Norbert ROULAND (dir.)

Professeur à l'université d'Aix-Marseille III
Président-fondateur de l'association française d'anthropologie du droit

Stéphane PIERRE-CAPS

Professeur à l'université de Nancy II
Directeur du groupe de recherches et d'études politiques

Jacques POUMARÈDE

Professeur à l'université de Toulouse I
Président de l'association française d'anthropologie du droit

(1996)

Droit des minorités et des peuples autochtones

Un document produit en version numérique par Mme Marcelle Bergeron, bénévole
Professeure à la retraite de l'École Dominique-Racine de Chicoutimi, Québec

Courriel: mabergeron@videotron.ca

[Page web](#)

Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"

Site web: <http://classiques.uqac.ca/>

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi

Site web: <http://bibliotheque.uqac.ca/>

Politique d'utilisation de la bibliothèque des Classiques

Toute reproduction et rediffusion de nos fichiers est interdite, même avec la mention de leur provenance, sans l'autorisation formelle, écrite, du fondateur des Classiques des sciences sociales, Jean-Marie Tremblay, sociologue.

Les fichiers des Classiques des sciences sociales ne peuvent sans autorisation formelle:

- être hébergés (en fichier ou page web, en totalité ou en partie) sur un serveur autre que celui des Classiques.
- servir de base de travail à un autre fichier modifié ensuite par tout autre moyen (couleur, police, mise en page, extraits, support, etc...),

Les fichiers (.html, .doc, .pdf, .rtf, .jpg, .gif) disponibles sur le site Les Classiques des sciences sociales sont la propriété des **Classiques des sciences sociales**, un organisme à but non lucratif composé exclusivement de bénévoles.

Ils sont disponibles pour une utilisation intellectuelle et personnelle et, en aucun cas, commerciale. Toute utilisation à des fins commerciales des fichiers sur ce site est strictement interdite et toute rediffusion est également strictement interdite.

L'accès à notre travail est libre et gratuit à tous les utilisateurs. C'est notre mission.

Jean-Marie Tremblay, sociologue
Fondateur et Président-directeur général,
[LES CLASSIQUES DES SCIENCES SOCIALES.](#)

Un document produit en version numérique par Mme Marcelle Bergeron, bénévole, professeure à la retraite de l'École Dominique-Racine de Chicoutimi, Québec.

Courriels : marcelle.bergeron@uqac.ca; mabergeron@videotron.ca

Norbert Rouland, Stéphane Pierré-Caps et Jacques Poumarède

Droit des minorités et des peuples autochtones.

Paris : Les Presses universitaires de France, 1996, 581 pp. Collection : Droit politique et théorique.

[Autorisation formelle accordée par l'auteur le 11 janvier 2011 de diffuser cette œuvre dans Les Classiques des sciences sociales et autorisation confirmée par l'éditeur le 14 janvier 2011.]

Courriel : norbert.rouland@wanadoo.fr

Polices de caractères utilisés :

Pour le texte : Times New Roman, 12 points.

Pour les citations : Times New Roman 10 points.

Pour les notes de bas de page : Times New Roman, 10 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2008 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format : LETTRE US, 8.5'' x 11''.

Édition complétée le 20 septembre 2011 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, Royaume du Saguenay. Québec.

Norbert Rouland Stéphane Pierré-Caps
et Jacques Poumarède
(1996)

Paris : Les Presses universitaires de France, 1996, 581 pp. Collection :
Droit politique et théorique.

DES MÊMES AUTEURS

Norbert ROULAND

Le Conseil municipal marseillais et sa politique (1848-1875), Aix-en-Provence, Edisud, 1974, 408 p.

Les Esclaves romains en temps de guerre, Bruxelles, Latomus, 1977, 106 p.

Les Inuit du Nouveau-Québec et la Convention de la Baie James, Québec, 1978, 218 p. (épuisé).

Les Modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit, numéro hors série d'*Études Inuit*, 3 (1979), 171 p. (épuisé).

Pouvoir politique et dépendance personnelle dans l'Antiquité romaine : genèse et rôle des relations de clientèle, Bruxelles, Latomus, 1979, 658 p.

Rome, démocratie impossible ? Arles, Actes-Sud, 1981, 360 p.

Les Lauriers de cendre, Arles, Actes-Sud, 1984, 446 p. trad. espagnol.

Soleils barbares, Arles, Actes-Sud, 1987, 469 p.

Anthropologie juridique, Paris, PUF, 1988, 496 p. ; trad. anglais (Stanford Univ. Press and Athlone), italien (Giuffrè) et russe.

Les colonisations juridiques, *Journal of Legal Pluralism*, 29 (1990), 39-136.

Aux confins du droit, Paris, Odile Jacob, 1991, 318 p.

L'Anthropologie juridique, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1995 (2^e éd.), 128 p. ; trad. indonésien.

L'État français et le pluralisme (476-1792). Histoire politique des institutions publiques, Paris, Odile Jacob, 1995, 378 p.

Stéphane PIERRÉ-CAPS

Nation et peuples dans les constitutions modernes, 2 vol., Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1987, 948 p.

La Multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale, Paris, Odile Jacob, 1995, 337 p.

Jacques POUMARÈDE

Les Successions dans le sud-ouest de la France au Moyen Âge : géographie coutumière et mutations sociales, Paris PUF, 1972.

La Coutume de Saint-Sever (1380-1480), Paris, Éditions du Comité des travaux historiques et scientifiques, 1987 (en collaboration avec M. Maréchal).

Droit, histoire et sexualité, textes réunis et présentés par Jacques Poumarède et Jean-Pierre Royer, Lille, L'Espace juridique, 1987.

[p. 5 à 7]

Sommaire *

[Vers la table des matières avec hyperliens](#)

[Vers la table des matières sans hyperliens](#)

[Introduction : l'archipel planétaire](#)

PREMIÈRE PARTIE :

APPROCHE HISTORIQUE DU DROIT DES MINORITÉS ET DES PEUPLES AUTOCHTONES

Chapitre 1 / Les minorités dans l'Antiquité et le haut Moyen Âge occidental

[Section I](#) De la Mésopotamie aux rives du Nil : la condition des étrangers

[Section II](#) Égypte et Israël

[Section III](#) Les représentations de l'altérité dans la Grèce antique

[Section IV](#) – Pragmatisme et esprit de tolérance à Rome

[Section V](#) – Les ruptures du Bas-Empire

[Section VI](#) – La cohabitation ethnique sous les monarchies franques

Chapitre 2 / La condition des minorités du féodalisme à l'affirmation de l'État moderne

[Section I](#) Marginaux et exclus dans la société féodale

[Section II](#) L'État monarchique et la nouvelle problématique des minorités

[Section III](#) Le temps des révolutions : les minorités dans l'ombre des États-nations

* N. Rouland a assuré la direction de cet ouvrage. Les différentes parties en ont respectivement été rédigées par : N. Rouland, Introduction : « L'archipel planétaire », p. 9 à 32 ; J. Poumarède, première Partie : « Approche historique du droit des minorités et des autochtones », p. 33 à 154 ; S. Pierré-Caps, Deuxième partie : « Le droit des minorités », p. 155 à 346 ; N. Rouland, Troisième partie : « Le droit des peuples autochtones », p. 347 à 554 ; N. Rouland, Conclusion générale, p. 555 à 566 (S. Pierré-Caps a en outre rédigé le développement historique sur les nationalités dans l'Empire des Habsbourgs, p. 95 à 103).

Chapitre 3 / Les États modernes et les peuples autochtones

- Section I La législation de l'asservissement des Indiens
- Section II La légitimation de la conquête par la minoration des Indiens

Chapitre 4 / Regard sur les traditions juridiques non occidentales

- Section I Le statut des minorités en terre d'Islam
- Section II La condition des peuples allogènes dans la tradition impériale chinoise

DEUXIÈME PARTIE :

LE DROIT DES MINORITÉS

Chapitre 1/ La question des minorités en droit international

- Section I La constitution des minorités par le droit des gens
- Section II Le temps des nationalités
- Section III La Société des Nations et la protection internationale des minorités
- Section IV Les Nations Unies et le phénomène minoritaire : la mémoire occultée

Chapitre 2 / Vers un droit européen des minorités ?

- Section I Les organisations européennes et les minorités
- Section II Un objet volontairement indéterminé : le problème de la définition de la notion de minorité
- Section III Le contenu du droit européen des minorités

Chapitre 3 / Les politiques juridiques des États

- Section I La reconnaissance juridique des minorités
- Section II Le statut juridique des minorités : les droits reconnus

Chapitre 4 / La France et les minorités

- Section I L'interprétation pluraliste de l'unité de l'État
- Section II L'émergence d'un statut privatif des libertés publiques minoritaires

TROISIÈME PARTIE :

LE DROIT DES PEUPLES AUTOCHTONES

Chapitre 1 / L'émergence historique des peuples autochtones

Section I – La conquête : génocides et ethnocides

Section II – La captation juridique des autochtones

Chapitre 2 / Les progrès normatifs

Section I – Le droit européen

Section II – Le droit international

Chapitre 3 / Les énigmes du droit positif

Section I – La qualification du sujet de droit

Section II – Les spécificités juridiques des peuples autochtones

Chapitre 4 / Les règles du jeu

Section I – Acteurs et stratégies

Section II – La justiciabilité du droit international des autochtones

Chapitre 5 / Le statut juridique des autochtones de l'outre-mer français

Section I – L'encadrement des particularismes

Section II – La construction des particularismes coutumiers

Conclusion de la Troisième partie – La démocratie et les autochtones

Conclusion générale

Index de notions

[p. 571 à 581]

Table des matières¹.

[Table des matières avec hyperliens](#)

INTRODUCTION : L'ARCHIPEL PLANÉTAIRE

1. La longue quête du sens, 9. – 2. L'impossible manuel, 12. – 3. L'énigme africaine, 14. – 4. De quel droit ? 16. – 5. Une conception instrumentale de l'identité, 18. – 6. Minorités et autochtones, 20. – 7. L'exception française, 21. – B. L'ethnie des autres, 23. – 9. Les hypothèses globales, 27. – 10. Plan de l'ouvrage, 31.

PREMIÈRE PARTIE

APPROCHE HISTORIQUE DU DROIT DES MINORITÉS ET DES PEUPLES AUTOCHTONES

11. L'altérité et les minorités, 33.

Chapitre 1 / Les minorités dans l'Antiquité et le Haut Moyen Âge occidental

Section I De la Mésopotamie aux rives du Nil : la condition des étrangers

12. Mesquins et Habiréens de Mésopotamie, 35. – 13. L'exil à Babylone, 37.

Section II Égypte et Israël

14. Les colonies étrangères en Égypte, 38. – 15. Israël en Égypte, 40.

Section III Les représentations de l'altérité dans la Grèce antique

16. Le mépris du Barbare, 42. – 17. Le métèque dans la cité, 44. – 18. Le rêve d'Alexandre, 45.

¹ N. Rouland a assuré la direction de cet ouvrage. Les différentes parties en ont respectivement été rédigées par : N. Rouland, Introduction : l'archipel planétaire, p. 9 à p. 32 ; J. Poumarède, I^{re} partie : « Approche historique du droit des minorités et des autochtones », p. 33 à 154 ; S. Pierré-Caps, II^e partie : « Le droit des minorités », p. 155 à 346 ; N. Rouland, III^e partie : « Le droit des peuples autochtones », p. 347 à 554 ; N. Rouland, Conclusion générale, p. 555 à 566 (S. Pierré-Caps a en outre rédigé le développement historique sur les nationalités dans l'Empire des Habsbourgs, p. 95 à 103).

Section IV Pragmatisme et esprit de tolérance à Rome

19. Hôtes et pérégrins, 47. – 20. Romanisation et citoyenneté sous l'Empire, 49.

Section V Les ruptures du Bas-Empire

21. Le christianisme : de l'exclusion à la domination, 51. – 22. Les Barbares dans l'Empire, 54.

Section VI La cohabitation ethnique sous les monarchies franques

23. L'installation des Barbares en Europe, 55. – 24. La personnalité des lois, 57.

Chapitre 2 / La condition des minorités du féodalisme à l'affirmation de l'État moderne

Section I Marginaux et exclus dans la société féodale

25. Aubains, Lombards et Cagots, 60. – 26. L'impureté comme stigmat d'exclusion, 62. – 27. La coexistence entre juifs et chrétiens jusqu'au XI^e siècle, 64. – 28. La montée de l'antisémitisme, 67.

Section II L'État monarchique et la nouvelle problématique des minorités

I | L'invention de la nation

29. L'histoire du vocabulaire, 70. – 30. Guerre de Cent ans et propagande monarchique, 71.

II | L'État réducteur de minorités

31. La formation du territoire, 74. – 32. La politique de la langue et du droit, 75.

III | L'État et les minorités religieuses : le cas des protestants français

33. « Cuius regio, eius religio », 78. – 34. Genèse d'une minorité, 79. – 35. La tentation séparatiste, 81. – 36. D'un édit à l'autre : la difficile coexistence religieuse, 84. – 37. Les impasses d'une fiction légale, 86.

Section III Le temps des révolutions : les minorités dans l'ombre des États-nations

38. Les représentations concurrentes de la nation, 89.

I | L'émancipation des juifs de France : intégration ou assimilation ?

39. La réinstallation en France sous l'Ancien Régime, 91. – 40. Les attermolements révolutionnaires, 93. – 41. L'institutionnalisation des cultes sous l'Empire, 94.

II | Le mouvement des nationalités dans l'Empire des Habsbourgs

42. « Le système diétal des ordres », 96. – 43. Le compromis de Kremsier, 98. – 44. La constitution « Stadion », 99. – 45 La voie de l'État supranational, 100.

Chapitre 3 / Les États modernes et les peuples autochtones

46. Les premiers contacts, 104. – 47. Le cadre juridique de la *conquista*, 105.

Section I La légalisation de l'asservissement des Indiens

48. Une pratique arbitraire, 108. – 49. Le régime de l'*encomienda*, 108. – 50. À l'origine du droit colonial, 109.

Section II La légitimation de la conquête par la minoration des Indiens

51. Les débats théologiques sur les « justes titres », 112. – 52. La controverse de Valladolid, 113. – 53. La doctrine de Vitoria, 114.

Chapitre 4 / Regard sur les traditions juridiques non occidentales

Section I Le statut des minorités en terre d'islam

54. L'islam et l'altérité, 117.

I | Les fondements théologiques et politiques de la « dhimma »

55. Du statut de Médine au Pacte de Najran, 119. – 56. Les règlements d'Omar, 122.

II | L'évolution de la condition des minorités dans le monde musulman du VII^e au XIX^e, siècle

57. Au temps de la conquête arabe, 125. – 58. L'avènement de l'Empire ottoman et la chute de Constantinople, 128. – 59. Interventions étrangères et processus d'autonomisation, 130. – 60. La « question d'Orient » et les tentatives de réformes, 131.

Section II La condition des peuples allogènes dans la tradition impériale chinoise

61. La République populaire de Chine, un État multinational 7, 135.

I | L'Empire du Milieu et les Barbares

62. Les représentations traditionnelles, 136. – 63. Les voies de l'impérialisme Han, 138.

II | Les dynasties de conquête et la naissance du nationalisme chinois

64. La hiérarchie des peuples au temps des Mongols, 140. – 65. L'émergence tumultueuse de l'État-nation, 143. – 66. Conclusion : Pour ouvrir quelques pistes, 146.

Pour aller plus loin

67. Les minorités dans l'Antiquité, 149. – 68. Les grandes invasions, 150. – 69. Les minorités à l'époque féodale, 150. – 70. L'invention de la nation, 151, – 71. L'État et les minorités religieuses, 151. – 72. Les minorités dans les États-nations, 151. – 73. Addendum : Les juifs sous Vichy, 152. – 74. Les peuples autochtones d'Amérique, 153. – 75. Le statut des minorités en terre d'Islam, 153. – 76. Les peuples allogènes en Chine, 154.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DES MINORITÉS

Chapitre 1 / La question des minorités en droit international

77. Une création du droit international, 157.

Section I La constitution des minorités par le droit des gens

78. La notion de *jus gentium*, 158.

I | La désignation des minorités religieuses

79. La mise en cause du principe, 159. – 80. Servitudes minoritaires, 161.

II | L'inscription des minorités religieuses sous le signe de la liberté de conscience : la politique des Congrès

81. De la liberté religieuse à la liberté de conscience, 162. – 82. Le concert européen et le principe des nationalités, 164.

Section II Le temps des nationalités

83. Un nouveau principe de légitimité politique, 167.

I | Le principe des nationalités et le nouvel ordre international

84. Un Janus 167. – 85. L'idéologie de l'État national, 169.

II | La recherche d'un statut international pour les nationalités non émancipées

86. Des minorités religieuses aux minorités nationales, 171.

Section III La Société des Nations et la protection internationale des minorités

87. Ambitions et frustrations territoriales, 175.

I | Les sources idéologiques de la protection internationale des minorités

88. La pensée socialiste, 176. – 89. Le pacifisme, 179. – 90. L'action juive, 181.

II | Les traités de minorités (1919-1920)

91. Une nouvelle donne diplomatique, 183. – 92. Typologie des traités de minorités, 184. – 93. Le titulaire des droits minoritaires, 187. – 94. La nature des droits minoritaires, 190. – 95. Les garanties d'exécution des traités de minorités, 195.

Section IV Les Nations Unies et le phénomène minoritaire : la mémoire occultée

96. Nouvelle approche, 198.

I | Les contradictions du droit des peuples

97. La consécration du droit des peuples par le droit international contemporain : un droit à la décolonisation, 199. – 98. L'autre versant du droit des peuples : le droit à ne pas devenir un État, 205.

II | L'insuffisance des instruments internationaux de protection minoritaire

99. L'écran des droits de l'homme : opacité ou transparence ? 213 – 100. La Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques du 18 décembre 1992, 215. – 101. L'introuvable définition de la notion de minorité, 218.

Pour aller plus loin

102. La période antérieure à 1945, 219. – 103. Après 1945, 220.

Chapitre 2 / **Vers un droit européen des minorités ?**

104. Repenser le droit à l'autodétermination, 221.

Section I Les organisations européennes et les minorités

105. La Conférence de Paris pour la stabilité en Europe, 222.

I | 1989-1993 ou le temps de l'activisme

106. L'Union européenne face aux minorités : de nouvelles perspectives, 223. – 107. L'« approche CSCE », 226. – 108. La nouvelle vocation du Conseil de l'Europe, 227.

II | Le pacte de stabilité pour l'Europe ou le temps du réalisme

109. Les orientations du Sommet de Vienne, 229. – 110. Le pacte de stabilité, creuset du droit européen des minorités, 230.

Section II Un objet volontairement indéterminé : le problème de la définition de la notion de minorité

111. L'impossible accord, 232.

I | L'échec des tentatives de définitions au sein du Conseil de l'Europe

112. Définit ou ne pas définir ?, 233.

II | La qualification ad hoc issue des traités de bon voisinage

113. L'appartenance à une minorité : un droit public subjectif, 238.

Section III Le contenu du droit européen des minorités

I | Le système normatif de protection minoritaire

114. La nature des droits minoritaires, 240.- 115. Des droits individuels exprimés dans un environnement collectif, 241. – 116. Le principe de la discrimination positive, 244. – 117. Aspects matériels du droit européen des minorités, 246.

II | La garantie du droit européen des minorités

118. Un mécanisme diversifié et déséquilibré, 248. – 119. L'action de prévention et les mesures de confiance, 249. – 120. Les droits des minorités nationales sont-ils justiciables ? 252. – 121. Droits culturels et droits de l'homme : les nouveaux enjeux, 256.

Pour aller plus loin

122. Les sources textuelles, 259. – 123. Les sources doctrinales, 259.

Chapitre 3 / Les politiques juridiques des États

124. La recherche d'un principe de classification, 261.

Section I La reconnaissance juridique des minorités

125. Diversité des situations, 262.

I | Typologie de la reconnaissance juridique des minorités

126. L'absence de reconnaissance, 263. – 127. La reconnaissance expresse, 265. – 128. La reconnaissance internationale, 266. – 129. La reconnaissance interne, 269. – 130. La reconnaissance

constitutionnelle, 270. – 131. La reconnaissance législative, 272. – 132. La reconnaissance implicite, 275.

II | Les objectifs de la reconnaissance des minorités

133. Entre l'unité de l'État et le droit à l'autodétermination, 277. – 134. Le pluralisme, 277. – 135. L'assimilation, 282.

Section II Le statut juridique des minorités : les droits reconnus

136. Des droits finalisés, 283.

I | L'encadrement juridique des droits minoritaires

137. Égalité et non-discrimination, 284. – 138. Unité politique de l'État et intégrité territoriale, 287.

II | Les droits reconnus aux minorités

139. Identité minoritaire et unité nationale, 289. – 140. Le droit à la différence, 289. – 141. Droits individuels et droits collectifs, 291. – 142. Les droits linguistiques, 294. – 143. Les droits religieux, 298.

III | La participation des minorités à la vie politique : les minorités et la démocratie pluraliste

144. Démocratie majoritaire et démocratie associative, 299. – 145. L'organisation politique des minorités, 301. – 146. La représentation politique des minorités, 302.

Pour aller plus loin

147. Contributions doctrinales, 305. – 148. L'enquête de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, 305.

Chapitre 4 / La France et les minorités

149. Le refus officiel de reconnaissance des minorités, 307.

Section I L'interprétation pluraliste de l'unité de l'État

150. L'intangibilité de l'unité politique de l'État, 310.

I | L'adaptation institutionnelle du principe unitaire

151. La reconnaissance d'un droit à la différence statutaire, 311. – 152. L'institution de collectivités territoriales *sui generis*, 312. – 153. La nature hybride de la collectivité territoriale de Corse, 313. – 154. L'introduction de distinctions au sein d'une catégorie existante, 316. – 155. La conciliation du statut de territoire d'outre-mer avec les spécificités existantes, 319.

