » islamiques ouïghours dont une partie de la population est en lutte contre le gouvernement chinois pour recouvrer son indépendance. Cet attentat permet la justification de plusieurs politiques de privations de libertés et d'atteintes aux droits de l'Homme mises en place par le gouvernement chinois à l'encontre de la minorité ouïghoure. En 2018, l'ONU dans un rapport estime qu'un million de personnes sont emprisonnées dans les camps d'enfermement créés par les autorités chinoises. Pékin nie l'existence des camps mais parle de « *centres de formation professionnels pour lutter contre la radicalisation* » ou bien de « *centres de rééducation* ».

Avec la création de ces campagnes et politiques de répressions des minorités dans la région de Xinjiang, le gouvernement chinois espère « *éliminer l'islam radical*<sup>3</sup> » pour lequel il est prêt à utiliser « *les outils de la dictature populaire*<sup>4</sup> ». Pour cela, la Chine a recours à la création des camps d'enfermements où il est fait usage de la torture et de traitements inhumains et dégradants.

Dans quelle mesure les crimes commis à l'encontre de la minorité ouïghoure en Chine constituent-ils un génocide au sens de l'article 2 de la Convention pour la Prévention

et la Répression du Crime de Génocide des Nations Unies de 1948 ?

Ce climat de tensions, qui a dégénéré en violente répression à l'encontre de la population ouïghoure (I) a conduit à une situation qu'il appartiendra de qualifier, notamment de génocide (II), ce que la communauté internationale se refuse à faire et d'agir en conséquence (III).

#### I. Les Ouïghours, des tensions historiques

La région Xinjiang est une région frontalière du nord-ouest de la Chine. Elle est considérée comme le centre du carrefour eurasiatique. Cette région est l'une des plus diversifiées sur le plan ethnique en Chine. Selon le recensement chinois de 2020, la région comptait environ 25,8 millions d'habitants<sup>5</sup> et la moitié environ de cette population appartient à des groupes ethniques principalement turcs et majoritairement musulmans, dont les Ouïghours (environ 11,3 millions). La région Xinjiang fait partie des cinq régions autonomes de la République Populaire de Chine lui permettant théoriquement une certaine représentation officielle dans les organes du gouvernement régional. Avec le recul, cette autonomie est principalement symbolique puisque les décisions sont prises par le Parti Communiste Chinois<sup>6</sup> et non pas par le gouvernement régional.

La région est annexée à la Chine sous l'Empire Mandchou au 18<sup>e</sup> siècle, mais connaît des périodes d'indépendances, dans les années 1930 et 1940 notamment avant d'être de nouveau rattachée en 1949<sup>7</sup>. Le rattachement de la région à la Chine n'ayant pas été fait de manière consentie, de nombreux soulèvements et revendications ont eu lieu, à l'initiative de la population ouïghoure. Ces soulèvements ont été réprimés par le gouvernement chinois du fait de leur nature, considérée comme terroriste par celui-ci. Toutefois pour le reste de la communauté internationale, il s'agit d'une manifestation de la lutte contre l'hégémonie chinoise par la population ouïghoure qui souhaite recouvrer son indépendance. Ces revendications prenaient souvent la forme d'attentats et ont commencé à partir des années 1970. Les années 1970 marquent le début d'une politique de « *réforme et d'ouverture* » qui permet notamment la réouverture de mosquées<sup>8</sup>.

Cependant, dans le milieu des années 1990, le gouvernement chinois ferme de nouveau les mosquées et arrête des chefs religieux jugés trop indépendants ou « *subversifs* ». En 1996, la campagne contre les « *séparatistes nationaux* », les « *extrémistes religieux* » et les « *activités religieuses illégales* » est intensifiée. Dans le même temps, une autre campagne « *d'éducation* » est lancée pour « *purger les musulmans des comités de base du Parti et autres institutions* »<sup>9</sup>.

Le 5 juillet 2009, une manifestation ouïghoure a eu lieu suite au meurtre de deux migrants dans une entreprise de jouets<sup>10</sup>. Cette manifestation a été qualifiée par le gouvernement de volonté séparatiste et a dégénéré en violence. Depuis 2013, le nombre d'incidents de ce genre explose<sup>11</sup>. L'attentat du 22 mai 2014 permet au gouvernement de qualifier de terroristes islamiques les ouïghours y ayant pris part. Le gouvernement chinois lance alors une autre campagne intitulée « *Frapper fort contre les activités terroristes violentes* »<sup>12</sup> (« *Strike Hard Against Violent Terrorist Activity* »), qui permet une répression et

<sup>1</sup> Mahmut, D. (2020). Ouïghours : un génocide culturel en marche. *Relations*, (809), 31-33.

<sup>2</sup> Frangville, Vanessa, et Jean-Yves Heurtebise. « Éditorial. Les mécanismes de la répression en région ouïghoure », *Monde chinois*, vol. 62, no. 2, 2020, pp. 5-9.

<sup>3</sup> "Absolutely No Mercy": Leaked Files Expose How China Organized Mass Detentions of Muslims: More than 400 pages of internal Chinese documents expose an unprecedented inside look at the crackdown on ethnic minorities in the Xinjiang region", *New York Times*, 16 November 2019

<sup>4</sup> *ibid.*

<sup>5</sup> "Like we were enemies in a war" China's mass internment, torture and persecution of muslims in Xinjiang, *Amnesty International*, 2021

<sup>6</sup> *ibid.*

<sup>7</sup> Mahmut, Dilmurat, *op. cit.*

<sup>8</sup> Amnesty International, *op. cit.*

<sup>9</sup> *ibid.*

<sup>10</sup> Convert, Catherine, *op. cit.*

<sup>11</sup> *ibid.*

<sup>12</sup> Amnesty International, *op. cit.*

une surveillance encore plus étroite de la population ouïghoure.

L'escalade se poursuit en 2016, lorsqu'une nouvelle étape dans la surveillance accrue des Ouïghours est franchie avec l'arrivée de Chen Quanguo au poste de secrétaire du parti du Xinjiang. En 2017, de nouvelles mesures sont prises dans la région pour lutter contre ce qui est considéré comme la radicalisation islamique<sup>13</sup>. Au même moment, de nombreuses personnes issues des minorités de la région Xinjiang sont détenues dans des établissements gérés par le gouvernement. Le gouvernement chinois refuse dans un premier temps de reconnaître l'existence des camps mais en juillet 2019, Shohrat Zakir, le gouverneur du Xinjiang, déclare que 90 % des personnes détenues dans les camps d'internement du Xinjiang avaient été libérées. Puis en décembre 2019, il a annoncé que les camps avaient été fermés. Cependant ces déclarations sont contraires aux informations communiquées dans les bases de données des organisations internationales telles que Human Right Watch et Amnesty International.

Ces campagnes de répression du gouvernement chinois envers les minorités de la région Xinjiang et plus particulièrement envers la population ouïghoure gagnent en intensité avec les années. Les témoignages des rescapés, les données présentées par les organisations internationales interpellent sur le niveau de violence utilisé par le régime. Les actes commis par le gouvernement avec ces politiques toujours plus violentes peuvent-ils être qualifiés de génocide ?

## II. Des critères qualifiant un génocide réuni ?

Le crime de génocide est codifié par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948. Selon cette Convention, et son article premier le crime de génocide peut avoir lieu aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix<sup>14</sup>. Une définition en a été donnée à l'article 2, « *Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :*

- a) *Meurtre de membres du groupe;*
  - b) *Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;*
  - c) *Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;*
  - d) *Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;*
  - e) *Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.*
- »<sup>15</sup>

Un génocide doit rassembler deux éléments importants pour être reconnu comme tel. Il s'agit de l'élément dit moral, soit le *mens rea* et l'élément dit matériel, soit l'*actus reus*.

L'élément matériel est marqué par le fait qu'un génocide peut être commis en temps de paix comme en temps de guerre, comme défini dans l'article 1 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948. Le crime de génocide est différencié du crime contre l'humanité selon le contexte et l'élément psychologique. Le crime est constitué par l'accomplissement de l'un des actes matériels contenus dans la Convention.

L'élément moral est marqué par « *l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel* »<sup>16</sup>. Le groupe est l'élément central de cette intention. Il est considéré par la jurisprudence du Tribunal Pénal International du Rwanda (TPIR), arrêt Akayesu de 1998. Le crime de génocide ne peut viser que les groupes stables constitués de façon permanente auxquels on appartient par naissance, à l'exclusion des groupes mouvants rejoints par engagement volontaire individuel. Les ouïghours en tant que minorité musulmane

forment un groupe ethnique et religieux qui semble correspondre à cette définition du TPIR.

Il est compliqué de trouver une base de données fiable et importante permettant une enquête concrète sur la situation ouïghoure. Néanmoins, avec les données utilisées par plusieurs organisations internationales<sup>17</sup>, il est possible d'affirmer que plusieurs critères de l'article 2 de la Convention de 1948 sont constatés dans les violences exercées à l'encontre du peuple ouïghour. Le premier et le troisième critères donnés dans cet article 2, se retrouvent dans l'exécution de la politique de répression du gouvernement chinois « *Frapper fort contre les activités terroristes violentes* », cette dernière ayant pour but la répression des minorités musulmanes ainsi que la détention dans des conditions inhumaines avec usage de la torture.

Également du fait des conditions inhumaines de traitement dans les camps ainsi que du climat de terreur qui s'est installé dans la région, le deuxième critère « *atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe* » peut également être considéré comme réalisé. Plusieurs témoignages<sup>18</sup> indiquent que le gouvernement a pu ordonner la pose de stérilets et l'avortement forcé pour les femmes ouïghoures. Le cinquième critère de cet article 2, relatif au transfert d'enfants est pour l'instant difficile à prouver.

Le constat s'impose : les minorités de la région Xinjiang, et plus particulièrement les Ouïghours sont victimes de répression et autres actes dans le cadre de la politique du gouvernement chinois. Cette répression généralisée a pour but l'effacement de l'identité ethnique de la population ouïghoure. Il a été rapporté des restrictions à la liberté de religion, avec la fermeture des mosquées et la lutte contre l'islam. Cette atteinte à la liberté de culte est consécutive et observable par la fermeture et la destruction des lieux de culte mais aussi par la destruction des objets de culte en eux-mêmes. Parmi les témoignages qu'il a été possible de recueillir, plusieurs anciens détenus ont pu affirmer qu'ils ont été placés en détention pour la simple appartenance à cette religion. Pour les Ouïghours qui ne sont pas enfermés dans les camps, il y a en plus de l'atteinte à la liberté de culte, la surveillance intensive de l'État chinois. Les camps, nommés « centres de formation » selon le gouvernement chinois, sont le théâtre d'autres crimes. Y est pratiquée la torture et autres violations des droits de l'Homme, selon les données des organisations internationales et témoignages des rescapés.

Sur le plan juridique, il est important de rappeler que la situation actuelle des Ouïghours n'est pas reconnue comme étant un génocide. Bien que ce ne soit pas encore le cas, il est tout de même possible de dénoncer les autres crimes commis par le gouvernement chinois dans cette situation.

Tout d'abord, l'organisation internationale Human Rights Watch a conclu avec l'aide d'une base de données concrète, que le gouvernement chinois commet notamment des crimes contre l'humanité, tels que l'emprisonnement, la torture et la persécution<sup>19</sup>. Ce travail, combiné au rapport d'Amnesty International « *Like we were enemies in a war* » China's mass internment, torture and persecution of muslims in Xinjiang » de 2021 permet de mettre en avant d'autres violations des droits de l'Homme dans les camps mais également en dehors de ces derniers dans le cadre de leur campagne. Le gouvernement chinois viole notamment les droits à la liberté et à la sécurité de la personne, à la vie privée, à la liberté de mouvement, à la liberté d'opinion et à l'expression, à la pensée, à la conscience, à la religion et à la croyance, à la participation à la vie culturelle, à l'égalité et à la non-discrimination. Il a bien été démontré que ces violations ont été organisées, planifiées et commises dans le cadre d'une politique d'État visant à diriger une attaque contre une population civile, en particulier ici les minorités de la région Xinjiang.

<sup>13</sup> *ibid.*

<sup>14</sup> Article 1, Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide

<sup>15</sup> Article 2, Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide

<sup>16</sup> *ibid.*

<sup>17</sup> Amnesty International, *op. cit.*

Human Rights Watch, "Break Their Lineage, Break Their Roots," Crimes Against Humanity Targeting Uyghurs and Other Turkic Muslims," 19 April 2021

<sup>18</sup> Amnesty International, *op. cit.*

<sup>19</sup> Human Rights Watch, *op. cit.*

Ce génocide, peut être considéré comme protéiforme car il prend aussi un aspect de suppression de la culture ouïghoure.

Tous les membres de la Convention de 1948 sont liés et se doivent d'agir pour prévenir tout génocide. Cependant, la communauté internationale est restée assez discrète sur le sujet des Ouïghours.

### III. Une absence d'actions de la communauté internationale

La communauté internationale est restée relativement silencieuse face à la situation ouïghoure. En juillet 2019, 22 pays écrivent au comité des Droits de l'Homme des Nations Unies pour exprimer leur inquiétude sur la situation ouïghoure. En continuité, en juin 2020, 37 rapporteurs spéciaux et experts indépendants des Nations unies ont envoyé une lettre au Conseil des droits de l'homme pour exprimer leurs préoccupations sur une série de questions relatives aux droits de l'homme en Chine, et demander la mise en place d'un « *mécanisme impartial et indépendant des Nations unies* » pour enquêter sur ces allégations.

De plus en plus de pays étudient la question et dénoncent les agissements du gouvernement chinois, et les citoyens se mobilisent pour demander des actions pour stopper les violences faites aux Ouïghours.

Cette mobilisation de citoyens et d'associations passe parfois sous la forme d'une plainte, déposée dans plusieurs pays d'Europe. Cette plainte contre les entreprises bénéficiant du travail forcé de la population ouïghoure, permet de mettre en valeur la gravité de la situation et de sanctionner les entreprises. En France, une enquête pour « *recel de crimes contre l'humanité* »<sup>20</sup> est en cours à la suite d'une plainte déposée par plusieurs ONG. Cette enquête concerne quatre géants du textile.

Parmi la communauté internationale, les pays musulmans ont été spécifiquement les plus silencieux. Bien que les Ouïghours soient une minorité musulmane, peu de pays musulman soutiennent leur cause, du fait d'intérêts économiques avec la Chine et l'influence géopolitique de cette dernière. Les rares pays à l'avoir fait sont le Pakistan en 2018, avant de se raviser suite à la conclusion d'accords bilatéraux, ainsi que la Turquie en 2019. Cela est dû en grande partie à l'influence économique chinoise sur la région du Moyen-Orient, qui investit de plus en plus, augmentant de fait son influence.

Aucune action de grande envergure n'a encore été prise contre la politique de répression envers la population ouïghoure du gouvernement chinois. C'est une situation qui, tant à l'échelle nationale qu'internationale, est difficile à appréhender. En effet, les dénonciations ne donnent pas lieu à des actions pour plusieurs raisons, les plus importantes étant les obstacles rencontrés par les Nations Unies, notamment l'incapacité d'enquête et de justice, qui va de pair avec l'importance économique de la Chine ainsi que son importance sur la scène internationale.

Les Nations Unies sont dans une impasse avec cette situation, du fait même de son organisation. En effet, la Chine étant membre permanent du Conseil de Sécurité, elle peut bloquer par un veto toute tentative d'enquête. L'Examen Périodique Universel, l'autre système permettant aux Nations Unies de vérifier le respect des droits de l'Homme dans ses États Membres, l'Examen Périodique Universel, est resté sans effet. L'Examen Périodique Universel est un mécanisme créé par la résolution 60/251 de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Celui de la Chine, en 2018 n'a pas été contesté outre mesure malgré les dénonciations de l'ONU<sup>21</sup>.

La Chine étant la deuxième puissance mondiale, elle possède un poids économique important. La Chine met en place dans ses accords bilatéraux entre les pays participant à l'initiative "la Ceinture et la Route" (ICR), une clause spécifique pour s'assurer que ces pays ne s'impliquent pas ses affaires nationales et politiques<sup>22</sup>.

En conclusion de cette réflexion, les crimes commis envers la population ouïghoure ne sont internationalement pas encore reconnus et qualifiés de crime de génocide. Cette reconnaissance pourrait amener à l'arrêt de cette situation et à reconnaître la responsabilité de la Chine. Cependant, la qualification de génocide est complexe à mettre en place par les instruments juridiques de la communauté internationale, du fait du poids de la Chine dans plusieurs domaines. La situation de la communauté ouïghoure de la région de Xinjiang, bien que rentrant dans les critères posés par la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide des Nations Unies de 1948 à son article 2, ne peut donc pour l'instant prétendre à la reconnaissance de génocide. Cependant, il est possible d'établir la responsabilité de la Chine pour les crimes contre l'humanité perpétrés à l'encontre de la population ouïghoure.

<sup>20</sup> "Travail forcé des Ouïghours : enquête ouverte en France contre quatre géants du textile", Le Figaro, 1 Juillet 2021

<sup>21</sup>Convert, Catherine, *op. cit.*

<sup>22</sup>Convert, Catherine, *op. cit.*

La particularité de la Birmanie, ou Myanmar, est qu'elle se trouve à la jonction de trois ensembles culturels, à l'ouest le Bangladesh et l'Inde formant le sous-continent Indien, au nord, la province chinoise Yunnan et à l'est, le Laos et la Thaïlande faisant partie de l'Asie du sud-est au même titre que la Birmanie. Le Myanmar est également localisé au milieu de trois aires d'influence religieuse ; entre l'Hindouisme majoritaire en Inde, l'Islam au Bangladesh et le Bouddhisme au Laos et en Thaïlande. Plus grand Etat de la région, près de 90% de sa population est Bouddhiste, les deux croyances minoritaires étant le Christianisme et l'Islam. Inégalement répartie, la population du pays se concentre dans la plaine centrale où vivent les *Bamars*, ethnies majoritaires ; à l'ouest et à l'est, vivent plutôt les minorités ethniques (30% de la population). Au total, cent trente-cinq groupes ethniques sont reconnus par l'Etat Birman dont sept principaux. Le groupe ethnique *Rohingya*, lui, ne fait pas l'objet d'une telle reconnaissance.<sup>1</sup>

Ces derniers vivent dans l'Etat d'*Arakan* (ou *Rakin*), le long du Golfe du Bengale. Ils sont musulmans et seraient environ un million au total, cohabitant avec deux millions d'Arakanais bouddhistes. Les Rohingyas forment une minorité religieuse, ils revendiquent leur appartenance à la Birmanie, selon eux, leurs ancêtres seraient arrivés sur le territoire dès le XV<sup>e</sup> siècle.<sup>2</sup> Par ailleurs, d'après le rapport de 2016 établi par le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, les musulmans Rohingyas « se considèrent comme un groupe ethnique qui se distingue par sa langue et sa culture et revendique un lien de longue date avec l'Etat Rakhine »<sup>3</sup> ; toutefois, « [l]es gouvernements successifs [du Myanmar] ont rejeté ces revendications et les Rohingyas n'ont pas été inclus dans la liste des groupes ethniques reconnus. La plupart d'entre eux sont apatrides. »<sup>4</sup> Le terme apatride est défini comme désignant « une personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application de sa législation. »<sup>5</sup> Cela signifie donc que les Rohingyas ne sont pas reconnus par la Birmanie, un Etat qui, par cette absence de reconnaissance, les place dans une situation de péril – « état, situation d'une personne qui court de grands risques, qui est menacée dans sa sécurité, dans ses intérêts ou dans son existence même. »<sup>6</sup>

Ainsi, au 31 Juillet 2017, nous comptons plus de 742 000 réfugiés Rohingyas ayant fui la violence. Aujourd'hui, le décompte dépasse le million.<sup>7</sup> Le dernier exode des Rohingyas commence le 25 août 2017, lorsque l'Etat de Rakhine augmente les violences à leur encontre jusqu'à les faire fuir, poussant plus de 723 000 d'entre eux à chercher refuge dans l'Etat frontalier du Bangladesh. Nous pouvons remonter l'origine de ces violences à l'attaque de trois postes-frontières autour d'un district situé près de la frontière avec le Bangladesh, par un groupe de rebelles Rohingyas, quelques jours auparavant. Le groupe en question se fait appeler l'*Astra*, il apparaît en octobre 2016 et revendique ces attaques. La naissance de ce groupe ne serait alors rien d'autre que la conséquence « inévitable » du traitement réservé aux Rohingyas en Arakan.<sup>8</sup> Le gouvernement qualifie les actions de l'*Astra* de 'terroristes', encourageant la répression contre la minorité tout entière.<sup>9</sup>

En outre, au premier semestre 2018, 12 000 Rohingyas arrivent au Bangladesh, en grande majorité des femmes et des enfants, dont plus de 40% ont moins de douze ans. Plus de la moitié des nouveaux arrivants trouve refuge dans et

autour des camps de réfugié de Kutupalong et de Nayapara (district bangladais de Cox's Bazar). Le camp de réfugié de Kutupalong est devenu le plus grand au monde et abrite aujourd'hui plus de 600 000 personnes qui vivent dans une zone d'à peine 13 kilomètres carrés. Même si la réponse bangladaise a été généreuse, une aide internationale supplémentaire s'avère aujourd'hui nécessaire, urgemment, parce que la situation ne se présente plus comme étant à moyen mais à long terme, selon le Haut-Commissariat aux Réfugiés (HCR).<sup>10</sup> Cependant, depuis le début de l'année 2021, le transfert de groupes de Rohingyas dans une île isolée du Golfe du Bengale par le gouvernement Bangladais est confronté à l'opposition des groupes de défense des droits de l'Homme, préoccupés par la vulnérabilité du site aux tempêtes et aux inondations. Les Rohingyas affirment être contraints de ce transfert, alors qu'officiellement, le Bangladesh parle de migration volontaire.<sup>11</sup>

A partir de ces informations, en quoi le peuple Rohingya au Myanmar est-il en péril et quels sont les droits qui ont été violés, quelles sont les actions internationales en cours ? Tout d'abord, il apparaît que les Rohingyas soient un groupe ethnique historiquement et actuellement en péril. L'analyse mène à comprendre les origines historiques de leurs persécutions. Ces dernières ont pu donner lieu à ce que la doctrine appelle un « déni birman » : un processus de mise à l'écart de la minorité Rohingya (I). Par la suite, la situation contemporaine des Rohingyas et son appréhension par le droit, nous amène à constater la violation généralisée de leurs droits fondamentaux. Puis, la réponse de la communauté internationale face à la situation reste un indicateur important de la prise en compte de ces violations par la communauté internationale (II).

### I) Les Rohingyas : un groupe ethnique historiquement et actuellement en péril

Pour les Arakanais et pour la majorité des Birmans, les Rohingyas sont des migrants illégaux désignés par le terme « *Bengalis* ». <sup>12</sup> Cette illégalité les place dans un péril important, un péril qui se concrétise par leur forte persécution et par leur migration forcée, dont nous pouvons remonter l'origine historique (A). La doctrine parle de « déni birman » pour décrire le processus de mise à l'écart de la minorité Rohingya (B).

#### A) Les origines historiques de leur persécution

A l'époque de la colonisation britannique, en 1824, l'Arakan est l'une des premières régions conquises, elle est intégrée à l'Empire des Indes en 1885.<sup>13</sup> Les Britanniques font appel à une main d'œuvre musulmane venue du Bengal oriental pour le développement de l'agriculture et de leurs activités commerciales. Pour les défenseurs de l'identité bouddhiste, les Rohingyas sont les descendants directs de ces travailleurs bengalis (98% de la population du Bangladesh). La frontière entre le Bangladesh et Myanmar est fixée en 1937 le long de la rivière Naaf et un certain nombre de musulmans se retrouve du 'mauvais' côté de cette dernière. Les musulmans de l'Arakan se rangent, pendant la seconde guerre mondiale, du côté des Britanniques contre le régime nationaliste Japonais, la résolution du conflit regroupe les populations musulmanes dans le Nord de l'Arakan.<sup>14</sup> Ils font donc partie des ethnies ayant soutenu l'Empire Britannique, une des raisons de leur mise à l'écart.<sup>15</sup>

1 Judith BAZIN, « Rohingyas, réfugiés et apatrides », Plein droit, vol. 110, no. 3, 2016, pp. 28-31.  
2 Gyongyver KOVACS-ZSANKO, "Rohingyas, a Non-Existing Nation." Pecs Journal of International and European Law, vol. 2017, no. 1, 2017, p. 40.  
3 Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, C.I.J. Recueil 2020, p. 9  
4 Ibid.  
5 Article premier, Convention relative au statut des apatrides, signée à New York le 28 Septembre 1954, entrée en vigueur le 6 Juin 1960, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 360, p. 117  
6 Centre national de ressources textuelles et lexicales, définition du terme « péril ».

7 Haut-Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies, « Urgence Rohingyas », Situations d'urgence.  
8 « Birmanie, Rohingyas : les questions clés pour comprendre le conflit dans l'Arakan », Courrier International, 8 Septembre 2017.  
9 Ibid.  
10 Haut-Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies, Op. cit.  
11 Bruno PHILIP, « Bangladesh : début d'un transfert controversé de réfugiés Rohingya sur une île », Le Monde, 5 décembre 2020.  
12 Judith BAZIN, « Rohingyas, réfugiés et apatrides », Plein droit, vol. 110, no. 3, 2016, p. 28  
13 Ibid.  
14 Ibid, p. 30  
15 Judith BAZIN, « Rohingyas, réfugiés et apatrides », Plein droit, vol. 110, no. 3, 2016, p. 28



Cependant, même s'ils sont majoritaires dans le nord de l'Arakan, les musulmans sont minoritaires partout ailleurs en Birmanie, relevant essentiellement du Bouddhisme. Il existe alors une sorte d'« *inversion locale des rapports numériques* », alimentant la peur de voir le Bouddhisme étouffé par l'Islam.<sup>16</sup> Situation comparable à celle de la minorité *Ouigoure* en Chine, les nationalistes bouddhistes birmans véhiculent la thèse d'un complot musulman d'invasion du pays.<sup>17</sup> En outre, il est difficile pour les musulmans du nord de l'Arakan de légitimer leur présence locale, parce qu'ils ne peuvent pas s'appuyer sur l'existence antérieure d'un Sultanat (comme les musulmans malais de Pattani en Thaïlande).<sup>18</sup>

L'Histoire est donc un facteur au service de la compréhension du péril actuel des Rohingyas, des tensions datant de la colonisation britannique mêlées aux conflits religieux. Le résultat n'en est toutefois pas moins contestable. En effet, au Myanmar, les Rohingyas n'ont aucun droit, aucune citoyenneté, aucune protection. Dans les années 1970 et 1990, l'armée birmane a mené plusieurs actions militaires pour pousser les musulmans vers le Bangladesh voisin. L'un des prétextes à ces opérations a été l'afflux de réfugiés venant du Bangladesh au moment de la guerre d'indépendance du pays, en 1971 (v. carte en Annexe).<sup>19</sup>

### B) Le « déni birman »<sup>20</sup> et le processus de mise à l'écart de la minorité Rohingya

Le Nord de l'Arakan est une ligne de fracture culturelle séparant le monde indo-européen du monde asiatique (v. carte en Annexe). Depuis l'indépendance de la Birmanie en 1948, installés là de longue date, les Rohingyas réclament leur reconnaissance en tant que « minorité nationale ». Cette revendication a été, pour eux constante, mais ignorée par les autorités nationales birmanes, qui leur opposent la liste des cent trente-cinq groupes ethniques de Birmanie datant de l'époque coloniale.<sup>21</sup>

Depuis la révision de la Loi sur la Citoyenneté de 1982<sup>22</sup>, le statut de minorité nationale constitue la base du droit à la citoyenneté pour les communautés n'appartenant pas au groupe majoritaire des Birmans.<sup>23</sup> Cependant, les Rohingyas ne figurant pas sur cette liste, les autorités ne leur reconnaissent pas ce droit et leur reconnaissent encore moins l'ethnonyme qu'ils se sont donnés, préférant les nommer '*Bengalis*' d'Arakan. Cela laisse toutefois entendre qu'ils auraient immigré illégalement en Birmanie. L'exemple en est le slogan des moines extrémistes du Mabatha (nouveau mouvement nationaliste Bouddhiste Birman fondé en 2013) : « *Il n'existe pas de groupe rohingya au Myanmar* ». Bénédicte BRAC DE LA PERRIERE et bien d'autres parlent donc de « déni birman » pour le refus de reconnaître l'existence du groupe minoritaire, les musulmans du nord d'Arakan sont donc sans droit et sans nom.<sup>24</sup> L'Assemblée Générale des Nations Unies condamne, par ailleurs, cette loi, dans une résolution « Situation des droits de l'Homme au Myanmar ».<sup>25</sup>

En 1947, la première constitution du pays prévoit la division du territoire en sept grandes régions et en sept Etats semi-autonomes correspondant aux sept ethnies du pays. En 1960, le Bouddhisme devient la religion d'Etat (89% de la population), les minorités religieuses (4% chrétiennes, 4% musulmanes) sont mises à l'écart et sont persécutées, les Rohingyas au premier rang. Dès 1962, les autorités restreignent leur liberté de circulation, ils ne peuvent alors pas quitter leur propre village, ou leur camp d'enfermement (cela perdure encore). En 1974, suite à un putsch militaire, une nouvelle Constitution est mise en place et une nouvelle loi institue l'obligation pour les citoyens de posséder un document attestant qu'ils sont nationaux et enregistrés

comme tels. Cependant, l'obtention de ce document est refusée à la minorité musulmane, ils sont alors considérés comme des étrangers au nom de la loi.<sup>26</sup>

En 1977, un programme national de lutte contre l'immigration illégale nommé « *Nagamin* » est mis en place par le gouvernement et cible essentiellement les Rohingyas dans l'Etat de Rakhine. Ils sont alors persécutés et pourchassés par l'armée birmane et par des groupes armés locaux soutenus par le régime. L'exode de cette population avait commencé en 1962, essentiellement vers le Bangladesh, avec les premières restrictions à la liberté de circulation. Une systématisation des violences prend place en 1977. De plus, à cause de la Loi de 1982, la citoyenneté birmane est déniée à raison de leur difficulté à prouver leurs origines et l'ancienneté de leur présence sur le territoire. Ainsi, le rejet des demandes d'examen de leurs documents d'identité en fait des apatrides. A cela, il faut ajouter l'application de la règle du *jus sanguinis* par Myanmar, qui fait que l'enfant né de deux parents apatrides devient lui-même apatride.<sup>27</sup> Cette situation se révèle être un réel cercle vicieux pour la minorité Rohingya.

Les Etats de la région d'Asie du sud-est sont très peu à avoir ratifié les Conventions sur le statut de réfugié ou d'apatride, permettant l'application du principe de non-refoulement aux frontières pour les demandeurs d'asile. Les Rohingyas sont donc victimes de ce refoulement lors de leur arrivée en Thaïlande pour tenter de rejoindre la Malaisie ou encore l'Indonésie, deux pays majoritairement musulmans. Leur protection ne se fait que majoritairement au Bangladesh, qui souffre d'une crise migratoire de grande importance mettant en suspens l'aide et la protection suffisantes aux populations.

En 2016, malgré l'arrivée au pouvoir d'Aug San Suu Kyi et de son programme de « réconciliation nationale », les militaires restent une force politique majeure, conservant un quart des sièges de députés les ministères de l'intérieur, de la défense et des frontières. En parallèle, l'électorat Bouddhiste reste très hostile aux Rohingyas, considérés comme présents illégalement sur le territoire.<sup>28</sup>

En perpétuel exil, victimes d'un déni de la part de leur Etat, les Rohingyas ne bénéficient pas de conditions de vie décentes, ce qui en fait un peuple en péril, ils ne sont reconnus comme ressortissants d'aucun Etat et n'ont aucun moyen d'acquérir une nationalité ou un titre de séjour. Le coup d'Etat militaire du 1er février 2021 au Myanmar réduit leurs chances de retour sur leurs terres dans un climat plus calme et propice. Il reste, aujourd'hui à la communauté internationale le choix de la réaction face à la violation généralisée des droits fondamentaux de cette minorité.

### II) L'examen de la situation contemporaine des Rohingyas et son appréhension par le droit

La situation actuelle des Rohingyas amène au constat suivant : leurs droits fondamentaux sont violés de manière généralisée et systématique par le gouvernement birman (A) et la communauté internationale, malgré certains essais, reste pour le moment infructueuse dans ses tentatives de réponse aux actes du Myanmar. Seule la Cour Internationale de Justice (CIJ) et sa future décision pourront peut-être nous permettre de dire le contraire (B).

#### A. La violation généralisée des droits fondamentaux des Rohingyas

L'exclusion des Rohingyas par l'Etat de Rakhine s'est traduite par un grand nombre de violations de leurs droits et de leurs libertés fondamentaux, violant ainsi un grand nombre d'instruments juridiques internationaux. En effet, l'article 1er de la Charte des Nations Unies précise que l'un des buts des Nations Unies est de « *réaliser la coopération internationale en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans*

16 Bénédicte BRAC DE LA PERRIERE. « La tragédie des Rohingyas et son déni birman », *Esprit*, vol. avril, no. 4, 2018, p. 30.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*, p. 31

19 « Birmanie, Rohingyas : les questions clés pour comprendre le conflit dans l'Arakan », *Courrier International*, 8 Septembre 2017.

20 Bénédicte BRAC DE LA PERRIERE, *Op. cit.* p. 29.

21 Julie LAVIALLE-PRELOIS, « L'idéologie du « grand remplacement » : race et religion dans le nationalisme birman », *Communications*, vol. 107, no. 2, 2020, p. 193.

22 Cette loi distingue trois degrés de citoyenneté : pleine citoyenneté, citoyenneté associée aux 135 ethnies reconnues, citoyenneté par naturalisation.

23 Bénédicte BRAC DE LA PERRIERE, *Op. cit.* p. 29.

24 *Ibid.*, p. 30

25 S8, Résolution A/RES/69/248 du 29 décembre 2014, Assemblée Générale des Nations Unies.

26 Judith BAZIN, *Op. cit.* p. 28

27 *Ibid.*, p.29.

28 Frédéric DEBOMY, « Controverses autour d'Aung San Suu Kyi et de la situation des Rohingyas », *Les Temps Modernes*, vol. 698, no. 2, 2018, p. 95

*distinction de race, de sexe, de langue ou de religion*».29 Cette inscription des principes d'égalité et de non-discrimination marque une avancée considérable puisque c'est la première fois qu'un instrument juridique à vocation internationale accorde une telle protection à tous les êtres humains. Ensuite, la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) affirme « *la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et (...) leurs droits égaux et inaliénables* » en tant que « *fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ».30 Cette déclaration a été renforcée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) qui, ensemble, forment la Charte internationale des droits de l'Homme. L'apport principal de ces pactes est que contrairement à la DUDH, ils ont une force contraignante pour les États parties, permettant ainsi d'assurer une meilleure protection des droits de l'Homme.

Si ces instruments internationaux ont vocation à protéger les droits fondamentaux de tous les êtres humains, leur ratification est soumise à la discrétion des États. En ce sens, il s'avère que le Myanmar n'a ratifié aucun de ces instruments et n'est donc pas lié par ces principes, pourtant essentiels.

Dans les années 1990, le gouvernement a contraint les Rohingyas à des travaux forcés tels que la construction de routes, d'habitations et de ponts. Dans le même temps, l'armée confisque leurs terres et leurs habitations et les force à se déplacer vers le nord de l'État, où leur déplacement est justement interdit.<sup>31</sup> Progressivement, les mosquées sont détruites et la pratique de l'Islam est interdite. En 2008, la nouvelle Constitution continue de maintenir la minorité hors de la communauté nationale, les exactions se poursuivent : pas de liberté de déplacement, autorisation nécessaire pour se marier, pour travailler, nombre d'enfants limités, accès à l'école et aux soins de première nécessité limités, etc... De plus, la disparition évoquée précédemment, du terme « Rohingya » constitue une étape supplémentaire dans la « *politique d'ostracisme* » mise en place au Myanmar.<sup>32</sup> Par ailleurs, la Convention relative au statut des apatrides, adoptée le 28 septembre 1954 a pour but de protéger « *toute personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application de sa législation* »<sup>33</sup>. Cette Convention pourrait être utilisée pour protéger les Rohingyas contre les exactions commises à leur encontre, mais elle n'est pas opposable au Myanmar qui ne l'a pas ratifiée.

Des centaines d'exactions ont alors été commises : exécutions, viols, actes de tortures<sup>34</sup>, de nombreux massacres de masse furent commis à l'encontre des Rohingyas. En outre, alors que les forces armées de l'État sont parfois intervenues pour empêcher ces attaques, ils prirent l'habitude de ne plus intervenir ou même d'encourager directement les assaillants dans la commission de meurtres et abus à l'égard des hommes, des femmes et des enfants Rohingyas.<sup>35</sup> Par exemple, le 3 juin 2012, un groupe de villageois de l'État de Rakhine décidèrent d'attaquer un bus composé de Rohingyas dans le but de les tuer. Ces violences ont considérablement accru le nombre de personnes dites « déplacées ». A cette période, ce nombre s'élevait à 125 000 Rohingyas qui s'étaient alors réfugiés dans des camps aux conditions de vie déplorables : malnutrition, manque d'eau potable et d'aide médicale. Pourtant, le PIDESC prévoit en son article 12 le droit de toute personne « *de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* »<sup>36</sup>. Cependant, comme vu précédemment, le Myanmar ne l'a pas non plus ratifié.

Le 18 Mars 2016, la rapporteuse spéciale de la situation des Droits de l'Homme au Myanmar auprès des Nations Unies rend compte de très nombreux actes de violence perpétrés envers les Rohingyas par les habitants. Ils sont alors cantonnés dans des camps aux conditions de vies « inhumaines » selon les ONG sur place, ils doivent, *inter alia*, demander l'autorisation pour se déplacer de ville en ville, s'acquitter d'une somme d'argent pour enregistrer une naissance et peuvent se voir refuser cet enregistrement pour des raisons arbitraires.<sup>37</sup> En outre, en 2017, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Zeid Ra'ad al-HUSSEIN, parle d'un « cas d'école de nettoyage ethnique » au début de leur exil forcé.<sup>38</sup> Cependant, 2017 n'est pas la date de leur premier exil dans l'Histoire : plus de 200 000 personnes prirent la route de l'exil en 1978 et plus de 250 000 en 1991-1992. Dans chaque cas, un rapatriement s'ensuivit, le Bangladesh voisin ne souhaitant pas accueillir durablement cette population.<sup>39</sup>

Une commission d'enquête sur les Rohingyas avait été créée en 2017, présidée par Kofi ANNAN. Son objectif était alors de dessiner les pistes pour renouer le dialogue entre les communautés bouddhistes et musulmanes de l'Arakan. *La commission Annan* a rendu son rapport le 24 août, la veille des attaques de l'Astra, en recommandant la révision de la législation de 1982 sur la citoyenneté. Cette révision, pourrait permettre, à terme d'accorder la citoyenneté de l'Etat d'Arakan aux Rohingyas. Toutefois, de nombreux membres du parlement, et notamment ceux du Parti National d'Arakan ne sont pas prêts à laisser une telle révision se produire.

Alors que le Myanmar viole incontestablement les droits et libertés fondamentales du peuple Rohingyas, il convient à présent d'étudier les différentes réponses et les tentatives de solution mises en place par la communauté internationale.

## B. La réponse de la communauté internationale face à la situation

La fuite des Rohingyas suite aux persécutions qu'ils subissent et ont subi en fait des réfugiés apatrides. Ils se tournent alors principalement vers le Bangladesh, la Thaïlande, la Malaisie et l'Indonésie. Cependant, aucun de ces Etats n'est signataire à la Convention de Genève de 1951 relative au statut de réfugié, ni de la Convention de 1954 relative au statut des apatrides. Cela a pour conséquence primaire que les Rohingyas sont refoulés aux frontières, comme ces pays ne sont pas liés par l'obligation de non-refoulement présente dans la première Convention. Ils sont alors privés du droit d'entrer sur leur territoire, et y sont empêchés, parfois de façon violente.<sup>40</sup>

Les conséquences de cette non-prise en compte de leur situation par les Etats frontaliers sont multiples et alarmantes : la vente des Rohingyas en esclavage (avec rançon) donc un trafic d'êtres humains selon Humans Rights Watch ; mais aussi le développement lucratif d'enlèvements. En outre, la Thaïlande et la Malaisie qualifient les Rohingyas de « migrants économiques »<sup>41</sup>, et refusent leur accueil. Ainsi, lors des événements du Printemps 2015, la Communauté internationale a exercé des pressions sur les Etats d'Asie concernant la crise migratoire en Asie du Sud-Est. Cependant, la pression internationale n'a pas fonctionné sur les Etats de Thaïlande et de Malaisie, les Rohingyas y sont encore considérés comme des « immigrés illégaux » et vivent sous la menace d'une expulsion forcée vers le Myanmar à tout moment.

C'est pour la reconnaissance d'un crime de génocide tel que perpétré par Myanmar contre la minorité Rohingya qu'en 2019, la Gambie a introduit une requête devant la CIJ. En effet, elle accuse la Birmanie d'avoir violé la Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide. Le 23 janvier 2020, la CIJ ordonne à la Birmanie de prendre des mesures concrètes pour protéger les Rohingyas. Plus

29 Charte des Nations Unies, San Francisco, 26 juin 1945, Article 1.

30 Déclaration universelle des droits de l'Homme, New York, 10 décembre 1948, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 590, résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies.

31 Judith BAZIN, « Rohingyas, réfugiés et apatrides », *Plein droit*, vol. 110, no. 3, 2016, p. 30.

32 Ibid, p. 29.

33 Convention relative au statut des apatrides, Nations Unies, 28 septembre 1954, New York, Recueil des Traités, vol.360, p.117.

34 Human Right Watch, « All you can do is Pray : Crimes Against Humanity and Ethnic cleansing of Rohingyas Muslims in Burma's Arakan State », 22 avril 2013.

35 Ibid.

36 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Nations Unies, 16 décembre 1966, New York, Recueil des traités, vol. 993, p.3.

37 Judith BAZIN, « Rohingyas, réfugiés et apatrides », *Plein droit*, vol. 110, no. 3, 2016, p. 30.

38 Frédéric DEBOMY, « Controverses autour d'Aung San Suu Kyi et de la situation des Rohingyas », *Les Temps Modernes*, vol. 698, no. 2, 2018, p. 90.

39 Ibid, p. 92.

40 Judith BAZIN, « Rohingyas, réfugiés et apatrides », *Plein droit*, vol. 110, no. 3, 2016, p. 31.

41 Human Rights Watch, « Southeast Asia : Accounts from Rohingya Boat People », 27 mai 2015.

précisément, elle rappelle dans cette ordonnance que les Etats parties à la Convention sur le génocide ont un intérêt commun à assurer la prévention des actes de génocide, et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité. Elle accepte donc d'ordonner des mesures conservatoires alors même que la Gambie, Etat tiers, l'a saisi. Les mesures conservatoires obligent la République du Myanmar à prendre toutes les mesures possibles et nécessaires pour prévenir, à l'encontre des Rohingyas, tout acte constitutif par exemple de meurtres ou encore de mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe. Elle doit également assurer la conservation des éléments de preuve et prévenir leur destruction, mais aussi, rendre un rapport à la Cour sur l'ensemble des mesures prises dans un délai de 4 mois.

Malgré cette ordonnance, la CIJ ne se prononce pas sur la question de savoir si la Birmanie a violé et viole encore la Convention. La constitution d'un crime de génocide comprend deux éléments essentiels. Tout d'abord, l'élément matériel impose la commission d'actes contre un groupe national, ethnique, racial ou religieux, prévus à l'article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Il peut s'agir du meurtre ou de l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe par exemple. Ensuite, l'élément moral s'inscrit dans la volonté de détruire le groupe en question.<sup>42</sup> Enfin, la CIJ ne peut lancer les poursuites sans procureur et elle sera compétente si elle est saisie par un ou plusieurs Etats ; les Etats en cause devant accepter sa compétence. Il a été démontré par Monsieur BACKER, ancien conseiller juridique associé de la CIJ, que « *la Birmanie en signant la convention de 1948 a établi de par l'article 49 de la convention, que les parties signataires pourront avoir leur différent traité par la Cour internationale de Justice* »<sup>43</sup>. Ainsi, les autres Etats sont compétents pour traduire la Birmanie en justice et il ne leur est pas nécessaire de prouver qu'ils ont été lésés par le Myanmar.

En 2017, le Tribunal permanent des peuples s'est prononcé sur la situation des Rohingyas et a qualifié les actions du Myanmar à leur encontre de crimes de génocide. Ce tribunal est une assemblée dans laquelle des personnalités reconnues dénoncent juridiquement des actes qu'elles estiment répréhensibles, en se basant sur le droit international. Des jurés remettent des avis consultatifs au jury qui dirige et médiatise le « *procès* ». Les sentences prononcées n'ont pas d'effet contraignant, mais les avis émis se veulent basés sur la législation réelle et sont communiqués aux autorités. En ce sens, il souligne que ces actes sont encore en cours et qu'ils risquent d'augmenter le nombre de victime si rien n'est fait pour les stopper. En outre, il émet plusieurs recommandations à l'égard du Myanmar mais également à l'égard de la communauté internationale. Par exemple, il explique que les Etats de l'ASEAN devraient prendre des mesures pour l'accueil des réfugiés et pour l'ouverture des frontières ou encore que la Chine et l'Union européenne devraient aider financièrement les Etats d'accueil des réfugiés.

S'est ensuite posée la question de savoir si la Cour Pénale Internationale (CPI) pouvait être compétente pour traduire la Birmanie en justice. Rappelons d'abord que la CPI peut être saisie de trois manières possibles. Tout d'abord, elle pourrait être saisie par la Birmanie mais étant donné que c'est elle qui commet des actes à l'encontre des Rohingyas, cette possibilité est exclue. Ensuite, le Conseil de Sécurité peut saisir la CPI, mais la Chine et la Russie en tant que membres permanents s'opposent à cette saisine; la Russie étant notamment l'un des principaux fournisseurs d'armes de la Birmanie tandis que la Chine exerce depuis toujours sa protection diplomatique envers cet Etat. Enfin, la procureure peut également saisir la Cour après approbation par les trois juges de la Chambre préliminaire. Cette dernière solution semble être la seule envisageable au vu des deux autres types de saisine. Toutefois, pour cela, il est nécessaire de savoir si la CPI peut exercer sa juridiction territoriale vis-à-vis de la déportation des Rohingyas de la Birmanie vers le Bangladesh. En effet, l'Etat de départ n'est

pas partie au Statut de Rome mais la question se pose étant donné que le Bangladesh, Etat d'accueil, est partie au traité fondateur de la CPI. Cette question n'a toutefois pas été tranchée de manière claire et précise. Pourtant, en 2019, l'ONU avait déjà demandé à ce que le Myanmar soit traduit en justice devant la CPI en raison des « crimes contre l'humanité » qu'il commet à l'encontre des Rohingyas.

Enfin, un mécanisme de responsabilité locale avec comme idée principale « Une justice pour les Rohingyas menée par les Rohingyas »<sup>44</sup> a émergé. En effet, la procureure générale du tribunal permanent des peuples sur la Birmanie en 2017 a évoqué cette idée afin d'apporter une solution plus profitable aux Rohingyas. Cette idée pose la question de savoir s'il faut privilégier une décision qui permet de juger chacun des acteurs impliqués dans la persécution des Rohingyas ou une décision plus symbolique. Si la première option est plus favorable, il conviendra d'opter pour la seconde en raison de sa complexité à aboutir. En cas de mise en place de mécanisme de responsabilité locale, il semblerait possible que le Myanmar soit à nouveau reconnu coupable de crime de génocide à l'encontre de la communauté Rohingyas.

Ainsi, si des solutions de justice internationale à l'encontre du Myanmar et en faveur des Rohingyas émergent petit à petit, la mise en oeuvre dans la pratique reste toutefois lente et difficile.

## Conclusion

Nous pouvons bel et bien conclure à un péril du groupe ethnique Rohingya au Myanmar, à leur apatridie et à la violation de leurs droits fondamentaux en vertu des grandes Conventions des droits de l'Homme. Leur péril est d'autant plus renforcé que la région manque de ratification des instruments internationaux de protection des droits humains.

Ont pu être toutefois mises en avant plusieurs actions internationales telles qu'un Jugement du Tribunal Permanent des Peuples en 2017 mettant en lumière le crime de génocide, une action internationale en cours devant la CIJ et une ordonnance en mesures conservatoires. Mais aussi de nombreuses mises en garde de la part de l'ONU (Assemblée Générale, Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme), qui parle de « *cas d'école de nettoyage ethnique* », des enquêtes, l'envoi d'un rapporteur spécial. La préoccupation du Conseil des droits de l'Homme et de l'Assemblée générale des Nations Unies par la situation des droits humains et les recommandations au Myanmar pour que le pays se conforme à ses obligations internationales. Également, l'ouverture d'une enquête devant la Cour pénale internationale : la Chambre a accepté qu'il existait des motifs raisonnables de croire que des actes de violence généralisés et/ou systématiques pourraient être qualifiés de crimes contre l'humanité de déportation à la frontière entre le Myanmar et le Bangladesh et de persécution pour des motifs d'ordre ethnique et /ou religieux contre la population Rohingya (le Bangladesh est membre depuis 2010). Aussi, en Argentine, un groupe d'organisation de défense des droits humains Rohingyas et latino-américains ont déposé pénalement plainte contre des hauts dirigeants militaires et civils. Il est toutefois important de rappeler qu'il n'y a pas que la minorité Rohingya : les minorités ethniques de tout le Myanmar – les Rakhine, Chin, Shan, Kachin, Karen, Karenni, Mon – sont depuis longtemps les cibles de campagnes de l'armée marquées par la brutalité et les abus.

Subséquemment, l'inaction et le silence de la part du Conseil de Sécurité de l'ONU pourraient être renversées par la reconnaissance de la situation comme une menace contre la paix et la sécurité internationales, permettant son intervention. Quoi qu'il en soit, le péril des Rohingyas persiste de même que la crise migratoire, la violation de leurs droits, cela sans actions directes bilatérales ou multilatérales de la part des Etats ni de la part des institutions internationales comme le Conseil de Sécurité. Enfin, nous pouvons nous questionner sur le fait que la base de la responsabilité de protéger puisse ouvrir une possible intervention internationale.

<sup>42</sup> Convention pour la prévention et la répression du Crime de génocide, Nations Unies, 9 décembre 1948, Paris, Recueil des traités, vol. 78, p.277, Article 2.

<sup>43</sup> Site internet Info Birmanie : <http://www.info-birmanie.org/birmanie-le-droit-international-peut-il-rendre-justice-aux-rohingya/>  
<sup>44</sup> Ibid.

1. Son installation au pouvoir mènera à des contestations populaires violentes entraînant de nombreux morts et sera finalement avortée sous la pression tant internationale que nationale. Les élections organisées par la suite verront l'héritier Gnassingbé l'emporter malgré tout, déchaînant encore davantage de violences à travers le pays. Cet épisode douloureux pour le peuple togolais mènera pourtant à un processus, au départ prometteur, de justice transitionnelle.

Envisagée par l'ONU comme *“l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation”*<sup>2</sup>, la justice transitionnelle semble avoir trouvé une forme de consensus sémantique autour de quatre caractéristiques majeures : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à réparation et le droit aux garanties de non-répétition<sup>3</sup>. Pourtant, la mise en place d'une telle justice se doit de rester adaptable, expliquant dès lors les différentes caractéristiques des mécanismes mis en place à travers le monde. Cet élément est particulièrement vrai au regard du droit à la justice et ses liaisons tumultueuses avec l'établissement d'une paix durable. Selon Kora Andrieu, il s'agirait là de deux exigences propres à la justice transitionnelle *“qui peuvent sembler contradictoires : la nécessité, présentée comme absolue, de rendre justice pour les victimes d'une part ; et le besoin d'assurer la stabilité d'une démocratie naissante de l'autre”*<sup>4</sup>. Cet équilibre a été envisagé de façon diamétralement opposée selon les situations, de l'Amnistie en Afrique du Sud pour les personnes passant aux aveux jusqu'à des mécanismes visant à juger l'ensemble des personnes suspectées d'avoir commis des exactions au Rwanda.

Le cas togolais est quant à lui symptomatique de l'importance de cet équilibre pour la réussite de tels processus. A la suite de l'Accord Politique Global d'août 2006<sup>5</sup>, est créée la Commission Vérité, Justice et Réconciliation (CVJR)<sup>6</sup>. Cette Commission avait notamment pour but de faire la lumière sur les multiples cas de violations de droits humains entre 1958 et 2005 et de proposer des mesures visant à favoriser le pardon et la réconciliation<sup>7</sup>. Ces enquêtes portaient sur de multiples violences s'étant déroulées pendant 47 ans, entre violences électorales, disparitions forcées et coups d'Etat<sup>8</sup>. Pourtant, ce processus ne disposait d'aucun mécanisme judiciaire permettant de rendre justice et de sanctionner les auteurs des violations des droits humains. C'est autour de cette thématique que porteront les développements qui vont suivre.

Autour de cette thématique, il convient de s'interroger sur la prépondérance de l'impunité dans ce mécanisme de justice transitionnelle, et en quoi celle-ci a-t-elle participé à empêcher toute forme de réconciliation du peuple togolais ?

Les développements qui suivront s'attacheront dès lors à démontrer d'une part que l'impunité, prégnante dans le processus de justice transitionnelle togolais, a constitué un frein certain vers la reconstruction d'une société saine (I),

Le 5 février 2005, Gnassingbé Eyadema, Président du Togo depuis 1967, décède laissant le pouvoir à son fils, Faure Gnassingbé

avant d'étudier l'impact qu'a pu avoir ce système d'impunité sur les victimes et de fait sur la réconciliation (II).