II | L'adaptation normative du principe unitaire

156. Unité normative formelle et diversité matérielle, 320. – 157. La spécificité législative métropolitaine, 320. – 158. Le maintien du droit local alsacien-mosellan, 322. – 159. L'adéquation du droit local à l'État unitaire, 324. – 160. La spécificité législative outre-mer, 326.

Section II L'émergence d'un statut privatif des libertés publiques minoritaires

161. Un espace ouvert à l'expression minoritaire, 328.

I | La liberté religieuse

162. Laïcité et liberté religieuse, 329. – 163. Aspects contentieux et réglementaires de « l'affaire du foulard », 331. – 164. L'Islam de France et le problème du statut personnel, 333. – 165. La prise en compte des convictions religieuses dans les institutions publiques, 335. – 166. Liberté religieuse et organisation du service public : l'exemple des cimetières, 336. – 167. Liberté religieuse et organisation du service public : l'exemple de l'abattage rituel, 338.

II | La liberté linguistique

168. Le refus officiel de reconnaissance des langues minoritaires, 338. – 169. La reconnaissance d'un droit à la différence linguistique, 340. – 170. Identité française et langues régionales, 342.

Pour aller plus loin

171. Sur les minorités en général, 344. – 172. Sur les spécificités territoriales et personnelles, 344.

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT DES PEUPLES AUTOCHTONES

173. La question autochtone aujourd'hui, 347. – 174. Les incertitudes, 348.

Chapitre I / L'émergence historique des peuples autochtones

Section I La conquête : génocides et ethnocides

175. L'hécatombe, 351. – 176. Les résistances autochtones, 365. – 177. L'inflexion des mythes, 355.

Section II La captation juridique des autochtones

I | La pensée : les ambiguïtés de la doctrine des internationalistes

A – L'infrastructure médiévale

178. Le mandat universel du Vicaire, 358.

B – La doctrine des internationalistes à l'époque classique

179. Les autochtones et le droit naturel, 360. – 180. La réalité historique, 361.

II | Les instruments : compagnies et traités

181. Les grandes compagnies, 363. – 182. Traités et politiques coloniales, 365. – 183. L'histoire et l'interprétation des traités, 366. – 184. Les États-Unis au XIX^e : la piste des larmes, 370. – 185. Les destinées de la doctrine Marshall, 371. – 186. La persistance de l'indianité, 373. – 187. L'évolution des réserves, 375. – 188. Réserves à la française, 377.

Pour aller plus loin

189. Bibliographie générale, 382. – 190. Le retard canadien, 384.

Chapitre 2 / Les progrès normatifs

Section I Le droit européen

191. Un chiffrage difficile, 389.

I | Les institutions européennes

192. Le Parlement, 391. – 193. Les initiatives du Conseil des ministres et de la Commission européenne, 393.

II | Les décisions de la CSCE

194. L'apparition des autochtones dans la CSCE, 395.

Section II Le droit international

I | La doctrine

A – Le rapport Cobo sur les discriminations à l'encontre des peuples autochtones

195. L'élaboration du rapport, 397. – 196. Le contenu du rapport, 398.

B – L'étude Martinez sur les traités entre les États et les peuples autochtones

197. L'élaboration de l'étude, 401. – 198. Le recours à l'approche anthropologique, 402.

II | Les instruments internationaux

199. Prélude aux droits autochtones, 403.

A – Les conventions de l'OIT

200. Une longue tradition, 405. – 201. La Convention 107 : l'assimilation, 407. – 202. La Convention 169 : un pluralisme conditionnel, 408.

B – Le projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones

203. Présentation, 411. – 204. Problématique, 413.

C – Les autres instruments internationaux

205. Les initiatives de l'OEA, 416. – 206. La Convention relative aux droits de l'enfant, 417. – 207. Le Sommet de Rio, 418. – 208. La Déclaration de Mataatua sur les droits intellectuels, 419. – 209. L'évolution de la Banque mondiale, 421. – 210. Une impossible conclusion, 423.

Pour aller plus loin

211. Bibliographie sur le droit européen, 424. – 212. Bibliographie sur le droit international, 424.

Chapitre 3 / **Les énigmes du droit positif**

Section I La qualification du sujet de droit

I | Le combat des définitions

213. Les nominations scientifiques, 428. – 214. Les définitions traditionnelles, 430. – 215. La critique des éléments canoniques, 431. – 216. L'auto-définition, 433. – 217. La distinction entre autochtones et minorités, 434. – 218. Les définitions du droit international, 437.

II / Le droit à l'autodétermination

A – La qualification de peuples

219. La bataille du « s », 444. – 220. Les peuples bénéficiaires du droit à l'autodétermination, 445. – 221. L'ambiguïté de la Convention 169, 448.

B – L'autodétermination selon les autochtones

222. Les interprétations autochtones des textes de l'ONU, 449. – 223. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans la pensée juridique occidentale, 452.

Section II Les spécificités juridiques des peuples autochtones

I | Le droit à la différence

A – Les principes

224. Unité et uniformité, 454, – 225. Les mesures discriminatoires, 455. – 226. Le caractère collectif des droits autochtones, 457.

B – Le contenu : les droits culturels

227. La notion de droits culturels, 461. – 228. Le mode coutumier de production du droit, 463.

II | L'ancrage du droit à la différence : les droits territoriaux

229. La nature du lien territorial, 468. – 230. Les spoliations foncières, 471. – 231. Les garanties du droit international, 476.

Pour aller plus loin

232. Bibliographie, 479.

Chapitre 4 / Les règles du jeu

Section I Acteurs et stratégies

I | Les luttes des Amérindiens

233. Red Power, 482. – 234. L'internationalisation de la question autochtone, 482. – 235. Les incertitudes actuelles, 484.

II | Les autochtones à l'ONU

236. Le Groupe de travail sur les Populations autochtones, 486. – 237. Les associations autochtones transnationales, 489.

III | Les stratégies autochtones

238. L'acculturation, 491. – 239. Le Cheval de Troie autochtone, 492.

Section II La justiciabilité du droit international des autochtones

I | Les recours aux sanctions du droit des minorités

240. La justiciabilité restreinte des Droits de l'homme et des minorités, 497.

II | Les recours aux sanctions du droit des autochtones

241. Les contrôles issus des textes conventionnels, 499. – 242. Le contrôle du Comité des Droits de l'homme de l'ONU, 501. – 243. Les communications auprès de la Commission interaméricaine des Droits de l'homme, 503.

Pour aller plus loin

244. Bibliographie sur les stratégies des autochtones, 505.

Chapitre 5 / Le statut juridique des autochtones de l'outremer français

245. Une diversité ignorée, 507.

Section I L'encadrement des particularismes

I | La ségrégation coloniale

246. Un apartheid à la française ? 509.

II | Les incertitudes contemporaines

247. Peuple français et peuples d'outre-mer, 512.-248. L'ethnie, signifiant flottant, 514. – 249. L'autochtone en droit français : des définitions en creux, 517. – 250. Les cadres constitutionnels de l'expression des particularismes, 520. – 251. La reconnaissance des particularismes juridiques autochtones, 527.

Section II La construction des particularismes coutumiers

I | La coutume, signifiant flottant

252. Polysémie de la coutume, 531.

II | La coutume, enjeu de pouvoir

253. Coutume et pluralisme juridique, 532. – 254. Les réinterprétations de la coutume, 533.

Pour aller plus loin

255. Bibliographie, 539. – 256. Les distinctions ethniques en Polynésie française, 541. – 257. Le droit à la différence : variations françaises, 646.

Conclusion de la Troisième Partie : La démocratie et les autochtones

Conclusion générale

258. Les incertitudes, 556. – 259. Les résultats, 558. – 260. L'évolution de la démocratie, 563.

Index des matières

[p. 9]

Introduction

L'archipel planétaire *

« L'un des plus grands et peut-être le principal fondement des Républiques est d'accommoder l'état au naturel des citoyens, et les édits et les ordonnances à la nature des lieux, des personnes et du temps [...] qui fait aussi qu'on doit diversifier l'état de la République à la diversité des lieux, à l'exemple du bon architecte qui accommode son bâtiment à la matière qu'il trouve sur les lieux. »

J. Bodin, *La République*, V- I, (1576).

[Retour au sommaire](#)

1 LA LONGUE QUÊTE DU SENS. – Qui sommes-nous ? Le juriste se trouve aujourd'hui confronté à cette question, jadis réservée aux philosophes. Jaillie de la conscience réflexive de l'homme et de la quête d'un sens à son existence, elle a suscité diverses réponses, façonnées par l'histoire. Les sociétés chères aux ethnologues se définissaient volontiers comme « les hommes par excellence, les bons, les complets » (Inuit, Yanomami), et traçaient souvent au plus près les frontières de l'humanité. En résultaient des conflits, parfois celés par les ethnologues¹, et fréquemment exagérés par les propagandistes de la « paix blanche ». Mais ces sociétés savaient aussi passer outre leur propre ethnocentrisme : échanges de dieux, de conjoints et de biens les projetaient hors d'elles-mêmes, dans le grand jeu de l'alliance. Vint le temps des monothéismes : l'homme trouvait sa source en un Dieu créateur, et son destin dans la Révélation (pour les chrétiens, il était même fait à son image). Mais la croyance en un Dieu unique peut tout autant exclure qu'universaliser : les Juifs étaient le « peuple élu » ; longtemps l'Église catholique enseigna qu'hors d'elle le salut était impossible ; l'islam hiérarchise les hommes en fonction de leurs croyances religieuses.

* Cette introduction a été rédigée par N. Rouland. L'ensemble de l'ouvrage a été terminé au mois de juin 1995 : il ne peut donc rendre compte des développements intervenus postérieurement à cette date dans l'ensemble des problèmes qu'il aborde.

¹ Cf. P. Clastres, *Recherches d'anthropologie politique*, Paris, Le Seuil, 1980, p. 171-207.

Aujourd'hui, les droits de l'Homme font figure de nouvel univers-[p. 10] salisme : certains droits se retrouvent en tout homme, ce qui fonde partout l'obligation des États à les respecter et permettre leur épanouissement. Cette auto-limitation de la puissance souveraine caractériserait particulièrement les États de droit. Nourrie par la tradition française, cette aspiration se heurte à plusieurs obstacles. Tout d'abord le constat d'une autre universalité : celle du mal que l'homme peut infliger à ses semblables. Longtemps on voulut tout expliquer par la démesure de l'Occident et les méfaits du colonialisme. Mais en notre siècle, nous savons depuis les génocides du Cambodge et du Rwanda que l'horreur (au Rwanda, on crucifia des enfants) est possible partout, et en dépit de religions et philosophies basées sur l'amour du prochain (le Rwanda est majoritairement chrétien) et la compassion (le Cambodge est bouddhiste). Ensuite, cette idéologie universaliste n'est pas universelle. Passe encore que dictatures et régimes autoritaires invoquent la différence « culturelle » pour tenir à distance les droits de leurs peuples : cette fausse monnaie intellectuelle pèse peu de poids. Mais il y a plus sérieux¹. Comme l'écrit C. Lévi-Strauss : « Les grandes déclarations des droits de l'homme ont, elles aussi, cette force et cette faiblesse d'annoncer un idéal trop souvent oublieux du fait que l'homme ne réalise pas sa nature dans une humanité abstraite, mais dans des cultures traditionnelles où les changements les plus révolutionnaires laissent subsister des pans entiers et s'expliquent eux-mêmes en fonction d'une situation strictement définie dans le temps et l'espace »². L'unité de l'homme, en laquelle croira volontiers tout anthropologue s'il est fidèle à la qualification de sa discipline (*anthropologie* signifie discours sur l'Homme dans sa généralité), ne peut apparaître qu'au prix d'une navigation difficile entre deux écueils. Celui de *l'uniformité* : reconnaître que tous les hommes sont égaux ne postule pas qu'ils soient partout identiques ; l'assimilation peut provoquer les fermetures identitaires qu'elle cherche à éviter (nous verrons que l'État-nation est une matrice de minorités). Celui de *l'hétérogénéité* : l'autonomie reconnue aux spécificités culturelles ne peut être que relative, surtout dans un monde vibrant des flux migratoires. Exacerbée, elle conduit aux conflits, et réintroduit l'in-[p. 11] galité et l'oppression sous le masque du droit à la différence. Le monde n'est pas devenu le village global cher à Mac Luhan. À sa place apparaît un archipel planétaire : qui veut y naviguer doit en suivre les détroits. Le présent ouvrage convie à ce voyage. Car les revendications actuelles des minorités et des autochtones invitent à définir l'équilibre entre l'unité de l'homme et la diversité des expressions de ses droits et devoirs. Plus encore, elles nous incitent à approfondir des notions que nous croyions acquises. La démocratie ne se résume-t-elle qu'en la souveraineté du nombre ? Dans ce cas, il faut admettre que le processus électif peut conduire à la dictature (les nazis sont arrivés au pouvoir avec la majorité relative des suffrages, et c'est encore le cas aujourd'hui de nombreux régimes autoritaires). On préférera penser qu'elle consiste surtout dans

¹ Cf. N. Rouland, Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme, *Revue générale de droit*, Faculté de droit d'Ottawa, 25 (1994), p. 5-47.

² C. Lévi-Strauss, *Race et histoire*, Paris, Denoël, rééd. 1982, p. 23.

des valeurs de tolérance et de dialogue, dont le sort réservé aux minoritaires peut être une aune. La démocratie est-elle liée au développement économique ? Pour bien des peuples autochtones, le développement fut le vecteur de leurs ethnocides, et de leur prolétarianisation. Pour mieux valoriser l'individu, la démocratie doit-elle toujours en faire un être sans appartenances ? La vie quotidienne nous montre que, sauf pour notre malheur, nous ne sommes jamais complètement isolés. Chacun de nous possède plusieurs groupes d'appartenance (famille, métier, associations volontaires, région, nation, etc.). L'exercice de notre liberté comme la protection de nos droits peuvent résulter de nos utilisations de ces solidarités multiples, voire de leur rupture : c'est une des hypothèses les plus fécondes des théories du pluralisme juridique. L'histoire politique nous montre par ailleurs que la démocratie suppose non seulement que l'individu soit représenté, mais représentable. La démocratie est advenue lorsque les individus ont pu fonder leurs revendications sur l'existence et l'action de puissants acteurs sociaux organisés de façon autonome. Au contraire elle est faible ou inexistante quand l'État les constitue ou contrôle¹. Enfin, on notera que contrairement à une présentation médiatique qui, surtout en France, assimile mouvements identitaires et conflits, minorités et autochtones traduisent en termes juridiques leurs revendications politiques. Si l'appel au droit signifie l'accès à un langage commun, si le droit lui-même vise fort souvent à établir des armistices sociaux, le juriste ne peut se voiler la face et les rejeter dans le silence des lois, au risque de réveils fort difficiles.

C'est pourquoi nous avons entrepris de rédiger ce manuel : une tâche apparemment impossible.

2 L'IMPOSSIBLE MANUEL. – Un manuel de droit des minorités et des peuples autochtones était jusqu'ici peu concevable². Au lendemain de la seconde guerre mondiale, on se souvient que les minorités ont servi de prétexte au déclenchement du conflit. Mais surtout on croit que les droits de l'Homme et le

¹ En ce sens, cf. A. Touraine, Un nouvel âge de la politique ? *Le Magazine littéraire*, 264 (avril 1989), p. 24.

² Le monde anglo-saxon, beaucoup plus réceptif aux problèmes envisagés ici, a d'ailleurs produit nombre d'ouvrages auxquels le lecteur devra se reporter. Quelques exemples : R. Stavenhagen, *The Ethnic Question*, Tokyo, UN Univ. Press, 1990 ; C. Brönnann, R. Lefebvre, M. Zieck, *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993 ; R. Moody (ed.), *The Indigenous Voice*, 2 vol., Londres, Zed Books, 1989 (recueil de textes émanant des autochtones et de leurs associations) ; H. Hannum, (ed.), *Documents on Autonomy and Minority Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 912 p. (un instrument bibliographique extrêmement utile, qui regroupe de très nombreux textes relatifs aux divers statuts des minorités dans le monde). Notons enfin quelques heureuses exceptions au silence de la littérature francophone : A. Fenet, G. Soulier (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989 ; I. O. Bokatorla, *L'organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1992 ; S. Pierré-Caps, *La Multination*, Paris, Odile Jacob, 1995 ; A. Fenet (dir.), *Le droit et les minorités. Analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; J. Yacoub, *Les minorités : quelle protection ?* Desclée de Brouwer, 1995.

développement économique vont homogénéiser les sociétés. De plus, la généralisation de l'économie de marché ajustera la standardisation de la demande à celle de l'offre. Du côté du bloc socialiste, la construction de l'homme nouveau balayera la poussière des particularismes archaïques. Dès le début de l'époque stalinienne, les peuples autochtones de l'URSS subissent une politique déterminée d'effacement de leurs structures sociales et croyances religieuses, dont on constate aujourd'hui l'efficacité. Cependant, les rares propositions de reconnaissance des droits des minorités en ces années viendront après la guerre de ce côté-là du rideau de fer, notamment – ironie du sort – de Yougoslavie. Mais les pratiques seront autres, et le socialisme réel ne fera guère de cadeaux aux minorités et autochtones. Ainsi ceux-ci devraient-ils s'incliner devant l'inexorable progression du marché, ou de l'Histoire, évidemment pour leur plus grand bien. Nous savons que cet avenir radieux ne fut pas le leur et que ni les multinationales, ni les dictatures communistes ne les ont balayés. On verra dans ce livre comment depuis [p. 13] vingt ans le droit international et plus récemment le droit européen ont commencé à se faire l'écho de ces résistances.

Mais la France n'est pas l'ONU, et la tradition républicaine se refuse à accorder aux minorités et autochtones le visa d'entrée dans la cité du droit. Les mots célèbres du comte de Clermont Tonnerre prononcés il y a deux siècles devant la Constituante résonnent encore : « Il faut tout refuser aux juifs comme nation et tout accorder aux juifs comme individus [...] il faut qu'ils ne fassent plus dans l'État ni corps politique, ni ordre ; il faut qu'ils soient individuellement citoyens. » Dès lors n'y a-t-il pas scandale à parler pour la France d'un droit des minorités ? Pour beaucoup certainement : nous avons pris le risque de déplaire. Mais la France est affrontée à des problèmes nouveaux, jaillis des brassages migratoires, ou formés dans ses collectivités périphériques (Corse et outre-mer). Et l'on peut se demander si le flamboiement des principes républicains ne dissimule pas des évolutions profondes de sa tradition ¹ : l'hypothèse vaut d'être vérifiée, sans romantisme ni rigidité.

Un tel manuel est donc devenu possible, et en tout cas souhaitable. Celui que nous avons réalisé n'en présente pas moins de sérieuses lacunes, que d'autres combleront.

L'Occident se trouve ici privilégié, non sans excuses, alors que minorités et autochtones parsèment le monde entier. Nous avons étudié l'histoire des minorités dans les civilisations de l'Antiquité et essentiellement en Europe, nous efforçant cependant de faire route au-delà, vers l'Islam et la Chine. D'autres pensées de l'altérité existent, mais une synthèse ne nous a pas paru encore possible, peut-être

¹ Cf., en ce sens, N. Rouland, La tradition juridique française et la diversité culturelle, *Droit et société*, 27 (1994), p. 381-419 ; Trois ancrages culturels de l'identité française, *Libération*, 3 avril 1995, 6. Dans un ouvrage récent (*L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Odile Jacob, 1995), nous avons essayé de montrer comment s'est historiquement accomplie la tradition française d'uniformisation des institutions et du droit, contre les forces issues du pluralisme social et juridique.

à tort. Quant au droit positif, nous avons considéré, conformément à l'unanimité des avis, que les immigrés ne bénéficiant pas de la nationalité du pays d'accueil n'étaient pas justifiables d'un droit des minorités : les sociologues nous le reprocheront, peut-être à juste titre. Quant aux peuples autochtones, on parlera beaucoup de ceux des pays développés (Amérindiens d'Amérique du Nord, Aborigènes [p. 14] d'Australie, Maoris de Nouvelle-Zélande, Lapons [Saame] de Scandinavie), qui représentent seulement 1,4% des trois cents millions d'autochtones aujourd'hui dénombrés. Non par ethnocentrisme. Mais c'est à eux que la cause autochtone doit jusqu'ici ses percées les plus profondes là où s'élabore le droit international. Enfin, cet ouvrage souffre d'une grande absence : celle de l'Afrique.

3 L'ÉNIGME AFRICAINE. – Si l'on se réfère à un ouvrage récent sur les peuples autochtones ¹, l'Afrique compterait 14 300 000 autochtones : 8 millions en Afrique du Nord et de l'Ouest (dont les Touareg), 6 en Afrique du Nord et de l'Est (dont les Masai) ; 200 000 en Afrique centrale (Pygmées), 100 000 en Afrique du Sud (San). La plupart sont des pasteurs nomades. Mais nombre d'entre eux sont devenus des réfugiés, en butte à la politique agressive d'États désireux de les fixer pour mieux pouvoir les contrôler, et de les sédentariser, condition jugée nécessaire au développement économique.