### I. L'impunité comme frein à la reconstruction d'une société saine

Cette analyse sera divisée en deux temps dans lesquels il conviendra d'abord de se pencher sur le caractère de continuité que représente l'importance de l'impunité dans ce système de justice transitionnelle (A) avant de s'interroger sur les problèmes qu'un tel système fait peser en ce qui concerne les garanties de non-répétition (B).

#### A) L'impunité dans le processus de justice transitionnelle togolais ou la simple perpétuation d'un système judiciaire défaillant

La CVJR avait notamment pour mandat d'identifier *“les auteurs responsables des violences et violations des droits de l'Homme”*<sup>9</sup> et de *“faire au gouvernement des recommandations portant sur le sort à réserver aux auteurs des violations des droits de l'Homme”*<sup>10</sup>. La CVJR avait donc bien un mandat allant dans le sens de la lutte contre l'impunité mais cette Commission n'est rien en un mécanisme juridictionnel. Le Haut-Commissariat à la Réconciliation et au Renforcement de l'Unité Nationale (HCRRUN) sera créé peu de temps après la fin des travaux de la CVJR et sur recommandation de celle-ci<sup>11</sup>. Le HCRRUN a pour mandat principal *“de procéder à la mise en œuvre des recommandations et du programme de réparation élaborés par la CVJR”*<sup>12</sup>. Le HCRRUN n'a donc pas non plus vocation à poursuivre les possibles auteurs de violations des droits humains et se concentre plutôt sur la réparation des victimes. M. Noël Sourou Wolou, secrétaire administratif du HCRRUN, affirme en l'occurrence : *“le grand axe du HCRRUN, c'est l'indemnisation”*<sup>13</sup>.

Mais ni la CVJR ni le HCRRUN n'empêchent de recourir à la justice classique, le processus de justice transitionnelle n'adoubant pas clairement l'amnistie des auteurs de violations des droits humains. Le processus de sanction des coupables est dès lors dilué dans la justice classique. Cependant, la justice togolaise est gangrenée par l'impunité et la corruption menant à une crise de confiance chez les citoyens<sup>14</sup>. Le processus de justice transitionnelle, en diluant la poursuite des auteurs des violations de droits humains dans la justice classique, perpétue simplement une tradition juridique d'impunité. Mazamesso Wella, Conseiller juridique du Premier ministre togolais, affirme en l'occurrence qu'après 2005, *“des juridictions ont été saisies, mais sans qu'aucune instruction ne suive”*<sup>15</sup>.

L'impunité prégnante dans la justice transitionnelle togolaise n'est donc que la continuité d'une justice depuis longtemps défaillante. Cette continuité porte un coup certain à la réconciliation, on n'évoquera pas ici une rupture dans l'impunité mais plutôt une persistance regrettable. Mais ce système d'impunité a aussi des conséquences certaines sur les violations des droits humains post justice transitionnelle.

#### B) Le coup porté par le système d'impunité aux futures violations des droits humains

Comme évoqué précédemment, l'un des quatre piliers de la justice transitionnelle se retrouve dans les garanties de non répétition envisagées comme l'obligation pour les Etats de veiller à ce que les victimes et populations ne subissent pas de

<sup>1</sup> Rapport final, Commission vérité, justice et réconciliation, Togo, Volume 1, p.45.

<sup>2</sup> Haut-Commissariat des droits de l'homme, Justice transitionnelle et Droits économiques, sociaux et culturels, HR/PUB/13/5, Nations unies New York et Genève, 2014, p.5.

<sup>3</sup> C.MOTTET et C.POUT, “Introduction”, *La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, Conférence paper Dealing with the Past - Series 2011, p.19.

<sup>4</sup> K. ANDRIEU, « Justice transitionnelle, justice fondamentale : retour sur les journées du consensus national en Côte d'Ivoire », *Institut des hautes études sur la justice*, juin 2012, p.23.

<sup>5</sup> Accord politique global, 20 août 2006, signé au Burkina Faso, article 2-4 : *“Afin de créer les conditions pour un climat social apaisé nécessaire à la réconciliation, les Parties prenantes au Dialogue National conviennent de créer une commission qui proposera des mesures en vue de favoriser le pardon et la réconciliation nationale”*.

<sup>6</sup> Rapport final, Commission vérité, justice et réconciliation, Togo, Volume 1, p.58.

<sup>7</sup> *Ibid*, p.62.

<sup>8</sup> N. BARRIGAH-BENISSAN, “Commissions de vérité ou commissions d'établissement des faits”, *La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, Conférence paper Dealing with the Past - Series 2011, p.66.

<sup>9</sup> Rapport final, Commission vérité, justice et réconciliation au Togo, Volume 1, p.62

<sup>10</sup> *Ibid*.

<sup>11</sup> *Ibid*, p.286.

<sup>12</sup> Décret 2014-1 03/PR du 03 avril 2014 modifiant le décret n°2013-040/PR du 24 mai 2013 portant création du Haut Commissariat à la réconciliation et au renforcement de l'Unité nationale (HCRRUN), article 2 nouveau.

<sup>13</sup> N-S.WOLOU, Propos recueillis au cours d'un entretien datant du 7 octobre 2021.

<sup>14</sup> Rapport final, Commission vérité, justice et réconciliation, Togo, Volume 1, p.252.

<sup>15</sup> M.WELLA, Propos recueillis au cours d'un entretien datant du 14 octobre 2021.

nouveau une violation de leurs droits. Dans le cas togolais, des efforts ont été entrepris avec notamment des "réformes institutionnelles et normatives censées garantir la fin des violations des droits humains"<sup>16</sup>. Ce sont les exemples des formations en droits humains à l'attention des forces de l'ordre et des magistrats ou encore des recrutements importants dans ces mêmes professions. L'efficacité de ces mesures pour garantir la non-répétition reste néanmoins largement discutable, et encore plus quand on y ajoute l'impact de l'impunité sur ces dites garanties.

En effet, empêcher le maintien d'un système d'impunité permet de prévenir de potentielles futures violations des droits humains et ainsi de garantir en partie la non-répétition. Ainsi, Maarit Kohonen Sheriff a pu considérer que "la responsabilisation des auteurs a prouvé son efficacité dans la prévention des violences. Les Etats qui ont traduit en justice les présumés auteurs des violations ont, par là même, prévenu ou réduit la résurgence de telles violations"<sup>17</sup>. La justice n'est pas seulement vectrice de sanction mais est aussi source de prévention<sup>18</sup>. Dès lors, le processus de justice transitionnelle togolais, en se privant d'un tel système de sanction, se prive également d'une arme essentielle pour prévenir d'éventuelles violations futures des droits humains. Preuve en est, la persistance aujourd'hui du système d'impunité conduisant à des violations perpétuelles des droits humains à travers des cas de torture et de mauvais traitements ou encore des abus en matière d'arrestation et de détention arbitraire<sup>19</sup>. Le système de justice transitionnelle mis en place n'a donc pas permis de modifier fondamentalement l'ordre établi et cette impunité donne au contraire à ce mécanisme les apparences d'un simple artifice politique.

Le système d'impunité prégnant dans ce processus de justice transitionnelle n'a donc pas permis une reconstruction saine du Togo, bien au contraire. L'impact de l'impunité sur la réconciliation se ressent également sous l'angle des victimes. Ainsi, il conviendra de s'attarder sur le coup porté, par le maintien de l'impunité dans la justice transitionnelle togolaise, aux victimes, et en quoi cet élément a altéré encore davantage le tissu social togolais.

## II. L'impact manifeste de l'impunité sur la réhabilitation des victimes

Cet impact se mesure d'une part au travers du lien indéniable qu'il y a entre l'impunité et le droit à la vérité (A) et d'autre part au regard de l'impact du manque de justice sur les victimes elles-mêmes (B).

### A. L'impunité comme obstacle indéniable au respect du droit de savoir des victimes

Le droit à la vérité est lui aussi un des quatre piliers fondamentaux de la justice transitionnelle appréhendable notamment à travers du droit de savoir des victimes<sup>20</sup>. L'opacité du système de justice transitionnelle togolais sur les personnes ayant commis des violations massives des droits humains a porté un coup certain au droit de savoir des victimes. Ainsi, le rapport final de la CVJR établit une reconstitution relativement précise d'événements ayant eu lieu entre 1958 et 2005 mais n'établit pas clairement les responsabilités de chacun. Ainsi, la Commission évoque simplement des auteurs présumés de la manière suivante "un commando sous les ordres du capitaine Ernest Gnassingbé"<sup>21</sup> ou "une foule déchaînée"<sup>22</sup>. Il y a un réel

manque, dans ce rapport, en matière de mise en avant des responsables présumés<sup>23</sup>.

La CVJR recommandait en revanche que des "investigations se poursuivent [suite à son mandat] [...] dans le but de faire la lumière sur ces événements [...] en vue de poursuites devant la justice"<sup>24</sup>. Cette recommandation n'a absolument pas été mise en œuvre par la suite rendant impossible pour les victimes de connaître la vérité quant à leurs bourreaux. Sans établir les responsabilités, il apparaît comme impossible de revendiquer le respect d'un droit à la vérité. Huyse et Salter considèrent à cet effet que la vérité se résume notamment par "des informations qui permettent d'établir la culpabilité ou l'innocence"<sup>25</sup>. Dès lors, en n'établissant pas de responsabilités claires, le processus togolais a porté une atteinte manifeste au droit de savoir des victimes.

### B. Des victimes frappées individuellement par les manques en matière de droit à la justice

"Un système juridique sans sanction est une illusion pour les victimes qui attendent que justice soit faite après l'éclatement de la vérité"<sup>26</sup>. L'impact du maintien de l'impunité sur les victimes est grand puisque celle-ci porte une atteinte importante aux droits des victimes à un recours à une justice effective<sup>27</sup>. Mais il convient surtout de réaffirmer l'importance de la justice dans la reconstruction des victimes elles-mêmes : une telle absence risque de provoquer chez la victime une sensation de mal-être, prolongeant l'animosité au sein de la société et une volonté de vengeance de la part des victimes. Le HCRRUN évoque quant à lui le choix d'"une responsabilité institutionnelle"<sup>28</sup> c'est-à-dire que l'Etat togolais endosserait l'entière des responsabilités en la matière, entraînant de fait l'amnistie des individus potentiellement coupables. Pris sous l'angle des victimes, cet élément est critiquable car d'une part il déresponsabilise l'auteur des violations des droits humains l'empêchant de prendre conscience de ses actes sur l'existence des victimes<sup>29</sup> et d'autre part en empêchant la reconnaissance des crimes subis par les victimes par tel ou tel individu. Ce voile étatique n'est en rien souhaitable pour les victimes, ne leur permettant pas d'entamer une reconstruction à titre individuel.

L'ensemble de ces propos ne revient pas à renier le caractère nécessairement restauratif des processus de justice transitionnelle. La justice y est par nature particulière amenant les biais de justice à être revus du fait des circonstances spéciales. Mais là est toute la question autour du cas togolais. La mise en place de la CVJR et le maintien de l'impunité avaient-elles pour raison première la préservation de la paix future ? Il est amplement possible d'en douter. Patricia Naftali considère en l'occurrence les Commissions de la manière suivante : "la mise en place de Commissions traduit le plus souvent, de la part des gouvernements, l'absence de volonté politique pour traduire en justice les responsables présumés des violations des droits de l'Homme"<sup>30</sup>. Le maintien de l'impunité au Togo via son système de justice transitionnelle amène les victimes à se confronter à leurs tortionnaires impunis. Il est acceptable de renoncer à la justice au nom de la paix. Il l'est cependant beaucoup moins de le faire au nom d'intérêts politisés.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> M-K.SHERIFF, "La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable", Conférence paper Dealing with the Past - Series 2011, p.127.

<sup>18</sup> FIDH, "Pratiques constitutionnelles et politique en Afrique : dynamiques récentes", Réconciliation et lutte contre l'impunité, Conférence de l'Organisation internationale de la Francophonie - Bénin, 29-30 septembre, 2005.

<sup>19</sup> Amnesty International, Rapport 2020/21: La situation des droits humains dans le monde, 2020.

<sup>20</sup> C.MOTTET et C.POUT, "Introduction", La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable", Conférence paper Dealing with the Past - Series 2011, p.19.

<sup>21</sup> Rapport final, Commission vérité, justice et réconciliation, Togo, Volume 1, p.200.

<sup>22</sup> Ibid, p.196.

<sup>23</sup> Il convient ici de contextualiser légèrement ce propos: la CVJR a rendu un rapport final comprenant quatre volumes. Parmi les quatre volumes, un seul a été rendu public et est censé résumer les quatre autres. Il n'est pas mentionné si les trois autres contiennent un fichage précis des responsables des multiples violations des droits humains. Cet élément

a été vivement contesté car perçu comme une volonté à encore de camoufler et de protéger certains dirigeants.

<sup>24</sup> Ibid, p.213.

<sup>25</sup> L.HUYSE et M.SALTER, "Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent: La richesse des expériences africaines", Stockholm: Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008, p. 42.

<sup>26</sup> S. ESSOMBA, "Quelles complémentarités entre la justice transitionnelle et la justice pénale internationale?", Revue Internationale de droit pénal, 2013, pp. 181-204.

<sup>27</sup> Z.LINGANE, "Punir, amnistier ou nier : le crime international de Nuremberg à la Haye", L'Harmattan, 2014, p.285.

<sup>28</sup> N-S.WOLOU, Propos recueillis au cours d'un entretien datant du 7 octobre 2021.

<sup>29</sup> C. BEAL, "Justice restaurative et justice pénale", Rue Descartes, vol. 93, no. 1, 2018, pp. 58-71.

<sup>30</sup> P. NAFTALI, "Le « droit à la vérité » à l'épreuve de ses mobilisations en Amérique latine : entre ressource et contrainte", Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 75, no. 2, 2015, pp. 139-165.

Selon Graça Machel, « *la justice pour les enfants-soldats relève d'une certaine complexité qui émane de la tentative d'arriver à un équilibre entre la culpabilité, le sens de la justice de la communauté et les meilleurs intérêts de l'enfant* »<sup>1</sup>. En effet, la problématique des enfants-soldats repose dans le fait qu'ils sont à la fois les auteurs d'atrocités mais aussi, les victimes d'un conflit armé. La justice, pour rétablir la paix après un conflit, doit prendre en compte les besoins des victimes et les intérêts des enfants.

Il existe encore aujourd'hui un débat autour de la définition des termes « *enfant* » et « *enfant-soldat* ». En premier lieu, il est difficile de définir un enfant car celui-ci représente une construction sociale ne pouvant pas se définir qu'en termes d'âge.<sup>2</sup> De nombreux instruments protègent les enfants, toutefois ceux-ci omettent de définir le terme « *enfant* ». C'est le cas des Conventions de Genève de 1949<sup>3</sup> et de ses Protocoles additionnels de 1977<sup>4</sup> ou encore de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959<sup>5</sup>. C'est avec la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989<sup>6</sup> que l'enfant sera défini à l'article 1 de ladite Convention, comme « *tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ». Il ressort de cette définition que l'âge de la majorité relève de la souveraineté des Etats. Pour Magali Maystre, cette définition n'est pas suffisante car la référence aux législations nationales est un frein à l'existence d'une norme coutumière internationale fixant à dix-huit ans l'âge limite<sup>7</sup>. Dès lors, il n'existe aucun consensus sur l'âge de la majorité, les Etats percevant le passage à l'âge adulte de manière différente<sup>8</sup>. On remarque toutefois que l'enfant est défini comme ayant atteint l'âge de la majorité à dix-huit ans dans la plupart des législations nationales<sup>9</sup>.

En second lieu, le terme « *enfant-soldat* » n'est pas défini par les différents instruments interdisant le recrutement des enfants de moins de quinze ans dans les forces armées.<sup>10</sup> Ce sont les principes du Cap élaborés lors d'une conférence en Afrique du Sud en 1997 qui vont venir poser des principes portant sur la prévention du recrutement d'enfants dans les forces armées ainsi que sur leur réinsertion et proposer une définition de ce terme :<sup>11</sup>

*Le terme enfant soldat désigne toute personne âgée de moins de 18 ans enrôlée dans une force armée ou un groupe armé régulier ou irrégulier, quelle que soit la fonction qu'elle exerce, notamment, mais pas exclusivement celle de cuisinier, porteur, messager, et toute personne accompagnant de tels groupes qui n'est pas un membre de leur famille. Cette définition englobe les filles recrutées à des fins sexuelles et pour des mariages forcés. Elle ne concerne donc pas uniquement les enfants qui sont armés ou qui ont porté des armes*<sup>12</sup>.

Cette définition a été reprise par de nombreuses organisations internationales et organisations non-gouvernementales. Elle a également été réutilisée par les Principes directeurs de Paris relatifs aux enfants associés aux forces armées et aux groupes armés de 2007.<sup>13</sup> Cette définition est critiquée par une partie de la doctrine car elle met sur un pied d'égalité les enfants participants aux hostilités et ceux qui n'y participent pas (comme les enfants qui sont domestiques ou cuisiniers). Selon eux, il est erroné de poser tous les enfants-soldats comme des victimes impuissantes devant être protégées.<sup>14</sup>

L'instrumentalisation et l'utilisation des enfants dans les conflits armés ne sont pas un phénomène nouveau. En effet, dans l'Europe médiévale les garçons âgés de 10 ans s'engageaient comme pages ou écuyers pour s'initier aux armes et aux règles de la chevalerie. Ce phénomène a connu un essor considérable ces dernières années. En effet, les enfants ont été utilisés massivement durant le génocide cambodgien de 1975 à 1979 mais aussi durant le génocide rwandais en 1994. L'UNICEF (United Nations of International Children's Emergency Fund) dans un rapport de 2016, répertorie l'enrôlement et l'utilisation des enfants dans les conflits armés dans quatre régions du monde : en Afrique, en Asie, au Moyen-Orient et en Amérique Latine. Cet essor peut s'expliquer pour plusieurs raisons. Tout d'abord, par la prolifération des armes légères et la multiplication des conflits asymétriques. Mais aussi, par le fait que l'enfant est une main d'œuvre abondante, « *bon marché* », plus docile et endoctrinable.<sup>15</sup> En Colombie, les enfants sont surnommés les petites abeilles dû fait de leur capacité à « *piquer* » sans que leurs ennemis ne s'en rendent compte. Également, l'utilisation des enfants dans les conflits se fait dans des pays ayant une forte corruption étatique et de faibles garanties légales pour protéger les enfants.<sup>16</sup>

De plus, les enfants sont enrôlés de différentes façons. Ils sont le plus souvent enrôlés par la force lors de rafales lancées par les groupes armés dans les villages, les écoles ou sur les places publiques. Les autorités locales ainsi que les parents sont souvent impliqués dans ces enrôlements étant menacés ou soudoyés. L'enrôlement des enfants dans l'armée peut être parfois prévu par la loi. Une propagande est souvent mise en place. Par exemple, en Colombie, la guérilla opère une campagne de recrutement dans les écoles en garantissant une sécurité et un salaire aux enfants.<sup>17</sup>

Par ailleurs, selon Rachel Brett, les enfants peuvent être incités à rejoindre un groupe armé à cause de la guerre, de la pauvreté, de la déscolarisation, des opportunités

<sup>1</sup> MACHEL (G.), Rapport sur l'impact des conflits armés sur les enfants, 1996, UN Doc. A/51/306.

<sup>2</sup> MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international : problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, Editions A. Pédone, DL, 2010.

<sup>3</sup> Conventions de Genève du 12 août 1949, entrées en vigueur le 21 octobre 1950.

<sup>4</sup> Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux du 8 juin 1977, entré en vigueur le 7 décembre 1978 ; Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux du 8 juin 1977, entré en vigueur le 7 décembre 1978.

<sup>5</sup> Déclaration des droits de l'enfant, Rés. AG 1386 (XIV), Doc off AG NU, 14e sess., Doc NU, 1959.

<sup>6</sup> Convention relative aux droits de l'enfant du 20 Novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

<sup>7</sup> MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international : problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, op. cit., note 2.

<sup>8</sup> LABADIE (C.), *Droits des enfants : réflexion sur la responsabilité et le traitement des enfants-soldats auteurs de crimes*, Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2016.

<sup>9</sup> C'est ce qui ressort notamment de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels de 2007 ainsi que de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990.

<sup>10</sup> C'est notamment le cas des Conventions de Genève de 1949 et de ses Protocoles additionnels de 1977, de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 et du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale du 17 juillet 1998 (A/CONF.183/9)

<sup>11</sup> UNICEF, « Les Principes du Cap et meilleures pratiques concernant le recrutement d'enfants dans les forces armées et la démobilisation et la réinsertion sociale des enfants soldats en Afrique », 1997.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> UNICEF, « Les Principes directeurs de Paris relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés », 2007.

<sup>14</sup> LABADIE (C.), *Droits des enfants : réflexion sur la responsabilité et le traitement des enfants-soldats auteurs de crimes*, op. cit., note 8.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international : problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, op. cit, note 2.

<sup>17</sup> Ibid.

d'emploi ou de la famille.<sup>18</sup> Au Sri Lanka plus de la moitié des enfants-soldats interrogés affirme avoir rejoint volontairement les Tigres Tamouls.<sup>19</sup> Selon Veronica Pinero, le terme « *volontaire* » est à nuancer car les enfants n'ont pas la capacité de discernement et sont dépourvus d'autres opportunités que de rejoindre le groupe armé pour survivre.<sup>20</sup>

Enfin, dès lors que les enfants sont recrutés, ceux-ci subissent des violences physiques et psychologiques par les groupes armés dans le but de dissoudre leur identité. Ils sont soumis à des entraînements militaires intensifs pour les pousser à un épuisement physique et les rendre plus endoctrinables à leur idéologie. Les rebelles et les plus faibles sont le plus souvent exécutés par d'autres enfants. Avant d'être recruté, les enfants sont contraints de commettre des atrocités à leurs proches pour s'assurer de briser tous les liens avec leur communauté. Ceux participants aux hostilités sont alcoolisés et drogués pour être plus agressifs mais aussi plus manipulables. Ils sont amenés à commettre des crimes comme des actes de tortures, des meurtres ou des pillages. Toutefois, certains enfants-soldats ne participent pas aux hostilités et sont domestiques, cuisiniers ou encore recruteurs d'enfants. Les enfants ont également été utilisés dans certains conflits comme chair à canon. Durant la guerre de l'Iran contre l'Irak, les enfants avaient pour mission de sauter sur les mines pour nettoyer le terrain pour l'armée. Aussi, les filles sont généralement des esclaves sexuelles, où elles sont violées et abusées par les hommes des forces armées.<sup>21</sup>

C'est au cours du XX<sup>ème</sup> siècle que la protection à l'encontre des enfants s'est développée en droit international, en premier lieu au sein du droit international humanitaire puis en deuxième lieu au sein du droit international des droits de l'Homme.

Tout d'abord, les Conventions de Genève de 1949 vont venir accorder une protection particulière et spéciale aux enfants. L'article 51 de la Convention de Genève IV<sup>22</sup> interdit le recrutement des enfants. Cette interdiction s'explique non pas du fait qu'ils sont des enfants, mais du fait de leur statut de personnes protégées. L'article reste toutefois silencieux sur les conditions pour les recruter. En effet, à l'époque ce phénomène n'était que mineur et il y avait encore l'idée que c'est aux Etats de définir l'âge légal pour incorporer des enfants dans les forces armées. Puis, l'article 77 du Protocole additionnel I relatif à la protection des victimes dans les conflits armés internationaux va venir régir l'interdiction de manière plus explicite. Cet article impose tout d'abord une obligation de résultat de ne pas recruter des enfants de moins de quinze ans et une obligation de moyen de prendre toutes les mesures possibles pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas aux conflits. Pour Magali Maystre, cette protection n'est pas suffisante car elle ne protège que les enfants ayant entre quinze et dix-huit ans et ceux participant directement aux conflits. Aussi, seules les mesures possibles doivent être prises et non les mesures réellement nécessaires pour protéger les enfants.<sup>23</sup> Par ailleurs, l'article 4 du Protocole additionnel II relatif à la protection des victimes dans les conflits armés non internationaux impose ici deux obligations de résultat, une obligation de ne pas recruter des enfants de moins de quinze ans et une obligation de ne pas autoriser ces enfants à participer aux hostilités.

Puis, avec la Convention sur les droits de l'enfant de 1989, à l'article 38, on va retrouver une interdiction de ne pas enrôler les enfants de moins de quinze ans et une obligation de prendre toutes les mesures possibles pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas aux hostilités. Contrairement aux Conventions de Genève, elle s'applique aussi bien en temps de paix que de guerre. Cette disposition ayant été jugée insuffisante par la communauté internationale, la Convention sera complétée par le Protocole facultatif du 25 mai 2000. Ce dernier, composé de treize articles, se concentre uniquement sur la problématique des enfants dans les conflits armés. Il élève notamment l'interdiction de recrutement des enfants à dix-huit ans.

De surcroît, on peut également citer la Convention de l'organisation internationale du travail concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination du 17 juin 1999, qui interdit le recrutement des enfants en vue de leur utilisation dans les conflits armés.

Également, au niveau régional, seule la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant du 11 juillet 1990<sup>24</sup> traite de ce phénomène dans son article 22.

Enfin, à côté de ces normes contraignantes, on trouve également de nombreuses normes non contraignantes traitant des enfants dans les conflits armés. On peut citer tout d'abord, l'ensemble des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour les mineurs, aussi appelé les règles de Beijing<sup>25</sup>. Ces règles ont été adoptées par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies (ONU) en 1985 et visaient à donner des lignes directrices aux Etats pour protéger les mineurs durant une procédure judiciaire. Puis, en 1990 ont été adoptés les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile.<sup>26</sup> Ces principes, complétant les règles de Beijing, donnent des lignes directrices à d'autres acteurs que les Etats, comme la famille ou l'école, pour prévenir la délinquance juvénile. De plus, en 1997, ont été adoptés les Principes du Cap et meilleures pratiques concernant le recrutement d'enfants dans les forces armées et la démobilisation et la réinsertion des enfants-soldats en Afrique.<sup>27</sup> Ces principes comportent des lignes directrices pour réinsérer les enfants-soldats dans leur communauté. De surcroît, les Principes et Engagements de Paris de 2007<sup>28</sup> vont proposer certaines solutions pour les enfants qui ont commis des crimes internationaux, notamment en recourant le moins possible aux procédures judiciaires.

Force est de constater qu'on trouve sur la scène internationale de nombreux instruments protégeant les enfants. Toutefois, tous les Etats n'ont pas ratifié ces instruments créant différentes obligations et devoir pour chacun. Pour Magali Maystre, cette fragmentation des obligations juridiques est atténuée par le fait qu'il existe une coutume internationale de ne pas recruter les enfants de moins de quinze ans dans les forces armées et de les autoriser à participer aux hostilités.<sup>29</sup>

La communauté internationale reconnaît que les enfants commettent des atrocités, qu'ils sont des auteurs de crimes mais également que ceux-ci, étant enrôlés de force, drogués, maltraités et entraînés à tuer, sont aussi des victimes. Toutefois la communauté n'est pas d'accord sur les solutions à mettre en place. Plusieurs réponses peuvent être apportées mais aucune ne fait l'objet d'un consensus : faut-il privilégier la punition, la dissuasion ou la réinsertion ?