En tout cas, le silence des États africains sur ces populations est énigmatique. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981) ne souffle mot des minorités, et encore moins des autochtones, semblant vouloir confondre minorités et majorités dans la notion de peuple. Même silence lors de la préparation de la Convention 169 de l'OIT (1989) sur les peuples indigènes et tribaux. Dans l'étude commanditée par l'ONU sur les discriminations à l'encontre des populations autochtones dans le monde, le Rapporteur J. R. Martinez Cobo a dû écarter ce continent faute de renseignements suffisants, tout en pensant qu'il abritait bien des autochtones. L'explication politique est ici évidente : les États africains sont fermement déterminés à éviter toute consécration juridique de

¹ Cf. P. R. Gerber (ed.), *500 Jahre danach*, Zürich, Volksmuseum Univ. Zürich, 1993, 336. Cf. également J. Burger, *Report from the Frontier*, Londres, Zed Books, 1987, p. 162-177. Par ailleurs, le département de l'information de l'ONU a publié une carte localisant des peuples autochtones en Afrique : cf. *infra*, p. 440, n. 4. On peut d'autre part citer le rapport Cobo : « Le Rapporteur spécial a toujours estimé que certains groupes de populations dans plusieurs pays ou régions d'Afrique devaient être considérés comme des groupes autochtones dans ces pays ou régions. Il n'a toutefois pas pu en tenir compte dans la présente étude faute de renseignements suffisants sur les populations qui pouvaient être considérées comme autochtones dans les pays concernés. Il lui a été d'autant plus impossible de faire autrement qu'en réponse à ses demandes d'information les dits pays ont nié l'existence de telles populations et/ou indiqué que tous leurs groupes de populations étaient autochtones » (José R. Martinez Cobo, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, vol. V : *Conclusions, propositions et recommandations*, Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, p. 5, §20.

revendications qu'ils jugent dangereuses [p. 15] pour leur unité territoriale, et répriment avec rigueur les activités des groupes qui pourraient les exprimer.

Mais il y a des causes plus profondes, de nature historique, rendant difficile l'utilisation de nos grilles de lecture habituelles. Nous verrons plus loin que l'Afrique des ethnies est en partie un placage colonial. Mais il se pourrait que la notion d'autochtone lui soit difficilement applicable. Dans les États du Premier Monde, la distinction entre autochtones et société dominante est relativement claire : il y a des peuples fondateurs, et les Européens. Mais en Afrique, cultures et peuplements sont beaucoup plus imbriqués. Comme le suggère J.-L. Amselle ¹, mieux vaudrait distinguer à l'époque précoloniale entre sociétés englobantes et englobées. Les premières sont les États, empires, royaumes et chefferies qui ont la maîtrise la plus assurée de l'espace. Les autres sont les sociétés d'agriculteurs, qui ne se reproduisent qu'à l'intérieur des territoires qu'ont bien voulu leur concéder les États, au prix de divisions internes ou de migrations (Dogons réfugiés sur la falaise de Bandiagara). Lors de la colonisation, de nouvelles répartitions s'opèrent. Et après les indépendances, le recrutement du personnel politique reproduit assez souvent les anciens clivages précoloniaux, et les sociétés englobées deviennent des minorités. Un autre critère s'ajoute à ce dernier, sans y correspondre nécessairement : celui du genre de vie et des valeurs culturelles. Les aristocraties urbaines sont souvent issues des populations rurales, avec lesquelles elles n'oublient pas de privilégier certains liens.

Mais ces notables ont pour le moins une double culture, et leur occidentalisation est importante.

Il existe donc un particularisme africain qui nécessiterait sans doute une réorganisation des outils conceptuels que nous utiliserons dans cet ouvrage. C'est pourquoi nous avons préféré ne faire allusion à l'Afrique que de façon liminaire, avec une prudence peut-être excessive.

Cet exemple – auquel on pourrait ajouter celui du Proche-Orient – illustre une des difficultés majeures de notre entreprise. Parler d'un droit des minorités et des peuples autochtones constitue une gageure. Car les foyers normatifs d'où émanent les réglementations [p. 16] qui les concernent sont multiples, et situés à divers niveaux de la hiérarchie des normes. D'autre part, comme nous le verrons, les définitions des minorités et des autochtones sont soit inexistantes, soit trop nombreuses, suivant le rang des institutions qui s'y intéressent : aucun accord n'existe sur le plan international, et les États font à leur gré au niveau interne. Complexité qui reflète celle des situations de ces groupes sur notre planète. Pourtant, il nous faut tendre sur ce monde chatoyant les mailles du filet du droit. Comment le lancerons-nous ? Le moment est venu de dire quel droit est le nôtre ; de donner notre sentiment sur le mécanisme identitaire, à la base des

¹ Cf. J.-L. Amselle, E. M'Bokolo, *Au cœur de l'ethnie*, Paris, La Découverte, 1985, p. 29-30. Cf. également W. T. Bauer, Einleitung, *Law and Anthropology*, 4 (1989), p. 1- 13.

revendications des minorités et autochtones ; de justifier la distinction opérée par le titre de ce manuel entre ces derniers.

4 DE QUEL DROIT ? – Le droit n'est pas une science exacte : tant pis pour les croyants. Il y a plusieurs demeures dans sa cité, et nous devons indiquer celles que nous habitons.

Première entrée : une conception matérielle du droit. Nous pensons que, juste ou injuste, le droit correspond aux normes produites par les institutions, *étatiques ou non*, détenant le pouvoir de le dire et de le sanctionner. Minorités et autochtones le savent bien, pour lesquels la reconnaissance juridique par les États et les institutions internationales est un combat. Mais nous ne sommes pas positivistes pour autant. Car nous ne rejetons pas les théories du pluralisme juridique, pour lesquelles le droit produit par l'État n'est pas le seul. Certains groupes – dont les minorités et autochtones – peuvent produire leurs propres systèmes juridiques. Au Canada par exemple, les autochtones tentent de les faire reconnaître par la jurisprudence ou les traités, anciens ou actuels. Cette conception matérielle n'est pas matérialiste, car nous croyons à l'autonomie du culturel : les succès remportés actuellement par certains autochtones ne peuvent s'expliquer par leur maîtrise des moyens de production. Au contraire, comme nous le verrons, minoritaires, ils étaient jusqu'ici condamnés à disparaître. Que les territoires des Amérindiens recèlent des richesses convoitées par les gouvernements ne suffit pas à expliquer leurs récents succès : ailleurs, des peuples autochtones nantis par la nature de ces trésors en sont brutalement dépossédés (déforestation de Bornéo, de l'Amazonie et de certains versants himalayens), ou se trouvent même déportés ou asservis (Papous d'Irian Jaya, la partie indonésienne de la Nouvelle-[p. 17] Guinée), leur localisation stratégique pouvant aussi motiver leur sujétion (Tibétains de Chine). Il faudra donc chercher ailleurs, notamment dans l'aptitude au maniement de l'arme du droit, là où ce recours est ouvert ¹.

Seconde entrée : une conception anthropologique du droit. Si le droit n'est pas tout entier contenu dans les seules normes, où faut-il aussi le chercher ? Dans les pratiques, tout d'abord : *les modèles juridiques deviennent ce que les hommes en font*. Nous nous demanderons si la justiciabilité des droits reconnus aux minorités et autochtones correspond bien à la longueur de leur énumération dans les Déclarations et autres instruments. De plus on envisagera les stratégies juridiques qu'ils déploient pour faire reconnaître leurs droits. Le juriste ne peut plus en effet se détourner des processus d'engendrement et d'application des normes, et le temps est fini où Georges Ripert, l'un des plus grands d'entre eux, osait écrire, pour justifier la nécessité d'étudier « objectivement » le droit national-socialiste :

¹ Cf. *infra*, p. 491-496.

« L'homme de science a le droit de se désintéresser des conséquences pratiques de ses études. » ¹.

Mais normes et pratiques ne constituent pas tout le paysage du droit : en ses cieux se déplacent les représentations, où systèmes de valeurs et de croyances contribuent à former des images mentales d'un objet donné. Les membres d'une même culture tendent à produire des représentations semblables. Pour les autochtones, leur lien à la terre, sa sacralisation sont des éléments primordiaux de leur identité. On peut également parler de mythologies juridiques. Pour les anthropologues, les mythes sont des récits fondateurs que les membres d'une société se transmettent de génération en génération, non sans les altérer. Ils servent à donner un sens au monde existant par l'évocation de ses origines, et peuvent voir leur contenu évoluer si les circonstances l'exigent : le mythe est sensible aux frottements de l'histoire. La tradition républicaine française s'appuie largement sur de tels récits qui mettent en scène l'État, la Nation et les individus. Les visions prophétiques interviennent aussi, comme le montre le rêve de [p. 18] Sieyès : « Je me figure la loi au centre d'un globe immense ; tous les citoyens, sans exception, sont à la même distance sur la circonférence, et n'y occupent que des places égales » ². La représentation kelsenienne du droit, à laquelle adhère la majorité des constitutionnalistes français, fait aussi partie de ces visions cosmogoniques : le principe de la hiérarchie des normes se prête mal à une vision pluraliste du droit, *a priori* favorable aux minorités et autochtones. Comme l'écrit D. de Béchillon : « Un ordre est donné, puis répliqué, amplifié et concrétisé par une autorité assujettie. Tout vise ici à supprimer la moindre velléité d'écart. Or, nous ne savons – en Occident pour le moins – produire le juridique qu'en cette forme-là [...]. Tout, dans la décision hiérarchique, doit pouvoir se ramener au principe d'une autorité suprême presque transcendante ; univoque en tout cas. D'où notre apaisement... » ³ On est dès lors tenté de croire que *structurellement*, cette vision du droit emprunte beaucoup au monothéisme et à la Révélation. À chacun son surnaturel : mais les juristes les plus positivistes ont aussi le leur ⁴.

Le droit auquel nous croyons est sans doute plus polychrome. La notion d'identité offre-t-elle davantage de certitudes ?

¹ Préface de G. Ripert à l'ouvrage collectif : *Études de droit allemand*, Paris, LGDJ, 1943, cité par D. Lochak, La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme, dans *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 268. Sur le thème des juristes français face au droit antisémite, cf. également les Actes du Colloque *L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous Le régime de Vichy*, Dijon, 19-20 décembre 1994, à paraître au Seuil, 1995.

² Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?* Paris, PUF, rééd. 1982, p. 44.

³ D. de Béchillon, L'ordre juridique est-il complexe ?, *Egdikia, Revue du centre international de philosophie et de théorie du droit* (Athènes), 2 (1992), p. 40-41. Cf. également, du même auteur, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, thèse droit Pau, 1993 ; sur la conception française de la hiérarchie des normes, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 32, 1994, p. 85 sq.

⁴ En ce sens, cf. *infra* 28-29, la théorie de M. Alliot ; G. Cahin, Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international, dans *Mél. C Chaumont, Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Paris, Pedone, 1984, 88-115.

5 UNE CONCEPTION INSTRUMENTALE DE L'IDENTITÉ. – Si les autochtones se distinguent des minorités par un lien privilégié au territoire et à l'histoire, ils revendiquent tout comme elles la reconnaissance de leur identité. Les textes internationaux récents les concernant s'accordent d'ailleurs sur le principe de la préservation de leurs spécificités culturelles... sans dire grand-chose de leur contenu. Cette réticence a pour cause le souci des États de ne pas s'engager outre mesure. Mais elle correspond aussi à un constat : c'est aux minorités et autochtones eux-mêmes de définir leur particularité en notre temps. Deux approches sont possibles, qui reflètent le débat sur la nature de l'identité.

[p. 19]

Soit l'identité est substantielle et primordiale. Elle correspond à un legs historique de certains traits culturels objectifs qui servent de référents obligés : c'est l'identité telle que la vivent les militants.

Soit l'identité est instrumentale et subjective. Elle correspond à des réinterprétations du passé, aux sélections de séquences chronologiques opérées à l'époque présente en vue d'objectifs futurs : c'est l'identité telle que la conçoivent la majorité des scientifiques ¹. Nous retiendrons pour notre part cette définition. Ce choix a d'importantes conséquences. Il signifie que les cultures sont mortelles, et que leur survie dépend des croisements et intermariages qu'elles sont capables d'opérer. Il éclaire aussi ce qu'est pour nous la fonction d'un droit des minorités et des autochtones. Non pas, comme beaucoup le croient à tort, une justification juridique du repli sur soi, l'ouverture de la boîte de Pandore qui conduirait à un nouvel apartheid et aux affrontements « ethniques ». Mais au contraire la recherche de solutions juridiques permettant à des groupes que l'histoire a déchirés et placés en situation d'infériorité de se redéfinir en fonction des nécessités du présent et de trouver les moyens d'une coexistence pacifique construite par les divers mécanismes de l'alliance ². À la trilogie des sociétés traditionnelles qui pouvaient échanger dieux, conjoints et biens, il faut substituer une autre trinité, consistant dans la libre association des individus, le partage de valeurs et celui des ressources. Vaste programme : c'est pourtant le but de ce manuel que d'y contribuer. Et l'on aura compris que le conflit yougoslave, qui se

¹ Cf. les travaux de « déconstruction » de l'ethnie opérés par l'école dynamiste, et notamment : F. Barth, *Les groupes ethniques et leurs frontières*, Paris, PUF, 1995 ; P. Brass, *Ethnic Group and the State*, Londres, Croom Helm, 1985 Cf. également C. Lévi-Strauss, *L'identité*, Paris, Grasset, 1977.

² Cette conception d'un droit des minorités se retrouve d'ailleurs dans les définitions données par le Haut Conseil à l'intégration, qu'on ne peut par ailleurs suspecter de trahison vis-à-vis de la tradition française : « Il n'y a pas lieu de concevoir celles-ci [les cultures] comme des entités achevées [...]. C'est avant tout un processus continu à effets réciproques, par lequel les individus réinterprètent leurs traditions, leurs croyances, leurs valeurs en fonction de leur environnement social et de leur histoire personnelle [...] les émigrés participent aussi à l'élaboration de la culture nationale » (*L'intégration à la française*, Paris, La Documentation française-UGE, 1993, p. 88-89).

situé à l'inverse de ce projet, est l'exacte illustration de ce à quoi conduit l'*absence* d'un droit des minorités.

Pour être pleinement efficace, celui-ci doit d'ailleurs distinguer le cas des minorités de celui des autochtones.

[p. 20]

6 MINORITÉS ET AUTOCHTONES. – La colonisation et la conquête ont fait d'un certain nombre de peuples des autochtones. Trois cents millions d'individus en font aujourd'hui partie, dont des doyens du monde, comme les Aborigènes d'Australie. Au lendemain du second conflit mondial, ils ne concentraient pas sur eux les représentations idylliques du Bon Sauvage. On y voyait surtout des « primitifs » attardés, tout juste bons à faire les délices des ethnologues. De telles conceptions ne sont pas surannées. En Irian Jaya, les Papous ne sont guère que des « sauvages » pour beaucoup de colons indonésiens¹. En Bolivie, peuplée à 90% d'Indiens et de métis, la télévision ne montre que des présentateurs et journalistes blancs et souvent blonds, et l'enseignement de l'anthropologie y était interdit jusqu'à une date récente². Mais les temps ont changé. L'ONU a fait de 1993 l'Année internationale des peuples autochtones (*Indigenous Peoples*) ; elle a ouvert en janvier 1995 leur décennie ; elle étudie une *Déclaration universelle des droits des peuples autochtones*. Nous verrons plus loin les raisons pour lesquelles les autochtones entendent de plus en plus être distingués des minorités³. Précisons seulement que cette volonté commence à se traduire dans le droit. Même s'ils peuvent se réclamer des instruments garantissant les droits de l'Homme et ceux des minorités, d'autres textes et institutions les concernant de façon spécifique se multiplient. Il était donc impossible dans ce manuel de ne pas tenir compte de cette évolution. D'autre part, le cas des peuples autochtones présente d'autres singularités, susceptibles de remettre en cause certains lieux communs. Le développement économique n'a pas été pour eux synonyme de progrès, sauf *a contrario*. Dans bien des régions du monde, les « nécessités » de ce développement sont les causes de leur dévastation. Et dans les pays développés, la promotion de leurs droits est en grande partie le fruit des combats juridiques et politiques qu'ils mènent contre des projets de développement dont ils n'auraient autrement aucun contrôle. Par ailleurs la carte actuelle de leur asservissement montre que l'Occident [p. 21] n'en a plus le privilège. Ce sont des États africains qui tuent et enferment les Touareg dans les camps et les prisons ; c'est le gouvernement islamiste du Soudan qui décime les populations négroïdes du sud du pays ; ce sont les autorités irakiennes qui oppriment les Kurdes ; ce sont les Indonésiens qui, en Irian Jaya, déportent les Papous et répriment leurs révoltes

¹ C'est ainsi qu'on les a qualifiés devant nous.

² Cf. *infra*, p. 434-437.

³ Le récent rapport du Centre des sociétés transnationales (E/CN. 4/Sub. 2/1994/40) montre comment l'exploitation abusive des ressources autochtones entraîne des conséquences négatives pour ces peuples.

dans le sang ; ce sont les Chinois qui, au Tibet, commettent les pires exactions (1 million de Tibétains ont péri du fait de la répression chinoise entre 1950 et 1980) ; ce sont des Bangladais qui, au Bangladesh, répriment violemment la résistance des autochtones de la région de Chittagong Hills et y installent des colonies de peuplement ; c'est la dictature du Président Marcos qui, aux Philippines, engagea en 1972 la lutte contre les Bangsa Moro, population autochtone du sud du pays, qui aboutit à la liquidation physique d'environ 90 000 d'entre eux ; ce sont des Birmans qui luttent avec leurs forces armées contre les Karen (300 000 d'entre eux ont péri depuis 1948, beaucoup se sont réfugiés en Thaïlande). Cette liste n'est pas exhaustive. Elle conduit au constat que d'autres cultures ont su prendre le relais des pires heures de l'Occident, qui accorde aujourd'hui aux autochtones des garanties que ceux-ci jugent souvent insuffisantes, mais qui constituent un statut que leur envieraient beaucoup d'autres autochtones dans le monde.

Mais les pays occidentaux eux-mêmes ne partagent pas la même attitude vis-à-vis de leurs minorités et autochtones. Parmi eux, la France a opéré un choix qui paraît de plus en plus singulier.

7 L'EXCEPTION FRANÇAISE. – Tendue vers l'universalisme, la tradition française n'est pas universelle. On ne la retrouve guère que dans certains États d'Europe du Sud, tandis que des composantes essentielles du monde occidental – Amérique du Nord et Allemagne – sont différentialistes¹. Cet isolement peut expliquer certaines crispations... identitaires, dont les médias se font largement l'écho. Ainsi a-t-on pu lire à propos de la convention-cadre sur les minorités nationales proposée à la signature des États européens à la fin de l'année 1994 par le Conseil de l'Europe : « Chacun [en France] dispose donc des mêmes droits, est assujetti aux mêmes devoirs [...] [p. 22] Sans doute bien des pays gagneraient-ils à importer et à respecter ces principes. Au lieu de quoi, la France se résigne à signer un texte qui marque la défaite de ce qu'elle peut apporter de meilleur [...]. Plus fondamentalement encore, la France admettrait l'existence d'"ethnies", et accepterait d'en tirer les conséquences »². Ces déclarations de principe s'accompagnent en général de l'opposition canonique entre le *ius soli* français, éminemment démocratique, et le *ius sanguinis* allemand, fondamentalement suspect, sans oublier les inévitables références à l'épouvantail yougoslave et aux « ghettos ethniques » nord-américains. Or les idées simples ne sont pas toujours les plus éclairantes. Le *ius soli* n'est pas le faire-valoir chthonien d'une conception génétique de la nationalité, dont le nazisme aurait constitué l'extrême aboutissement. Il veut seulement dire que la socialisation d'un individu ne s'effectue pas seulement par l'éducation parentale, mais aussi au contact des éléments humains environnants, dans le cadre du voisinage. Le *ius sanguinis* ne signifie pas que l'appartenance culturelle se transmet par les globules sanguins,

¹ Cf. E. Todd, *Le destin des immigrés. Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, Paris, Le Seuil, 1994, p. 386-388.

² G. Carcassonne, La laïcité en péril, *Le Point*, 19 novembre 1994, p. 20.

mais qu'elle se forme principalement au sein de la famille. De même, on observera que la conception française de la nation est souvent présentée, après Renan (« Elle [la nation] 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 »), comme l'expression de la liberté individuelle, et opposée au déterminisme aliénant du *Volksgeist*. Cette adhésion est-elle aussi libre qu'on le dit ? En fait, elle repose largement sur l'inculcation et l'apprentissage d'un modèle qui postule la supériorité de l'uniformité sur le multiple (la politique linguistique de la République, jusqu'au milieu du XX^e siècle, en est un bon exemple).

Par ailleurs le drame yougoslave n'est pas consubstantiel aux minorités, mais résulte de l'impuissance d'un État à organiser leur coexistence ; la « purification ethnique » n'est que la pire mise en œuvre du principe d'uniformité. D'ailleurs, il est frappant de constater que le cas yougoslave est utilisé trop facilement comme repoussoir. Il faudrait aussi citer les exemples d'États qui pour reconnaître l'existence de minorités ou d'autochtones sur leur sol, en faire l'objet de discriminations positives, n'en sont pas moins d'incontestables démocraties et États de droit. Qui pourrait refuser ces qualificatifs à des pays comme le Canada, la Grande-Bretagne, la Suisse, les Pays-Bas, la Scandinavie ? Même aux États-Unis, où l'urbanisme des grandes villes traduit des phénomènes de ségrégation ethnique, on notera que le multiculturalisme n'a pas abouti à des revendications de séparatisme noir ou hispanique sur le plan territorial, et que les intermariages, indicateur d'intégration particulièrement fiable, ont beaucoup progressé (de 310 000 en 1970 à 827 000 en 1986) ¹.

Par ailleurs, il est étrange de constater que, soucieux de l'universel, les Français sont volontiers ethnocentristes. Durkheim l'avait déjà noté : « ... Nous [les Français] faisons abstraction de toute différence nationale, nous nous montrons souvent d'un amour-propre collectif ombrageux à l'excès, nous nous fermons volontiers aux idées étrangères et aux étrangers eux-mêmes, nous ne laissons que difficilement pénétrer notre vie intérieure et nous n'éprouvons que peu le besoin, au moins jusqu'à des temps récents, de nous mêler de la vie du dehors. » ² On sait par ailleurs les difficultés qu'éprouvent les Français à l'égard des langues étrangères et de la géographie ; on connaît le peu d'intérêt de leurs juristes vis-à-vis du droit comparé. La propension à l'universalisme ne serait-elle pas d'autant plus facile lorsqu'elle s'accompagne de la volontaire ignorance des différences ?

L'emploi de certains termes, comme celui d'« ethnie » suscite aussi quelques réserves quant à sa facilité.

¹ Cf. P. Noblet, *L'Amérique des minorités*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 311.

² E. Durkheim, *L'éducation morale*, Paris, PUF, rééd. 1974, p. 238.

8 L'ETHNIE DES AUTRES. – L'ethnie apparaît surtout en droit positif sous des qualifications négatives, qui prohibent les distinctions qu'elle fonderait, et la plupart des médias renchérisent sur cette acception. En fait, l'ethnie ne serait qu'un euphémisme de la race. De plus l'identification ethnique conduirait inévitablement à la ségrégation et aux affrontements. Implicitement, l'ethnie est devenue synonyme de sauvagerie. Ne s'étonne-t-on pas du conflit yougoslave, qui se déroule « à seulement trois heures d'avion de Paris », comme on l'a répété à satiété, alors qu'on l'admet plus facilement, même si c'est avec tristesse, pour le Rwanda ou la Somalie, où ces clivages [p. 24] « ethniques » seraient pour ainsi dire dans la nature des choses ? Là encore, ces habitudes de pensée ne vont pas sans simplisme ¹.

Dans la Grèce ancienne, le terme *ethnos* est dépourvu de connotation raciale et désigne les peuples qui n'ont pas adopté le modèle politique et social de la cité-État. L'*ethnie* n'apparaît qu'à la fin du XIX^e dans la langue française, à une époque où domine l'évolutionnisme, et où la France légitime la colonisation par sa « mission civilisatrice ». Il fallait donc employer des termes (on songe également à *tribu*) qui spécifient les sociétés amérindiennes, africaines et asiatiques en les séparant des formes nobles réservées aux seules sociétés civilisées, telles que la nation. Parallèlement, l'ethnologie est désignée comme la science des sociétés « primitives », la sociologie s'assignant celles de la modernité. Autre avantage, l'identification ethnique permettait de figer des groupements humains à l'intérieur de territoires coloniaux découpés par les États européens. Mais les groupes soumis à ces carcans ethniques étaient cependant fluides et pouvaient fort bien développer des mécanismes d'alliance, fondés sur la parenté ou la territorialisation ². En fait, la colonisation a souvent réemployé à son profit des identités préexistantes en utilisant l'outil ethnique (comme au Rwanda, au Burundi et en Somalie). Dans les sciences sociales, l'*ethnicity* apparaît au XX^e siècle dans la littérature anglophone, vers les années quarante, pour désigner les groupes non anglo-américains. Vingt ans plus tard, les auteurs l'identifient aux *sentiments* communautaires plus qu'à une réalité objective. L'ethnie est en revanche très tardive en France, où elle n'apparaît qu'au cours des années quatre-vingt, en raison de la méfiance qu'elle suscite.

Celle-ci n'est guère justifiée sur le plan scientifique. Max Weber distinguait déjà la race de l'ethnie en fondant cette dernière sur la croyance *subjective* à une communauté d'origine, indépendamment de l'existence ou de l'inexistence objective d'une communauté de sang. Par ailleurs, la plupart des définitions de l'ethnie insistent davantage sur les éléments culturels (notamment la langue et la reli-[p. 25] gion) que biologiques. De plus, la majorité des auteurs admet

¹ À Propos des discussions possibles autour du concept d'ethnie, cf. également *infra*, p. 514-516, 541-546, et : P. Poutignat, J. Streiff-Fenart, *Théories de l'ethnicité*, Paris, PUF, 1995 ; M. Martiniello, *L'ethnicité dans les sciences sociales contemporaines*, Paris, PUF, 1995 ; R. Breton, *L'ethnopolitique*, Paris, PUF, 1995.

² Cf. J.-L. Amselle, *Ethnies et espaces : pour une anthropologie topologique*, in J.-L. Amselle, J.L. Amselle C. M'Bokolo, *Au cœur de l'ethnie*, Paris, La Découverte, 1985, p. 14.

aujourd'hui que l'ethnicité ne se définit pas à partir de caractères objectifs – ne fussent-ils même que culturels – mais par la construction politique et sociale des différences. Même s'ils heurtent des idées reçues actuellement en France sur le sujet, plusieurs faits l'attestent. Les sentiments ethniques peuvent s'accommoder de contenus culturels changeants (exemple des Noirs américains s'islamisant). L'ethnie n'est pas nécessairement fondée sur l'homogénéité : une même ethnie peut connaître d'importantes variations culturelles en son sein. Elle n'est pas non plus ancrée dans l'isolement géographique et social. Au contraire, elle ne prend forme qu'au sein d'un tissu de relations entre des groupes qui s'interpénètrent, ainsi que l'ont montré de nombreux travaux anthropologiques. D'ailleurs, dans le monde moderne, le développement des contacts n'a pas produit majoritairement l'uniformisation prédite par les théories assimilationnistes, mais bien souvent le renouveau des phénomènes identitaires.

Cette nécessaire déconstruction de la perception française de l'ethnie n'implique pas pour autant la fluidité totale du concept. Comme le note M. Martiniello, la formation de l'ethnicité dépend aussi au niveau macrosocial de contraintes objectives : la division sociale du travail et le marché du travail (ils peuvent affecter prioritairement certaines catégories ethniques à certaines tâches) ; les politiques étatiques (la définition de groupes cibles pour l'allocation de ressources peut prendre en compte l'appartenance ethnique des individus) ; l'influence des médias et des intellectuels, qui peut contribuer à l'importance de l'ethnicité en en faisant un outil d'analyse. Enfin on notera que l'identification ethnique ne conduit pas fatalement au conflit. Le drame yougoslave ne doit pas faire oublier des exemples plus positifs de coexistence ethnique tels que la vivent des États comme la Suisse, la Belgique, les Pays-Bas, les États scandinaves, l'île Maurice, la Polynésie française, etc. De même, on remarquera que le communautarisme n'est pas nécessairement l'antithèse de l'intégration : une communauté n'est pas toujours fermée par rapport à la société englobante et peut au contraire faire office d'instrument médiateur (comme le montre l'exemple des Asiatiques en France). L'appartenance communautaire n'opère pas non plus obligatoirement l'incarcération de l'individu en son sein. Au contraire, les théories de la « nouvelle ethnicité », comme celles du [p. 26] pluralisme juridique¹ insistent sur le fait que tout individu possède des appartenances multiples et les combine de façon changeante en fonction de ses intérêts.

Ces quelques remarques ont pour but de montrer le caractère excessivement négatif de l'ethnie dans la culture française, à la fois intellectuelle et populaire : *l'ethnie, c'est les autres*. On ne dissimulera pas pour autant qu'elle peut aussi conduire au pire, comme en témoigne l'accroissement des conflits ethniques dans notre monde (ils auraient fait 20 millions de victimes depuis le second conflit mondial et concerneraient la moitié des États ; 10% des États seulement seraient ethniquement homogènes). Véritable Janus, l'ethnie ne peut contribuer à la

¹ Cf. J. Vanderlinden, Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique, *RRJ*, 1993-2, 573-583.

pacification sociale et à l'enrichissement culturel qu'à certaines conditions. Un régime politique démocratique, juste régulateur des différences ; la réduction des inégalités sociales et économiques, dont l'ampleur peut conduire au repliement identitaire et à la haine de l'Autre ; la croyance que, si des valeurs universalisables à valeur de pacte entre groupes culturellement différents sont envisageables, celles-ci ne tomberont pas du ciel et ne pourront résulter que d'un travail commun de reconstruction opéré à *partir* des différences culturelles, et non de leur négation.

On conclura donc à la nécessité de se tenir à distance des positions extrêmes ¹. Car l'ethnicité peut servir de référent à des situations et politiques très différentes.

Soit elle consiste dans une stigmatisation négative imposée de l'extérieur à des individus ou à des groupes (législations antisémites). Contraire aux droits de l'Homme comme au principe républicain d'égalité civique, cette perversion doit être sans hésitation condamnée. Soit elle consiste dans une légitime auto-affirmation du sujet qui demande que soit reconnu et protégé son droit à des spécificités culturelles, dans le cadre des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, soit à titre individuel, mais éventuellement aussi au titre de droits collectifs. L'ethnie n'existe alors que dans la mesure où elle est dite et vécue comme telle. Deux hypothèses sont dès lors possibles. En raison de circonstances historiques propres, de l'attitude des [p. 27] autres groupes minoritaires ou de la société dominante, ou de l'influence de mouvements dont l'idéologie est contraire aux exigences minimales de la démocratie, l'ethnicité peut dégénérer dans la fermeture et le repli identitaires, et engendrer ou renforcer le racisme en réaction. Là encore, il s'agit d'une perversion condamnable. Ou bien, ce que l'on souhaite, elle est utilisée par ceux qui la vivent et ceux qui la pensent comme un outil de conjugaison entre démocratie et pluralisme, d'équilibrage entre différences et unité.

Rendre compte de l'élaboration du droit des minorités et des autochtones n'est donc pas chose facile : beaucoup de définitions sont absentes ou peu sûres, l'emploi de certains concepts est tronqué, les positions des acteurs sont souvent divergentes et parfois conflictuelles. Les anthropologues de la parenté connaissent ce vertige : il leur arrive de l'éprouver face à la variété des agencements qu'ont su concevoir les sociétés humaines. Cette diversité ne traduit-elle qu'un état chaotique, ou un ordre subtil mais efficace ? Tout l'effort de C. Lévi-Strauss a consisté à mettre à nu des structures au sein de l'enchevêtrement des modes d'alliance et de filiation. Notre objet peut-il lui aussi être rationalisé ?

¹ L'analyse de l'ethnicité opérée par M. Wieviorka est à ce titre exemplaire (cf. M. Wieviorka, *La démocratie à l'épreuve. Nationalisme, populisme, ethnicité*, Paris, La Découverte, 1993, p. 97-156).

9 LES HYPOTHÈSES GLOBALES. – Aux moments d'interrogation sur le présent, la tentation est grande de se retourner vers l'histoire, ce silo d'expériences. L'historien ne peut se contenter d'être le copiste du passé. Comme le disait Polybe il y a plus de deux mille ans : « L'objet propre de l'histoire est premièrement de connaître les discours véritables, dans leur teneur réelle, secondement de se demander pour quelle cause a échoué ou réussi ce qui a été dit ou ce qui a été fait, puisque la narration brute des événements est quelque chose de séduisant, mais d'inutile, et le commerce de l'histoire ne devient fructueux que si l'on y joint l'étude des causes... »¹ Pourtant, à la différence du sociologue et de l'anthropologue, l'historien répugne à théoriser les résultats de ses enquêtes. Sans doute parce que l'établissement attentif des faits auquel l'oblige sa discipline l'incline à croire en l'extrême difficulté de la méthode comparative. Pour dégager des lois, il faut constater des phénomènes répétitifs en partant de conditions initiales identiques, situation fort rare en histoire. La prudence est d'autant plus nécessaire lorsqu'on envisage d'inciser le passé avec des instruments modernes : le concept de minorité n'est pas tel quel facilement transposable dans des époques lointaines². Il nous faudra cependant tenter de répondre à cette question dans le premier chapitre de cet ouvrage : minorités et autochtones font si souvent référence à l'histoire que celle-ci doit être sollicitée. Observons seulement de façon liminaire que parmi les ensembles politiques les plus vastes et les plus durables, beaucoup étaient fondés sur la reconnaissance des particularismes. Rome édifia un empire pluriculturel ; après la chute de l'Empire d'Occident, ce fut l'instauration d'un pluralisme juridique ethnique (la personnalité des lois) qui, en fait, et à long terme, permit l'intégration de populations d'origines et de cultures différentes. Une des raisons de l'extraordinaire expansion de l'islam après la mort du Prophète tient sans doute au fait qu'il sut se plier aux conditions locales quand c'était nécessaire. En sens inverse, on opposera que l'empire hellénistique d'Alexandre, pourtant fondé sur le mélange des cultures, a échoué, et que la France s'est construite par la victoire de l'État central sur les cultures périphériques. Ces constats ne sont qu'apparemment contradictoires. Aucun phénomène complexe ne peut s'expliquer par l'action d'un seul facteur. C'est pourquoi le multiculturalisme, pas plus que l'assimilation, pris isolément, ne sont des élixirs de longue vie. Ils s'intègrent à d'autres données dont seul l'assemblage est significatif. Une théorie générale de cette complexité reste à faire. On se bornera à signaler ici quelques pistes.

¹ Polybe, *Histoire*, XII, 25 b, p. 1-4.

² G. Duby s'est posé la même question en abordant l'histoire sur une longue période de la « vie privée » concept né au XIX^e dans quelques régions d'Europe, et n'a cependant pas jugé la tâche impossible (CE G. Duby, Préface à P. Aries, G. Duby (dir.), *Histoire de la vie privée*, I, Paris, Le Seuil, 1985.

La première, ouverte par M. Alliot ¹, est celle du parallélisme entre les façons de se représenter l'univers et le droit : penser Dieu ou son absence, c'est penser aussi le droit et son rôle. Les sociétés monothéistes sont habituées à l'idée d'un Dieu tout-puissant, tirant l'homme et l'univers du néant, et lui faisant connaître sa volonté par une Révélation, accompagnée ou non de son incarnation. En découle une conception non seulement unitaire, mais uniformisante et hiérar-[p. 29] chisée de la vie sociale, et la confiance en des règles de droit imposées par une autorité extérieure. Dans les pensées animistes, le dieu créateur se démultiplie en des forces plurielles, et le droit n'est conçu que comme un mode de régulation social parmi d'autres, au sein de sociétés constituées de groupes différents mais complémentaires. Dans les philosophies asiatiques inspirées du confucianisme, il n'y a ni dieu, ni création, et le recours au droit et au juge est infamant. Tout doit être accompli suivant les rites inculqués par l'éducation ; le règlement des conflits doit être négocié plutôt que dicté. Les modèles monothéistes partageraient donc une vision du monde moins favorable que les autres aux minorités, dans la mesure où ils seraient moins pluralistes. Bien entendu, l'histoire intervient pour affecter plusieurs déclinaisons au même modèle. La France concentre des traits monothéistes en raison de l'influence de l'État, dans sa construction ; les pays anglo-saxons, largement gagnés par le protestantisme, beaucoup moins monolithique que le catholicisme, cèdent à l'État moins de pouvoirs et s'affirment différentialistes ; l'islam ne connaît qu'un pluralisme... hiérarchisé, où les croyants l'emportent sur les « protégés » et les païens.

Plus récemment, E. Todd a indiqué une autre voie ² : celle du parallélisme entre l'agencement des structures familiales et le choix d'un type de rapports entre les groupes humains. Les hiérarchies parentales inégalitaires favoriseraient des comportements différentialistes, tolérants (monde anglo-saxon) ou non (Allemagne). Les hiérarchies parentales égalitaires feraient pencher en faveur de l'assimilation (cas de la France). L'explication est séduisante, elle peut cependant être réductrice. D'autres facteurs, dus à la contingence historique, interviennent également. La France connaissait sous l'Ancien Régime des systèmes familiaux égalitaires au centre (et sur une fraction du littoral méditerranéen), et inégalitaires sur ses périphéries : l'issue n'était donc pas sûre. Le fait que sa construction politique se soit opérée à partir du centre et le contenu des idéaux révolutionnaires ont puissamment joué.

Une autre direction est signalée par J.-W. Lapierre ³. Celui-ci s'inscrit en faux contre les théories de P. Clastres, pour lequel l'invention [p. 30] de l'État est une des pires régressions qu'ait connues l'humanité : elle serait le signe d'une division de la société entre dominants et dominés. J.-W. Lapierre mène une minutieuse

¹ Cf. M. Alliot, L'anthropologie juridique et le droit des manuels, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 24 (1983), p. 81 sq. Pour un résumé, voir N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 401-407.

² Cf. E. Todd, *Le destin des immigrés*, Paris, Le Seuil, 1994.

³ Cf. J.-W. Lapierre, *Vivre sans État ?* Paris, Le Seuil, 1977.

enquête de type comparatif pour essayer de comprendre les raisons de l'apparition de l'État. Son explication est de type complexe : aucun facteur pris isolément n'y suffit. Mais l'un est déterminant, et réside dans le degré d'hétérogénéité qu'atteint une société sous l'effet de phénomènes externes (guerres, migrations) ou purement internes. L'invention de l'État serait une réponse à la menace de dislocation qu'engendrerait la montée de l'hétérogénéité : *a contrario*, les sociétés qui n'ont pas opéré cette mutation ont souvent disparu. L'État serait donc une formulation du principe d'unité, opérée sous la pression des circonstances. Observons seulement que si la théorie est avérée, elle ne signifie pas que l'État doive nécessairement engendrer l'uniformité, ni qu'il soit l'ultime réponse à l'hétérogénéité dont soit pour toujours capable l'humanité.

Citons enfin les théories du pluralisme juridique ¹. Bien que diverses, elles s'accordent sur le fait que l'État n'est pas la seule source du droit. Certains groupes sociaux peuvent engendrer d'authentiques systèmes juridiques ; chaque individu étant affilié à plusieurs groupes peut ainsi jouer de plusieurs de ces systèmes. Ces théories sont évidemment favorables aux minorités et autochtones. Les résistances que peuvent leur opposer les États au nom du droit deviennent en fait celles d'un droit, fût-il officiel. Les coutumes et autres « usages » (termes affectés traditionnellement d'un coefficient juridique beaucoup plus faible que celui de la loi) de ces groupes apparaissent alors comme tout aussi juridiques que les codes et les constitutions. Les revendications politiques des minorités et autochtones sont dès lors lestées du poids juridique qui pouvait leur faire défaut. D'autres conséquences sont non moins importantes. L'affirmation éventuelle par les États des particularismes des minorités et autochtones a un effet reconnaissant beaucoup plus que déclaratoire : leurs droits existaient avant même d'être officiellement constatés. D'autre part, en cas de conflit entre les normes des autochtones ou des minorités et celles du droit de l'État, la position des premiers s'en trouve renforcée, même si de façon ultime l'établissement d'une hiérarchie des normes, plus ou moins souple (même le droit français connaît la notion d'ordre public atténué), paraît inévitable.

Enfin, le pluralisme juridique permet aux minorités et autochtones de revendiquer plus facilement une double appartenance : à leur système juridique propre, et à celui de l'État. Cette inscription duale est pour eux vitale. Elle leur permet à la fois de réinterpréter et d'inventer leur identité, de participer à l'élaboration des décisions les concernant, et de s'inscrire dans l'ensemble plus vaste de l'État au sein duquel l'histoire les a placés. Elle est la meilleure garantie contre l'apartheid et la ségrégation, et préfigure un droit qui ne devrait plus être seulement celui des minorités, mais des interactions entre minorités et majorités.

Au cours de l'histoire, plusieurs sociétés se sont plus ou moins rapprochées de cet idéal pacifique qui pourrait être une nouvelle dimension de la démocratie. À vingt siècles de distance, les mots de Cicéron provoquent encore en nous

¹ Pour un résumé, voir N. Rouland, *op. cit.*, p. 74-98.

l'émotion et incitent à l'espoir : « Je pense qu'il y avait pour lui [Caton] comme pour tous les gens des municipes ¹, deux patries : une patrie de nature, une patrie de citoyenneté [...] nous considérons comme patrie celle où nous sommes nés aussi bien que celle qui nous a accueillis. Mais il est nécessaire que celle-là l'emporte dans notre affection par laquelle le nom de "République" est le bien commun de la cité entière. C'est pour elle que nous devons mourir, c'est à elle qu'il faut nous donner tout entiers, en elle qu'il faut déposer et pour ainsi dire sanctifier tout ce qui nous appartient. Mais la patrie qui nous a enfantés ne nous est guère moins douce que celle qui nous a accueillis. C'est pourquoi, jamais je n'en viendrai à lui dénier absolument le nom de ma patrie, encore que l'une soit plus grande et que l'autre soit renfermée dans la première – étant bien entendu que tout homme, quel que soit l'endroit où il est né, participe à la cité et la conçoit comme unique. » ²

10 PLAN DE L'OUVRAGE. – L'antique message nous incite à d'abord nous pencher avec J. Poumarède sur l'histoire du droit des minorités, saisie dans l'ampleur des statuts accordés par les [p. 32] cités, empires et États de l'Occident aux messagers de l'altérité, des métèques aux aubains en passant par l'irréductible peuple juif. Ce dernier mis à part, la religion n'est souvent qu'un marqueur identitaire parmi d'autres, avant de devenir un facteur primordial du fait minoritaire dans l'Europe des nations. En Islam la croyance au Dieu unique est d'emblée l'axe qui entraîne le monde et le stratifie, tandis qu'en Chine se déroulent d'autres expériences.

Puis nous aborderons le monde contemporain. S. Pierré-Caps étudiera le droit international actuel après avoir mis à jour ses fondements historiques. Il nous ramènera ensuite en Europe où, dit-on, d'anciens clivages s'abolissent : un ordre juridique nouveau concernant les minorités s'y élabore-t-il ? La même question sera posée à propos de la France, *a priori* rebelle à cette idée, mais moins intransigeante qu'il n'y paraît.