<sup>18</sup> BRETT (R.), « Adolescents volunteering for armed forces or armed groups », *Revue internationale de la Croix Rouge*, RICR No. 852, 2003.

<sup>19</sup> FISHER (K.J.), « Transitional Justice for Child Soldiers; Accountability and Social Reconstruction in Post-Conflict Contexts », New York: Palgrave Macmillan, 2013.

<sup>20</sup> PINERO (V.B.), « The Challenges of Reconstruction and Reconciliation Following an Armed Conflict; The Implementations for Child Soldiers as Perpetrators », *Eyes on the International Criminal Court*, 2004.

<sup>21</sup> MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international : problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, op. cit, note 2.

<sup>22</sup> Convention de Genève IV du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, entrée en vigueur le 21 octobre 1950.

<sup>23</sup> MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international : problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, op. cit, note 2.

<sup>24</sup> Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant du 11 juillet 1990, entrée en vigueur le 29 novembre 1999.

<sup>25</sup> ONU, *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs*, Rés. AG 40/33, Doc. Off. AGNU, 40e sess., Doc. NU A/40/53, 1985.

<sup>26</sup> ONU, *Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile* (Principes directeurs de Riyad), Rés. AG 45/112, Doc. Off. AGNU, 45<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/45/112, 1990.

<sup>27</sup> UNICEF, « Les Principes du Cap et meilleures pratiques concernant le recrutement d'enfants dans les forces armées et la démobilisation et la réinsertion sociale des enfants-soldats en Afrique », 1997.

<sup>28</sup> UNICEF, « Principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés (Principes de Paris) », (2007) et UNICEF, « Les Engagements de Paris en vue de protéger les enfants contre une utilisation ou un recrutement illégal par des groupes ou des forces armées » (Engagements de Paris), 2007.

<sup>29</sup> MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international : problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, op. cit, note 2.

Doit-on protéger l'enfant ou bien la société ? Faut-il se focaliser sur l'enfant ou bien sur la justice ? Ce manque de consensus se reflète aussi bien au niveau national qu'au niveau international. Sur la scène internationale, les dispositions protègent l'enfant reconnu comme une victime. Les enfants-soldats sont très rarement punis pour leurs crimes. Cette impunité encourage les forces armées à continuer d'enrôler les enfants et ne dissuade pas les enfants de continuer à participer aux conflits armés. Par ailleurs, l'article 26 du Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI) exclut de sa compétence les personnes âgées de moins de dix-huit ans, laissant la question de la responsabilité des enfants-soldats au choix des Etats. En effet, elle se concentre sur la responsabilité des recruteurs d'enfants-soldats. Le 4 février 2021, Dominic Ongwen, ex-enfants-soldats, devenus par la suite recruteur d'enfants-soldats<sup>30</sup>, a été reconnu coupable par la Chambre de première instance de crimes de guerre et de crime contre l'humanité (pour meurtre, viol, esclavage sexuel et conscription d'enfants-soldats). Il a été condamné le 6 mai 2021 par la Chambre de première instance à vingt-cinq ans de prison. Aussi, son passé d'enfants-soldats a été reconnu par la Chambre comme une circonstance atténuante.

La justice pénale n'étant pas toujours appropriée après un conflit, les Etats utilisent de plus en plus la justice transitionnelle. La justice transitionnelle a pour objectif de rétablir l'harmonie entre les groupes, en restaurant les droits des victimes ainsi qu'en prenant en compte les différents facteurs des enfants-soldats. Elle repose sur le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-réitération.<sup>31</sup>

Dès lors, la justice transitionnelle permet-elle de mieux prendre en compte la problématique des enfants-soldats, étant à la fois des victimes et des criminels, face à une justice pénale jugée trop sévère ? Si aujourd'hui il est complexe de poursuivre pénalement les enfants-soldats étant à la fois des victimes et des criminels (I), la justice transitionnelle a commencé à prendre en compte les enfants-soldats dans ses mécanismes (II).

I) La complexité de poursuivre pénalement des enfants-soldats étant à la fois des victimes et des criminels

Si la communauté internationale se divise en deux tenants, l'un souhaitant protéger l'enfant jugé comme irresponsable de ses agissements et l'autre partant du postulat que l'enfant est responsable et qu'il doit être puni pour ses actes (A), on remarque toutefois que la pratique des juridictions internationales est de ne pas engager la responsabilité des enfants-soldats (B).

A) Les différentes approches en droit international : l'approche protectionnelle et l'approche punitive

Il existe deux tenants en droit international. Il y a d'une part l'approche dite protectionnelle, qui se fonde sur l'idée selon laquelle l'enfant manque d'autonomie. L'enfant est vu comme une personne vulnérable et qui ne peut pas être responsable de ses actes. D'autre part, l'approche punitive repose sur l'idée que l'enfant est capable de penser et de vouloir. Il dispose d'une certaine autonomie et peut être responsable de ses actions.

Selon notamment Peter Singer<sup>32</sup>, Rachel Brett<sup>33</sup> ainsi que l'UNICEF et Human Rights Watch, les enfants sont irresponsables de leurs actes du fait de leur âge et de leur manque de maturité. Leurs crimes étant commis sous la contrainte (drogues, alcools) et dans des contextes d'extrêmes violences, ils ne peuvent pas être responsables.

Selon eux, il faut se focaliser sur la dénonciation de l'utilisation des enfants dans les conflits et criminaliser le recrutement d'enfants-soldats. Il faudrait insister sur la réhabilitation et la réinsertion de ces enfants. L'approche protectionnelle, aussi appelée la justice réhabilitative, part du postulat que les crimes commis par les enfants, découlent en réalité du contexte social ou familial des enfants. Il ne faut pas les sanctionner doublement mais plutôt travailler à leur réinsertion sociale en les protégeant et en les guidant. Selon les partisans de cette approche, des sanctions judiciaires ne les aideraient pas et leur causeraient des traumatismes psychologiques. On retrouve cette approche dans certains instruments juridiques, notamment dans les Règles de Beijing qui invitent les Etats à ne pas traiter les enfants comme des délinquants et d'éviter dans la mesure du possible le recours à une procédure judiciaire. La Convention sur les droits de l'enfant invite également les Etats à son article 40 à ne pas employer une procédure judiciaire pour les enfants lorsque cela est souhaitable et possible. Le Comité des droits de l'Homme dans son observation n°10<sup>34</sup> a reconnu qu'il fallait plus recourir aux mesures alternatives qu'à une procédure pénale. Cette approche se justifie par le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant est défini par Jean Zermatten, comme « *un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social* ». <sup>35</sup>

Au contraire, pour une autre partie de la doctrine, comme pour Alcinda Honwana<sup>36</sup>, Manon Pignot<sup>37</sup>, Katia Pilati<sup>38</sup>, l'enfant est capable de discernement et peut être responsable pénalement de ses actes. L'approche punitive est calquée sur un modèle plus rigide et procédural que l'approche protectionnelle. Elle repose sur l'idée que d'une part les enfants doivent être responsables de leurs actes et d'autre part qu'ils doivent être sanctionnés pour les dissuader eux-mêmes ainsi que d'autres enfants de rejoindre des groupes armés. Don Cipriani soutient l'idée que de nombreux mécanismes et procédures pénales sont adaptés pour les mineurs et que ceux-ci peuvent être jugés pour leurs actes.<sup>39</sup> Les tenants de cette approche reposent leurs arguments notamment sur l'article 40 de la Convention sur les droits de l'enfant qui énonce qu'il est possible qu'un enfant soit « *suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale* ». Aussi, aucun instrument juridique n'interdit formellement de poursuivre des mineurs. Pour Karine Bolduc, il est absurde de considérer tous les enfants comme des victimes. Elle avance l'argument qu'un enfant qui commet un crime de droit commun comme le vol à l'étalage sera poursuivi et jugé devant un tribunal. Il est dès lors insensé selon elle qu'un enfant qui aurait tué une quinzaine de personnes de son village ne soit pas jugé.<sup>40</sup> De plus, selon eux, les Etats ont une obligation de poursuivre les crimes internationaux, de lutter contre l'impunité et de rendre justice aux victimes. C'est pour eux la seule façon pour les réintégrer, rétablir le respect de la loi et décourager d'autres enfants de rejoindre des groupes armés.

L'approche protectionnelle et l'approche punitive font toutefois l'objet de critique. D'une part, l'approche protectionnelle entraîne un certain déni de justice envers les victimes qui ne peuvent pas obtenir de réparation pour les préjudices qu'elles ont subis. Dès lors, la réinsertion des enfants-soldats dans leur communauté est plus difficile car la population et les victimes ont un ressentiment envers eux. En 2001, un camp au Sri Lanka d'enfants-soldats démobilisés avait été attaqué par la population, tuant

<sup>30</sup> Dominic Ongwen dirigeait l'Armée de résistance du Seigneur dans le nord du Ouganda. Il avait été enlevé par ce groupe en 1990 alors qu'il n'avait que 10 ans.

<sup>31</sup> MOTTET (C.) et POUT (C.), *La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, Conférence Paper 1/2011, FFAE, Berne, 2011

<sup>32</sup> SINGER (P.W.), « Children at War », University of California Press, 2006.

<sup>33</sup> BRETT (R.), « Adolescents volunteering for armed forces or armed groups », op. cit., note 20.

<sup>34</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale No. JO : Les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs, Doc Off CRC NU, 44e sess, Doc NU CRC/C/GC/10, 2007.

<sup>35</sup> ZERMATTEN, (J.) « L'intérêt supérieur de l'enfant, Paris », Institut international des droits de l'enfant, 2005.

<sup>36</sup> HONWANA (A.), « Innocents et coupables : les enfants-soldats comme acteurs tactiques », Cairn, 2000.

<sup>37</sup> PIGNOT (M.), « L'enfant soldat X/Xe-XXe siècle : Une approche critique », Paris, Armand Colin, 2012.

<sup>38</sup> PILATI (K.), « Les « enfants soldats » : objets de discours et sujets oubliés », Genève, Institut universitaire d'études du développement, Études courtes n°4, 2001.

<sup>39</sup> CIPRIANI (D.), « Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility: A Global Perspective », Farnham, Ashgate, coll. Advances in Criminology, 2009

<sup>40</sup> BOLDUC (K.) *Les enfants-soldats et la justice transitionnelle : les impératifs d'imputabilité face à l'intérêt supérieur de l'enfant*, Mémoire présenté comme exigence partielle du programme de maîtrise en droit international, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2011.



vingt-six de ces enfants.<sup>41</sup> Nier leur responsabilité n'est pas forcément dans leur intérêt et rend la reconstruction plus difficile. Certains ont des sentiments de culpabilité et ont un besoin de se faire pardonner. Aussi, cela génère une impunité et une idéologie que les enfants ne seront pas responsables de leurs actes et qu'ils n'auront pas à en assumer les conséquences. D'autre part, pour certains, l'approche punitive ne peut pas être mise en place dans les systèmes d'aujourd'hui qui sont défaillants, ne garantissant pas assez la protection des enfants et n'étant pas assez adaptés pour prendre en compte leur situation particulière. Il faudrait pour cela réformer profondément les systèmes nationaux.<sup>42</sup> Aussi, la communauté internationale n'étant toujours pas d'accord sur l'âge de la majorité universelle, il est difficile d'envisager des poursuites au niveau international. Enfin, tous les systèmes n'ont pas les mêmes causes d'exonération de responsabilité (comme la contrainte qui est à prendre en compte en cas de poursuites d'enfants-soldats).

Force est de constater qu'aucune de ces deux approches ne semblent être satisfaisantes en prenant équitablement en compte les droits et intérêts des enfants ainsi que le droit à la justice pour reconstruire une société. Ce manque d'uniformité peut expliquer le fait, qu'en pratique, les juridictions internationales n'engagent pas la responsabilité des enfants-soldats.

B) La pratique des juridictions internationales de ne pas engager la responsabilité des enfants-soldats

On observe en pratique que la plupart des instances internationales ont opté pour un refus d'engager la responsabilité des enfants-soldats. Les seules instances internationalisées à avoir jugé des enfants-soldats sont celles du Special Panels for Serious Crimes au Timor-Leste. Selon Camille Labadie<sup>43</sup> on peut expliquer cette volonté de ne pas engager la responsabilité des enfants-soldats de trois façons différentes : l'abstention, l'exclusion des mineurs de la compétence de la juridiction ou le refus de la juridiction d'exercer sa compétence.

En premier lieu, l'abstention se caractérise par des juridictions qui décident de ne pas poursuivre des enfants bien qu'elles en aient la compétence. Le Tribunal Pénal International du Rwanda, le Tribunal Pénal International de l'ex-Yougoslavie, ou encore avant le Tribunal Militaire International de Nuremberg ne comportaient pas dans leurs statuts de précision quant à l'âge minimum. Il était théoriquement possible pour ces tribunaux d'instruire des affaires concernant des mineurs mais ils ne l'ont pas fait en pratique. Ce choix s'explique par la lenteur et la complexité des procédures inadaptées aux besoins et intérêts des enfants, mais aussi dû aux budgets limités de ces instances. En second lieu, la CPI a décidé d'exclure de sa compétence les personnes âgées de moins de dix-huit ans. Cela ressort de l'article 26 du Statut de Rome. La Cour laisse dès lors le choix aux juridictions nationales de juger ou non les enfants-soldats.

Enfin, le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone (TSSL) a lui la compétence pour juger les personnes âgées de plus de 15 ans, selon l'article 7 de son Statut<sup>44</sup>. Ce choix avait fait l'objet de nombreuses critiques par les organisations internationales, notamment par Human Right Watch qui préconisait de se focaliser sur les adultes plutôt que sur les enfants étant avant tout des victimes.<sup>45</sup> Finalement, le Procureur du TSSL, David Crane, refusa de poursuivre les enfants de moins de dix-huit ans aux motifs qu'ils ne sont pas capables et responsables de leurs actes.<sup>46</sup>

Cette pratique de ne pas engager la responsabilité des enfants-soldats peut s'expliquer pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le procès pénal poursuit plusieurs objectifs principaux celui de sanctionner l'auteur d'un crime, d'offrir une réparation aux victimes et de dissuader l'auteur ou d'autres personnes de commettre un crime. D'une part, la sanction donnée à l'auteur d'un crime peut sembler vaine aux yeux de la victime et ne pas lui accorder ce dont elle a besoin.<sup>47</sup> D'autre part, il n'est pas sûr non plus qu'une sanction pénale dissuade les enfants-soldats. Au contraire, ceux-ci pourraient être plus enclin à rester dans les forces armées et à continuer les combats plutôt que de les quitter pour y subir une sanction.

De plus, les juridictions internationales, étant pour certaines en fonctionnement depuis peu (comme la CPI), ont des ressources et des moyens maigres. Les procédures sont focalisées et créées pour juger des adultes et ne sont dès lors pas adéquates pour poursuivre des personnes âgées de moins de dix-huit ans. Le Comité des droits de l'enfant a notamment reporté en Sierra Leone l'incarcération d'enfants dans les mêmes conditions que les adultes ou dans des conditions déplorables.<sup>48</sup> Aussi, la procédure pénale pourrait s'avérer être un traumatisme pour l'enfant et être une forme de double punition.<sup>49</sup> Également, la règle 20.1 de Beijing recommande que les affaires soient traitées rapidement et sans retard, ce qui n'est pas le cas dans les procédures pénales qui sont longues et complexes.

De surcroît, il n'existe pas aujourd'hui un consensus sur l'âge à laquelle on acquiert la majorité. En effet, la majorité à une signification différente d'un pays à un autre. En Allemagne par exemple la majorité à une dimension très morale.<sup>50</sup> La capacité de discernement de l'enfant pose également question. Il est difficile de déterminer à quel moment un enfant est responsable de ses actes et à quel moment il ne l'est pas.<sup>51</sup> Comme le remarque Rachel Brett, on ne peut pas traiter tous les enfants de la même manière car chacun se trouve dans des situations différentes.<sup>52</sup>

Aussi, la justice pénale ne permet pas toujours de pacifier et de réconcilier une société. On peut citer l'exemple de l'Afrique du Sud, où la conciliation et la médiation se sont montrées plus utiles que des mesures strictes et sévères. Enfin, cette pratique des juridictions internationales de ne pas engager la responsabilité des enfants-soldats, ne signifie pas que les enfants-soldats ne doivent pas être jugés pour les crimes qu'ils ont commis. Cela démontre simplement que la justice pénale internationale n'est pour le moment pas appropriée pour eux. L'impunité n'est également pas la solution. D'une part, les forces armées utilisent cette impunité, pour motiver plus d'enfants-soldats à s'engager. D'autre part, les enfants ont souvent des remords et ressentent le besoin de reconnaître leur responsabilité et de réparer leurs torts, notamment pour se réconcilier avec leur communauté. Dès lors, la réconciliation ne peut être possible sans une forme de justice. Pour cela, il faut envisager des mesures alternatives à la justice pénale, comme la justice transitionnelle.

II) La prise en compte des enfants-soldats par la justice transitionnelle : une conciliation entre le besoin de justice des victimes et les intérêts de l'enfant

Différents mécanismes de la justice transitionnelle traitent des enfants-soldats (A), plus spécifiquement les Commissions Vérité et Réconciliation en Sierra Leone et au Libéria ont fait participer activement des enfants-soldats à leurs activités (B).

<sup>41</sup> DUTHIE (R.) et SPECHT (I.), « DDR, Transitional Justice, and the Reintegration of Former Child Combatants », New York, Social Science Research Council, 2009.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> C. LABADIE (C.), *Droits des enfants : réflexion sur la responsabilité et le traitement des enfants-soldats auteurs de crimes*, op. cit., note 8.

<sup>44</sup> Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone du 16 janvier 2002.

<sup>45</sup> Human Rights Watch, « Justice and the Special Court for Sierra Leone: Letter to United Nations Security Council », 2000.

<sup>46</sup> CRANE (D.), « Strike Terror No More: Prosecuting the Use of Children in Times of Conflict - The West African Extreme » in Karin Arts et Vesselin Popovski, dir. *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, La Haye, Hague Académie Press, 2006.

<sup>47</sup> BOLDUC, (K.) *Les enfants-soldats et la justice transitionnelle : les impératifs d'imputabilité face à l'intérêt supérieur de l'enfant*, op. cit., note 45.

<sup>48</sup> Comité des droits de l'enfant, Observations finales - Sierra Leone, Doc. Off. CRC NU, 48e sess., Doc. NU CRC/C/SLE/CO/2 (20 juin 2008)

<sup>49</sup> BOLDUC (K.), *Les enfants-soldats et la justice transitionnelle : les impératifs d'imputabilité face à l'intérêt supérieur de l'enfant*, op. cit., note 45.

<sup>50</sup> KARIMZADEH MEIBODY (A.), *Les enfants soldats. Aspects de droit international humanitaire et de droit comparé*, op. cit., note 35.

<sup>51</sup> LABADIE (C.), *Droits des enfants : réflexion sur la responsabilité et le traitement des enfants-soldats auteurs de crimes*, op. cit., note 8.

<sup>52</sup> R. BRETT, (R.), « La question des enfants dans le cadre de la justice pour mineurs et la lutte contre le terrorisme », *Les enfants et la sécurité*, Genève, Editions des Nations Unies, 2002.

## A) Les différents mécanismes de la justice transitionnelle et les enfants-soldats

La justice transitionnelle permet de faire la lumière sur des faits, de répondre aux violations des droits de l'Homme, de prévenir leurs répétitions et de tenter de réconcilier les populations.<sup>53</sup> C'est un mécanisme alternatif à la justice pénale permettant de rétablir la paix ainsi que la cohésion sociale. La justice pénale étant centrée sur le châtement, elle ne satisfait pas à toutes les situations post-confliktuelles.

On parle également de justice réparatrice permettant de faire la lumière sur des événements passés. La justice réparatrice fonctionne par le biais d'un médiateur où les parties décident ensemble de la meilleure forme de réparation. On accorde une place importante aux victimes ainsi qu'à la reconstruction des liens. Selon Arlène Gaudreault, les personnes sont généralement satisfaites de la solution constructive apportée.<sup>54</sup> Au regard des Principes de Paris, la justice réparatrice et la réinsertion sociale sont les meilleures formes pour traiter les enfants ayant commis des crimes de droit international. En effet, la justice réparatrice est un bon moyen pour faire reconnaître la responsabilité des enfants-soldats sans passer par le biais d'une procédure pénale qui pourrait les traumatiser. Ici, les enfants ont la possibilité de mieux comprendre leurs actes et les conséquences que ceux-ci ont eu sur les victimes. Cela peut également aider la réinsertion des enfants, la communauté acceptant plus facilement les enfants ayant reconnu leur responsabilité. Selon Laura Stovel et Marta Valinas, il a été montré en Sierra Leone que la réintégration des enfants-soldats s'est faite plus facilement lorsque l'enfant avait contribué à la réparation de ses dommages.<sup>55</sup> Cette justice permet également d'appréhender la double identité de l'enfant qui est un criminel mais aussi une victime. Aussi, cette justice prend en compte les circonstances, la gravité des crimes commis mais aussi l'âge de l'enfant. Elle peut dès lors s'appliquer dans tous les différents contextes culturels et juridiques. Toutefois, pour que la justice réparatrice soit mise en place, un accord doit nécessairement avoir été passé entre les deux parties. Les deux parties, que ce soit les victimes ou les auteurs, peuvent se montrer réticents et refuser toute discussion. Les auteurs doivent reconnaître en partie les crimes qu'ils ont commis.

La justice transitionnelle peut prendre différentes formes, comme celles des Commissions vérité et réconciliation (CVR) centrées sur le droit à la vérité. Elles permettent aux victimes de se reconstruire et de retrouver leur dignité. Le fonctionnement des Commissions varie d'un pays à un autre. Le plus souvent, les Commissions fonctionnent par des enquêtes, un recueillement des témoignages ainsi que sur l'organisation d'audiences publiques. Elles permettent d'instaurer un dialogue et d'expliquer ce qu'il s'est passé, étant également bénéfique pour l'histoire du pays. Initialement, les enfants-soldats n'étaient pas pris en compte par les premières commissions vérité et réconciliation (Chili, Haïti, Salvador)<sup>56</sup>. Ces dernières ne faisaient que collecter les violations commises à l'encontre des enfants. Une évolution s'est faite avec la publication du rapport de Graça Machel en 1990, qui proclame le droit d'être entendu<sup>57</sup>. Tout d'abord, la CVR au Guatemala rapporta le nombre d'enfants victimes ainsi que les exécutions arbitraires, disparitions forcées et autres crimes qu'ils avaient subis. Ce fut la première fois qu'une Commission recommanda un soutien spécial aux enfants-soldats ainsi que la création d'une Commission nationale de

recherche des enfants disparus.<sup>58</sup> Puis, la CVR en Afrique du Sud recommanda la participation des enfants mais cela fut finalement refusé en raison d'une crainte des traumatismes émotionnels et psychologiques pour ces derniers.<sup>59</sup> La Commission permit toutefois de constater dans son rapport que le nombre de victimes était plus élevé chez les enfants que chez les adultes.<sup>60</sup> De plus, la CVR au Pérou n'a pas fait mention des enfants dans son mandat, mais consacra tout de même un chapitre dans son rapport final sur les enfants. De surcroît, la CVR du Timor-Leste consacra également un chapitre de son rapport final aux enfants et organisa une audience publique spécifiquement pour les enfants. Par ailleurs, c'est avec la CVR en Sierra Leone que pour la première fois des mesures concrètes seront mises en place pour faire participer directement les enfants-soldats.<sup>61</sup> Enfin, la CVR au Libéria s'en inspira fortement et ira plus loin en incluant les enfants dans ses activités à travers le pays.<sup>62</sup>

Il existe également la justice traditionnelle. Elle est définie par Kristen Fisher comme une réaction face à des traumatismes et un recours à un processus de guérison.<sup>63</sup> Pour une partie de la doctrine, la justice traditionnelle n'est pas adaptée à l'ampleur et à la gravité des crimes commis. En effet, les procédures ne respectent pas le principe de non-discrimination, notamment en traitant différemment les hommes et les femmes. Au Nord du Kenya par exemple, la compensation de la mort d'un homme est plus importante que la mort d'une femme.<sup>64</sup> Les sanctions sont également très lourdes (peines de mort, mutilations...).<sup>65</sup> L'UNICEF soutient l'idée que cette justice ne devrait pas être utilisée pour poursuivre les personnes accusées de crimes internationaux. De nombreux auteurs, comme Christopher Carlson et Dyan Mazurana, soutiennent l'idée qu'il faudrait réformer cette justice en l'encadrant et en codifiant les cérémonies.<sup>66</sup>

Il en ressort que les CVR semblent être le meilleur moyen pour aider la société à faire la lumière sur les événements qui se sont passés et de faire entendre les acteurs du conflit. Toutefois, les dernières Commissions ayant fait participer des enfants, en Sierra Leone et au Libéria, n'ont pas pris en compte les enfants-soldats comme des criminels et n'ont pas non plus abordé la question de leur responsabilité.

## B) L'exemple des Commissions de vérité et de réconciliation en Sierra Leone et au Libéria

A la suite du conflit en Sierra Leone, l'accord de paix de Lomé du 7 juillet 1999 décida de mettre en place une CVR. Elle sera adoptée par le Parlement par la loi Commission Vérité et Réconciliation du 22 février 2000 et mise en place en 2002. Son objectif était tout d'abord de faire un compte rendu impartial et historique des atteintes et violations des droits de l'Homme et du droit international humanitaire. Aussi, elle avait pour objectif de répondre à l'impunité, de satisfaire les besoins des victimes, de promouvoir la réconciliation et de prévenir la répétition des crimes.<sup>67</sup> Durant l'activité de la Commission, une attention spéciale avait été accordée aux enfants. Pour mener à bien sa mission elle fut épaulée par l'UNICEF et des agences de protection de l'enfance. Dans l'esprit de la Convention sur les droits de l'enfant, des lignes directrices furent rédigées pour guider la participation des enfants et garantir leur bien-être et sécurité tout au long de la procédure. Notamment, les enfants les plus vulnérables, qui sont les victimes d'abus sexuels et les combattants, devaient être

<sup>53</sup> SHELTON (D.), *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, vol 3, New York, Macmillan, 2004.

<sup>54</sup> GAUDREAU (A.), « Les limites de la justice réparatrice », Actes du colloque de l'École nationale de la magistrature, Paris, Dalloz, 2005.

<sup>55</sup> STOVEL (L.) et VALINAS (M.), « Restorative Justice after Mass Violence: Opportunities and Risks for Children and Youth », UNICEF Innocenti Working Paper, 2010.

<sup>56</sup> UNICEF, Centre de recherche Innocenti, *Enfants et Commission Vérité*, 2011.

<sup>57</sup> MACHEL (G.), Rapport sur l'impact des conflits armés sur les enfants, op. cit, note 1.

<sup>58</sup> UNICEF, Centre de recherche Innocenti, *Enfants et Commission Vérité*, op. cit, note 60.

<sup>59</sup> COHN (I.), « The Protection of Children in Peacemaking and Peacekeeping Processes », 1999.

<sup>60</sup> UNICEF, Centre de recherche Innocenti, *Enfants et Commission Vérité*, op. cit, note 60.