Puis nous consacrerons ³ une dernière partie au droit des peuples autochtones. Après en avoir retracé l'émergence historique, nous l'envisagerons sur le plan international, en Europe, et dans le cadre de la France d'outre-mer. Il nous reviendra alors de conclure en nous demandant si Montesquieu, cher à la pensée française et aux constitutionnalistes, avait raison d'écrire : « Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits [...] mais qui frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnaissent, parce qu'il est impossible de ne pas découvrir les mêmes poids

¹ Les municipes sont les cités conquises par Rome, qui bénéficient d'un statut d'autonomie. Moyennant une participation aux charges militaires et financières communes, elles gardent leurs magistrats, leurs assemblées, leurs cultes, et parfois leur langue propre.

² Cicéron, *Les lois*, II, 5.

³ Dans cet ensemble, N. Rouland a rédigé les développements relatifs au statut des autochtones (troisième partie), ainsi que ce chapitre introductif et la conclusion générale.

dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'État, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos sans exception ? Le mal de changer est-il toujours moins grand que le mal de souffrir ? et la grandeur du génie ne consisterait-elle pas à savoir dans quels cas il faut l'uniformité, et dans quels cas il faut des différences ? [...]. Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ? » ¹

¹ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, XXIX, 18.

[p. 33]

PREMIÈRE PARTIE

APPROCHE HISTORIQUE

DU DROIT DES MINORITÉS

ET DES PEUPLES

AUTOCHTONES

[Retour au sommaire](#)

11 L'ALTÉRITÉ ET LES MINORITÉS. – Tenter une approche historique du droit des minorités peut paraître une gageure difficile à tenir. Si l'on considère que le terme de minorités est consubstantiel à l'idée d'État et ne concerne que des groupes de nationaux qui, au sein d'une population dominante, possèdent et cherchent à préserver des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques propres, la démarche risque de tourner court. À l'aune de l'histoire, l'émergence de l'État moderne est relativement récente et la reconnaissance des minorités et de leurs droits l'est bien davantage, si tant est qu'elle ait eu lieu.

Mais si, faisant abstraction de la question de l'État, on pose le problème plus globalement en termes d'altérité, l'horizon s'élargit considérablement et l'on peut ainsi étendre son regard jusqu'aux confins de l'histoire. En effet, toutes les sociétés se sont trouvées un jour confrontées à la présence de l'Autre, c'est-à-dire à l'installation sur leur territoire d'un groupe humain allogène venu à la suite d'une conquête, d'une migration, d'une circulation marchande. Toutes les sociétés ont connu aussi l'émergence en leur sein de l'Autre, c'est-à-dire d'un groupe différent, dissident, constitué à la faveur d'une rupture sociale ou culturelle, comme, par exemple, l'apparition d'une nouvelle croyance religieuse. Ces confrontations ont donné lieu à des phénomènes d'exclusion ou de coexistence, à des rapports d'égalité ou de domination que le droit est venu plus ou moins fixer et codifier.

Nous proposons d'adopter ici cette vision élargie du problème des minorités qui déborde sans doute le sens juridique précis que l'on donne aujourd'hui à ce

terme et inclut le statut de l'étranger installé, [p. 34] tel, par exemple, le « métèque » des cités grecques de l'Antiquité. Sans risquer en permanence l'anachronisme, elle permet de repérer dans le foisonnement de l'histoire des situations et des expériences minoritaires variées et originales, de décrire les processus de production et de gestion de ces phénomènes, de découvrir les racines lointaines de revendications ou de conflits toujours actifs.

En respectant une perspective chronologique, nous avons choisi d'insister sur certaines périodes et sur quelques sociétés pour éviter tout encyclopédisme forcément réducteur. Ainsi, le monde antique prolongé jusqu'à l'époque carolingienne offre une riche palette de situations intéressantes ; il sollicitera d'abord notre attention (chap. 1). Ensuite, dans le cadre du Moyen Âge occidental et de l'Époque moderne, nous présenterons principalement le cas français marqué par une affirmation précoce de l'État et un effort pluriséculaire d'unification nationale, sans nous interdire pour autant quelques excursions vers d'autres processus (chap. 2). Puis, on abordera, toujours sous l'angle historique, le sort réservé aux peuples autochtones d'Amérique soumis au choc de la colonisation et des vagues de peuplement venues d'Europe (chap. 3). Enfin, nous poserons un regard sur deux traditions juridiques non occidentales : le statut des minorités en pays d'Islam et la condition des peuples allogènes dans la tradition impériale chinoise (chap. 4).

[p. 35]

Chapitre 1

Les minorités dans l'Antiquité et le haut Moyen Âge occidental

Section I

De la Mésopotamie aux rives du Nil : la condition des étrangers

[Retour au sommaire](#)

12 MESQUINS ET HABIRÉENS DE MÉSOPOTAMIE. – En Mésopotamie, dans les cités-États de Sumer et d'Akkad, au III^e millénaire, il ne semble pas que l'on puisse repérer dans le vocabulaire comme dans l'écriture cunéiforme la trace de groupes allogènes au sein de la population libre. L'étranger est assimilé à « l'adversaire », « l'ennemi ». Ainsi en sumérien, les deux mots *kur* et *bar* expriment ces deux idées et les deux idéogrammes correspondant sont formés de clous croisés à des angles différents qui symbolisent ainsi l'hostilité, la défaveur. D'autre part, le signe simple qui signifie « esclave » est souvent surchargé par le signe *kur*, ce qui permet de supposer que l'esclave était principalement un captif étranger. Entre les puissantes cités sumériennes, l'état de guerre était, en effet, une réalité presque permanente que révèle l'abondance des stèles célébrant tel ou tel événement militaire. Sur la stèle des vautours, conservée au Louvre, le roi de Lagash, Eannatum, magnifie sa victoire sur la cité voisine et rivale d'Umma. Il défile en tête de ses troupes qui piétinent les vaincus. Sur l'autre face, le dieu Ninguisu, capture les ennemis du roi de Lagash dans un vaste filet. En l'absence de données plus explicites on peut supposer que la population des cités sumériennes du III^e millénaire était relativement homogène et que les seuls étrangers que l'on pouvait y rencontrer étaient des prisonniers de guerre réduits en esclavage.

Dans les premières codifications du début du II^e millénaire, vers [p. 36] 1950-1850 av. J.-C., (lois d'Esnunna, Code d'Hammourabi), on observe une structure sociale déjà plus diversifiée. Entre la classe la plus nombreuse de citoyens libres (*awilum*) composée de propriétaires ruraux, d'artisans urbains, ou de commerçants, et celle des esclaves (*wardum*) relativement importante, se trouve une catégorie minoritaire, les *muskenum*. Ce terme, qui par l'arabe a donné notre « mesquin », désigne une classe intermédiaire qui ne possède pas le droit de cité, c'est-à-dire le droit de participer à la vie municipale, de siéger au collège des Anciens et d'occuper les charges publiques. Les mesquins étaient des sujets de droit, ils avaient le même statut familial et patrimonial que les *awilum*, mais leur situation inférieure est révélée par le rang des compositions qui frappaient les auteurs de faits délictuels dont ils pouvaient être victimes. Tandis que la peine du talion s'appliquait lorsque la victime était un citoyen, le *muskenum* n'avait droit qu'à une mine d'argent pour les blessures graves qui lui étaient infligées. En revanche la protection de ses biens faisait l'objet de dispositions expresses, alors que le Code omettait de prévoir le vol commis au détriment d'un citoyen. Cette apparente contradiction a été interprétée comme une preuve supplémentaire de son état d'infériorité qui aurait rendu nécessaire l'édiction de textes spécifiques, la protection des biens des citoyens étant suffisamment établie par la coutume. Plusieurs auteurs en ont tiré l'hypothèse que la classe des *muskenum* (mesquins) s'était constituée de manière relativement récente à partir d'esclaves affranchis et d'étrangers.

La formation de principautés territoriales et surtout la première unification politique de la Mésopotamie sous l'égide d'Hammourabi (*Hammurapi*, 1728-1686 av. J.-C.) ont certainement pacifié les rapports entre les cités et favorisé la circulation des personnes. Des groupes d'étrangers ont pu ainsi se constituer dans les villes, sans obtenir pour autant le droit de cité, mais bénéficiant des libertés élémentaires, dûment reconnues par le pouvoir royal en contrepartie, peut-être, d'un lien de dépendance spécial envers le souverain.

Les documents cunéiformes de l'époque assyrienne mentionnent l'existence de groupes d'individus désignés par le nom collectif d'*habiru*. L'origine de cette population a suscité la curiosité des chercheurs, et certains ont voulu y voir un seul et même peuple identifié aux anciens Hébreux. Mais cette hypothèse se heurte au fait que l'on rencontre ces *habiru* un peu partout dans le Proche-Orient du II^e mil-[p. 37] lénnaire et leur onomastique révèle des provenances très variées. Il s'agit plus probablement de populations déracinées par les multiples conflits qui agitent les royaumes au cours de cette période. Parfois assimilés à des brigands, ces « habiréens » forment des bandes armées qui se mettent au service des souverains qui les recueillent ; les pharaons d'Égypte les ont utilisés dans leur lutte contre l'Empire hittite.

Dans les villes où ils s'installent, les réfugiés donnent parfois leur nom à un quartier ; ils entrent aussi au service de riches particuliers. Ainsi, d'après les textes découverts dans la cité de Nuzi, tous les « habiréens » recensés sont des serviteurs des citoyens nuzistes. Ils sont employés selon des contrats de travail à temps ou

viagers, que l'on a retrouvés en assez grand nombre. Ils reçoivent de la nourriture et des vêtements, mais des peines pécuniaires et même des mutilations punissent la rupture du contrat par le serviteur, à moins que celui-ci ne fournisse un remplaçant. Ces étrangers immigrés occupent la plus basse classe des hommes libres et ne peuvent vivre que dans la condition de serviteurs ou de mercenaires ; on ne rencontre pas d'habiréens exerçant un métier indépendant. Mais leur intégration à la population autochtone paraît possible, au bout d'une ou deux générations. Ainsi, on trouve au XII^e siècle un personnage qui porte un nom kassite occupant une charge importante à la cour d'un souverain assyrien ; le document le désigne comme l'habiréen, « fils de réfugié ».

13 L'EXIL À BABYLONE. – À la basse époque, l'expansion de l'Empire babylonien accentue les brassages de population et provoque des déportations massives. La plus célèbre est, sans doute, l'exil des juifs à Babylone après la prise de Jérusalem par Nabuchodonosor et la destruction du premier Temple (586). D'après les récits bibliques, corroborés par les archives babyloniennes, seuls les Grands furent retenus en captivité à la cour de Babylone. Des bons de vivres portent les mentions : « Pour Yahukino, roi de Juda.... pour les cinq fils du roi..., pour huit juifs. » La masse des exilés, estimée à environ 50 000 individus fut installée sur les bords de l'Euphrate dans des villages de colons. Ils étaient astreints à la corvée sur les terres domaniales et subissaient le statut de *quatinu*, d'étrangers aux droits limités. Mais quelques colons purent cependant acquérir une certaine aisance, possédant esclaves et serviteurs. Des pratiques communautaires sous l'autorité d'une hiérarchie propre et l'organisation d'un culte synagoga ont maintenu l'identité des exilés jusqu'à leur délivrance par les conquérants achéménides, conduits par Cyrus. Le retour à Sion n'entraînera qu'une partie de la population déportée ; une communauté restera établie à Babylone formant ainsi la souche de la première diaspora juive.

Sous la domination perse, les diverses minorités asservies par Babylone vont obtenir une relative autonomie, conformément à une politique délibérée des souverains achéménides. La diaspora juive dispose d'une entière liberté de culte et paraît suffisamment intégrée pour que l'on retrouve quelques-uns de ses membres dans l'entourage du Grand Roi, comme en témoignent les histoires de Nehémie, de Daniel, de Mardochée et de sa nièce Esther. Bien d'autres groupes ethniques bénéficient de situations comparables. Ainsi, après la conquête de l'Égypte par Cambyse, les Égyptiens sont nombreux à s'établir en Mésopotamie ; leur colonie occupe à Babylone un quartier entier et s'administre librement par un conseil des Anciens. Mais entre tous les éléments allogènes venus des quatre coins de l'Empire et les populations autochtones, il règne, semble-t-il, une égalité juridique qu'attestent les fréquents mariages mixtes. Ainsi sous Darius, on rédige à Babylone, selon le droit babylonien, un contrat de mariage entre un Perse et la fille d'un Égyptien, parmi les témoins figurent des Babyloniens, un Égyptien, un Araméen et deux Perses. Mieux encore, il semble que tous les sujets de l'Empire, quelles que soient leurs origines ethniques, soient également aptes à exercer les

emplois publics ; d'après les tablettes de Nippur (fin V^e siècle), l'onomastique des fonctionnaires révèle une minorité de noms perses, à côté de patronymes de Babyloniens et de non-Iraniens. À l'intérieur du vaste Empire achéménide, l'effet intégrateur de l'unification politique a réussi à opérer la fusion des races dans la condition commune de sujet du Grand Roi.

Section II

Égypte et Israël

[Retour au sommaire](#)

14 LES COLONIES ÉTRANGÈRES EN ÉGYPTÉ. – L'apparition de colonies étrangères dans l'Égypte pharaonique est encore plus tardive que dans les Empires suméro-akkadiens. La prodigieuse civilisation, qui s'est développée après la réunion des royaumes de Haute- et Basse-Égypte et la fondation de la capitale Memphis, ne doit pratiquement rien à des apports extérieurs. Les souverains des dynasties memphites de l'Ancien Empire se sont seulement préoccupés de maintenir à distance les peuplades environnantes : Lybiens à l'ouest et Bédouins à l'est. Ils entreprirent au sud contre les Soudanais de nombreuses expéditions qui leur procurèrent de gros butins en hommes et en bétail. Sous Pepi II, un gouverneur d'Éléphantine ramena d'une expédition au Soudan un pygmée « qui savait danser la danse du dieu » ; on a conservé la lettre royale qui accuse réception du message du gouverneur ; elle énumère les précautions à prendre pour qu'il ne soit fait aucun mal à ce nain si extraordinaire. Il n'en demeure pas moins que les Égyptiens de cette époque répugnaient à laisser s'installer librement des étrangers sur leur territoire.

L'Égypte ne sort de son relatif isolement qu'après l'invasion hyksos qui livra le delta à l'occupation des conquérants d'origine asiatique (~ 1700 à ~ 1530). Pour prévenir de nouvelles invasions, les souverains de la XVIII^e dynastie s'engagèrent dans une politique d'extension du Nouvel Empire qu'ils avaient fondé. Les conquêtes de Thoutmosis I^{er}, et de ses successeurs permettent à l'Égypte d'établir un protectorat sur les principautés de Syrie et du pays de Canaan, ainsi que sur les ports des côtes de Phénicie. Au sud le pays nubien est conquis jusqu'à la quatrième cataracte. C'est le pharaon Thoutmosis III qui installe à la frontière de l'Égypte un service chargé de noter toutes les personnes qui entraient dans le pays et qui en sortaient. La conservation d'une partie des archives de ce service permet d'observer une intensification des échanges ; De très nombreux marchands étrangers circulaient librement en Égypte sous la protection de traités conclus entre le pharaon et les princes dont ils étaient les ressortissants. Ainsi ce traité de commerce passé entre Aménophis IV et le roi d'Alasia (Chypre) qui accordait aux marchands chypriotes l'exemption des droits de douane contre l'importation d'une certaine quantité de cuivre et de bois. Ces traités permettaient aux souverains de

contrôler aussi les émigrations politiques. Un traité égypto-hittite, signé par Ramsès II, stipule que le roi de Hati n'acceptera pas sur son territoire de réfugiés égyptiens, en contrepartie le pharaon s'engage à extradier les réfugiés hittites.

Il n'en demeure pas moins qu'au cours du règne des XVIII^e et [p. 40] XIX^e dynasties, qui constituent l'apogée de l'Empire, de nombreux étrangers s'installent en Égypte, forment des colonies et bénéficient de la liberté d'exercer leurs activités principalement marchandes ainsi que leurs cultes : les Syriens sont particulièrement présents et se spécialisent dans les opérations bancaires. Comme tout Égyptien, les étrangers étaient inscrits sur les registres de l'état civil sous leur nom d'origine, avec maintien de leur nationalité, mais l'administration leur attribuait en outre un nom égyptien.

15 ISRAËL EN ÉGYPTÉ. – Est-ce dans ce contexte historique qu'il faut situer le séjour des Hébreux en Égypte ? La Bible (Genèse 37-50) évoque l'histoire de Joseph, fils de Jacob, qui, vendu par ses parents, fut emmené en Égypte, où il devint le vizir du pharaon et favorisa l'installation du clan de Jacob dans le pays de Gessen au nord-est du delta. Face à la tradition orthodoxe qui admet le récit biblique dans son entier, une partie de la critique exégétique doute aujourd'hui de son historicité et fait valoir notamment qu'aucune source égyptienne connue ne mentionne le séjour en Égypte des Hébreux. Un séjour qui a dû pourtant durer suffisamment longtemps – entre deux et quatre siècles, selon l'exégèse rabbinique – pour que la postérité de Jacob ait pu engendrer les douze tribus du peuple d'Israël. Indépendamment du récit de l'Exode qui fait, lui aussi, une large part au merveilleux (les dix plaies d'Égypte, la noyade de l'armée du pharaon dans la mer Rouge), l'histoire de Joseph pourrait être datée d'une époque beaucoup plus tardive. Il s'agirait d'un roman conçu aux VI^e-V^e siècles au sein d'une communauté de juifs, réfugiés en Égypte à l'époque des invasions assyriennes ou de la déportation à Babylone, dans le but de fournir à cette diaspora une identité et un père fondateur. Il est un fait qu'à cette époque, qui correspond à la renaissance saïte (XXVI^e dynastie) après la terrible invasion d'Assurbanipal, les communautés juives sont nombreuses en Égypte et assez bien connues ; notamment une colonie militaire installée par les pharaons dans l'île d'Éléphantine pour protéger la partie méridionale du Royaume. Les archives araméennes nous montrent ces « judéens » (*youdin*) pratiquer le shabbat et la Pâque, et même posséder un temple, tout en se mêlant aux Égyptiens, en passant avec eux des contrats et même, semble-t-il, en nouant des mariages mixtes. Il est possible que cette situation n'ait pas été bien vue par les tenants [p. 41] de l'orthodoxie juive réinstallée à Jérusalem après l'Exil. L'histoire de Joseph serait donc à l'origine un récit légendaire destiné à montrer que des juifs pouvaient vivre et même réussir en terre étrangère, et ce n'est que plus tard (IV^e siècle) qu'elle aurait été intégrée dans la rédaction finale du Pentateuque, entre le livre des Patriarches et l'Exode pour concilier toutes les traditions des diverses communautés juives. Quoi qu'il en soit, la colonie d'Éléphantine (*Yeb* en araméen) disparaîtra au cours d'une insurrection d'Égyptiens sous la domination perse, après la destruction de son temple. On

retrouvera une puissante diaspora juive en Égypte à l'époque hellénistique, mais il convient d'évoquer maintenant les raisons juridiques pour lesquelles, le peuple d'Israël s'est trouvé si souvent au cours de l'histoire dans la situation d'incarner le phénomène minoritaire.

Il ne s'agit pas d'analyser ici les fondements si complexes de l'identité juive, mais il est bien évident que le monothéisme en constitue à la fois l'élément essentiel et le principe de séparation avec les peuples païens. Aussi ne doit-on pas s'étonner de constater que le droit hébraïque ait défini de manière stricte les rapports avec les étrangers. Seuls adeptes du vrai Dieu, les Israélites ont eu à l'égard de l'étranger une attitude de défiance, voire même d'hostilité. Sans doute, le Deutéronome rappelle-t-il le devoir d'hospitalité envers l'étranger de passage et prescrit le respect des droits personnels de celui qui réside. Mais des restrictions lui sont imposées : il ne bénéficie pas de la rémission au bout de sept ans de la servitude pour dettes, ou de la prohibition du prêt par intérêt, et surtout il ne peut accéder à la propriété foncière. Les relations trop suivies avec des étrangers font courir le risque de perdre la foi en un Dieu unique et de tomber dans l'idolâtrie. Ce sont les mariages mixtes qui sont les plus redoutés, car ils sont perçus comme une menace pour l'identité juive. C'est pour l'avoir oublié que, d'après la Bible, les Samaritains ont perdu la leur et sont retournés à l'idolâtrie. Pourtant dans le Livre saint lui-même, au temps des Patriarches comme à l'époque des Rois, il y eut des mariages avec des étrangères. Certains exégètes pensent que c'est dans la communauté du Retour, sous la direction de Néhémie et d'Ezra (ou Esdras) que furent sinon édictées du moins renforcées les règles imposant l'endogamie ainsi que les tabous alimentaires et les autres prescriptions rituelles destinées à prévenir toute possibilité d'assimilation des juifs par les peuples environnants. Malgré les extra-[p. 42] ordinaires vicissitudes qu'elle a traversées au cours des siècles, si cette nation est restée « à part » et a résisté à toute assimilation volontaire ou forcée, elle le doit certainement au strict respect des règles relatives au mariage et à la cachrouth (pureté).

Section III

Les représentations de l'altérité dans la Grèce antique

[Retour au sommaire](#)

La Grèce antique nous a légué deux qualificatifs d'altérité : barbare et métèque qui ont dans notre langue une forte charge péjorative. Sans avoir exactement la même connotation, ces termes n'en étaient pas moins des marqueurs d'exclusion mais à des titres différents.

16 LE MÉPRIS DU BARBARE. – Les Grecs se faisaient du monde habité une représentation circulaire et ethnocentrique. Au centre, l'*Omphalos* – le nombril du monde – qu'ils situaient à Delphes dans le plus prestigieux de leur sanctuaire ; autour, la communauté des Hellènes qui partageaient la même langue, les mêmes dieux, la même civilisation ; à l'extérieur, aux extrémités du monde, les « Barbares ». Ce terme s'appliquait aussi bien aux Perses qu'aux Phéniciens et Égyptiens, aux Carthaginois, aux Étrusques que, plus lointains encore, aux mythiques Éthiopiens d'Afrique ou aux Hyperboréens de l'extrême Nord ; il désigne ceux qui ne parlent pas la langue des dieux et ne s'expriment que par borborygmes. Le Barbare est avant tout « l'étranger culturel » et le qualificatif ne s'applique pas à une race ou à un peuple déterminé, mais il s'accompagne certainement d'un sentiment de supériorité mêlé aussi d'une certaine crainte qui fut accentuée par les guerres médiques (490 à 478). La victoire des Grecs rassemblés contre l'ennemi venu d'Orient a sans doute renforcé à l'époque classique cette perception bipolarisée du monde. Le Barbare ne peut donc avoir d'autre statut dans le monde grec que celui « d'esclave » par nature, comme l'affirme Aristote. À Athènes comme dans les autres villes grecques, les esclaves sont essentiellement des non-Grecs qui sont souvent désignés par leurs noms [p. 43] ethniques. Mais il est important de souligner que si un jugement péjoratif est porté sur eux, c'est à cause de leur statut social et non à cause de la couleur de leur peau. On s'accorde à penser que les Grecs, pas plus que les Romains, ne furent sensibles à des préjugés racistes. Ainsi, par exemple, l'image de la négritude ne suscitait aucune répulsion et un passage de la *Métaphysique* (livr. I, 9) d'Aristote dans lequel le philosophe démontre que la différence entre Blanc et Noir n'a pas d'importance spécifique pour l'humanité, peut être considéré comme un des premiers grands textes antiracistes.

Dans les rapports entre Grecs, l'étranger proche, le *xenos*, connaît un sort plus favorable, mais qui a eu tendance à se dégrader. À l'époque archaïque, alors que les cités ne sont encore que des sociétés à maisons (*oikoï*) structurées sur un mode aristocratique et monarchique, les rapports avec l'étranger paraissent soumis aux lois de l'hospitalité. Les récits homériques abondent en situation où l'on voit des voyageurs naufragés ou des bannis, accueillis et nourris dans une maison étrangère, rattachés à un sanctuaire local en qualité de « suppliants », et même faisant souche en épousant la fille de leur hôte.

Au cours des VII^e et VI^e siècles, l'affirmation du concept de *polis* introduit un nouveau principe d'exclusion. Dans la mesure, où les Grecs s'organisent en une multitude de communautés d'hommes libres, possédant chacune une souveraineté sans partage, cimentée par des cultes particuliers, on voit partout s'ériger des frontières qui sont plus sociales que territoriales. Dans chaque cité, la qualité de citoyen transcende l'appartenance à la communauté hellénique et aux structures classiques anciennes, et détermine des droits et des devoirs qui donnent accès à des privilèges dont sont exclus les étrangers parce que non-citoyens. Désormais le statut des *xenoi* est tributaire des relations souvent tumultueuses que les cités entretiennent les unes avec les autres.

L'attitude la plus radicale fut adoptée par Sparte. À partir du milieu du VI^e siècle, cette cité, réputée pour la rigidité de ses mœurs, se ferme aux étrangers aussi complètement que possible. Ils ne peuvent y séjourner que sur autorisation spéciale du gouvernement. Il est exclu d'admettre leur installation et à plus forte raison leur admission dans le corps civique. Il s'agit de préserver la cité de toute contamination physique ou morale puisque les citoyens, eux-mêmes, ne peuvent la quitter sans autorisation.

[p. 44]

17 LE MÉTÈQUE DANS LA CITÉ. – Athènes et la plupart des autres cités se montrent moins sévères et la circulation des étrangers y est libre, leurs personnes et leurs intérêts sont protégés. Beaucoup connaissent l'institution de la *proxenia*. Le proxène est un citoyen résidant dans sa patrie, auquel les autorités d'une autre cité ont confié le soin de protéger leurs ressortissants. Cette sorte de consul honoraire, souvent à titre héréditaire, se charge de représenter les intérêts étrangers devant les assemblées et les tribunaux de sa cité, et bénéficie en contrepartie d'avantages personnels dans la cité qui l'a désigné. L'étranger peut donc s'installer à demeure et exercer une activité, et même contracter un mariage mixte, mais la propriété d'un bien foncier et les droits politiques lui sont refusés. Au VI^e siècle, Athènes se montre particulièrement accueillante et Solon, le premier, inaugure au cours de son archonte (594-593) une mesure de naturalisation collective qui sera renouvelée par la suite. Il est vrai que ces nouveaux citoyens fournissent à la cité les guerriers dont elle a besoin et aussi des clientèles aux différentes factions aristocratiques qui se disputent le pouvoir.

Au lendemain des guerres médiques, lorsque Athènes victorieuse prend la tête de la ligue de Délos, et jette les bases de son Empire maritime, les étrangers sont déjà très nombreux au pied de l'Acropole. Un mot nouveau apparaît pour désigner ceux qui, la prospérité aidant, se sont installés et ont fait souche : *metoikos* « *météque* », c'est-à-dire à la fois « celui qui habite avec » et « qui a changé de domicile » selon le double sens du préfixe *meta*. Ces métèques ont bien des titres à faire valoir pour mériter leur intégration dans la cité. Ils concourent amplement à sa richesse et certains d'entre eux ont aidé les Athéniens à repousser les Perses.

Pourtant c'est précisément au moment où Athènes s'ouvre à la démocratie qu'une célèbre loi, votée en 451, à l'instigation de Périclès, prononce l'exclusion des sang-mêlé. Désormais pour être citoyen et pour être capable de succéder et de contracter un mariage légitime, il faudra justifier d'une ascendance athénienne en ligne maternelle comme en ligne paternelle. Cette loi frappe directement les métèques en voie d'intégration, en les assimilant à des bâtards. S'en étonner serait oublier que les Athéniens du V^e siècle se font une conception très élitiste de la citoyenneté. Voter dans les assemblées, accéder aux magistratures rétribuées et bénéficier de divers avantages, dont la dis-[p. 45] tribution de blé gratuit n'est pas le moindre, sont des privilèges que l'on ne peut sans risque ouvrir au plus grand

nombre. Malthusianisme à l'intérieur et impérialisme à l'extérieur furent la part d'ombre d'un modèle politique tant admiré.

Les discriminations à l'égard des métèques ont persisté au moins jusqu'à la conquête macédonienne, mais elles n'ont pas eu d'influence sur leur situation économique. Beaucoup de métèques sont aisés, voire riches ; ils détiennent une bonne partie de la richesse mobilière en exerçant les professions de marchands ou de banquiers pour lesquelles les citoyens n'ont guère de goût ni de temps.

Leur prospérité profite à l'ensemble de la cité puisqu'ils paient en plus d'un impôt ordinaire, une taxe de résidence (*metoikion*) qui a un caractère reconnaissant. Certains peuvent même aspirer à quelques honneurs par des bienfaits (évergétisme) en faveur de la Cité. Les métèques peuvent aussi être enrôlés pour sa défense, mais seulement dans des corps subalternes. La liberté de culte leur est reconnue avec le droit d'association (*thiasé*) ; ils peuvent même participer à certaines cérémonies publiques comme la procession des Panathénées où ils sont admis comme porteurs, mais en matière judiciaire leurs causes civiles relèvent non de la justice populaire mais d'un magistrat unique, le polémarque, alors qu'au pénal ils sont traduits, comme les esclaves, devant le tribunal du Palladion. Curieux mélange de reconnaissance et d'exclusion qui maintenait cette population dans l'attente de faveurs individuelles accordées parcimonieusement par les autorités de la cité.

Sans suivre l'opinion aristocratique d'un Platon qui préconisait l'expulsion des métèques au terme de plus de vingt ans de résidence, ces mesures rejoignaient des préjugés populaires qu'exprime fort bien Aristophane en mettant dans la bouche d'un brave Athénien cette formule : « Les citoyens sont le froment de la cité et les métèques en sont le son. »

18 LE RÊVE D'ALEXANDRE. – On comprend mieux, dès lors, le choc que fut pour Athènes et les autres cités grecques la domination macédonienne. L'hégémonie que Philippe de Macédoine, ce demi-grec, réussit à imposer par la ruse et par la force, condamnait non seulement le régime démocratique, là où il existait encore, mais le système même des cités indépendantes. L'œuvre de son fils Alexandre [p. 46] fut encore plus extraordinaire. Si l'ampleur et la rapidité des conquêtes frappent l'imagination, l'audace des conceptions qui animent sa politique étonne bien davantage. Elles doivent, on le sait bien, beaucoup de choses à l'enseignement d'Aristote, son précepteur, qui avait été métèque à Athènes.

Alexandre fit certainement le rêve, qu'il tenta de réaliser, d'une monarchie universelle où il n'y aurait plus ni Grecs ni Barbares, mais tout simplement des hommes vivant en paix. Son ambition était d'associer l'hellénisme aux meilleurs apports des cultures orientales et pour cela il avait compris que la fusion des races et le syncrétisme étaient la meilleure des voies. Il en prêcha lui-même l'exemple en épousant successivement Roxane, princesse iranienne, puis la propre fille de Darius. En 324, au cours des « noces de Suse », il fit célébrer en une seule journée

le mariage de 10 000 de ses soldats gréco-macédoniens avec des Asiatiques. Les nombreuses villes portant son nom qu'il essaima à travers l'Empire devaient être des points de rencontre entre des colons venus de Grèce et de Macédoine et des populations indigènes ainsi que des lieux de diffusion d'une nouvelle culture urbaine, Alexandrie d'Égypte promise au rôle de capitale devenant elle-même le creuset de tous les syncrétismes culturels et religieux. Ce rêve grandiose n'a pas survécu à la mort d'Alexandre.

Section IV

Pragmatisme et esprit de tolérance à Rome

[Retour au sommaire](#)

Alors que dans le monde des cités grecques comme dans celui des royaumes et empires orientaux le comportement envers les étrangers fut souvent empreint d'hostilité et d'exclusion, l'attitude de Rome à leur égard fut plus accueillante et dans une assez large mesure tolérante.

Certes, dès ses origines, Rome eut avec ses voisins des relations souvent belliqueuses et c'est principalement par la voie de conquêtes que l'Italie est devenue « une propriété romaine », selon la formule de Polybe, puis la Méditerranée – *Mare nostrum* – le cœur d'un empire qui s'est étendu presque jusqu'aux confins du monde connu. Mais les [p. 47] Romains ont mené leur politique impérialiste sans jamais, ou presque, se départir d'un grand pragmatisme qui leur faisait privilégier les solutions les plus réalistes et d'un réel esprit de tolérance fondé moins sur la sympathie que sur une certaine indifférence envers autrui. Ce sont des traits de mentalité auxquels on peut ajouter le formalisme et le contractualisme, fondements de leur remarquable esprit juridique, qui ont influencé la nature des rapports que les Romains ont entretenus avec les peuples qu'ils ont soumis.

19 HÔTES ET PÉRÉGRINS. – Dans la Rome archaïque, l'étranger est l'*hostis*, terme qui n'impliquait pas systématiquement un état naturel d'hostilité et qui était étroitement apparenté à celui d'*hospes*. Certes, comme partout ailleurs, le prisonnier de guerre était voué à la servitude, mais un étranger libre pouvait être accueilli à Rome à titre privé (*hospitium privatum*) en vertu d'un accord passé entre sa famille et une *domus* romaine. Le *paterfamilias* assurait à son hôte le gîte, se portait garant pour lui et éventuellement agissait à sa place devant les tribunaux dont l'accès était réservé aux citoyens (*quirites*) selon la procédure des *legis actiones*. Les étrangers étaient donc dépourvus de droits et probablement même subissaient une ségrégation comme en témoigne l'existence sur le Forum primitif d'un fossé qui les séparait des *quirites*, mais ils pouvaient néanmoins bénéficier

d'une sorte de protection à charge de réciprocité. Pour l'étranger qui s'établissait durablement à Rome, l'hospitalité se transformait en un régime de clientèle comparable à celui des affranchis. Sur le modèle de l'hospitalité privée Rome conclut des alliances avec les cités voisines du Latium par lesquelles les étrangers pouvaient acquérir, selon les cas, le droit de passer des actes juridiques (*commercium*), le droit de mariage avec des romaines (*conubium*), le droit d'obtenir son dû (*reciperatio*) à défaut de pouvoir ester en justice. Certains pouvaient même acquérir la pleine citoyenneté sauf l'accès aux magistratures, à condition d'installer leur domicile à Rome (*jus migrandi*). Les peuples qui lui étaient les plus proches géographiquement et culturellement (*Latini veteres*) ont ainsi été purement et simplement incorporés dans la citoyenneté romaine complète (334 av. J.-C.).

La domination sur les autres peuples italiens a donné naissance à différents statuts. En Italie centrale, la conquête de la Campanie et du territoire des Volsques et des Samnites (290) a abouti à la transforma-[p. 48] tion des cités indigènes en municipes romains dont les habitants obtenaient la citoyenneté *sine suffragio*, c'est-à-dire sans droits politiques. La soumission des villes de la Grande Grèce (de l'Italie méridionale après la prise de Tarente en 271), puis de l'Étrurie, s'est opérée par le biais de traités inégaux qui laissaient aux peuples alliés (*socii*) une autonomie locale en contrepartie d'une lourde contribution à l'effort de guerre romain en hommes et en argent. L'installation, en outre, sur des terres confisquées aux vaincus (*ager publicus*), de colonies peuplées au moins pour moitié de citoyens romains a consolidé l'hégémonie (*imperium*) de la métropole tout en lui permettant de maintenir son équilibre démographique par la reconnaissance du *jus migrandi* au profit des colons.

La force de ce système réside dans le fait que Rome n'a pas cherché à imposer aux peuples soumis une assimilation forcée. Les citoyens des municipes comme les peuples alliés ont gardé leurs institutions locales, leur droit et leur langue. Au II^e siècle de notre ère, Naples conservait encore avec fierté ses démarques et ses archontes. Cette politique qui libérait la métropole du poids d'une organisation administrative dont elle n'avait pas encore les moyens semble préfigurer la méthode de *l'indirect rule* qui sera au XIX^e siècle en vigueur dans l'Empire britannique. Mais en même temps l'installation de foyers de romanisation ainsi que les avantages et le prestige attachés à l'octroi de la pleine citoyenneté ont réussi à susciter au sein des peuples indigènes, et d'abord parmi leurs élites, le désir d'une assimilation complète. Ce sont précisément des frustrations nées du blocage du processus d'assimilation au cours du II^e siècle qui ont provoqué la Guerre sociale en 90-88 av. J.-C., obligeant Rome à accorder la *civitas* à tous les Italiens. Mais à cette époque, la République romaine dominait déjà largement le monde méditerranéen. Ses victoires sur Carthage au cours des guerres puniques (III^e-II^e siècles av. J.-C.) lui avaient permis d'acquérir successivement la Sicile, l'Espagne et le territoire africain de l'État punique. En Orient, les campagnes menées contre les rois de Macédoine avaient étendu sa domination sur l'Illyrie, la Grèce continentale et le Péloponnèse ; elle avait pris pied en Asie en vassalisant le

royaume de Pergame avant de l'annexer (129). Dans ces vastes territoires, progressivement organisés en provinces, Rome a étendu et adapté le système qui lui avait permis de dominer l'Italie. Le pouvoir était confié par le Sénat à, des gouverneurs et à une poignée de magis-[p. 49] trats tout-puissants ; mais les populations autochtones continuèrent à vivre selon leurs propres lois. Ce qui comptait essentiellement, c'était la mise en coupe réglée des richesses provinciales qui par toutes sortes de moyens – tributs, impôts fonciers, réquisitions, crédits urbains – étaient canalisées vers la métropole pour le plus grand profit des classes dirigeantes, sénateurs et chevaliers. Mais sur le plan du droit, l'impérialisme romain s'accommodait parfaitement d'un extraordinaire pluralisme juridique.

Le pragmatisme du système s'exprime tout particulièrement dans la situation qui fut faite aux provinciaux qui affluèrent vers Rome des quatre coins du monde romain. Ils se trouvèrent placés dans la condition de pérégrins qui était déjà celle des alliés (*socii*) de Rome. Dépourvus du *commercium*, ils n'avaient pas accès aux institutions du vieux droit quiritaire réservé aux citoyens. Si les rapports entre deux pérégrins de même origine pouvaient être réglés par leur loi nationale, il n'en était pas de même pour les pérégrins d'origines différentes ou pour les rapports entre pérégrins et citoyens romains. De telles situations ne pouvaient être laissées sans sanctions ni protections juridiques.

L'institution, en 242 av. J.-C., du préteur pérégrin fut probablement à l'origine de l'essor de la fameuse procédure formulaire qui est venue compléter les actions de la loi par de nouvelles actions dites prétoriennes, destinées à sanctionner juridiquement ces nouveaux rapports. En utilisant le procédé de la fiction, le préteur est parvenu, par exemple, à protéger du vol les biens du pérégrin, « comme s'il était un citoyen ». On sait aussi que ce même droit prétorien a favorisé l'introduction à Rome de pratiques, tels les contrats consensuels (vente, louage, mandat, société), nées sans doute dans les milieux pérégrins, composés en grande partie de marchands. Il s'est ainsi formé au fil des siècles un droit commun aux Romains et pérégrins que l'on caractérisera plus tard du nom de *jus gentium* ; bien avant la fin de la République, la condition du provincial se caractérisait donc par la liberté d'user de son droit national et la protection de ses intérêts dans ses rapports avec les Romains et les autres provinciaux ; seuls les droits politiques lui faisaient défaut.

20 ROMANISATION ET CITOYENNETÉ SOUS L'EMPIRE. – L'accession progressive des provinciaux à la pleine citoyenneté sera l'œuvre de l'Empire, à la faveur d'une politique d'urbanisation qui fut [p. 50] la grande réussite de la Rome impériale. Dès l'époque de César et d'Auguste on voit se multiplier des colonies fondées par des vétérans. Ces foyers urbains attirent et fixent les populations environnantes autour d'un marché et d'édifices publics. La concession d'un « municipe latin » confère à certaines de ces villes des institutions copiées sur le modèle de l'*Urbs* et aux magistrats locaux la pleine citoyenneté. La conservation de la romanisation était ensuite acquise par l'accès au titre de « colonie romaine »

qui englobait l'ensemble du municpe dans la citoyenneté. Ainsi, par étapes, les peuples soumis furent intégrés dans le système politique romain, à commencer par leurs élites dont certains éléments purent atteindre les plus hauts sommets de l'État : à partir du II^e siècle, bon nombre d'empereurs furent des provinciaux romanisés, à l'instar de Septime Sévère originaire de Tripolitaine.

Le couronnement de cette politique réside dans le célèbre Édit de Caracalla, ou Constitution antoninienne de 212 apr. J.-C., par lequel l'empereur a octroyé à tous les pérégrins « le droit de la cité romaine ». Inspirée par un universalisme d'origine stoïcienne et, probablement aussi, par des considérations fiscales, cette mesure a eu pour principal effet de placer tous les habitants de l'Empire sur un pied d'égalité face à la souveraineté de l'empereur. Mais elle n'a pas pour autant uniformisé l'application du droit romain, car une clause de sauvegarde permettait aux nouveaux citoyens de conserver tant qu'ils le souhaiteraient leur propre droit privé, et peut-être même leur organisation administrative locale. On peut sans doute admirer le réalisme et l'esprit de tolérance des empereurs romains qui réussirent à concilier – phénomène assez rare – une politique d'unification de l'Empire méthodiquement préparée avec le respect des particularismes et le maintien d'un certain pluralisme juridique. Mais il ne faut pas oublier qu'au début du III^e siècle, l'absolutisme impérial avait réduit à peu de chose les libertés des citoyens et que, sur le plan juridique, la tolérance affichée a conduit à une acculturation réciproque du droit romain et des droits et coutumes indigènes, sous l'égide des praticiens locaux. En effet, dans les provinces, à côté de la législation officielle et de la jurisprudence savante, on peut voir émerger, à partir du III^e siècle, un « droit vulgaire » que certains empereurs, comme Dioclétien, s'efforceront de combattre, tandis que d'autres, tel Constantin, l'assimileront dans leurs propres législations.

[p. 51]

En faisant disparaître la distinction entre citoyens romains et pérégrins, l'Édit de 212 a provoqué un changement radical de perspective. La *civitas* n'est plus le cadre mental et juridique exclusif. L'*homo romanus* se retrouve citoyen d'un immense Empire dont les limites se confondent presque avec celles du monde habité et acquiert ainsi une nouvelle identité. Dans ces conditions, il ne perçoit plus de la même manière les repères classiques et la romanité va se trouver confrontée à l'émergence de nouvelles altérités induites, à l'intérieur de l'Empire, par l'avènement du christianisme et, à la périphérie, par l'offensive des barbares.

Section V

Les ruptures du Bas-Empire

[Retour au sommaire](#)

En matière religieuse aussi, les Romains ont fait longtemps preuve de la plus grande tolérance. Ils ont, en général, respecté les cultes des peuples soumis, en acceptant même dans leur propre panthéon certaines divinités étrangères. Le développement du culte impérial n'a pas contrarié cette tendance, bien au contraire ; il s'est servi d'influences hellénistiques pour s'imposer en Orient, de même qu'en Gaule la célébration annuelle du *Genius Augusti* coïncidait avec une grande fête du calendrier liturgique celtique.