<sup>61</sup> COOK (P.) et HEYKOOP (C.), « Child Participation in the Sierra Leonean Truth and Reconciliation Commission », Sharanje et Parnar, 2010.

<sup>62</sup> UNICEF, Centre de recherche Innocenti, *Enfants et Commission Vérité*, op. cit, note 60.

<sup>63</sup> FISHER (K.J.), « Transitional Justice for Child Soldiers; Accountability and Social Reconstruction in Post-Conflict Contexts », op. cit. note 21.

<sup>64</sup> LACEY (M.), « Atrocity Victims in Uganda Choose to Forgive », New York Times, 2005.

<sup>65</sup> LABADIE (C.), *Droits des enfants : réflexion sur la responsabilité et le traitement des enfants-soldats auteurs de crimes*, op. cit, note 8.

<sup>66</sup> CARLSON(K.) et MAZURANA (D.), « Accountability and Reconciliation in Northern Uganda; Accountability for Sexual and Gender-Based Crimes by the Lord's Resistance Army », UNICEF Innocenti Working Paper, 2010.

<sup>67</sup> KARIMZADEH MEIBODY (A.), *Les enfants soldats. Aspects de droit international humanitaire et de droit comparé*, op. cit, note 35.

au centre de l'activité de la Commission. Selon l'UNICEF, à peu près trois cents enfants ont témoigné entre décembre 2002 et mars 2003.<sup>68</sup> Une campagne d'information et de sensibilisation avait été mise en place, les personnels avaient été formés aux notions des droits de l'enfant et des travailleurs sociaux ou un proche pouvaient être présents lors de la déposition. Aussi, les témoignages se sont tous fait dans l'anonymat. Toutes les informations permettant de les identifier ont été effacées des enregistrements.<sup>69</sup> La Commission avait mis en place des audiences publiques pour les adultes et des audiences par vidéo pour toutes les personnes âgées de moins de dix-huit ans, afin de protéger leur anonymat. Les enfants participaient soit par le biais d'une déposition ou soit par le biais d'une audience devant des commissaires. Pour les enfants qui n'étaient pas capable de tenir des discours cohérents et structurés, il a été mis en place une plateforme d'expression artistique, the National Vision for Sierra Leone Project. Les enfants avaient la possibilité de s'exprimer par des dessins, des poèmes, des courts métrages, des chansons ou encore par des sculptures.<sup>70</sup>

Bien que la participation des enfants-soldats dans une CVR fut une avancée majeure, la question de prendre en compte leur responsabilité reste en suspens. Originairement, les enfants devaient être entendus en tant qu'auteur, victime ou témoin. Finalement, ils ont tous été considérés comme des témoins ou des victimes de la guerre indépendamment de leurs rôles et actes commis. Aussi, selon Ah-Jung Lee, la Commission n'est pas un tribunal et ne suit pas sa procédure. Dès lors, les enfants étaient libres de choisir les événements dont ils souhaitaient parler et pouvaient moduler leurs témoignages.<sup>71</sup> De plus, l'anonymat n'a pas aidé les enfants-soldats à être réinsérés dans leur communauté. En effet, il était impossible pour la communauté de savoir quels enfants avaient reconnu ses actes et souhaitaient les réparer, de ce fait la communauté restait hostile envers tous les enfants.<sup>72</sup>

Toutefois, selon Amnesty International, les CVR sont un très bon moyen pour prendre en compte les enfants-soldats. Elles permettent d'exposer les crimes commis au grand jour ainsi que de protéger les enfants et de limiter le risque de traumatismes. Comme le remarque Karine Bolduc, la participation des enfants à la CVR n'a pas augmenté leurs traumatismes. Au contraire, un bon nombre d'enfants a exprimé un sentiment de soulagement et de fierté d'avoir participé aux activités de la Commission. Il faudra toutefois, attendre encore un peu avant de savoir les répercussions que cela aura sur le long terme.<sup>73</sup>

L'expérience de la CVR en Sierra Leone fut utile pour le Libéria, qui s'en inspira fortement. La CVR au Libéria a été créée le 12 mai 2005.<sup>74</sup> La Commission avait pour objectif d'enquêter sur les crimes commis au Libéria, de déterminer si les incidents étaient des cas isolés ou systématiques, d'enquêter sur les antécédents, les circonstances et les contextes des violations, de déterminer les responsables et l'impact que ces violations ont eu sur les victimes. La Commission au Libéria décida de faire participer les enfants en fonction de l'âge qu'ils avaient au moment de sa création et non en fonction de l'âge qu'ils avaient pendant les faits reprochés. Ce choix fut vivement critiqué. D'une part, beaucoup d'enfants avaient désormais acquis la majorité de 18 ans et n'étaient dès lors plus protégés comme des enfants. D'autre part, ils pouvaient participer en tant qu'adulte mais cela n'avait pas la même importance et leurs témoignages étaient exclus du rapport sur les enfants (empêchant d'avoir une histoire complète et authentique). Des ateliers de sensibilisation furent mis en place pour clarifier le rôle et l'objectif de la Commission. Plus de cinq mille enfants y ont participé et environ trois cents dépositions et trois audiences ont été faites. Une sélection était prévue pour pouvoir participer aux audiences, en fonction notamment de l'authenticité du témoignage. Le témoignage se faisait par vidéo durant laquelle on pouvait entendre l'enfant mais pas le voir.<sup>75</sup> Cette Commission a été critiquée pour ne pas avoir assez pris en compte les besoins des enfants. En effet, Théo Sowa relate que les enfants voulaient parler de leur jeunesse qui leur a été volée et du fardeau des responsabilités qui pesaient sur eux alors que les commissaires étaient plus intéressés sur la manière dont ils avaient été recrutés et sur les violences subies, orientant les questions vers ces sujets.<sup>76</sup>

Les modes juridictionnels étant inaptes à prendre en compte la responsabilité des enfants-soldats, la justice transitionnelle, notamment avec les CVR, offre une alternative. En effet, les Commissions permettent d'aider une société à faire la lumière sur ce qui s'est passé, de faire entendre les auteurs des crimes et de réconcilier une communauté. Il faudra encore attendre avant de voir les impacts qu'ont eu ces Commissions sur les enfants-soldats. Toutefois, les Commissions ne prennent pas en compte les enfants-soldats comme des auteurs de crimes et ne traitent pas de leur responsabilité. La société doit évoluer pour prendre en compte, au cas par cas, les enfants-soldats comme des victimes devant être protégés mais aussi comme des criminels responsables de leurs actes.

<sup>68</sup> UNICEF Innocenti Research Center, Child Participation in the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission: Considering the Broader Cultural Context.

<sup>69</sup> LABADIE (C.), *Droits des enfants : réflexion sur la responsabilité et le traitement des enfants-soldats auteurs de crimes*, op. cit., note 8.

<sup>70</sup> UNICEF Innocenti Research Center, Child Participation in the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission: Considering the Broader Cultural Context.

<sup>71</sup> LEE (A.J.), « Understanding and Addressing the Phenomenon of 'Child Soldiers': The Gap between the Global Humanitarian Discourse and the Local Understandings and Experiences of Young People's Military Recruitment, Refugee Studies Centre », University of Oxford, 2009.

<sup>72</sup> LABADIE, (C.), *Droits des enfants : réflexion sur la responsabilité et le traitement des enfants-soldats auteurs de crimes*, op. cit., note 8.

<sup>73</sup> BOLDUC, (K.), *Les enfants-soldats et la justice transitionnelle : les impératifs d'imputabilité face à l'intérêt supérieur de l'enfant*, op. cit., note 45.

<sup>74</sup> Truth and Reconciliation Commission, «The TRC Act of Liberia» du 12 mai 2005.

<sup>75</sup> BOLDUC, (K.), *Les enfants-soldats et la justice transitionnelle : les impératifs d'imputabilité face à l'intérêt supérieur de l'enfant*, op. cit., note 45.

<sup>76</sup> PARMAR (S.), ROSEMAN (M.J.), SIEGRIST (S.) et SOWA (T.), *Children and Transitional Justice*, Human Rights Program at Harvard Law School, 2010.

Colonisation et décolonisation sont deux phénomènes historiques ayant eu cours dans l'histoire de l'Afrique en générale et de Madagascar en particulier durant six décennies. Considérées en principe comme deux situations inverses, elles ont toutes deux en commun le même résultat pour le droit international : elles traduisent un phénomène de succession d'Etats.

Historiquement, l'émancipation des territoires africains français au sud du Sahara a été réalisée sans crise grave en générale par étape progressive hormis Madagascar<sup>1</sup>. Le Royaume chrétien de Madagascar<sup>2</sup> fut en effet après la conquête française de 1895, soumis au Protectorat, puis annexé en Août 1896. Mais la colonie malgré l'écrasement de l'insurrection n'avait jamais accepté la domination française. Des mouvements nationalistes aspirant à l'indépendance du Dr. Ravoahangy et du Pasteur Ravelojaona étaient par exemple démantelés dès 1915 par des troupes françaises<sup>3</sup>. C'est une particularité du Royaume de Madagascar contrairement aux colonies au sud du Sahara.

En effet, comme le remarque certains chercheurs comme Louis Molet, la population malgache ne peut être classée ni avec les africains, ni avec les Asiatiques. Elle constitue un groupe particulier dû à la fusion prolongée des représentants de ces deux groupes auxquels d'autres apports se sont greffés, donnant ainsi aux ethnies malgaches actuelles leur physionomie spécifique. Malgré cette diversité, elles parlent toutes une seule et même langue, la langue malgache<sup>4</sup>. En plus, au-delà de l'unité linguistique, le peuple malgache formait avant la colonisation une unité culturelle très importante : « *le culte des ancêtres est universel dans la Grande île (...). Si les coutumes sont respectées au point de jouer le rôle d'un véritable code, c'est parce que ces prescriptions viennent des ancêtres* »<sup>5</sup>. Cette unité de vie spécifique à Madagascar faisait d'elle une nation entièrement à part parmi les colonies françaises. L'Etat Malgache actuel, n'est donc pas une réalisation artificielle opérée par la puissance coloniale sur un territoire donné comme ce fut le cas pour les territoires de l'AEF ou de l'AOF. Il faut donc signaler que c'est un résultat qui aurait pu exister en dehors de toute colonisation.

La vague des indépendances réalisées dans les années 1960 n'a pas simplement été le résultat d'un compromis politique, elle a laissé des conséquences juridiques majeures pour les Etats nouvellement indépendants tant du point de vue du droit international que du droit interne. En outre, force est de constater par exemple que la décolonisation n'a pas toujours donné naissance à des États au peuplement homogène. Dès lors, les minorités vivant sur les territoires de ces nouveaux États peuvent-elles à leur tour prétendre bénéficier du droit à l'autodétermination ?<sup>6</sup> Le droit international actuel n'envisage la protection des minorités que sous l'angle global des droits de l'homme. Et si la situation de Madagascar apparaissait singulière à cause de la relative homogénéité de sa population indo-africaine, il faut dire que la décolonisation avait tout de même laissé des séquelles en termes de reconnaissance de la minorité indienne de l'île. En effet s'il faut considérer la nation comme une « *communauté de destin* »<sup>7</sup>, alors la minorité nationale est la population restante extérieure à cette communauté de destin, dans le sens où les caractéristiques

propres du groupe ne sont pas prises en compte dans la constitution du lien national. « Les oubliés de la décolonisation de Madagascar », sont avant tout le résultat d'un long processus de décolonisation juridique et administrative très mitigé de l'ex-royaume merina. Une analyse des facteurs liés à cette démarche s'impose *de facto* comme préalable (I) avant d'envisager les impacts de cette décolonisation sur ces minorités et les remèdes possibles (II).

I) Le processus de la décolonisation de Madagascar  
Suivant la méthode adoptée par l'administration coloniale, Madagascar et les autres colonies au sud du Sahara ont progressivement fait l'objet du régime commun de 1956 (A) complété par la constitution de 1958 pour une indépendance effective (B).

A) Le régime d'autonomie commun de la loi cadre de 1956

Depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, la France a toujours connu des partisans de la conquête de nouveaux territoires. Puis au XIX<sup>e</sup> siècle, elle s'est aussi développée une forme de doctrine relative à la conservation de ses colonies. Il faut noter que les tentations à une hégémonie d'un éventuel empire français avec ses colonies d'outre mers n'a jamais été loin à l'époque, même si l'exploitation économique était très importante. Madagascar et les autres colonies n'échappaient pas à ce scénario.

Cependant, dans la Grande île où la terre était sacrée, son occupation n'était pas vraiment tolérée et il fut l'occasion de souligner sommairement en introduction, le fort sentiment nationaliste qui liait les malgaches tant par l'unité linguistique que culturelle. D'ailleurs dans leur lutte, les malgaches ont fondé par exemple le MDRM, le Mouvement Démocratique de la Renovation Malgache dont le succès fut foudroyant (on a parlé de 200.000 adhésions en un an)<sup>8</sup>. Ce parti avait eu pour seul objectif de demander l'indépendance de Madagascar. En Mars 1946, les députés Raseta et Ravoahangy avaient déposé sur le bureau de l'Assemblée Constituante une proposition de loi tendant à la reconnaissance de Madagascar comme un Etat « libre au sein de l'Union ».

Dans sa teneur cette proposition était déclinée comme suit « *article 1<sup>er</sup> : La loi du 6 Août 1896 est et demeure abrogée. Article 2 : Madagascar est un Etat libre, ayant son Gouvernement, son Parlement, son Armée, ses Finances, au sein de l'Union Française* »<sup>9</sup>. Cette proposition sera évidemment rejetée par la commission. Une seconde interviendra pour demander que la première proposition soit soumise au référendum à Madagascar. Elle connaîtra également le même sort que la première. Néanmoins, cette situation a constitué un effet boom-rang pour les indépendantistes du MDRM qui se voient octroyer les trois sièges destinés au collège malgache lors des élections législatives du 10 Novembre 1946. Cette situation avait commencé à rendre difficile l'administration coloniale qui voyait par ailleurs ses plantations être désertées par la main d'œuvre locale en guise de protestation<sup>10</sup>. Le système économique et administrative de la colonisation faisait l'objet d'après critiques et de contestations populaires. Au-delà de Madagascar, les événements qui suivront dans les années suivantes au sein des autres colonies<sup>11</sup>, vont être

<sup>1</sup> Henri Grimal, *La décolonisation de 1919 à nos jours*, Ed. Complexe, version originale chez Armand Colin, 1965, p. 282.

<sup>2</sup> « Dans la grande île de Madagascar, la fusion des deux peuplements venus d'Indonésie et d'Afrique avait produit un peuple relativement homogène, uni par sa langue de souche malayo-polynésienne (malgré une certaine diversité dialectale). Au XIX<sup>e</sup> siècle, le Royaume Méridional de Tananarive avait imposé par la force l'unification de presque toute l'île, que paracheva la conquête française après l'annexion de 1896. La centralisation de l'administration française avait ensuite renforcé involontairement la précoce conscience nationale malgache ». Voir Guy Pervillé, *De l'Empire Français à la décolonisation*, Ed. Hachette Supérieur, p. 188.

<sup>3</sup> Charles-Robert Ageron, *La décolonisation française*, Armand Colin, 1994, p. 66.

<sup>4</sup> Molet L., « L'origine des malgaches », *Civilisation malgache, série sciences humaines*, n°1, 1964, p.51, Cit., par Félicien MANDIMBIARISOA RABEFITSEHENO, *Colonisation, décolonisation et succession d'Etats : le cas de Madagascar : contribution à l'étude de la suprématie du droit de la Puissance dominante*, Thèse de Doctorat soutenue à l'Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, sous la direction de Jean Matringe, 2019, p. 2.

<sup>5</sup> COLIN (P.), *Aspects de l'âme malgache*, Editions de l'Orante, Paris, 1959, p.8.

<sup>6</sup> Anne-Hélène Béranger, « Décolonisation et droit des peuples selon le droit international », *Le Seuil* | « Le Genre humain » 2005/1 N° 44 | p. 143.

<sup>7</sup> H. Giordan, *Démocratie culturelle et droit à la différence*, Paris, 1982, p. 51.

<sup>8</sup> Charles-Robert Ageron, *La décolonisation française*, Armand Colin, 1994, p. 66 et suiv.

<sup>9</sup> Spacensky (Alain), *Madagascar cinquante ans de vie politique : de Ralaimongo à Tsiranana (préface M. Hubert Deschamps)*, Nouvelles Editions latines, Paris, 1970, p. 50.

<sup>10</sup> Félicien MANDIMBIARISOA RABEFITSEHENO, *Colonisation, décolonisation et succession d'Etats : le cas de Madagascar : contribution à l'étude de la suprématie du droit de la Puissance dominante*, Op., Cit., p. 123.

<sup>11</sup> Il faut rappeler à titre indicatif que la France avait aussi accusée une défaite au Vietnam qui a dynamisé le moral des autres territoires. Il devenait urgent de prévenir certains événements qui pourraient surgir en Afrique par un adoucissement de la méthode administrative.

d'une ampleur telle que la France cherchait une solution. A titre illustratif la guerre d'Algérie aura des retombées sur la politique de la France dans les territoires d'outre-mer. La loi cadre de 1956 interviendra comme une réponse au souhait d'évolution des colonies. En effet aux termes de la Constitution d'Octobre 1946, « *l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit* ». Il s'agit là d'une disposition qui mettait fin aux pratiques des décrets-lois de la III<sup>e</sup> République.

Ainsi pour pouvoir réformer les colonies, la loi n°48-1268 du 17 Août 1948 relatif au redressement économique et financier permettait par son article 6 de transférer au domaine réglementaire, certaines matières relevant de la loi. Cette disposition permettra au Gouvernement de pouvoir faire voter la loi cadre de 1956. Cette loi octroyait une certaine autonomie administrative aux territoires d'outre-mer dans la prise de certaines décisions, mais elle restreignait beaucoup la compétence des institutions d'outre-mer<sup>12</sup>. Or pour une véritable avancée vers une autonomie, il fallait que les organes institutionnels des territoires d'outre-mer (les conseils des gouvernements et autres membres portant le titre de ministres) aient une autonomie politique. Cette dimension n'étant pas inclus car le pouvoir législatif et de décision appartenait toujours à la métropole<sup>13</sup>.

Le statut de Madagascar était énoncé dans l'article 1<sup>er</sup> du décret n°57-462 du 4 Avril 1957 comme suit : « *Pour assurer la coordination et la gestion des intérêts de l'ensemble de l'île et de ses dépendances, Madagascar constitue une collectivité territoriale qui est dotée d'institutions propres, et qui comprend les provinces de Fianarantsoa, Manjunga, Tamatave, Tananarive, Tuléar et Diego-Suarez. Ces provinces constituent des collectivités publiques, chargées de la gestion et de l'administration des matières d'intérêt provincial*<sup>14</sup> ». Il y a donc une relative autonomie administrative avec cette loi cadre qui cantonne toujours les territoires à une dépendance à la métropole. La constitution de 1946, établissait par ailleurs un régime d'assimilation des indigènes à la métropole. Effectivement, il sera question « *des oubliés* » de ce régime dans le cadre de la partie II qui évoquera en détails les impacts du processus de cette décolonisation « *qualifiée de ratée*<sup>15</sup> ». Cependant, la France ne pouvait continuer à considérer une situation de domination telle qu'elle l'a eu durant les décennies précédentes la seconde guerre mondiale. La raison étant que de nouveaux facteurs internationaux en outre les mouvements nationalistes conduisaient la métropole à envisager une indépendance effective. Il convient d'indiquer la participation de ces territoires à la seconde guerre mondiale<sup>16</sup>, l'avènement des nations Unies et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>17</sup> sont des facteurs qui conduiront la métropole à l'octroi des indépendances.

## B) L'Indépendance effective de Madagascar sous la Constitution de 1958

Les événements d'Algérie ont ébranlé la quatrième République et son régime de gestion mitigé des territoires d'outre-mer. La promulgation le 4 octobre 1958 d'une nouvelle Constitution par le Président Coty va être déterminant dans la suite de la décolonisation. Par ailleurs, l'incapacité généralisée du Président Coty à faire face au conflit algérien va le conduire à faire appel au Général De Gaulle qui sera par la suite un maillon déterminant dans l'octroi des indépendances.

C'est la loi-constitutionnelle de 1958<sup>18</sup> qui établit un projet de révision avec des principes. Parmi ces principes, le cinquième est le plus important dans le cadre de la décolonisation. Il stipule en effet que « *La Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés* ». Ce cinquième principe qui est le fondement du Titre XII intitulé « *De la Communauté* », conduira à la décolonisation des territoires d'outre-mer et de Madagascar<sup>19</sup>. Néanmoins ce projet n'avait pas laissé une grande marge quant à l'accession à l'indépendance véritable des peuples colonisés si ce n'est leur donner la possibilité d'une éventuelle fédération et union avec les anciennes colonies à priori. La décolonisation se fera dans les faits par étape progressive. Le Projet de Constitution qui interviendra en 1958 consacra un régime de communauté pour pallier les insuffisances dans la gestion des territoires d'outre-mer. Le Titre II y proclame d'ailleurs un certain nombre de principes comme « *la libre détermination des peuples (...), la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique* ». La proposition d'une autonomie au sein de la communauté apparaissait également en ces termes « *La République et les peuples des territoires d'Outre-mer qui, par un acte de la libre détermination, adoptent la présente Constitution, instituent Une Communauté. La communauté est fondée sur l'égalité et la solidarité des peuples qui la composent* <sup>20</sup> ». Cette Constitution permettait ainsi aux territoires appartenant à la Communauté de s'émanciper de façon assez formelle. Toutefois, l'application de cette autonomie était assortie d'une manifestation de volonté, d'appartenir à la Communauté. Les territoires avaient dès lors la possibilité de dire « Oui » ou « Non » par référendum proposé par le Général De Gaulle.

Il faut remarquer que si un territoire votait pour un « Oui », il devenait assimilé à un département français. Il ne pouvait de ce fait avoir la reconnaissance internationale comme une entité étatique au sens westphalien du terme. Les prérogatives régaliennes en matière de défense, d'économie, de politique internationale, sont entièrement dévolues à la France, garante de la Communauté avec ses territoires. En outre, l'assimilation se ferait également au niveau de la nationalité, les indigènes deviennent ainsi les Français d'outre-mer possédant la citoyenneté même cette citoyenneté est mitigée et assez restreinte en termes de droits<sup>21</sup>. On parle même d'une « *citoyenneté de seconde zone*<sup>22</sup> ».

En application de l'ordonnance n°58-734 du 20 Août 1958, le projet fut soumis à référendum dans les territoires d'outre-mer. Il faut relever que certains se sont posé la question de savoir si finalement ce référendum s'exerçait dans le cadre de la Charte des Nations Unies, notamment l'article 1 paragraphe 2 sur l'autodétermination et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? Dans sa thèse, Félicien faisait remarquer qu'il ne s'agit aucunement de l'exercice de ce droit au sens du droit international. Ce serait tout au mieux une simple consultation dans le cadre d'un projet de Constitution interne à la Communauté Française et ses territoires d'outre-mer<sup>23</sup>. Madagascar a donné un « Oui » à la Communauté, même s'il faut noter que parmi ses six provinces, celle de Tananarive s'est prononcée pour la négative<sup>24</sup>. Ce statut conférait ainsi à Madagascar une souveraineté interne dans le cadre d'une gestion administrative relativement autonome au sein de la Communauté.

<sup>12</sup> « Dans les territoires d'outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative ». Cf. article 72 alinéa 1 de Loi-cadre n°56-619 du 23 juin 1956, Cit., par., Félicien MANDIMBIARISOA RABEFITSEHENO, Op. Cit., p. 124-125.

<sup>13</sup> L'ensemble des domaines régaliens comme la défense, la garantie des libertés, les relations extérieures, l'économie et bien d'autres étaient du domaine réservé de la Métropole.

<sup>14</sup> Félicien MANDIMBIARISOA RABEFITSEHENO, Op. Cit., p. 133.

<sup>15</sup> Référence au titre de l'article de Jean-William LAPIERRE, « REFLEXIONS SUR UNE DECOLONISATION RATEE : MADAGASCAR », Civilisations, 1992, Vol. 40, No. 2, MELANGES PIERRE SALMON : Méthodologie et politique africaines (1992), pp. 86-101.

<sup>16</sup> En 1945, les malgaches étaient envoyés à la seconde guerre mondiale, quelques 22000 soldats dont 7080 combattants. Environ 10000 militaires ne purent être rapatriés et durent rester en France contre leur gré jusqu'en 1945. Les Malgaches durant cette période se sont rendus compte que les français qu'ils croyaient invincibles depuis 1895 et 1918 avaient subis des défaites. Ils ont ainsi commencé à désacraliser les français. Voir Charles-Robert Ageron, La décolonisation française, Armand Colin, 1994, p. 66.

<sup>17</sup> Article 1 & 2 de la Charte des Nations Unies de 1945.

<sup>18</sup> Cette loi constitutionnelle du 3 Juin 1958 donnait une habilitation de manière dérogatoire au Gouvernement pour mettre en œuvre un projet de révision

constitutionnel. Normalement cette prérogative appartenait à l'Assemblée Nationale en vertu de l'Article 90 de la Constitution de 1946. Les circonstances politiques avaient vraisemblablement prévalu sur la constitutionnalité.

<sup>19</sup> Félicien MANDIMBIARISOA RABEFITSEHENO, Op. Cit., p. 143.

<sup>20</sup> La version de la Constitution originale de 1958 comportait le Titre XII intitulé « De la Communauté ». Voir Félicien MANDIMBIARISOA RABEFITSEHENO, Op. Cit., p. 144.

<sup>21</sup> « La France se trouve dans une situation particulière en ce qui concerne sa citoyenneté du fait que, parmi ses collectivités territoriales, il y a des départements et des Territoires d'outre-mer. Le problème se pose de savoir si leurs ressortissants ont tous la qualité de citoyens français. La Constitution de 1946 décidait qu'il en était ainsi. Cependant, en fait, la citoyenneté des autochtones en Algérie et dans les Territoires d'outre-mer fut, jusqu'en 1956-1958, une citoyenneté de seconde zone. Ainsi, en matière électorale le suffrage était un suffrage restreint. La Constitution de 1958 n'a pas indiqué expressément que les ressortissants des départements et Territoires d'outremer possèdent la citoyenneté française ». Voir Gonidec P.F., « Note sur la nationalité et les citoyens dans la Communauté », In : Annuaire français de droit international, volume 5, 1959, pp. 760.

<sup>22</sup> Ibid.,

<sup>23</sup> Félicien MANDIMBIARISOA RABEFITSEHENO, Op. Cit., p. 157.

<sup>24</sup> Félicien MANDIMBIARISOA RABEFITSEHENO, Ibid.,

En 1958, le Congrès adoptera la loi Constitutionnelle n°1 du 14 Octobre 1958 proclamant la « République malgache », portant organisation des pouvoirs publics provisoires et détermination des conditions de préparation et d'approbation de la Constitution de la République Malgache. Interviendra à cet effet la Constitution de 1959, qui organisa l'Etat Malgache possédant toujours une souveraineté purement interne dans la Communauté. Cependant, à peine les structures institutionnelles de ce nouveau régime furent mises en place, les partis opposés au Gouvernement et les partisans de l'indépendance totale emportèrent la victoire lors des élections de 1959. Pour conserver son pouvoir, le Président Tsiranana changea de politique et adopta la nécessité de demander une indépendance totale vis-à-vis de la France<sup>25</sup>. Comme les autres territoires en 1959, Madagascar, le Congo et la Haute Volta avaient demandé à avoir des drapeaux distincts et une représentation diplomatique.

Au niveau interne, se posera alors la question des « oubliés de la décolonisation » de Madagascar du fait des problématique d'assimilation et d'affiliation à la nationalité malgache par le législateur après l'indépendance effective. Comme souligner précédemment en introduction, ce processus de décolonisation a également transposer les pratiques de droit du colonisateur au nouveau législateur malgache.

II) Les impacts de la décolonisation et les remèdes possibles

À la suite du processus erroné de la décolonisation, il s'en suit une difficulté éprouvée de la nationalité des victimes (A). Pour remédier à ces différents problèmes, quelques pistes de solutions en termes sont plausibles (B).

A) Une difficulté éprouvée de la nationalité des victimes

La décolonisation de Madagascar a engendré un phénomène d'apatridie dans certaines communautés qui se retrouvées assimiler à des minorités. La législation interne du nouvel État malgache ayant adopté le *continuum*<sup>26</sup> dans le cadre des critères d'attribution de la nationalité, il est apparu délicat pour ces minorités d'avoir le droit à la nationalité Malgache.

Pour une rétrospective historique, il faut noter qu'en 1963, Madagascar comptait au tour de 6 millions de malgaches souches alors que les indiens étaient seulement 16000 contre 8500 chinois. Ce n'est donc pas le nombre des immigrés qui faisait peur au législateur malgache, mais leur refus de s'assimiler alors que leur poids économique était important<sup>27</sup>. Ce refus d'assimilation se traduirait également par une forte volonté d'affirmation de leurs cultures, identités et la défense de la pureté de leurs pratiques pour ainsi être mis à part dans la communauté. Selon les articles 90 et 91 du code de la nationalité de 1960, sont malgaches ceux qui sont issu(e)s de pères ou de mères d'origine malgache ou d'un seul parent d'origine malgache quel que soit leur âge et domicile ou leur résidence à la date du 26 juin 1960.

La question de l'origine malgache sera expliquée dans un circulaire du 9 Septembre 1960. Selon ce circulaire, « *l'originaire de Madagascar n'est pas celui qui est né à Madagascar, mais celui qui est de souche malgache. C'est donc le fait d'avoir le même sang, de faire partie du jus sanguinis de la communauté malgache qui caractérise les originaires*<sup>28</sup> ». Pour être malgache il suffira de démontrer de la possession originaire détenue généralement par l'Etat malgache. Cette dernière s'évaluerait sur la base des critères de noms, le traitement par l'entourage, et la réputation aux yeux de la communauté<sup>29</sup>. Et c'est cette situation qui a créé des apatrides dans la grande île.

L'apatridie désigne la situation d'une personne qu'aucun État ne reconnaît comme son ressortissant par application de sa législation<sup>30</sup>. En clair, l'apatride est une personne qui

n'a pas de patrie, pas de nationalité<sup>31</sup>, qui n'est le citoyen d'aucun État. Le droit à la nationalité est un droit universel, qui est reconnu à chaque individu. Comme le précise très clairement l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 que chaque individu a droit à une nationalité. La nationalité est le lien juridique qui existe entre un individu et un État et le droit de jouir de la protection que ce lien juridique lui confère<sup>32</sup>. Relativement à la situation kafkaïenne des peuple indonésiens, l'apatridie est une violation d'un droit fondamental<sup>33</sup>. Selon un célèbre auteur qui a connu cette situation d'apatridie, « *Perdre sa nationalité, c'est disparaître du monde, c'est comme retourner à l'état d'homme des cavernes ou de sauvage...on peut disparaître ou mourir sans laisser de trace* »<sup>34</sup>. Il en est de même dans l'affaire *Modize vs Botswana*, la Commission africaine des droits de l'homme a estimé que le refus de la nationalité qui a entraîné l'apatridie du demandeur équivaut à une violation de plusieurs de ses droits fondamentaux, notamment le droit à la protection par la loi, le respect de la dignité, la liberté de circulation, le droit de partir et de revenir dans son propre pays, le droit de participer à son gouvernement, le droit d'accéder aux services publics, le droit de propriété et le droit à une vie de famille<sup>35</sup>.

A Madagascar, plusieurs phénomènes caractérisent l'existence galopante de l'apatridie des oubliés de la décolonisation. On peut illustrer cet état de fait d'une part, par la mauvaise volonté de l'Etat de donner la nationalité et sa dénonciation à la convention de New York de 1954. Et d'autre part, sa non-participation à la convention de Genève sur la réduction du cas d'apatridie de 1961. Au demeurant, les ressortissants malgaches ne bénéficient donc pas des droits de citoyens, ni des droits consignés dans la convention de New York. Ils disposent alors d'un statut hors apatride. Selon l'organisation internationale pour les migrants, « *les personnes appelées communément oubliées de la décolonisation ne sont pas couvertes par le statut d'apatridie* » car depuis 1967, Madagascar a dénoncé la convention de New York de 1954 et n'est pas partie à la convention de Genève sur l'éradication des cas d'apatridie de 1961. Il faut capitaliser en somme que les droits fondamentaux de ces personnes ont été enfreints alors que la déclaration universelle des droits de l'homme en son article 15 prévoit le droit à la nationalité et ses articles 1 et 2, l'égalité entre les hommes en disposant : « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits...* »

Il apparaît que le droit à la nationalité est une condition sine qua non d'exercice des autres droits dans un pays. A cet égard, une personne sans nationalité est non seulement dépourvue de son identité mais également privée du statut juridique qui lui donne droit d'exercer certains droits indispensables à sa survie et d'être protégée par son Etat<sup>36</sup>. Le peuple indonésien à Madagascar constitue une minorité vis à vis de la population malgache. Depuis la signature de la convention de Vienne de 1815 au lendemain des guerres Napoléoniennes, la question des minorités a fait effraction dans le monde. Pour le professeur Jean Salmon, une minorité est un groupe de personne en position non dominante, ressortissant d'un Etat au sein duquel elle se distingue de la majorité de la population par des caractéristiques propres qu'elle entend préserver en tant que communauté<sup>37</sup>.

En conséquence de la mauvaise décolonisation, des communautés indiennes se retrouvent marginalisées par des acteurs politiques malgaches. N'étant pas soucieux du fait que ces communautés soient sans nationalités, le pouvoir politique ne mène aucune diligence efficace à leur endroit. Mais de quelle catégorie de minorité faut-il assimiler le cas malgache ? Il s'agit d'une minorité ethnique au sens de Koter Marek<sup>38</sup>. Pour ce célèbre auteur, une minorité ethnique est un groupe social disposant d'une

<sup>25</sup> Félicien MANDIMBIARISOA RABEFITSEHENO, *Ibid.*, 171-172.

<sup>26</sup> En effet le critère du jus sanguinis fut adopté par le colon français à l'époque déjà. Le législateur Malgache a estimé qu'il devrait continuer à maintenir le même critère pour protéger les « malgaches de souches ».

<sup>27</sup> Félicien, *Ibid.*, p. 316.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Article 1 de la Convention internationale relative au statut des apatrides, signée à New York le 28 septembre 1954.

<sup>31</sup> Voir SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 69.

<sup>32</sup> Voir SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international*, op.cit, pp. 723-724

<sup>33</sup> Valérie SOMA/KABORE « Les causes et conséquences de l'apatridie », Revue CAMES/SJP, n°001/2016.

<sup>34</sup> Hannah Arendt dans Les Origines du Totalitarisme, cité dans UNHCR et UIP, Nationalité et apatridie, Un guide pour les parlementaires, n° 22, Genève, UNHCR et UIP, 2014, p. 6

<sup>35</sup> John K. Modize v. Botswana, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Comm. No. 97/93(2000).

<sup>36</sup> Valérie SOMA/KABORE « Les causes et conséquences de l'apatridie », Revue CAMES/SJP, n°001/2016.

<sup>37</sup> Jean SALMON, Dictionnaire de droit international public, édition BRUYANT / AUF, P708.

<sup>38</sup> Marek KOTER, « classification géographique des minorités ethniques », *In espace, population, société*, 1994-3. Les minorités en Europe, pp. 288-297

langue ou d'un dialecte différent, d'un sens de la solidarité parmi ses membres, d'une culture différente. C'est le cas des Frisçons en Allemagne, les Rohingyas en Chine ou en Birmanie, les Peuhles au Bénin, au Togo, au Niger, au Sénégal, au Tchad, des Tartares en Pologne, des Touaregs au Mali et des Pygmées au Congo. Être en minorité implique une position de second rang tant au niveau social que légal<sup>39</sup>. Les ressortissants indonésiens sont en second rang par rapport aux nationaux malgaches.

À l'instar des conceptions onusiennes des minorités, le Conseil de l'Europe identifie les minorités comme un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État dont les membres qui ont la nationalité de cet État possèdent des caractéristiques ethniques différentes du reste de la population. En l'espèce les victimes se retrouvent dans une situation délicate. Elles sont moins que des apatrides et encore constituent des minorités sans nationalité.

Il est constaté de ce fait que les articles 55 et 56 de la charte des nations unies de 1945 qui prônent la non-discrimination sont violés. Non seulement l'article 2 de la DUDH est violé, mais aussi la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination au vu de son article 4 est marginalisé dans le contexte actuel. L'article 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 interdit également toutes les formes de discrimination y compris à l'égard des minorités. Ces différentes formes de violation des droits de l'homme sont sources de conflits, de tensions et d'instabilités politiques. C'est ce que dénonce à juste titre les États du Conseil de l'Europe dans la mesure où ces sources de conflits sont une menace pour la démocratie.

La situation des oubliés au Madagascar est affreuse. Ils n'ont pas de patrie et aucune protection diplomatique ou consulaire ne leur est garantie. Le droit international reconnaît aux États la possibilité de protéger leurs ressortissants, victimes de violations de leurs droits dans un pays hôte. La cour permanente de justice internationale insistait fortement que l'État en agissant au nom de son ressortissant « *fais valoir son droit propre à ce que son ressortissant (...) qui aurait été traité par les autorités Étrangères d'une manière contraire à certaines obligations internationales, dont le respect s'imposait, obtienne de ce chef une indemnité*<sup>40</sup> ». La République n'a pas pris en considération leur demande de nationalité ou la République a boudé leur demande car selon le Ministre de la justice malgache de l'époque dans un communiqué, « *les demandes de naturalisation émanant des personnes de nationalité indéterminée formulées sur le critère de résidence ou de naissance au Madagascar ne peuvent aboutir* ».

Cela montre que les peuples indonésiens au Madagascar sont dans une situation de non droit. Ils n'ont *de facto* aucune porte de sortie et ils peuvent être exposés à toute violation sans qu'aucun État ne vienne à leurs secours. Ils ne peuvent pas aussi bénéficier de la nationalité Française par naturalisation à cause du délai de prescription du décret de naturalisation imposé par la République Française. D'après l'article 21-16 du code civil français « *nul ne peut être naturalisé s'il n'a en France sa résidence au moment de la signature du décret de naturalisation* ». De cette disposition du code civil qui fonde la naturalisation sur les critères de résidence, aucune garantie n'est accordée à ces personnes à cause d'une difficulté de résidence en France. Toutefois des solutions juridiques sont envisagées bien qu'elles soient mitigées voire insuffisantes pour remédier à la situation.

## B) Les pistes juridiques mitigées

Les oubliés au Madagascar sont apatrides de fait. Face aux effets dévastateurs et potentiellement dangereux de ce fléau, il est plus impérieux de proposer et de mettre en œuvre des mesures idoines afin de sortir ces victimes de cette impasse. Les personnes oubliées au Madagascar font la demande de naturalisation à la France compte tenu des raisons historiques. La France a colonisé le Madagascar, elle a une responsabilité de fait dans cette situation. La convention de New York de 1954 sur le statut des apatrides, prône la protection des personnes dont aucun État ne reconnaît comme ressortissant.

L'ancien code de la nationalité malgache du 22 juillet 1960 prévoit une preuve de l'assimilation malgache dans la condition d'obtention de la nationalité. La femme ne pouvait pas faire bénéficier de sa nationalité à ses enfants et à plus forte raison à son mari. C'est le cas de la Dame Olivia Rajerison qui est d'origine malgache mais mariée à un citoyen français. Ses enfants ne pouvaient pas avoir la nationalité malgache sous le régime de l'ancien code. Grâce au récent amendement du nouveau code portant modification de l'ancien code et qui prévoit l'égalité entre l'homme et la femme en son article 9 « *Est malagasy l'enfant né d'un père et/ou d'une mère malagasy*<sup>41</sup> », les enfants de la Dame OLIVIA ont pu avoir la nationalité malgache. Cette modification a pu apporter un encadrement juridique aux apatrides. Grâce à cette réforme portant modification du code de nationalité Malgache, certains apatrides ont pu bénéficier de la nationalité. « *La réforme du code de la nationalité est une étape importante et encourageante sur la voie de la réduction des cas d'apatridie à Madagascar*<sup>42</sup> ».

Le HCR préconise l'ajout de nouveaux amendements au code de la nationalité sur les normes internationales qui contribuent à prévenir et réduire l'apatridie<sup>43</sup>. Par ailleurs, la réforme du code de la famille par une loi organique n°2016-38 du 15 décembre 2016, n'a pas apporté une modification majeure si ce n'est une recherche de conformité avec la déclaration universelle des droits de l'homme en éliminant toutes formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>44</sup>. Le code reste cependant timide sur les aspects relatifs à la prise en considération des oubliés de la décolonisation, notamment les immigrés.

En 2016, l'association des oubliées de la décolonisation de Madagascar a porté à l'attention des députés français la situation de ces personnes. La question fera l'objet d'un débat à l'Assemblée Nationale sur le projet de loi « égalité et citoyenneté<sup>45</sup> ». Cependant le rejet du projet de loi relatif aux dérogations formulées au nom des oubliés à Madagascar, a amené les autorités françaises à étudier au cas par cas la situation de ces personnes. En 2017, l'analyse de la situation a conduit à identifier 162 personnes susceptibles d'accéder à la nationalité française compte tenu de leur lien avec la France. Les demandes déposées ont été en grande partie instruites et 117 personnes ont été ainsi naturalisées à la fin du mois de février 2017. On souligne donc qu'il y a eu une avancée sur le sujet en France mais la situation interpelle les deux États concernés à cause des liens historiques qui lient le peuple indonésien à Madagascar et à la France.

En conclusion, il apparaît que le jus sanguinis consacre une nation malgache mais méconnaît la valeur ajoutée de la diversité. Cela va à l'encontre du développement et de l'esprit d'ouverture que les États souhaitent manifester au niveau international. L'adage selon lequel « l'hospitalité du malgache et la fierté qu'il éprouve qu'on se plaise sur son sol et qu'on s'y fixe<sup>46</sup> » est en contradiction avec ce qui se fait sur le territoire malgache aujourd'hui.

<sup>39</sup> *Ibid.*, P 289

<sup>40</sup> Affaire Concessions Mavrommatis en Palestine, Cpij, Arrêt du 30 août 1924, série A n°2, p 12.

<sup>41</sup> Loi n° 2016 - 038 modifiant et complétant certaines dispositions de l'Ordonnance n° 60-064 du 22 juillet 1960 portant Code de la nationalité malagasy.

<sup>42</sup> Constate Melanie Khanna, responsable au HCR de la section apatridie à Genève en 2017

<sup>43</sup> Section apatridie à Genève en 2017

<sup>44</sup> Article 9 du code de la famille consacrant « Est malagasy l'enfant né d'un père et/ou d'une mère malgache ».

Art. 11 « est malagasy l'enfant né à Madagascar de parents inconnu dont on peut présumer que l'un au moins est malagasy ».

Art. 52 « La déchéance ne s'étend pas aux enfants et au conjoint de l'individu déchu ».

<sup>45</sup> LOI n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

<sup>46</sup> Félicien, Op. cit., 321.

“For the first time in history we are contemplating the disappearance of a state without the possibility of a successor.” – Philip Muller, Représentant permanent des Îles Marshall auprès des Nations unies en 2011<sup>1</sup>. Les changements climatiques provoquent effectivement des situations inédites, en menaçant l’existence de certains États et, de ce fait, la survie de leurs habitants en tant que peuple. En effet, les conséquences des changements climatiques ne sont plus seulement des dangers lointains et incertains pour de nombreux petits États insulaires en développement. Les rapports scientifiques alarment régulièrement sur le fait que certaines de ces îles, à l’image de Tuvalu, des Kiribati, des îles Marshall ou encore des Maldives, sont vouées à disparaître prochainement. L’élévation du niveau de la mer érodant d’année en année les territoires côtiers, des cyclones frappant toujours plus fréquemment et violemment, la contamination des ressources en eau par l’infiltration de l’eau salé dans les nappes phréatiques sont autant d’événements, non exhaustifs, rendant l’habitabilité de certaines terres de plus en plus complexe.

Les changements climatiques correspondent aux « changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l’atmosphère mondiale et qui viennent s’ajouter à la variabilité naturelle du climat observée au cours de périodes comparables »<sup>2</sup>. L’augmentation du niveau de la mer, communément décrite comme un « phénomène à évolution lente », en opposition avec les catastrophes soudaines telles que les cyclones, les tempêtes ou encore les inondations, en est une conséquence. Bien que l’on puisse relever une différence entre ces deux types de catastrophes, elles se combinent et interagissent entre elles. Les catastrophes à évolution lente provoquent notamment une augmentation de la fréquence et de l’intensité des phénomènes météorologiques extrêmes. Ainsi, l’augmentation du niveau de la mer de 20 centimètres entraîne par exemple une intensification des tempêtes et donc des inondations<sup>3</sup>.

Les changements climatiques représentent un problème éminemment global, transcendant toutes les frontières. Pour autant, leurs impacts se feront et se font déjà ressentir de manière disparate selon les aires géographiques et les populations. Les petits États insulaires sont souvent présentés comme cas d’école des bouleversements que vont provoquer, et que provoquent déjà, les dérèglements climatiques. Du fait de leur très faible altitude et de l’augmentation constante du niveau de la mer, ces territoires font partie des plus vulnérables face aux effets du changement climatique.

Cette démonstration adopte une approche sensiblement différente du prisme généralement utilisé pour analyser la protection des victimes du changement climatique. Alors que la majorité de la doctrine se consacre à la détermination des droits humains ou du droit d’asile applicables aux migrants climatiques, adoptant alors une approche essentiellement individualiste, cette étude se focalise sur les possibilités pour ces populations insulaires menacées de subsister en tant que peuple. Nous entendons ici la notion de *peuple* comme la population d’un État. Ce prisme nous invite ainsi à questionner la possibilité de garantir des droits collectifs, c’est-à-dire qui ne concernent plus directement l’individu mais qui visent à préserver

l’intégrité de la population dans son ensemble<sup>4</sup>, à un peuple dont le lien avec l’État d’origine est mis en péril. En effet, le lien avec l’État qui leur permet de vivre en tant que peuple ne peut subsister seulement si l’État lui-même survit. Or, pour être reconnu en tant qu’État en droit international public, une entité doit réunir les éléments constitutifs suivants : une population permanente, un territoire déterminé, un gouvernement, et la capacité d’entrer en relations avec les autres États<sup>5</sup>. L’existence d’un territoire est donc une condition *sine qua non* pour qu’une collectivité puisse être reconnue comme étant un État et, c’est sur cette étendue que l’État exerce sa compétence souveraine territoriale. Par ailleurs, les espaces maritimes et aériens composant le territoire étatique sont déterminés en fonction de l’espace terrestre<sup>6</sup>. Ainsi, si les terres d’un État sont entièrement submergées par la mer, alors la collectivité ne pourra plus répondre aux critères constitutifs de l’État. Par conséquent, il est impératif d’anticiper la submersion totale, ou quasi-totale, de ces pays insulaires et donc la disparition d’un élément constitutif de l’État, afin de prévoir des outils permettant de protéger les droits collectifs des populations y vivant.

Ainsi, cette étude s’efforcera d’analyser si l’arsenal conceptuel du droit international public peut permettre de garantir des droits collectifs aux peuples en péril du fait de la montée des eaux. Pour se faire, il est d’abord nécessaire d’étudier la mesure dans laquelle il serait possible pour l’État insulaire menacé par la montée des eaux de subsister (I), pour ensuite se pencher sur l’hypothèse de la disparition totale de l’État insulaire et la question de l’avenir de ces peuples en péril (II).

- I. Hypothèse de la subsistance de l’État : la solution première pour la garantie des droits collectifs de ces peuples

Pour que l’État insulaire menacé survive aux effets des changements climatiques, la première des solutions est de déployer des moyens techniques pour renforcer la résilience des populations et des territoires (A). Toutefois, il paraît peu probable que l’on puisse définitivement éviter la disparition de certaines îles. Il est alors nécessaire de se questionner sur la possibilité qu’un État se perpétue en dehors de son territoire d’origine, par l’utilisation du principe du droit à l’autodétermination (B).

- A. Les mesures d’adaptation à court terme pour le maintien in situ des peuples insulaires

La solution la plus évidente pour permettre aux peuples insulaires en péril de continuer à jouir de droits collectifs est de leur donner les moyens techniques et financiers pour faire face aux risques et aux conséquences liés à la montée du niveau de la mer. A court terme, ce n’est que par des mesures proactives renforçant la résilience de ces États que l’on peut leur permettre de rester sur place le plus longtemps possible. Le Bureau des Nations Unies pour la Réduction des Risques de Catastrophes (UNISDR) a défini une catastrophe naturelle comme étant une « *serious disruption of the functioning of a community or a society at any scale due to hazardous events interacting with conditions of exposure, vulnerability and capacity [...]* »<sup>7</sup>. Ainsi, l’impact d’une catastrophe, qu’elle soit soudaine ou lente, dépendra des moyens que la population qui l’a subie avait pour s’en protéger. Loin d’être une fatalité, les effets

<sup>1</sup> “For Island Nations Threatened by Climate Change, Conference Outlines Their Legal Remedies”, 23 mai 2011, site de Columbia Law School, disponible à l’URL : <https://www.law.columbia.edu/news/archive/island-nations-threatened-climate-change-conference-outlines-their-legal-remedies>.

<sup>2</sup> Convention-cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques (CCNUCC), Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 1771, p. 107, New York, 9 mai 1992, art. 1.

<sup>3</sup> J. MC ADAM, M. LIMON, “Human Rights, Climate Change and cross-border displacement: the role of the international human rights community in contributing to effective and just solutions”, Policy Report, Universal Rights Group, 2015, p.13.

<sup>4</sup> La notion de droits collectifs a été introduite par la Convention africaine des droits de l’homme et des peuples en relation avec le droit des peuples à disposer de leurs richesses naturelles, le droit au développement, à la paix et sécurité ou encore au droit à un

environnement satisfaisant (Charte de Banjul des droits de l’homme et des peuples du 27.06.1981, art. 20-24). Pour autant, ce concept de « droits collectifs », renvoyant aux droits dits de « troisième génération », fait encore l’objet de débats quant à sa définition, son contenu et sa portée juridique. Il est certain que ces droits sont emprunts d’un aspect collectif, en opposition avec la vision individuelle traditionnelle des droits humains.

<sup>5</sup> Convention concernant les droits et devoirs des États, adoptée par la septième Conférence internationale américaine. Signée à Montevideo, Société des Nations-Unies, Rec. des Traités n°3800 (1936), 26 décembre 1933, article 1<sup>er</sup>.

<sup>6</sup> T. FLEURY GRAFF, « Territoire et droit international », *Civitas Europa*, n°35, 2015, pp.41-53.

<sup>7</sup> Terminologie, site de l’UNDRR, disponible à l’URL : <https://www.undrr.org/terminology/disaster>.



du changement climatique peuvent alors être positivement influencés par l'action des États, par le biais de mesures d'adaptation<sup>8</sup>. Celles-ci recouvrent une panoplie de mesures, allant de la construction d'infrastructures, comme des digues, des surélévations ou encore des barrages, jusqu'à la relocalisation anticipée de certaines parties de la population. Néanmoins, il est nécessaire de préciser que la relocalisation, même anticipée, peut faire peser « *une menace existentielle sur la jouissance de leurs droits et leur existence en tant que peuples* »<sup>9</sup>. En effet, cela signifie, pour le peuple, la perte d'une partie de son identité, de son attachement à son territoire, de sa culture et de ses ressources traditionnelles. Il s'agit d'une solution de dernier recours, comme l'a exprimé l'ancien premier ministre du Tuvalu, Afelee Pita : « *le Tuvalu est une nation qui possède une langue et une culture unique. La réinstallation détruirait le tissu même de notre nation et de notre culture. C'est la dernière option à laquelle nous voulons être confronté* »<sup>10</sup>.

Les États, notamment à travers les accords internationaux relatifs à la protection de l'environnement, ont régulièrement approuvé la nécessité absolue de mettre en place de telles mesures<sup>11</sup>. Les gouvernements de ces États insulaires en danger ont la responsabilité première d'adopter et de mettre en œuvre de telles mesures sur leurs propres territoires. Néanmoins, il est évident que les moyens dont disposent ces petits États insulaires en développement ne leur permettent pas de mettre en place des mesures d'adaptation d'envergure, principalement en raison des difficultés économiques qu'ils connaissent. C'est pourquoi, en raison de l'enjeu planétaire que constitue le changement climatique, un principe s'est imposé en droit international de l'environnement : le principe de solidarité et de coopération. Dès 1972, dans la Déclaration de Stockholm sur l'environnement, a été affirmé le fait que « *les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits sur un pied d'égalité* »<sup>12</sup>. Bien que la jurisprudence n'ait admis le caractère coutumier de cette obligation de coopération qu'en ce qui concerne la prévention de la pollution du milieu marin<sup>13</sup>, une grande partie de la doctrine considère que l'obligation coutumière dépasse ce seul champ d'application<sup>14</sup>. Ainsi, tous les États, qu'ils soient directement et immédiatement menacés ou non, se doivent d'agir, au nom de la solidarité internationale, pour permettre aux peuples insulaires de rester sur leurs terres d'origine.

Bien que tous les États soient liés par ce principe de coopération, il est indéniable que certains ont une responsabilité plus grande dans l'ampleur du changement climatique. Cette responsabilité des États industrialisés a été matérialisée en droit international de l'environnement par le principe de responsabilité commune mais différenciée. Cette notion, devant guider l'investissement des États dans la lutte contre la dégradation de l'environnement et le changement climatique, a été définie dès 1992, lors de la Conférence de Rio sur l'environnement. Ainsi, il a été explicitement déclaré que « *les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent* »<sup>15</sup>. Les États industrialisés les plus à risque ont concrètement les moyens financiers et techniques pour faire face aux

conséquences des changements climatiques. À titre d'exemple, les Pays-Bas investissent énormément dans les mesures d'adaptation à la montée des eaux, en construisant des digues, des maisons flottantes ou des remblais<sup>16</sup>. Il est alors évident qu'il faudrait insister sur la nécessité des transferts de technologies, en plus du soutien financier, pour permettre aux États insulaires à risque d'augmenter leur capacité de résilience et ainsi éviter au maximum les relocalisations de zones qui seront inévitablement inhabitables si la communauté internationale n'agit pas très rapidement.