21 LE CHRISTIANISME : DE L'EXCLUSION À LA DOMINATION. – L'apparition du christianisme a introduit, en revanche, une donnée nouvelle dans la politique romaine. La nouveauté ne tenait pas nécessairement au monothéisme professé par les chrétiens ; Rome tolérait, en effet, le judaïsme (*religio licita*), tout en lui marquant une certaine incompréhension comme en témoigne le qualificatif « d'abominable » qu'utilise Tacite à son égard. Mais c'était un culte étranger qui ne concernait qu'une population dispersée, privée de surcroît de toute organisation civique, à la suite de la destruction du Temple (70 av. J.-C.) et de la répression des révoltes juives du II^e siècle. En revanche, les chrétiens, mal distingués à l'origine des zéloteurs d'une secte juive, vont devenir vite suspects dans la mesure où leur prosélytisme touche les Gentils. L'hostilité qu'ils suscitaient tenait moins à des causes religieuses qu'à des motifs politiques. Pourtant, les chrétiens affichaient leur respect de l'ordre établi, mais leur refus de sacrifier aux rites du culte impérial qu'ils considéraient comme idolâtres, les rendit coupable de subversion aux yeux des autorités. C'est pour cette raison que Pline le Jeune, gouverneur de Bithynie, fit supplicier les premiers martyrs. On leur reprocha aussi leur manque de civisme. Comme l'écrit un pamphlet anti-chrétien du II^e siècle : « Toute terre étrangère leur est une patrie, et toute patrie une terre étrangère. » Les chrétiens refusaient, en effet, d'assumer les charges municipales, la fonction de juge ou le métier des armes. Au cours des deux premiers siècles, les persécutions ne furent pas systématiques, sauf sous Néron, à l'occasion du célèbre incendie de Rome (64 apr. J.-C.), mis sur leur compte. Mais durant la crise du III^e siècle (235-268), alors que les barbares menacent les frontières et que des révoltes et des sécessions affaiblissent l'Empire, les chrétiens qui se sont multipliés, refusent de se joindre à l'effort de mobilisation. Avec le soutien des populations païennes, les empereurs de la dynastie des Sévères frappent durement les communautés chrétiennes, notamment à Alexandrie, Carthage et Lyon. En 250, l'empereur Dèce ordonne que tous les citoyens participent à un sacrifice aux dieux de Rome, sous

le contrôle des autorités locales. Son successeur Valérien tente de rétablir l'unité morale de l'Empire en prenant les chrétiens comme boucs émissaires. Le culte est interdit en 257. Son fils Gallien revient à une politique plus tolérante maintenue par les premiers empereurs illyriens.

La persécution la plus brutale eut lieu sous Dioclétien, le fondateur de la Tétrarchie. Le monothéisme des chrétiens s'avérait inconciliable avec la base polythéiste du nouveau régime. Le culte fut à nouveau interdit (304) et une sanglante répression s'abattit sur les chrétiens, surtout en Orient, sous la direction fanatique du César Galère. Mais il était trop tard, le christianisme était trop solidement implanté et ne put être extirpé, les populations ne suivaient plus. Avant sa mort, Galère reconnut son échec et promulgua un premier édit de tolérance.

L'élimination de la Tétrarchie et la conversion du nouvel empereur Constantin (312) devait changer radicalement les données du problème. L'édit de Milan (313) fait du christianisme une religion licite, et accorde l'égalité de droits avec les autres cultes. Cependant, [p. 53] le zèle néophyte de Constantin instaure très vite une politique de faveurs pour le christianisme. L'Église est comblée de libéralités et de privilèges. Dès 315 les symboles chrétiens apparaissent sur les monnaies, alors que les symboles païens disparaissent en 323.

Les évêques se voient reconnaître officiellement une compétence juridictionnelle (333). *L'audiencia episcopalis* peut être saisie non seulement pour des questions de discipline religieuse mais aussi pour des causes civiles entre laïcs. Les chrétiens peuvent échapper ainsi à la juridiction des magistrats municipaux, ce qui permet à l'Église d'imposer aux fidèles ses valeurs, notamment en matière familiale. Ce privilège de juridiction sera supprimé à la fin du IV^e siècle, mais à cette époque les principes chrétiens auront suffisamment pénétré la législation impériale pour qu'il ne soit plus nécessaire de le maintenir.

C'est maintenant au tour des tenants des cultes païens de subir des discriminations pour des motifs manifestement religieux. Le règne de Julien dit l'Apostat renversera pendant une courte période cette politique – les temples sont réouverts et les païens favorisés. Mais sous Théodose I^{er}, le christianisme devient religion d'État par l'édit de Thessalonique (380). Le culte païen est alors définitivement interdit à Rome puis dans tout l'Empire et les biens des temples confisqués. Les juifs ont fait également les frais de cette politique religieuse. Dès 315 une constitution impériale leur interdit tout prosélytisme (C. Th. 16, 8, 6) ; un juif s'expose à la mort en cas de mariage avec une chrétienne ; l'acquisition d'un esclave non juif et sa circoncision sont aussi passibles de mort. Dans la seconde moitié du IV^e siècle, la législation s'en prend aux lieux de prière. Il est interdit de construire de nouvelles synagogues. Les relations entre les communautés de la diaspora et les autorités juives de Palestine (*Nassi* et *Sanhedrin*) sont contrôlées. Un anti-judaïsme d'origine ecclésiastique influence incontestablement ces mesures qui nourrissent, elles-mêmes, un antisémitisme populaire. Dans un monde en voie de christianisation, les juifs qui refusent la conversion sont perçus

comme des étrangers. On doit toutefois rappeler que l'opinion des Pères de l'Église sur la conduite à tenir à l'égard des juifs est loin d'être unanime : à la différence d'Ambroise ou de Jean Chrysostome, Augustin réclame le respect du culte juif et la charité pour un peuple témoin de la vie du Christ.

[p. 54]

22 LES BARBARES DANS L'EMPIRE. – Envers les barbares, les Romains ; n'ont pas partagé le même sentiment de mépris que les Grecs. À vrai dire, tant que la puissance des armes romaines a permis de les maintenir à l'extérieur des frontières de l'Empire, matérialisées par l'appareil défensif du *limes*, ils n'ont manifesté à leur égard qu'une sorte d'indifférence, une « incuriosité » à la mesure du sort qu'ils leur réservaient. Les barbares captifs étaient réduits en esclavage et leurs particularités se fondaient rapidement dans la masse servile. La distance entre un citoyen et un esclave était telle qu'elle n'avait pas besoin de se fonder sur des préjugés racistes. À l'apogée de l'Empire, sous Trajan, la sauvagerie que l'on prête volontiers aux barbares, surtout les Germains ou les Daces, se combine avec un certain respect pour leur vaillance guerrière, ces stéréotypes servant à exalter la mission civilisatrice de Rome, comme on peut le voir dans la *Germanie* de Tacite ou sur les bas-reliefs de la colonne trajane. Les rapports entre Romains et barbares ont commencé à évoluer au cours de la crise du III^e siècle. Profitant de l'affaiblissement du pouvoir impérial, des groupes entiers de barbares passent les frontières dans les provinces périphériques. Faute de pouvoir s'y opposer les empereurs préférèrent encadrer le mouvement, en l'organisant afin d'en tirer parti. Au Bas-Empire, les barbares établis à l'intérieur du *limes* se répartissent en trois statuts différents.

Les « déditices » sont essentiellement des vaincus, déportés de force et établis comme colons sur des terres en friche en Gaule, en Italie ou en Orient. Ils sont utilisés sur des grands domaines impériaux ou mis au service de propriétaires privés. Leur statut les attache à la terre mais ils conservent l'usage de leurs coutumes ; ils doivent un tribut annuel et un service militaire qui, pour eux, est un honneur.

Certains peuples barbares reçoivent l'ancien titre de « fédérés » en vertu d'un traité. Ils sont établis sur les frontières pour y tenir garnison. Ils sont juridiquement les égaux des Romains mais gardent leurs usages, leurs chefferies, leur langue. Leur obligation est essentiellement militaire ; ils protègent l'Empire contre l'incursion d'autres peuples barbares et en échange bénéficient du droit à l'annone (livraison gratuite de blé), au logement chez les particuliers et à une immunité fiscale. C'est dans leur rang que les derniers empereurs des IV^e et V^e siècles recruteront leurs troupes d'élite et souvent leurs généraux. « Je suis Franc de nation mais sous les armes soldat romain », peut [p. 55] on lire sur la tombe de l'un d'eux, enterré en Pannonie, sur les bords du Danube. Entre l'élite de ces fédérés et l'aristocratie romaine, les mariages sont de plus en plus fréquents,

jusque dans l'entourage impérial, malgré une interdiction formulée par Valentinien I^{er} (370), mais guère appliquée.

La troisième catégorie, probablement la plus nombreuse, était celle des « lètes ». Ce terme emprunté à une langue germanique désigne des communautés d'agriculteurs installés volontairement sur des terres vacantes, mises à leur disposition par les autorités. On trouve ainsi des lètes un peu partout dans l'Empire, en Gaule ; notamment. Ils conservent, eux aussi, leurs structures tribales, leurs coutumes, tout en cohabitant avec les autres provinciaux. Il semble que ceux-ci aient accueilli sans trop de difficultés ces nouveaux venus, qui fournissaient une solution à la crise de la main-d'œuvre provoquée par la raréfaction de l'esclavage. Astreints au service militaire, ils palliaient aussi la désaffection des citoyens pour cette obligation civique.

Ainsi, jusqu'à la fin, les Romains ne se sont pas départis d'un certain pragmatisme dans leurs relations avec les autres peuples. Ils se sont efforcés de les associer à leur système, sans chercher à les assimiler de force. Ils étaient suffisamment confiants dans leur civilisation pour penser que les barbares s'intégreraient volontairement tôt ou tard dans les structures d'un Empire promis à l'éternité.

Section VI

La cohabitation ethnique sous les monarchies franques

[Retour au sommaire](#)

23 L'INSTALLATION DES BARBARES EN EUROPE. – Les Grandes Invasions du V^e siècle ont abouti à l'installation sur le territoire de la Gaule d'une mosaïque de peuples barbares organisés, avant même la chute de l'Empire romain, en royaumes indépendants. Au sud les Burgondes occupèrent les premiers les bassins de la Saône et du Rhône tandis que les Wisigoths, après une longue errance à travers l'Empire, se fixèrent entre la Loire et les Pyrénées pour y fonder un royaume avec Toulouse comme capitale. Au nord de la Gaule, en [p. 56] Belgique, des Francs étaient installés de longue date en qualité de lètes au service de l'Empire. Renforcés par des éléments venus de la rive droite du Rhin, ils formèrent au cours du V^e siècle un royaume sous la conduite de Childéric. Son fils Clovis, étendra la domination des Francs jusqu'à la Loire dès 486, puis ensuite grâce à ses victoires successives sur les Alamans (Tolbiac, 496) et sur les Wisigoths (Vouillé, 507) jusqu'aux Pyrénées. Les Mérovingiens acheveront un peu plus tard la conquête de la Gaule par l'élimination de la royauté burgonde.

Il n'est pas question de retracer ici l'histoire complexe et controversée des implantations germaniques en Gaule. On peut se contenter de souligner que ces

peuples ne furent pas en mesure de supplanter démographiquement les populations gallo-romaines ; il s'est agi davantage de colonies éparpillées, quadrillant de manière assez lâche les territoires. Les données de l'archéologie et de la toponymie permettent, par exemple, de repérer des établissements burgondes en pays de Vaud, en Franche-Comté ou au sud de la Bourgogne (qui leur doit son nom). Les Wisigoths pour leur part s'installèrent en Septimanie (bas Languedoc), dans la région de Toulouse et en Quercy. Seule, sans doute, l'immigration franque a eu davantage de continuité dans le nord de la Gaule. D'après l'historiographie classique, l'installation des conquérants s'opéra selon un mode dérivé du cantonnement militaire romain – l'*hospitalitas* – qui aboutissait à un partage des terres entre barbares et Gallo-Romains, accompagné de la confiscation des revenus fiscaux. Mais, malgré leur relative faiblesse numérique, les immigrants germaniques ne se sont pas rapidement dissous dans la masse de la population indigène. Pourtant l'interdiction du *conubium* entre Romains et barbares, formulée par l'empereur Valentinien, que les Wisigoths avaient maintenue, fut abrogée par les Mérovingiens. Mais les mariages mixtes ont été surtout pratiqués par les aristocraties. Les alliances conclues entre la noblesse franque et la classe sénatoriale gallo-romaine ont permis aux Mérovingiens de tenir des territoires trop vastes pour leurs propres forces ; ce qui n'exclut pas, au sein des ces aristocraties, le maintien d'une mémoire généalogique des origines. En revanche, il semble que dans la paysannerie, les communautés germaniques aient pu maintenir durablement leur identité pour des raisons moins biologiques que culturelles.

[p. 57] Malgré une certaine accoutumance des Gallo-Romains à la présence parmi eux des barbares avant la fin de l'Empire, l'irréductibilité des cultures a été certainement l'obstacle essentiel à une fusion rapide. Le fin lettré que fut Sidoine Apollinaire, évêque de Clermont, exprime bien, sur un mode ironique et mineur, le sentiment d'altérité que lui inspirait le côtoiement des immigrants barbares. Dans une lettre rimée à un de ses correspondants, il se plaint d'avoir l'inspiration poétique coupée par les odeurs de cuisine qui lui viennent d'un campement de Burgondes « aux cheveux parfumés de beurre rance ». Plus sérieusement, ce sont surtout des facteurs religieux et juridiques qui ont favorisé la persistance d'une identité culturelle germanique au sein d'un monde romanisé et en partie christianisé.

Sur le plan religieux, il est incontestable que l'adhésion des Burgondes et des Wisigoths à l'hérésie arienne a creusé un fossé entre eux et les Gallo-Romains fermement encadrés par un épiscopat catholique. *A contrario*, on pourrait penser que la conversion de Clovis (496) au catholicisme, avec trois mille de ses fidèles aurait pu faciliter l'acculturation de son peuple. Sans doute, ce geste lui a apporté l'appui inconditionnel de l'Église dans ses entreprises politiques, mais il n'a pas suffi à détacher rapidement les Francs de leurs pratiques païennes. On demeure frappé par l'enracinement des cultes germaniques deux siècles après l'époque des Grandes Invasions, malgré un effort missionnaire persévérant. Un passage de la vie de saint Éloi nous montre le conseiller de Dagobert aux prises avec des

villageois de son diocèse de Noyon. Ces paysans de culture franque s'insurgeaient parce que le saint évêque prétendait leur interdire de célébrer une fête païenne : « Blâme cela tant que tu voudras, Romain, lui criaient-ils, jamais tu ne pourras nous enlever nos coutumes et nos fêtes, nous continuerons encore et toujours à y venir, comme nous l'avons fait jusqu'à présent, et jamais personne ne pourra interdire ces jeux anciens, si chers à nos cœurs ! » Les Carolingiens des VIII^e et IX^e siècles auront encore beaucoup à faire pour éradiquer les croyances païennes qui survivront dans l'imaginaire paysan sous la forme de mythes et de légendes.

24 LA PERSONNALITÉ DES LOIS. – Le phénomène le plus surprenant pour les mentalités modernes est la longue persistance d'un certain pluralisme juridique au sein du *Regnum francorum*. Les [p. 58] Mérovingiens et leurs successeurs Carolingiens n'ont pas cherché à soumettre au même droit tous les peuples vivant sur les territoires conquis, sauf pour ce qui concerne leur propre pouvoir. Les Gallo-Romains ont conservé l'usage du droit romain, tandis que les différentes communautés germaniques continuèrent à pratiquer leurs lois nationales. Le statut personnel déterminait donc les règles applicables en matière de droit privé et de droit pénal. Devant le tribunal du comte – le *mallum* – chaque plaideur devait commencer par répondre à la question rituelle : « *Sub qua lege vivis ?* », en déclarant son identité ethnique. Cette *professio legis* n'était pas déterminée par le libre choix de l'individu mais par sa filiation ; l'enfant légitime prenait la loi de son père, l'enfant illégitime celle de sa mère. Des règles de procédure vinrent organiser des situations particulières. La femme mariée était soumise à la loi de son mari, tandis que la forme de l'affranchissement déterminait le statut de l'esclave libéré. Les clercs vivaient sous l'Empire du droit romain, quelle que soit leur ethnie d'origine. Ce pluralisme juridique a certainement dû provoquer des conflits de lois complexes, lorsque les parties d'ethnies différentes s'opposaient en justice. Les notices de plaid ne nous permettent d'entrevoir que quelques solutions rudimentaires, comme la préférence accordée à la loi du défendeur sur celle du demandeur.

Les diverses sources de droit applicables ont fait l'objet de codifications. Une des plus fameuses est la compilation de textes tirés du Code théodosien, promulguée à Toulouse par le roi wisigoth Alaric II en 506. Après la conquête de Clovis, ce *Bréviaire d'Alaric* sera adopté par l'ensemble des populations gallo-romaines du *Regnum francorum* et constituera la principale source de connaissance du droit romain en Occident jusqu'à l'introduction des compilations de Justinien au XII^e siècle.

Les coutumes germaniques ont, elles aussi, fait l'objet de rédactions. Il s'agit entre autres du Code d'Euric (vers 470-480) pour les Wisigoths, de la Loi Gombette (501-515) des Burgondes, ou de la Loi Salique dont la rédaction primitive est peut-être antérieure au règne de Clovis et qui fit l'objet de plusieurs révisions jusqu'à l'époque de Charlemagne.

Contrairement à une idée qui a longtemps prévalu, le système dit de la personnalité des lois ne reposait pas sur une opposition tranchée entre « romanité » et « germanisme ». Sans entrer dans les controverses érudites qu'elle a suscitées, on admet aujourd'hui qu'un phénomène d'acculturation était à l'œuvre dès le début de la cohabitation [p. 59] entre Barbares et Gallo-Romains. La mise par écrit – qui plus est en latin – de coutumes germaniques était déjà en soi le révélateur d'un tel processus. De multiples travaux ont cherché à doser, dans les lois barbares, les intrusions romanisantes jusqu'à faire douter parfois de l'origine et de la portée réelle de certains textes, tel le Code d'Euric, par exemple. En sens inverse, on a souvent souligné que le droit applicable aux sujets d'origine gallo-romaine s'était imprégné des pratiques germaniques, comme le système des compositions pécuniaires (*wehrgeld*). Il n'en demeure pas moins que la territorialisation du droit qui implique une fusion complète des populations ne s'est opérée que tardivement ; en tout cas bien après le V^e siècle que l'on donnait naguère comme limite.

Au début du IX^e siècle, l'archevêque de Lyon Agobard constate encore, en le regrettant, la diversité des cultures juridiques qui divisent les habitants de l'Empire. La personnalité des lois est encore bien vivante, si l'on en juge par les références aux lois romaines, saliques et gothiques qui émaillent les textes juridiques et qui ne sont pas de simples clauses de style. La *professio legis* figure encore en tête des notices de plaids. Jusqu'au X^e siècle, dans le Midi, on prend soin de répartir dans les assemblées judiciaires les assesseurs du juge en *romani*, *salici* et *gothi*. Dans cette partie de l'État carolingien, où les communautés germaniques furent certainement minoritaires, la revendication d'un statut personnel prouve la persistance d'une conscience identitaire. En revanche, il est possible que dans le nord du royaume, en *Francia*, la disparition de références juridiques précises, notamment à la *lex romana*, soit le signe d'une territorialisation des lois personnelles sous la forme de coutumes plus ou moins homogènes. Mais il ne faudrait pas oublier le nouvel apport des dernières invasions du IX^e siècle et notamment celles des Vikings qui importèrent dans les territoires où ils s'installèrent (la Normandie) leurs mœurs et leurs coutumes, comme par exemple, la stricte égalité entre héritiers ou le mariage à la danoise (*more danico*) qui est une sorte de concubinat.

De ce système de la personnalité des lois resté vivace pendant toute la durée du haut Moyen Âge occidental, on peut tirer une double leçon : l'attachement envers la pratique d'un droit ethnique a constitué un puissant marqueur d'identité sans s'opposer pour autant aux processus d'acculturation inévitables et à l'intégration, somme toute pacifique, des populations.

[p. 60]

Chapitre 2

La condition des minorités du féodalisme à l'affirmation de l'État moderne

[Retour au sommaire](#)

Les profondes mutations qui, au cours du X^e siècle, ont abouti à l'émergence d'un nouvel ordre politique et social, le féodalisme, sur les ruines de la monarchie carolingienne ne sont pas particulièrement propices au repérage de formes de vie et d'organisations minoritaires. L'essentiel des rapports sociaux tend à se circonscrire aux limites des seigneuries où des guerriers exercent une domination sans partage sur des groupes de paysans mobilisés dans un gigantesque effort de défrichement et de colonisation des terroirs.

Section I

Marginaux et exclus dans la société féodale

25 AUBAINS, LOMBARDS ET CAGOTS. – L'ordre féodal est par nature intégrateur puisqu'il impose à tous les « manants » de la seigneurie les mêmes formes de dépendance plus ou moins poussées, tandis que la société des dominants se structure elle-même par les liens de vassalité. Dans un monde aussi cloisonné, les circulations étaient rares, mais pas inexistantes et les désordres engendrés par l'installation du féodalisme ont pu provoquer des situations d'errance que révèle la présence dans les seigneuries d'individus ou de groupes appelés dans les textes *albani*, les aubains.