Si l'ensemble des États, et plus particulièrement les États développés, investissent davantage dans des mesures d'adaptation pour renforcer la résilience des territoires et peuples insulaires, il serait alors possible d'espérer que ces derniers puissent rester plus longtemps sur leurs terres d'origine. Cependant, les effets dévastateurs du changement climatique sont déjà une réalité omniprésente pour ces petites îles. Il paraît ainsi peu probable de pouvoir totalement inverser la tendance et éviter, qu'à terme, ces territoires ne deviennent inhabitables. Les mesures d'adaptation pour permettre de rester *in situ* sont donc limitées, ce qui nous amène à examiner la possibilité que l'État submergé par les eaux puisse continuer d'exister en dehors de son territoire d'origine.

## B. La survivance de l'État ex situ : l'élargissement du droit à l'autodétermination

Le droit à l'autodétermination constitue un biais intéressant à étudier dans ce cas. En effet, ce principe fondamental en droit international contemporain reconnaît à « tous les peuples » le droit de disposer d'eux-mêmes. Ce droit, reconnu dès 1945 dans les buts de l'Organisation des Nations unies tels qu'inscrits dans sa Charte constitutive<sup>17</sup>, voit sa portée être précisée par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ainsi, « *en vertu de ce droit, [les peuples] déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel* »<sup>18</sup>. Depuis, ce principe s'est imposé comme une norme *erga omnes*<sup>19</sup>, signifiant ainsi qu'elle incombe à tous les États, et que ceux-ci sont tous considérés comme « *ayant un intérêt juridique à leur respect* »<sup>20</sup>. Le contenu du droit des peuples à l'autodétermination se décline de deux manières : d'une part, un droit à l'autodétermination interne et, d'autre part, un droit à l'autodétermination externe. Il convient alors d'analyser la signification de ce droit collectif et de vérifier son application, ou non, dans le cas des îles menacées par la montée des eaux. En effet, l'application d'un tel droit, si elle est possible, permettrait à l'État de subsister après la disparition de son territoire et de garantir aux populations concernées des droits collectifs en tant que peuple.

Le droit à l'autodétermination interne a été décrit, de manière large, par Pufendorf comme « *le droit pour un peuple de décider de sa propre destinée* »<sup>21</sup>. Plus précisément, le droit des peuples à l'autodétermination interne renvoie au droit des citoyens d'un même État à se gouverner eux-mêmes, c'est-à-dire de déterminer leur statut politique et de poursuivre leur développement économique, social et culturel<sup>22</sup>. S'agissant d'une autodétermination « interne », son champ d'application est l'État<sup>23</sup>. Ainsi, il s'agit d'un droit devant être garanti par l'État du territoire sur lequel le peuple en question se situe.

<sup>8</sup> Les mesures d'adaptation sont définies comme « mesures servant à renforcer l'aptitude des sociétés à faire face aux risques et aux conséquences liées aux changements climatiques » - Glossaire du GIEC.

<sup>9</sup> Rapport du HCDH, Les effets à l'évolution lente du changement climatique et la protection des droits humains des migrants transfrontaliers, A/HRC/37/CRP.4, 22 mars 2018, §19.

<sup>10</sup> A. PITA, « Une Menace Pour Les Droits De L'homme : Le Point De Vue Du Tuvalu Sur Le Changement Climatique », Chronique ONU, Site des Nations-Unies, disponible à l'URL : <https://www.un.org/fr/chronicle/article/une-menace-pour-les-droits-de-l'homme-le-point-de-vue-du-tuvalu-sur-le-changement-climatique>.

<sup>11</sup> Par exemple, l'Accord de Paris exprime son objectif de « renforcer les capacités d'adaptation aux effets néfastes des changements climatiques et en promouvant la résilience à ces changements » - Accord de Paris, Paris, 12 décembre 2015, CCNUCC.Art. 2§1(b).

<sup>12</sup> Déclaration de la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement, Stockholm, Doc.A/CONF.48/14/Rev, juin 1972, Principe 24.

<sup>13</sup> TJDM, ord. 3 déc. 2001, affaire de l'Usine Mox, § 82.

<sup>14</sup> L. BOISSON DE CHAZOURNES, S. MALJEAN-DUBOIS, « Principes du droit international de l'environnement », Jurisclasseur Environnement et Développement Durable, 2011, p. 8.

<sup>15</sup> Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Rio de Janeiro, 9 mai 1992, Recueil des traités, vol.1771, Principe 7.

<sup>16</sup> KK RIGAUD, A. DE SCHERBININ, B. JONES, J. BERGMANN, V. CLEMENT, K. OBER, J. SCHEWE, S. ADAMO, B. MCCUSKER, S. HEUSER, A. MIDDLEY, « Groundswell : Se préparer aux migrations climatiques », Rapport de la Banque Mondiale, Washington DC, 2018.

<sup>17</sup> Charte des Nations Unies, San Francisco, 26 juin 1945, Article 1(2).

<sup>18</sup> Articles 1<sup>er</sup> commun aux PIDESC et PIDCP, 1966.

<sup>19</sup> CIJ, Timor Oriental (Portugal c. Australie), CIJ Recueil, 1995, §29.

<sup>20</sup> CIJ, Barcelona Traction Light and Power Company Limited (deuxième phase), CIJ Recueil, 1970, p. 32, § 34-3 : 5.

<sup>21</sup> J.-B. MERLIN, « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Contribution à l'étude de l'émergence d'une norme en droit international coutumier », Thèse en droit public. Université Paris X, 2015, p.45.

<sup>22</sup> A. DE MESNARD, « Déplacements environnementaux et peuples autochtones : repenser la responsabilité des États et de la communauté internationale », Thèse de doctorat en Droit, sous la Direction de Philippe Billet, soutenue le 1<sup>er</sup> juillet 2019 à Lyon, p. 459.

<sup>23</sup> X. BASTIDA FREIXEDO, « Le droit à l'autodétermination comme droit moral », *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine*, 17, 2016, p. 28.

Dans l'hypothèse de l'immersion totale d'un Etat insulaire, si l'Etat disparaît, celui-ci ne pourra plus être le garant de l'autodétermination interne son peuple.

Le droit des peuples à l'autodétermination externe, quant à lui, renvoie au droit des peuples à l'indépendance. Il permet avant tout de garantir l'exercice du droit à l'autodétermination interne. Ce droit collectif à l'autodétermination externe est néanmoins circonscrit à certaines catégories spécifiques de peuples : les peuples soumis à la colonisation, à l'apartheid ou encore à l'occupation étrangère<sup>24</sup>. Certains auteurs mettent en lumière l'inadaptation de la conception fixe et restreinte du droit à l'autodétermination externe, qui empêche « *an accurate representation of the threats that exist to the enjoyment of the right to self-determination* »<sup>25</sup>. Susannah Willcox défend par exemple l'idée que le droit à l'autodétermination externe devrait être élargi aux nouveaux enjeux contemporains externes menaçant l'autonomie et l'indépendance de certains Etats<sup>26</sup>. L'élévation du niveau de la mer constitue inexorablement un danger extérieur menaçant gravement la souveraineté territoriale des Etats concernés, leur autonomie politique ainsi que leur identité culturelle<sup>27</sup>. Une partie de la doctrine plaide en ce sens pour l'ouverture du droit à l'autodétermination externe aux peuples des Etats insulaires menacés par la montée des eaux. En effet, la reconnaissance de ce droit aux peuples insulaires en péril constituerait un moyen déterminant pour garantir la survivance de l'Etat face à cette menace extérieure grave.

Cependant, en pratique, plusieurs obstacles se dressent contre la mise en œuvre d'une telle hypothèse. Selon la Déclaration de l'AGNU de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, le droit à l'autodétermination externe peut s'exercer de trois manières : soit par « la création d'un Etat souverain et indépendant », soit « la libre association ou l'intégration avec un Etat indépendant », soit « l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple »<sup>28</sup>. Si ce droit est reconnu aux peuples insulaires menacés par l'augmentation du niveau de la mer, alors, dans le cas de la première hypothèse - c'est-à-dire, le maintien d'un Etat souverain, - les Etats insulaires voués à disparaître seraient dans l'obligation de relocaliser l'Etat et sa population sur un autre territoire. Cela suppose donc un accord de cession de territoire entre l'Etat insulaire menacé de disparition et un Etat tiers, afin de relocaliser le peuple en péril. En théorie, cette hypothèse est réalisable et est déjà arrivée dans le passé. Nous pouvons citer des exemples historiques, à l'image de la Louisiane cédée par la France aux Etats-Unis en 1803<sup>29</sup> ou la cession de l'Alaska par la Russie aux Etats-Unis en 1867<sup>30</sup>. Mais, toute cession d'une partie de son territoire implique pour un Etat la perte d'une partie de sa souveraineté et de son intégrité territoriale. Pour reprendre les mots d'André Moine, cela pourrait presque être considéré comme « *contre nature* »<sup>31</sup>.

Malgré ces obstacles, cette solution reste tout de même envisagée par plusieurs Etats insulaires du Pacifique. L'un des événements les plus notables à cette fin est l'achat par les autorités kiribatiennes d'environ 23km<sup>2</sup> de terres aux îles Fidji<sup>32</sup>. D'une manière similaire, elles discutent avec des entreprises japonaises sur la possibilité d'acheter des îles artificielles afin de garantir la sécurité alimentaire et de relocaliser à l'avenir la population du pays<sup>33</sup>. Toujours est-il que cette solution se heurte au concept de souveraineté, principe cardinal en droit international, rendant incertaine la subsistance à long terme de l'Etat insulaire menacé. Dès lors, il convient de réfléchir à d'autres moyens pouvant être mobilisés en droit international public afin de garantir

l'exercice de droits collectifs aux peuples des Etats insulaires menacés par la montée des eaux, sans que l'Etat d'origine ne subsiste.

## II. Hypothèse de la disparition totale de l'Etat : l'utilisation des droits des peuples autochtones

Dans l'hypothèse où l'appareil étatique de l'Etat insulaire ne subsiste pas à la suite de la perte de son territoire, la garantie de droits collectifs au peuple en péril pourrait passer par sa relocalisation collective dans un Etat tiers. Dans ce cas, le peuple dans son ensemble serait intégré au sein de l'Etat d'accueil et ce dernier deviendrait alors le garant du respect des nouveaux droits reconnus à cette communauté relocalisée. Ainsi, pour vérifier cette hypothèse, il convient de se questionner quant à la possibilité d'un statut particulier pouvant garantir l'exercice de droits collectifs à ces peuples relocalisés.

En l'état actuel du droit international public, les peuples autochtones possèdent le statut le plus intéressant pour cette étude en termes de droits collectifs. Dans l'hypothèse de la disparition totale de l'Etat insulaire d'origine et de l'intégration du peuple relocalisé dans la population de l'Etat d'accueil, il est intéressant de questionner la transposabilité du droit des peuples autochtones aux peuples insulaires relocalisés (A). Cette solution permettrait notamment à ces derniers de jouir d'un droit d'autodétermination interne (B).

### A. Evaluation de la transposabilité du droit des peuples autochtones aux peuples insulaires relocalisés

Avant de vérifier si les peuples insulaires relocalisés pourraient prétendre aux droits des peuples autochtones, il convient dans un premier temps de se pencher sur la définition de ces peuples au statut bien particulier. Ce n'est que le 13 septembre 2007 que la catégorie légale de « peuples autochtones » fut consacrée par l'adoption, par l'AGNU, de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones<sup>34</sup>.

Bien qu'aucune définition ne soit universellement reconnue, certains critères sont communément admis pour définir les peuples autochtones. En effet, les individus appartenant à un même peuple autochtone partagent avant tout un sentiment d'appartenance ethnique. Il s'agit d'un des critères les plus importants, mais n'est, à lui-seul, pas suffisant pour définir un peuple autochtone. D'autres éléments importants complètent cette définition, à savoir : la situation de continuité historique avec les sociétés précoloniales ou antérieures aux invasions sur leur territoire ; la différence avec le reste de la population ; l'absence de domination et la détermination à préserver, développer et transmettre aux générations futures leur identité et leurs territoires ancestraux dans le respect de leur culture, institutions sociales et système de justice<sup>35</sup>. A ces critères, s'ajoutent également les éléments de définition proposés par l'instance permanente de l'ONU sur les questions autochtones et qui comprennent : un fort lien de ces individus et groupes avec les territoires et les ressources naturelles qui forment leur environnement ; leur organisation en systèmes sociaux, économiques et politiques propres ; et le partage d'une langue, une culture et des croyances propres<sup>36</sup>.

La question se pose de savoir si les peuples insulaires relocalisés au sein d'un Etat tiers pourraient être assimilés à des « peuples autochtones ». Alors que l'application de certains critères précédemment cités aux peuples relocalisés soit discutable, la transposition pure et simple

<sup>24</sup> AGNU, *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Résolution 1514 (XV), 947<sup>ème</sup> séance plénière, 14 décembre 1960.

<sup>25</sup> P. ALSTON, 'Peoples' Rights: Their Rise and Fall', in P. Alston (ed.), *Peoples' Rights* (2001) 259, p.272.

<sup>26</sup> S. WILLCOX, "Climate change inundation and Atoll Island States: implications for human rights, self-determination and statehood", Thèse de doctorat, London School of Economics and Political Science, 2015.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 1026.

<sup>28</sup> Déclaration de l'AGNU relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, Résolution 2625, Doc. A/8082, 24 octobre 1970.

<sup>29</sup> « Traité concernant la cession de la Louisiane » conclu à Paris entre la République française et les Etats-Unis d'Amérique le 30 avril 1803 (10 Floréal an XI de la République française).

<sup>30</sup> Traité du 20 juin 1867 de cession de l'Alaska aux Etats-Unis.

<sup>31</sup> A. MOINE, « Les implications des migrations climatiques sur la souveraineté des Etats », Vertigo, Volume 18, numéro 1, mai 2018, p.12.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> AGNU, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution A/61/L.67 107e séance plénière, 13 septembre 2007.

<sup>35</sup> Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Les peuples autochtones et le système de protection des droits de l'homme des Nations Unies, fiche d'information n°9/Rev. 2, 2013, p.3.

<sup>36</sup> *Ibid.*

du statut protecteur des peuples autochtones aux peuples insulaires nouvellement relocalisés semble plutôt compromise.

En effet, les peuples des îles menacées par la montée des eaux ont une identité, une cohésion nationale et des modes de vie qui leur sont propres. A l'image d'une diaspora, il est possible de concevoir que les individus composant le peuple insulaire relocalisé partagent un sentiment d'appartenance commune et qu'ils se différencient du reste de la population de l'Etat d'accueil en raison de leur histoire, leur culture et leur mode de vie différents. De plus, l'identité et le mode de vie des peuples insulaires sont étroitement liés à leur territoire.

A Kiribati, les conséquences de la montée des eaux se font déjà incroyablement ressentir par les habitants. Géographiquement, les îles de l'archipel sont petites, fragmentées, et toutes ne dépassent pas trois mètres au-dessus du niveau de la mer<sup>37</sup>. L'érosion des côtes y est donc particulièrement importante. Les méthodes traditionnelles et les moyens déployés par le gouvernement ne suffisent pas à enrayer le phénomène qui constitue une menace existentielle pour ces îles et leurs habitants<sup>38</sup>. Selon les expertises, six États insulaires peu élevés par rapport au niveau de la mer sont susceptibles de disparaître ou de devenir inhabitables dans un temps relativement court : les Maldives, Tuvalu, les îles Marshall, les Bahamas, Nauru et Kiribati<sup>39</sup>. La population de ces États se retrouve directement menacée, premièrement par les dégradations de son environnement causées par les changements climatiques, mais deuxièmement par la disparition du territoire. Des ressortissants ont déjà commencé à fuir leur pays. En 2013, M. John Corcoran, un ressortissant de Kiribati s'étant installé avec sa famille en Nouvelle-Zélande, se définissait, bien que ce statut ne lui ait pas été reconnu, comme « un réfugié en raison des modifications de son environnement à Kiribati causées par l'élévation du niveau de la mer associée au changement climatique »<sup>40</sup>.

Le mode de vie et l'économie des Kiribatiens reposent essentiellement sur la pêche, en particulier celle des thonidés (thons, marlins, espadons, bonites) qui représente la seule opportunité de développement pour ce pays possédant l'une des plus importantes zones économiques exclusives (ZEE) de la région<sup>41</sup>. La richesse en thonidés de la ZEE de Kiribati attire d'ailleurs les flottes de pêche étrangères qui achètent des licences afin d'y exploiter les thons. La vente de ces licences représente la principale source de revenus du gouvernement (environ 60% des revenus)<sup>42</sup>. Ainsi, les particularités du territoire des îles Kiribati définissent largement le mode de vie, le système économique, mais aussi les moyens de subsistance de ses habitants<sup>43</sup>.

Néanmoins, la question se pose de savoir si cela est suffisant pour qualifier ces peuples de peuples autochtones. Rien n'est moins sûr puisque ces derniers constituent une catégorie très spécifique du droit international public et la relation des peuples insulaires avec leur territoire ne paraît pas comparable avec la situation des peuples autochtones. Il peut exister des peuples autochtones au sein de la population de l'Etat insulaire, mais il sera difficile de défendre que le peuple entier de l'Etat insulaire représente un peuple autochtone.

Toutefois, bien que le statut des peuples autochtones semble difficilement transposable aux peuples insulaires relocalisés au sein d'un nouvel Etat, des éléments intéressants issus du droit de ces peuples pourraient être mobilisés afin de concevoir un statut *sui generis* pour une protection collective des peuples insulaires relocalisés.

## B. Des éléments intéressants à mobiliser pour une possible protection collective de ces peuples

Le statut de peuple autochtone a la particularité d'inclure le droit de ces peuples à l'autodétermination, bien que la reconnaissance de celui-ci demeure encore problématique dans certains ordres juridiques internes. Consacré à l'article 3 de la Déclaration des Nations unies sur les Droits des Peuples Autochtones de 2007 (DNUDPA) qui prévoit que « les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination », ce droit implique que les peuples autochtones « déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel »<sup>44</sup>. L'article 4 de la DNUDPA précise que cela inclut « le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes ». Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones correspond donc davantage à une autodétermination interne qu'à une conception externe de l'autodétermination. En effet, comme une garantie pour les Etats, l'article 46 de la DNUDPA prévoit que :

« aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un Etat souverain et indépendant ».

Il ne s'agit donc pas du droit à l'indépendance des peuples autochtones qui est reconnu, mais bien leur droit à déterminer librement leur statut politique au sein de l'Etat et d'assurer librement leur développement économique, social et culturel<sup>45</sup>.

Se pose alors la question de savoir si le droit à l'autodétermination pourrait être adapté et appliqué à la situation des peuples insulaires relocalisés dans un Etat tiers. Cette reprise du droit à l'autodétermination interne pour les peuples insulaires relocalisés dans un Etat tiers permettrait en effet à ces derniers de conserver leur unité culturelle, sociale, et dans une certaine mesure, politique. Cependant, comme le prouve la lenteur de la reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones, qui est encore actuellement fondée, au niveau international, principalement sur un instrument de droit souple, une telle reprise de ce droit ne paraît pas chose aisée. Bien que la souveraineté internationale et l'intégrité territoriale de l'Etat d'accueil soient garanties par la limitation au droit d'une autodétermination interne et non externe, comme le mentionne l'article 46 de la DNUDPA, il n'en demeure pas moins que la souveraineté nationale peut paraître, aux yeux de certains, comme altérée. En effet, cela implique que ces peuples doivent bénéficier du droit de décider librement leur organisation politique et d'assurer librement leur développement économique, social et culturel. Mais, l'autodétermination des peuples autochtones est néanmoins théoriquement acceptée puisqu'elle ne nuit pas à l'intégrité territoriale de l'Etat (article 46 DNUDPA) et se limite, au sein d'un Etat et outre le cas de l'autodétermination interne caractérisant la nation de ce dernier, au cas spécifique des peuples reconnus comme autochtones.

Cependant, en pratique, la mise en œuvre de ce droit reste problématique. Comme le souligne Irène Bellier, « si la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones répond en partie à leurs demandes, le système international se préoccupe aujourd'hui des écarts constatés entre la reconnaissance des droits et la mise en œuvre des dispositifs permettant de les respecter dans les Etats membres »<sup>46</sup>. Les droits des peuples autochtones ne sont

<sup>37</sup> AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413, Nouvelle-Zélande : Tribunal de l'immigration et de la protection, 25 juin 2013, p. 4.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>39</sup> C. COURNIL, F. GEMENNE, « Les populations insulaires face au changement climatique : des migrations à anticiper », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Volume 10 Numéro 3 | décembre 2010, p. 6, §24.

<sup>40</sup> Traduction personnelle : « The appellant claims an entitlement to be recognised as a refugee on the basis of changes to his environment in Kiribati caused by sea-level-rise associated with climate change ». AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413, Nouvelle-Zélande : Tribunal de l'immigration et de la protection, 25 juin 2013, p. 1.

<sup>41</sup> M. BLANC, « Kiribati : vers un développement majeur de la pêche thonières artisanale ? », *SPC Fisheries Newsletter* 142, 2014, p. 25.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>44</sup> Article 3, Déclaration des Nations unies sur les Droits des Peuples Autochtones (2007).

<sup>45</sup> Voir article 1<sup>er</sup>, *op. cit.*

<sup>46</sup> I. BELLIER, « Les droits des peuples autochtones. Entre reconnaissance internationale, visibilité nouvelle et violations ordinaires », *L'Homme & la Société*, vol. 206, no. 1, 2018, p. 169.

pas encore parfaitement respectés, ces derniers subissant des pressions sur leurs terres, ressources et territoires en raison des activités de développement et d'extraction des ressources naturelles<sup>47</sup>. Ainsi, la théorie représente un premier défi pour concevoir un cadre juridique de garantie de droits collectifs aux peuples insulaires relocalisés, mais la mise en œuvre en elle-même possède ses propres défis. Il n'est en effet pas anodin d'imaginer le statut d'une collectivité d'individus relocalisée au sein d'un autre Etat.

## Conclusion

Pour conclure, l'adaptation de nos sociétés aux changements climatiques s'accompagne nécessairement de nouveaux enjeux juridiques. Parmi eux, l'avenir des peuples des petits États insulaires en péril en raison, entre autres, de la montée des eaux.

Le meilleur moyen de garantir à ces peuples l'exercice de droits collectifs repose dans la subsistance de leur Etat d'origine. Puisqu'il est désormais prouvé que certains territoires entiers d'États insulaires sont voués à disparaître prochainement, il est nécessaire d'utiliser et d'élargir certains concepts et principes du droit international public pour que l'État puisse survivre à la disparition de son territoire. Même si l'ouverture du principe d'autodétermination externe aux cas de ces États insulaires en perte est plausible, il se heurte au principe

fondamental de la souveraineté étatique et ne paraît que peu probable.

De ce fait, il est nécessaire d'envisager la disparition totale de l'État insulaire. Dans cette hypothèse, la garantie de droits collectifs au peuple insulaire passerait par sa relocalisation dans un Etat tiers d'accueil. Alors, se pose la question de la transposabilité du statut des peuples autochtones au cas de ces peuples insulaires relocalisés. Cette étude démontre les difficultés pour que ces peuples insulaires puissent être assimilés à des peuples autochtones. Bien qu'ils ne puissent donc directement prétendre à ce statut protecteur très spécifique, des éléments de ce statut, en particulier le droit à l'autodétermination interne, pourraient inspirer la construction d'un statut *sui generis* pour les peuples insulaires relocalisés en raison de la montée des eaux.

Cette analyse conclut donc sur les nombreux défis que pose la recherche de droits collectifs pour les peuples relocalisés à cause de l'augmentation du niveau de la mer. Confronté à une situation inédite, il faut faire preuve de créativité mais aussi de réalisme pour évaluer les différentes pistes qui s'offrent pour la conception d'un statut *sui generis* pour ces peuples. Finalement, étant donné les obstacles qui se dressent face à l'élaboration d'un tel statut *sui generis*, il convient également de déterminer les droits individuels auxquels les individus confrontés à la montée du niveau de la mer peuvent prétendre.

---

<sup>47</sup> Conseil des droits de l'homme. *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, A/HRC/21/47*, 6 juillet 2012, p. 1.

« Pousser une activité en dehors de son établissement, pour la confier à un sous-traitant contre rémunération »<sup>1</sup>. C'est ainsi que Riccardo Passarella définit l'externalisation. Ce terme est de plus en plus utilisé pour décrire la politique migratoire européenne, dont la dimension extérieure est progressivement devenue la clé de voûte<sup>2</sup>.

La compétence de l'Union en matière d'immigration lui a été attribuée par le traité de Maastricht en 1992. L'entrée en vigueur de l'accord de Schengen a révolutionné la matière puisqu'en créant un espace de libre-échange et de circulation, il a aboli les frontières internes à l'Union européenne. De manière commune, les États membres se sont accordés pour renforcer les frontières externes et la politique migratoire de l'Union est progressivement devenue un enjeu de sécurité. Communautarisée avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en 1999, elle fera l'objet de vifs débats, tout particulièrement depuis 2015 avec les arrivées massives de réfugiés dues à l'intensification du conflit syrien. Ce qui sera qualifié de « crise migratoire » par les politiques et médias européens a initié l'évolution des partenariats que l'UE mettait en œuvre avec des pays tiers afin de limiter l'entrée des personnes migrantes sur son territoire<sup>3</sup>. Le continent africain, étant un vecteur important de flux migratoires, il est apparu essentiel pour les dirigeants européens de collaborer tant avec l'Union Africaine qu'avec les États qui la composent. Le Sommet de la Valette de novembre 2015 a été un véritable tournant dans ce sens. Les chefs d'États et de gouvernement européens et africains se sont réunis afin de convenir d'une approche globale pour lutter contre les causes de la migration et de définir une véritable coopération en matière de migrations internationales. Cependant, l'UE s'est peu à peu mise à intégrer ses objectifs en matière de politique migratoire au sein d'accords n'ayant pas ce but pour origine, tels que les accords de coopération au développement.

Dans quelle mesure les partenariats entre l'UE et les pays africains en matière de développement consistent davantage en une externalisation de la politique migratoire de l'UE qu'en une véritable aide au développement ?

De plus en plus, les accords visant à contribuer au développement des pays africains intègrent une conditionnalité migratoire (I), marqueur de leur instrumentalisation au service de la politique migratoire de l'UE (II).

## I/La conditionnalité migratoire d'une prétendue aide au développement

En théorie, les accords d'aide au développement passés entre l'UE et les pays africains ont pour objectif d'améliorer les conditions de vie de la population de ces dits pays afin de limiter les départs (A). En réalité, les États africains sont incités à utiliser ces aides dans le but de contenir les personnes susceptibles de migrer vers l'Europe (B).

## A/Un soutien économique à visée préventive des migrations

L'article 208 du TFUE pose le cadre de la politique de l'Union en matière de développement. Les aides publiques au développement (APD), délivrées dans le cadre de cette

coopération, sont des aides fournies dans le but express de promouvoir le développement économique et d'améliorer les conditions de vie dans les pays en voie de développement. L'UE et ses 27 États membres constitue le premier donateur mondial de ces aides, avec 66,8 milliards d'euros d'aide publique au développement accordés aux pays partenaires en 2020<sup>4</sup>. Aussi, sur la période 2021-2027, au moins 29,2 milliards d'euros sont prévus à destination de l'Afrique subsaharienne<sup>5</sup>. L'UE a également créé en 2015 le Fonds fiduciaire d'urgence pour l'Afrique (FFU), financé à 90% par les APD, et censé servir la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière, l'instabilité et les déplacements forcés. Il concerne particulièrement les pays de la Corne et du Nord de l'Afrique, ainsi que la région du Sahel et du lac Tchad<sup>6</sup>. Il vise notamment à soutenir la formation professionnelle, le développement des entreprises ainsi que l'emploi des jeunes dans certaines régions d'Afrique<sup>7</sup>.

La politique de coopération au développement de l'UE, dont le but est « la réduction et, à terme, l'éradication de la pauvreté »<sup>8</sup>, prévoit la réalisation d'importants projets de développement sur le continent africain et projette d'agir de manière préventive sur les causes structurelles des migrations. En effet, en souhaitant améliorer les conditions de vie sur place, l'UE vise à ce que les personnes susceptibles de migrer n'aient plus à s'y résoudre. Cependant, l'amélioration de la situation économique et sociale dans les États africains ne constitue pas un objectif désintéressé de la part de l'UE. En effet, la Stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'UE de 2016 reconnaît que la paix et le développement en Afrique sont des facteurs de paix et de prospérité pour l'Union.

Ces aides, bien qu'ayant une vocation coopérative et des objectifs louables, se révéleront instrumentalisées par l'UE au service d'intérêts qui lui sont propres. En effet, l'assistance au développement est presque systématiquement assimilée voir conditionnée à des questions migratoires.

## B/L'introduction volontaire d'une conditionnalité migratoire

Lors du Conseil européen de Séville en 2020, il est décidé que dans tout futur accord de coopération passé par l'UE soit insérée une « clause sur la gestion conjointe des flux migratoires ainsi que de réadmission obligatoire en cas d'immigration illégale »<sup>9</sup>. De ce fait, les accords économiques ou d'aide au développement ne peuvent être conclus qu'en cas de coopération avec l'UE dans la conduite de sa politique migratoire. Ce conditionnement de l'octroi d'aides au développement<sup>10</sup> peut s'apparenter à du *chantage à l'aide*, selon les termes de A. Bensaad (2005) qui évoquait le cas des pays du Maghreb et du Machrek<sup>11</sup>. Cela d'autant plus que l'UE promet de « récompenser les pays désireux de coopérer efficacement avec l'Union en matière de gestion des migrations et de veiller à ce qu'il y ait des conséquences pour ceux qui refusent »<sup>12</sup> par l'introduction d'une série de mesures incitatives positives et négatives dans les politiques commerciales et de développement de l'UE.

L'accord dit « post-Cotonou » signé le 15 avril 2021 est particulièrement révélateur de cette conditionnalité

<sup>1</sup> R. PASSARELLA, L'externalisation de l'asile dans l'Union européenne - Une évaluation critique de la coopération européenne avec des pays tiers (Mémoire présenté pour l'obtention du Master « Droit européen de l'asile »), 2018, p. 22

<sup>2</sup> T. BURATTI, « Externalisation des frontières de l'Union européenne. Enjeux et perspectives », Pour la Solidarité, juillet 2020, p.2

<sup>3</sup> Déjà en 1999, le Conseil européen de Tampere prévoyait une coopération étroite avec les pays d'origine et de transit des personnes migrantes.

<sup>4</sup> Vie publique, UE : 66,8 milliards d'euros d'aide publique au développement en 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/en-bref/279558-ue-une-aide-publique-au-developpement-de-668-milliards-deuros>

<sup>5</sup> Vie publique, La politique d'aide au développement de l'UE, disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/fiches/20397-en-quoi-consiste-la-politique-daide-au-developpement-de-lue>

<sup>6</sup> C. CHARLES, P. CHAPPART, « L'UE prend les frontières africaines pour les siennes », Plein droit, volume 3, n°114, 2017, pp.7-10

<sup>7</sup> Site de la Commission européenne, EU emergency trust fund in Africa, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/all-news-and-stories/le-fonds-fiduciaire-urgence-de-lunion-europeenne-pour-lafrique-soutient-le-en>

<sup>8</sup> Article 208, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 25 mars 1957

<sup>9</sup> Union européenne, « Conclusions de la présidence du conseil européen de Séville 21 et 22 juin 2022 (extraits) », Cultures & Conflits, n°45, printemps 2022

<sup>10</sup> L. GABRIELLI, « Les enjeux de la sécurisation de la question migratoire dans les relations de l'Union européenne avec l'Afrique. Un essai d'analyse », *Politique européenne*, volume 22, n°2, 2007, pp.149-173

<sup>11</sup> *Ibid*

<sup>12</sup> Commission européenne, « La Commission annonce un nouveau cadre pour les partenariats de migration : une coopération renforcée avec les pays tiers pour mieux gérer les migrations », 7 juin 2016

migratoire. Cet accord succède à celui conclu en 2000 entre l'UE et les États d'Afrique, Caraïbes et Pacifique (ACP) ayant pour but d'éradiquer la pauvreté et de contribuer à l'intégration progressive de ces pays dans l'économie mondiale. Il remplace l'article 13 de l'accord de Cotonou, le premier exemple d'introduction d'une conditionnalité migratoire, par un titre entier. Le traitement plus extensif de la question migratoire dans l'accord de 2021 montre l'attrait renforcé de l'UE pour la formalisation de la gestion des migrations par ces pays. De plus, le développement, pilier principal de l'accord de Cotonou, est relayé au second plan dans l'accord post-Cotonou, alors que la priorité est mise sur la migration et la sécurité. Finalement, les accords d'aide au développement et accords commerciaux passés entre l'UE et des États tiers ressemblent de plus en plus à des outils de gestion des flux migratoires et sont détournés de leur objectif premier. Les États non-européens, et particulièrement les pays africains, sont mis au service de l'ambition de l'UE de réduire les arrivées sur son territoire et de lutter contre l'immigration dite irrégulière.

L'UE essaie tant bien que mal de limiter les arrivées sur le continent européen par ses manœuvres, or cette solution n'est pas sans conséquences.

### II/Une instrumentalisation néfaste au profit de la politique migratoire de l'UE

L'UE souhaite contenir les flux migratoires avant toute entrée sur son territoire. Elle ne dissimule plus ses stratégies pour agir contre l'origine même des flux (A) et ce malgré les conséquences sur la vie et les droits des personnes migrantes (B).

### A/L'association de l'assistance au développement à la question migratoire : une volonté affichée de l'UE

L'avènement de la politique d'asile de l'UE se dessine dans les années 1990 avec l'adoption de la convention de Dublin. Elle met en place la règle dite du « guichet unique » qui empêche aux demandeurs d'asile d'effectuer une demande dans plusieurs pays de l'UE. Elle fixe également les critères permettant de déterminer le pays européen responsable de traiter la demande d'asile. Le règlement Dublin II de 2003 est venu préciser ces règles tandis que le règlement Eurodac a mis en place une base de données « *recueillant les empreintes digitales des demandeurs d'asile pour garantir l'impossibilité d'une demande multiple* »<sup>13</sup>. En 2013, le règlement Dublin III a instauré un nouveau principe : les réfugiés ont pour obligation de déposer leur demande d'asile dans le premier pays de l'UE sur lequel ils ont mis les pieds. Cette règle fait directement peser sur les pays du Sud de l'Europe, notamment la Grèce et l'Italie, un poids « *bien plus important, dans la mesure où les pays d'exil se trouvent la plupart du temps en Afrique ou en Asie centrale* »<sup>14</sup>. Les accords de Dublin causent dès lors une inégalité de traitement des demandes d'asile entre les États membres de l'UE et une inéquitable répartition des personnes migrantes au sein du continent.

L'allègement de ce poids qui pèse sur les pays du Sud s'inscrit inévitablement au cœur de la stratégie déployée par l'UE en termes de conditionnalité migratoire. Ainsi, ce sont notamment les États d'Afrique du Nord qui bénéficient d'APD de l'UE pour la construction de projets qui, dans la majorité des cas, sont dotés d'un volet migratoire. Depuis la création du FFU, dont la plupart des projets sont déclarés comme de l'APD, « *263 millions d'euros ont été alloués au confinement et au contrôle des migrations dans les pays d'Afrique du Nord* »<sup>15</sup>, les plus importants bénéficiaires étant la Lybie et le Maroc. De

nombreux projets, financés par les APD, sont explicitement destinés à la gestion des migrations. En effet, en 2018 et 2019, 48 millions d'euros du financement du Niger par le FFU lui ont été alloués pour le développement, tandis que 17,5 millions d'euros étaient clairement destinés à la gestion des migrations<sup>16</sup>. Aussi, en juillet 2018, le FFU a financé un programme régional de gestion des migrations de 55 millions d'euros « *pour renforcer le contrôle aux frontières et accroître la coopération entre les autorités de gestion des frontières marocaines et tunisiennes* »<sup>17</sup>. Les exemples de tels projets spécifiquement relatifs à la gestion des migrations financés par les APD sont multiples. La volonté politique d'utiliser la coopération au développement comme instrument de gestion des migrations est alors clairement identifiable dans ces accords. Les APD, originellement destinées au développement de ces pays, se voient détournées de leur nature première pour servir les objectifs sécuritaires de l'UE, souvent au détriment des personnes migrantes dont la vie est mise en péril.

### B/Les conséquences délétères du détournement des aides au développement

En plus de légitimer des régimes controversés, « *ces politiques forcent les migrants et réfugiés à emprunter des routes plus dangereuses pour fuir les répressions* »<sup>18</sup>. Ils contournent les routes migratoires et ils s'appuient sur des réseaux de passeurs clandestins<sup>19</sup>. Ce contournement augmente considérablement les risques pour ces personnes d'être victimes de violations des droits humains<sup>20</sup>. À titre d'exemple, la politique de financement de l'UE en Libye contribue au refoulement des migrants vers les côtes libyennes et leurs camps de détention<sup>21</sup> surpeuplés et insalubres. Le respect des droits humains est, dans ces camps, un concept lointain et la vie des personnes migrantes détenues y est menacée quotidiennement<sup>22</sup>. Au Soudan, les accords avec les autorités dans le cadre du renforcement des frontières exposent les personnes migrantes à des « *risques de traitements inhumains et dégradants dans le pays et ses frontières* »<sup>23</sup>. Autant de situations qui amène Nicanor Haon, membre du Bureau droits des migrants de la FIDH, à considérer que « *lier le développement à la migration conduit à financer des barbelés, des centres de rétention plutôt que des structures qui bénéficient vraiment à la population* »<sup>24</sup>.

L'utilisation des financements pour répondre aux objectifs sécuritaires des États membres de l'UE ne permet pas d'agir directement sur les causes profondes des migrations<sup>25</sup>. La question migratoire n'est résolue qu'à court terme, et ses causes structurelles ne sont que partiellement traitées. Ceci se manifeste notamment lorsque l'arrêt des migrations engendre des problèmes économiques dans les villes anciennement carrefours des migrations. En effet, elles constituent une source de revenus essentielle pour certains pays africains. Ainsi une ville comme Agadez au Niger, un centre de transit important pour la migration vers le Nord, a connu une augmentation de la pauvreté lors de l'arrêt partiel des migrations<sup>26</sup>.

### Conclusion :

Dès 2017, le Parlement européen mettait en garde contre le risque de détourner les fonds de la politique de développement vers des objectifs purement sécuritaires, et plaidait pour une approche de la migration davantage centrée sur les droits humains<sup>27</sup>. Malheureusement, il semble qu'une vision étroite et à court terme de la politique externe de l'UE prévaut depuis la « crise migratoire »,

13 Vie publique, Existe-t-il une politique commune de l'asile ?, disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/fiches/20409-ue-existe-il-une-politique-commune-de-lasile>

14 Vie publique, Existe-t-il une politique commune de l'asile ?, disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/fiches/20409-ue-existe-il-une-politique-commune-de-lasile>

15 Oxfam, « Le fonds fiduciaire de l'UE pour l'Afrique. Tirailés entre la politique d'aide et les politiques migratoires », janvier 2020, p.25

16 Ibid, p.22

17 Ibid, p.25

18 Observatoire des multinationales, « "Expanding the Fortress": la politique d'externalisation des frontières de l'Union européenne, ses bénéficiaires et ses conséquences pour les droits humains », 14 mai 2018

19 Ibid

20 Haut-Commissariat des droits de l'Homme, « Pour une protection efficace des droits des migrants au Niger », 19 décembre 2019

21 J. DUVAL, « Quand l'Aide publique au développement finance les garde-côtes libyens », Politis, 15 juin 2018

22 InfoMigrants, « Libye : les conditions de vie des migrants comparables à celles des camps de concentration », 31 janvier 2017

23 La Cimade, « L'externalisation des politiques migratoires de l'Union européenne au Soudan », décembre 2017, 4p.

24 M. CHENOUEAU, J. DUNKEL, L. BERTRAND, « Migration : l'Afrique, gendarme de l'Europe », Arte, 3 novembre 2017

25 T. BURATTI, « Externalisation des frontières de l'Union européenne. Enjeux et perspectives », Pour la Solidarité, juillet 2020, 19p.

26 A.-L. TABAUD, « Comment la migration s'est invitée dans la coopération de l'Union européenne avec les pays africains », EULOGOS, 27 janvier 2021

27 Parlement européen, « La mise en œuvre du nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers. Le cas du Niger », 2019

relayant au second plan le développement et mettant en péril la vie des personnes migrantes. Il est encore trop tôt pour appréhender les effets à long terme du FFU, ce dernier ayant été mis en place pour lutter contre les causes profondes des migrations.

## Conclusions

**Pierre-François LAVAL**

Le défi proposé à cette belle jeunesse était de taille ! Il leur demandait d'éprouver leurs certitudes de juriste face à de notions difficilement saisissables, et même, de façon plus redoutable encore, face à des concepts, à l'image de celui d'ethnocide, dont on se demande s'ils sont proprement juridiques ou mériteraient de l'être. La tâche qui vous revenait, chers étudiants et doctorants, n'en était pas moins un authentique travail de chercheur : celle de comprendre les situations mettant en cause les Nations et peuples en péril, et de trouver, ou, au besoin, d'inventer, les instruments juridiques permettant de les réguler. Car en effet, le premier et principal enseignement de cette journée a été identifié, dès son ouverture, par Laurine Harbuta : l'individu, mais aussi les Nations, sont en péril lorsque le droit est défaillant. De la réflexion juridique dépendrait alors notre salut. Chacune des interventions de cette journée y aura assurément pris sa part.

Avec Guillaume Garnier, la réflexion s'est d'abord portée sur le concept de Nation. La principale faiblesse juridique ici identifiée tient à ce que ce dernier est très généralement tu dans les grands textes du droit international, notamment ceux à vocation humanitaire. Le terme affleure tout de même dans les rapports onusiens mais pour désigner ce de quoi la Nation est constituée : d'individus. Il faut ainsi conserver une certaine forme d'espoir quant à la capacité du droit international à s'adresser directement aux hommes. L'intérêt du travail de Guillaume résidait aussi dans le fait de questionner ce rapport de l'individuel au collectif, et même de l'individu à l'Histoire nationale. Car ce sont les souffrances qui font peuple. Le juriste aurait tort de s'enfermer dans ses représentations, et de découper la réalité à partir des concepts juridiques, ceux de peuple et de Nation, alors que ces deux éléments apparaissent, dans la réalité, tout bonnement indissociables.

Grâce à Camelia Fouda Many, l'on s'est interrogé sur les Nations sans Etat. Vaste et belle question ! Et à nouveau, deux concepts mis face à face. La confrontation se résumerait-elle ici à un exercice de pure virtuosité juridique ? Assurément non. La réalité nous enseigne qu'il existe bien des Nations sans Etats. Pensons aux Kurdes, ou encore aux Palestiniens, exemples douloureux s'il en est, qui suggèrent autant de défaillances du droit international dans sa capacité à reconnaître, et à protéger. Le juriste retiendra ici que les deux concepts à l'étude, Nations et Etats, sont donc utiles, puisque différents l'un de l'autre. L'un peut exister sans l'autre. Rappelons qu'un concept juridique n'est utile que si aucun autre ne permet déjà de désigner la même réalité...

Avec Mona Assani, les regards se sont portés sur une minorité ethnique en particulier : celle des roms, objet de discrimination et de marginalisation. On aura ici aisément mesuré les conséquences du nomadisme. La minorité est connue de tous, ou presque. Elle aura traversé les grandes tragédies de notre histoire mondiale, notamment celle du second conflit mondial. Du point de vue du droit, le cas des roms témoigne d'un fort besoin d'institutionnalisation de la vie internationale, pour faire valoir les droits, qu'ils soient individuels ou collectifs – dans ce dernier cas, ici, l'Union romani internationale, créée au début des années 1970 – et leur donner leur pleine effectivité. Plus généralement, la réflexion engagée sur la minorité rom se prolonge nécessairement dans un questionnement sur les préjugés. Le droit existe ici bel et bien – celui de la CEDH notamment –, mais les règles juridiques butent sur une réalité que le juriste ne saurait faire évoluer que sur un temps long. La jurisprudence strasbourgeoise évoquée par Mona a d'ailleurs été portée à l'écran. Les faits de l'affaire Moldovan concernaient un pogrom survenu en Roumanie, à Hadareni,

Enfin, il est intéressant de noter que l'instrumentalisation des aides est réciproque. Les pays bénéficiaires renversent parfois le rapport de force, jouant de leur rôle évident dans la gestion des migrations, et menaçant d'ouvrir leurs frontières en cas de refus d'octroi d'aides européennes.

donneront lieu au film « Gadjó Dilo » de Tony Gatlif. Le film date lui-même de la fin des années 90 mais Mona nous aura rappelé combien la marginalisation des roms, ici mise en scène, est malheureusement toujours bien réelle, et actuelle, malgré certains efforts déployés dans le cadre européen.

Avec Zoé Escobar, Valeria Vivine, Emmanuelle Gaucherand, c'est un autre cadre, celui des Nations unies, et une autre problématique contemporaine, celle des peuples autochtones, qui auront été mis à l'honneur. Ici encore, on perçoit l'utilité des concepts : les peuples autochtones sont sans doute minoritaires, et bénéficient ainsi des droits des minorités, mais répondent aussi à d'autres critères, qui leur octroient des droits différents, et disons-le, supérieurs, à commencer par celui de disposer d'eux-mêmes. La nécessité institutionnelle revient alors : celle de doter les individus d'institutions spécifiques pour leur permettre la défense de droits dont ils disposent en propre. On perçoit surtout une autre difficulté : si le droit international existe bel et bien – la déclaration onusienne sur les peuples autochtones –, il ne lie pas nécessairement, ni ne contraint. Sans doute retrouve-t-on alors une autre marque de fabrique de l'environnement qui entoure l'internationaliste : celle lui imposant d'avancer à petits pas, même s'il peut désormais compter avec le concours des juridictions internationales, notamment celles chargées de la protection des droits de l'homme. Ces juridictions qui se trouvent outillées pour froisser la souveraineté, et même, dans une certaine mesure, la tordre en lui imposant le respect de nouvelles exigences, portées au bénéfice des individus, et des communautés. Nous en avons eu une nouvelle illustration, en fin de journée, avec Marine Denis au sujet de l'affaire Teitiota du Comité des droits de l'homme, au sujet des réfugiés climatiques.

Avec Guilhem Mercier, nous avons poursuivi le voyage pour nous arrêter au Japon, plus précisément sur l'île d'Hokkaido, à la rencontre des Aïnous. Encore une fois, connaître un peuple, c'est décrire son histoire, et ses souffrances. Des souffrances qui, de façon contre intuitive peut-être, mais nous en avons acquis la certitude au terme de cette journée d'étude, participent à la constitution même du groupe, et à sa notoriété. De ce point de vue, les discriminations subies par les Aïnous en rappellent bien d'autres : celles, par exemple, des Rohingyas ou des Oughours. Il faut ici penser aux riches contributions d'Héloïse Do Nascimento, d'Ingrid Chalaye, et de Caroline Renaud. Elles ont su rappeler qu'il n'est plus question, aujourd'hui, de s'interroger sur l'existence, ni même sur le caractère opératoire, du concept de génocide. Il s'agirait plutôt de vérifier si ses conditions d'application se trouvent réunies, ici ou là. Dans le cas des Oughours, l'établissement des faits se heurte à l'écran étatique et à l'obscurité que des autorités gouvernementales cherchent à créer. Et comment alors ne pas faire le lien entre ce qui se déroule aujourd'hui, presque sous nos yeux, et que l'on ne comprend encore qu'imparfaitement, et ce que le juriste a déjà analysé, classé, archivé, qualifié : pensons ici à la question rwandaise.

La situation des Rohingyas nous renvoie tout autant à nos obligations. La qualification de génocide s'imposerait d'autant plus ici, que certains agents de persécution semblent fièrement assumer leurs forfaits. Ils lancent ainsi un défi au système international, et à l'efficacité de l'une de ses plus nobles institutions, la Cour internationale de Justice, qui se trouve désormais pleinement saisie de la cause.

De ces exemples successifs, on perçoit aussi l'influence du droit national, et la plus ou moins grande pertinence de ses réactions. Le droit japonais aura montré des visages différents à travers les époques, cherchant d'abord à effacer purement et simplement l'existence d'une communauté, avant de bien plus récemment cherché à restaurer ce qu'on réprouvait hier,

les textes allant désormais jusqu'à évoquer « la fierté » du peuple Aïnous. Dans le cas des Ouïghours, le droit chinois affiche la volonté de lutter contre le terrorisme, mais dissimule aussi ses méthodes, et ses finalités, en tout point contraires au droit international. Le fait de voir la communauté internationale demeurer sans réaction ne tient pas toutefois à un problème de droit, comme nous l'a dit Héloïse, mais bien plus classiquement à des intérêts économiques et des enjeux de puissance qui achètent une certaine forme de silence. Enfin, dans le cas birman, le droit se transforme lui-même en un instrument de persécution. Plutôt que de protéger, il démunie, il stigmatise et discrimine. Il réduit la communauté à un sort qui la contraint à fuir.

Un peu plus tard, nous avons atteint le Bhoutan. Avec leur étude sur l'ethnocide, Hugo Grillon, Agathe Desmier et Hamza Mazlum ont exploré une autre dimension juridique : celle d'un concept dont on nous propose l'usage, mais qui se présente à nous sous la forme d'un mythe juridique. Ethnocide n'est pas génocide. Mais peut-être n'a-t-il pas marqué des différences suffisantes pour exister à ses côtés. Raison pour laquelle nous avons entendu prononcée à plusieurs reprises l'expression de « génocide culturel ». On aura aussi perçu que le concept d'ethnocide intervient sur un terrain extrêmement mouvant ; celui qui imposerait de faire le départ entre assimilation et destruction de la minorité. Et une fois encore, d'autres concepts sont déjà, ici aussi, à l'œuvre, notamment celui de la « civilisation », que l'on devrait s'efforcer d'imposer à ceux désignés comme barbares.

Les thèmes de l'après-midi nous ont encore autorisé à sonder les réactions du droit face aux déchirures d'une société. Le droit pour réparer. Le droit pour reconstruire. La justice transitionnelle exposée par Simon Appriou a donné un cadre général de réflexion, avec l'exemple rwandais. Celui-ci montre à quel point la recherche de vérité et de justice, et celle de sa nécessaire impartialité, se révèle difficile, une fois les ruptures consommées au sein d'une communauté nationale. Les thèmes qui ont suivi ont tout autant fait appel à l'ingéniosité juridique : le cas des enfants soldats, évoqué par Mathilde Gratien, qui mêle responsabilisation, mise en accusation et réhabilitation, besoin de justice pour les victimes et prise en compte de la vulnérabilité des enrôlés.

Considérer les oubliés de l'histoire. Daouda Dangnossi et Benjamin Minda, ont entrepris cet effort en analysant la situation de la minorité indienne à Madagascar, adressant ici l'un des problèmes les plus brûlants s'il en est : celui de l'apatridie. Le phénomène vient précisément briser le lien

qui unit l'individu au groupe. La privation de droits passe bien souvent par celle du statut juridique. L'on en donnerait volontiers d'autres exemples : les rohingyas bien sûr mais aussi les négro-mauritaniens dont les combats d'aujourd'hui font écho aux luttes de cette minorité malgache, qui s'organisent notamment par la voie associative.

L'ingéniosité juridique doit encore être de mise en matière de réfugiés climatiques. Réinventer la Convention de Genève, peut-être est-ce notre défi commun. Marine Denis a rappelé l'ampleur de la tâche. Une piste à privilégier serait certainement celle de croiser les réflexions des institutions expertes, notamment le HCR et l'OIM, à celles du droit environnemental. Notre principal écueil recèle précisément aujourd'hui dans une vision trop cloisonnée des enjeux, et dans l'impasse consistant à penser les droits de l'homme sans l'environnement, et réciproquement : penser le climat et ses bouleversements sans nécessairement intégrer les règles protectrices des droits individuels.

Lola Gernigon et Léa Chaptal se sont également confrontées aux conséquences de la montée des eaux, et de la submersion. On aura ici réfléchi au relais que pourrait constituer l'Etat voisin, épargné ou moins affecté par le phénomène. L'Etat tiers, et ses terres, pourraient alors s'envisager comme un sanctuaire, ou du moins un élément de protection de la population. Intéressant renversement de perspective : jusqu'à aujourd'hui, s'en remettre à des tiers, surtout en matière migratoire, servait essentiellement des logiques de délégation, de sous-traitance, d'externalisation, bref, l'idée de donner à l'autre le soin d'assumer ses propres responsabilités.

Précisément à ce sujet, Lena Sage et Léa Mocheff, accompagnées par Almodis Peyre, ont mis à jour les stratégies souvent inassumées des Etats européens vis-à-vis des candidats africains à l'asile. Le droit international pour sanctuariser dirons certains, pour exclure ou bannir, diront d'autres. Le choix politique est en tout cas parfaitement clair : financer le développement de pays potentiellement pourvoyeurs de demandeurs d'asile, et en échange, leur confier la tâche de maîtriser ces flux. Mais rien de bien neuf sous le soleil. L'Etat tiers sûr, déjà incarné par le partenaire turc en 2016, aura, quelque part, montré la voie.

Face à cet ensemble, qui pourrait nous condamner à un certain scepticisme quant à la faculté du droit international à s'adapter à ces enjeux, nous nous consolons peut-être en pensant à l'inventivité de cette jeune et belle recherche juridique, celle que vous avez si bien incarnée aujourd'hui et qui donne à espérer.