Sur les hommes et les femmes de sa seigneurie, le sire possédait un pouvoir général désigné d'un terme d'origine francique : le ban. Ce [p. 61] pouvoir de commandement lui permettait de donner des ordres à ses manants : on disait qu'il

les « bannissait » par la proclamation des « bans » ; il pouvait lever le « ban et l'arrière-ban » lorsque les besoins de la guerre se faisaient sentir et percevoir les banalités, source importante de ses revenus seigneuriaux. L'aubain était donc « celui qui est banni ailleurs », c'est-à-dire qui est normalement sous le commandement d'un autre seigneur (*all-bann*), plus tard une fausse étymologie latine lui donnera aussi le sens de « né ailleurs » (*alibi natus*). Si l'aubain était un serf fugitif « en rupture de ban », son seigneur pouvait le poursuivre *manu militari*. Si l'aubain était libre, son sort n'était guère plus enviable dans un monde où un individu ne pouvait espérer survivre sans la protection d'un plus puissant. Il devait faire « aveu » au seigneur du lieu où il se trouvait et accepter les coutumes qui pesaient sur les autres manants de la seigneurie. Sinon au terme du délai d'un an et un jour, il était de toute façon réduit à la pire des conditions, celle de serf : le seigneur pouvait se saisir de sa personne et de ses biens et l'exploiter à merci. Mais l'incapacité la plus remarquable est celle qui frappait sa succession. Si l'aubain décédait dans l'an et jour, ses biens, même en présence d'héritiers, tombaient en déshérence et revenaient de ce fait au seigneur. Telle qu'elle s'exprime encore dans les premiers coutumiers du XIII^e siècle, la condition de l'aubain était des plus précaires ; non seulement elle confinait au servage, mais elle était aussi assimilée à la bâtardise.

À la rapacité des seigneurs correspondait la méfiance et même l'hostilité des communautés paysannes. Il ne devait pas être facile pour un étranger de s'y installer et à plus forte raison de prendre femme et d'y faire souche. Certains pays particulièrement rudes ont gardé longtemps des pratiques xénophobes, tels ces « fors » pyrénéens du bas Moyen Âge qui soumettent encore l'étranger à une justice expéditive au moindre méfait, et qui lui interdisent l'accès aux forêts et aux pâturages collectifs.

Le changement est venu de la réanimation des circuits commerciaux et de l'essor du monde urbain. Les seigneurs qui, tel le comte de Champagne, créent des foires, accordent leur sauvegarde ou leur « conduit » aux marchands étrangers. Dans les villes on cherche à attirer de nouveaux habitants en leur promettant des franchises : la liberté de disposer des biens entre vifs et à cause de mort, l'exemption du formariage. Si, dans leur immense majorité les immigrants urbains [p. 62] viennent des campagnes environnantes et se fondent dans la population, il en est parfois qui sont d'origines plus lointaines. Les Italiens se distinguent tout spécialement, sous le nom générique de Lombards, ils installent leurs comptoirs dans les principales cités qui jalonnent les axes de circulation transeuropéens entre l'Italie du Nord et les Flandres.

Regroupés dans des quartiers qui ont laissé souvent leur marque dans les toponymies urbaines, ces Lombards obtenaient des protections et des franchises plus ou moins étendues selon les lieux et les époques, souvent en fonction des services rendus aux puissants. Mais ils pouvaient subir, avec leurs homologues d'autres origines, des discriminations en raison de leurs activités. Il en est ainsi de la pratique des lettres de marque très répandues dans les villes médiévales. Délivrées par les autorités locales, elles permettaient à un bourgeois qui avait une

créance impayée sur un marchand étranger de faire saisir les biens des compatriotes du défaillant. Les prises de marques engendraient souvent des contre-marques qui pouvaient dégénérer en conflits ouverts entre cités marchandes. C'est d'ailleurs en partie pour échapper à ces risques que les communautés de marchands se sont dotées progressivement d'une *lex mercatoria*.

À partir du XIII^e siècle, le pouvoir royal va chercher à mettre la main sur ces « aubains du dehors » en se réservant le droit d'accorder les sauvegardes et les privilèges ainsi que, bien évidemment, le profit de leur taxation. C'est aussi le roi qui avait, en concurrence avec le pape, la haute main sur ces autres communautés gyrovagues et turbulentes que formaient les universités. On sait qu'à Paris les étudiants étaient organisés en « nations » selon leurs pays d'origine.

26 L'IMPURETÉ COMME STIGMATE D'EXCLUSION. – Si l'extranéité est le principal facteur d'exclusion dans le monde médiéval, on ne peut pour autant négliger l'existence de processus internes au système féodal qui ont put engendrer aussi des phénomènes minoritaires. Le dossier relatif aux « cagots » est là pour en témoigner. On désigne sous ce terme – ou des vocables voisins : capots, cassots, agotes – des groupes d'individus installés, du bas Moyen Âge à la fin du XVII^e siècle, dans le Sud-Ouest, en Béarn et Navarre, en Gascogne et jusqu'en Bordelais et en Périgord. Les dénombrements fiscaux, les actes notariaux et les quelques règlements locaux qui permettent de [p. 63] les repérer, informent aussi sur leurs conditions de vie marquées par la ségrégation. Dans les campagnes, les cagots vivent à l'écart des communautés de « voisins » et dans les villes ils s'entassent dans de misérables quartiers réservés. Ils pratiquent une forte endogamie de groupe et subissent des discriminations dans l'accès à l'église et au cimetière paroissial ainsi qu'aux équipements collectifs : four, moulin, lavoir, etc. Les difficultés qu'ils rencontrent dans l'accès à la terre les cantonnent dans certaines activités, tels les métiers du bois : charpentage, tonnellerie, mais sans exclusivité. Malgré leur relative densité, il ne semble pas que ces populations aient jamais formé des communautés organisées et stables, dotées d'institutions représentatives. Elles n'en inspirèrent pas moins une forte animosité, voire une véritable répulsion aux autres habitants de ces contrées méridionales.

Alors que les anciens fors (ou coutumes) de Béarn XI^e-XIV^e s.) ne contenaient aucune allusion aux cagots, les fors réformés en 1551 codifièrent le principe de séparation pour toute la province, en interdisant aussi le port d'armes aux cagots (Rub. 55, art. 4 et 5). En Gascogne, diverses autorités publiques, comme la Jurade de Bordeaux ou le Parlement siégeant dans cette même ville prirent, à la même époque, des dispositions renforçant la ségrégation avec, notamment, l'obligation de porter une marque distinctive. Ces dispositions, prises à l'instigation des populations environnantes, furent surtout destinées à contrecarrer un début d'intégration des cagots. Mais toutes les autorités n'ont pas agi de même ; le parlement de Toulouse a rendu des arrêts interdisant toute ségrégation dans la partie gasconne de son ressort. Il faudra attendre l'intervention énergique de

l'intendant Du Bois de Baillet, en 1683, pour que toutes les discriminations qui pesaient encore sur les cagots de Guyenne, de Béarn et de Navarre soient officiellement levées, moyennant paiement par les intéressés d'une taxe qui rapporta 50 000 livres, le trésor royal ne perdant jamais de vue ses intérêts. Encore faut-il reconnaître que ces mesures n'éradiqueront pas complètement des préjugés tenaces.

Les origines de ce phénomène minoritaire ont longtemps posé une énigme. Dès le XVI^e siècle, des étymologies fantaisistes ont cherché à accréditer l'idée que les cagots descendaient de populations rejetées en raison de leur origine étrangère, comme si les discriminations imposées ne pouvaient être que la rançon de l'extranéité. On fit ainsi des cagots des descendants de prisonniers sarrasins ou de wisigoths [p. 64] (*canis Gothi* = *chien* de Goth). Mais l'hypothèse qui eut la vie la plus dure repose sur l'assimilation des cagots à des descendants de lépreux. Elle aurait justifié les mesures de ségrégation prises à leur encontre et, comme aucune marque physique ne distinguait ces prétendus lépreux des autres habitants, on aurait même inventé l'existence d'une « lèpre blanche », sans symptômes apparents mais gardant toute sa virulence de génération en génération. La découverte en 1873 du bacille de Hansen a ruiné cette hypothèse d'une transmission héréditaire de la lèpre.

Il n'en demeure pas moins que les premières mentions, à la fin du XIII^e siècle, faisant état de l'existence de groupes de cagots utilisent des termes qui désignent aussi d'authentiques lépreux : l'énigmatique *crestians* (chrétiens) ou le mot *gafets* (crochus) en référence aux déformations corporelles provoquées par la maladie. On sait que la lèpre, présente à l'état endémique en Europe occidentale, a suscité aux XII^e et XIII^e siècles une multiplication d'établissements hospitaliers, ladreries, malauseries, qui étaient autant des institutions caritatives que des lieux d'enfermement à la mesure de la terreur qu'inspirait cette maladie. De minutieuses et savantes recherches (Guerreau, 1988 ; Bériac, 1990) permettent aujourd'hui de penser que l'accusation de propager la lèpre a servi à stigmatiser des franges de populations marginalisées par des processus internes de transformation sociale. On a ainsi évoqué le phénomène d'« encellulement » qui, entre les XI^e et XIII^e siècles a fixé la masse des habitants des pays gascons dans des communautés de voisinage, tout en laissant à l'écart une minorité de démunis ou de réfractaires. Un processus, somme toute banal, dans lequel l'exclusion sociale se nourrit du fantasme de la souillure et que tant de sociétés ont connu et connaissent encore ¹.

¹ Le sort de cagots gascons a un correspondant au Japon dans celui des *burakumin* (les gens des hameaux), groupe endogame de ruraux sans terre, adonnés à l'équarrissage et au travail du cuir et rejetés comme impurs par le bouddhisme et le shintoïsme. Leur ségrégation officiellement levée n'en subsiste pas moins de manière inviolable.

27 LA COEXISTENCE ENTRE JUIFS ET CHRÉTIENS JUSQU'AU XI^e SIÈCLE. – C'est également à la fin du XIII^e siècle que furent décrétées contre les juifs les premières mesures d'expulsion générale qui ébranlèrent des communautés installées depuis des siècles.

La présence d'une diaspora juive en Occident est attestée sous [p. 65] l'Empire romain, mais l'époque des Grandes Invasions ne laisse plus entrevoir qu'une existence intermittente révélée par des sources documentaires et épigraphiques. On repère ainsi des groupes de juifs, mêlés et souvent confondus avec des marchands orientaux chrétiens (les Syriens) animant les circuits commerciaux entre le monde méditerranéen et les royaumes barbares. Certains se retrouvent dans l'entourage des monarques carolingiens, tel le juif Priscus qui était le fournisseur de Chilpéric.

Les juifs sont soumis au droit romain, ce qui n'exclut pas l'application à l'intérieur des communautés de la législation mosaïque. Les conciles mérovingiens du VI^e siècle leur imposent des restrictions : interdiction de construire de nouvelles synagogues, de contracter des mariages avec des chrétiens, de posséder des esclaves chrétiens et de faire du prosélytisme. Mais il ne semble pas que, sous la domination des Francs, les juifs aient subi des violences et des conversions forcées, à l'exception toutefois de l'évêque de Clermont, Avit, qui impose, en 576, aux cinq cents juifs de sa cité le choix entre la conversion et l'expulsion. En Espagne, le sort des juifs sera autrement plus difficile à la suite de l'adoption du catholicisme par les Wisigoths (589) ; tout au long du VII^e siècle, une série de conciles tenus à Tolède s'acharnent à éradiquer « la peste juive qui renaît chaque fois à de nouvelles folies ». Les juifs sont privés de tout moyen d'existence, séparés de leurs enfants baptisés, empêchés de célébrer leurs fêtes et enfin réduits en servitude. La conquête arabe en 711 sera reçue comme une libération.

Les Carolingiens se montrent particulièrement tolérants, Charlemagne utilise des juifs dans ses relations avec l'islam. En 797, il envoie le juif Isaac en ambassade auprès du calife Haroun-el Rachid. Son fils Louis le Pieux protège le commerce des fameux Radanistes ou « connaisseurs de routes » qui contrôlent les circuits entre l'Orient et l'Occident. À la faveur de ces protections, les communautés juives se sont vigoureusement développées. Les principaux foyers sont les villes de Lombardie, de Narbonnaise et de la vallée du Rhône, à partir desquelles les juifs essaient vers la Champagne, le Bassin parisien, puis vers la Lorraine et les pays rhénans.

L'expansion du féodalisme n'a pas mis de frein à ces implantations, mais les communautés tombent sous la coupe des seigneurs [p. 66] laïcs et ecclésiastiques. Les juifs sont en général soumis à un statut proche de celui des aubains. Ils appartiennent au seigneur qui leur assure sa protection, en contrepartie d'un tribut collectif qui les exempte de la confiscation de leurs biens au titre du droit d'aubaine. L'attitude de l'Église est relativement tolérante en vertu d'une doctrine

tirée des textes augustinien qui fait de la présence des juifs un thème d'édification religieuse pour les chrétiens tout en maintenant un principe de séparation. Mais des phénomènes d'ordre tout autant socio-économiques que religieux tendent à confiner ces minorités dans des habitats séparés dont une foule de lieux-dits rappellent encore aujourd'hui l'existence : « Villejuif », « juiverie », et autres « carrières aux juifs » ou « rue judaïque ». Il est probable, en effet, que l'éviction des grands marchands juifs des circuits commerciaux transeuropéens par des concurrents italiens ait provoqué au cours du XI^e siècle un certain repli des communautés sur elles-mêmes, alors que la plupart des corps de métier leur fermaient les portes. Cantonnés dans les bas quartiers des villes, les juifs vivent d'activités délaissées par les chrétiens comme le travail des peaux et la teinture des étoffes, ou interdites comme le prêt à intérêt. Seule profession honorable, la médecine juive jouit d'une réputation incontestable.

Paradoxalement, cette « ghettoïsation » avant la lettre ¹ des juifs d'Europe a favorisé au sein des communautés l'émergence de modes d'organisation spécifiques. Le pouvoir est confié à des notables laïcs, syndics, ou, dans le Midi, « bayles des juifs », chargés de représenter la communauté auprès de l'autorité seigneuriale et de collecter l'impôt. La communauté entretient une école talmudique, un établissement de bain rituel, un cimetière, une ou plusieurs synagogues, tel cet édifice roman dont on a retrouvé les fondations en 1976, dans l'enceinte du palais de justice de Rouen. Cette vie communautaire impliquait nécessairement la formulation d'un droit particulier par les autorités rabbiniques. On attribue ainsi à Gersham de Metz (950-1028) des règlements (*Tagganot*) qui abolissent officiellement la polygamie et le lévirat, pratiques abandonnées en fait depuis longtemps. Salomon ben Isaac, dit Rashi, né à Troyes vers 1040 rédige un savant commentaire de la Bible et du Talmud qui fait une large place à la [p. 67] solution de points de droit dans une langue où de nombreux termes romans se mêlent à l'hébreu. La fin du XI^e siècle – « l'âge de Rashi » – voit l'essor d'une brillante science talmudique qui fait des communautés de Champagne et de Rhénanie (Spire, Worms et Mayence) les premiers foyers de la culture ashkénaze.

28 LA MONTÉE DE L'ANTISÉMITISME. – L'époque des croisades marque un tournant dans la condition des minorités juives d'Europe. L'affrontement entre la chrétienté et l'islam redonne corps à un vieux soupçon de collusion entre juifs et musulmans qui avait déjà provoqué l'expulsion des juifs de Limoges en 1009. De fait la première croisade (1096) débuta par des persécutions à Rouen et dans les villes rhénanes. Mais c'est dans la deuxième moitié du XII^e siècle que se développe une vague de massacres collectifs frappant de nombreuses communautés en Angleterre, dans la France du Nord et en Allemagne. Ces véritables « pogroms » – malgré l'anachronisme du terme – révèlent l'émergence d'un antisémitisme populaire qui se nourrit de rancœurs contre l'activité usuraire

¹ L'assignation à résidence des juifs vénitiens dans le ghetto – du nom du quartier de la fonderie des canons à Venise – date de 1516.

des prêteurs juifs, sur fond de crise économique, et aussi de rumeurs sur de prétendus meurtres rituels, profanations d'hostie, et autres pratiques incestueuses attribuées aux juifs qui témoignent d'une nouvelle obsession de pureté au sein de la société chrétienne. Certes les autorités ecclésiastiques réprouvent les exactions commises, mais l'antijudaïsme clérical entretient la suspicion ; les accusations de « déicide » portées par les prédicateurs à l'encontre des juifs auront les plus funestes effets sur les mentalités populaires. Au cours du XIII^e siècle, plusieurs conciles renouvellent et renforcent les prescriptions canoniques qui imposent la ségrégation des communautés : un chrétien ne doit pas servir un juif, manger à la même table ou vivre sous le même toit. Le IV^e concile de Latran (1215) préconise le port de la rouelle – une pièce d'étoffe en forme de roue cousue sur les vêtements – comme signe distinctif de la condition de juif. Dans tous les cas, celle-ci doit être inférieure à celle des chrétiens, tant sur le plan juridique : Thomas d'Aquin l'assimile à la servitude, que sur le plan symbolique : les synagogues ne doivent pas s'élever plus haut que les églises. Dans le même temps, la Condamnation de la pratique du prêt à intérêt se fait plus rigoureuse. Néanmoins, la bulle d'Innocent IV *Lacrimabilem Judeorum* affirme que la Loi mosaïque ne prescrit nullement le par-[p. 68] tage rituel d'un cœur d'enfant chrétien, mais la réitération du même message par Alexandre IV (1255) et par Grégoire IX (1272) montre que l'Église a du mal à se faire entendre dans un climat de haine qui ne cesse de monter.

Les progrès du pouvoir royal, au cours de cette même période, ont eu pour effet d'imposer aux juifs une nouvelle sujétion : le roi de France revendique un droit général de tutelle sur tous les juifs installés dans le royaume. C'est d'ailleurs en intervenant en cette matière que les Capétiens réussissent à imposer à leurs barons des établissements ayant une portée générale. En 1223, Louis VIII intervient pour empêcher un seigneur de retenir les juifs d'un autre. En 1230, une ordonnance royale interdit l'usure au nom « du commun profit » du royaume en visant expressément les juifs ; au moment de partir pour la croisade, Saint Louis décrète l'expulsion des juifs pratiquant l'usure et la confiscation de leurs biens (1254). Auparavant, il avait laissé brûler à Paris, en place de Grève, 24 charretées de manuscrits hébreux, à la suite d'un procès fait au Talmud par la justice ecclésiastique (1242). En Espagne, où la condition des juifs est pourtant nettement meilleure, le roi de Castille, Alphonse le Sage, définit, lui aussi, dans le Code dit « des sept Parties », les incapacités qui les frappent (1285). C'est Édouard I^{er} roi d'Angleterre qui, le premier, chasse les juifs de son royaume (1290), bientôt imité par Philippe le Bel (1306). En réalité, les mesures sont assez vite rapportées moyennant le paiement d'un tribut, car les princes tirent de substantiels profits de la taxation de « leurs » juifs et de la confiscation éventuelle de leurs biens.

À partir du XIV^e siècle, les minorités juives d'Europe connaissent presque partout une dégradation de leur statut. Perçues comme des corps étrangers, elles subissent les aléas des politiques princières et survivent dans une tolérance précaire entre deux expulsions collectives. La protection des autorités publiques, lorsqu'elle leur est acquise, ne leur épargne pas des humiliations rituelles et de

brusques flambées de violence populaire qui culminent à l'époque de la Peste noire (1348-1350) dont la propagation fut souvent imputée aux juifs. Les communautés persécutées ou expulsées trouvèrent momentanément refuge dans quelques principautés plus tolérantes : dans le Midi en Provence, en Dauphiné et surtout en Avignon et dans le Comtat sous la protection des papes. Les juifs de l'Est entamèrent une migra-[p. 69] tion qui les conduisit vers la Bohême, la Moravie et la Pologne. L'histoire du judaïsme médiéval se clôt en Europe par toute une série d'expulsions définitives qui s'échelonnent entre 1394 en France, 1492 en Espagne, et 1519 dans les cités impériales d'Allemagne, à l'exception de Francfort et de Worms.

Comme l'a montré l'historien Jean Delumeau, cette vague d'expulsion est le produit du repliement sur soi d'une chrétienté occidentale en proie au doute et malade de ses « peurs » : la peste, la famine et la guerre de Cent ans, le Grand Schisme qui divise l'Église et, aux portes, la terrible menace des armées du Grand Turc. Mais la « mentalité obsidionale » qui s'empare des esprits en cette fin de Moyen Âge se conjugue avec les conséquences de l'avènement de l'État.

Section II

L'État monarchique et la nouvelle problématique des minorités

[Retour au sommaire](#)

Il n'est pas nécessaire d'évoquer ici les circonstances dans lesquelles s'est opérée la genèse de l'État monarchique. Nous renvoyons volontiers aux analyses de l'excellent manuel d'Histoire des institutions paru dans la collection « Droit fondamental »¹. Ce qui nous intéresse plutôt, c'est de montrer comment la volonté royale a réussi à mobiliser autour d'elle les forces sociales issues du féodalisme et à les façonner en un corps politique homogène sur lequel elle a pu étendre sans partage sa puissance. En d'autres termes, nous allons voir comment l'État a inventé la nation, en a fixé la composition et les contours, en posant du même coup la problématique des minorités en des termes profondément renouvelés. Nous développerons principalement le modèle français qui fut sans doute le plus précoce et le plus abouti.

¹ J.-L. Harouel *et al.* *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, PUF (« Droit fondamental »), Paris, 1992.

[p. 70]

I | L'INVENTION DE LA NATION

29 L'HISTOIRE DU VOCABULAIRE. – Pour saisir le point d'émergence de l'idée de nation, on peut se laisser guider par l'histoire du vocabulaire. Au XIII^e siècle, le terme sous sa forme latine *natio* est encore conforme à son étymologie (*nascere* = naître) ; il désigne un groupe humain qui a ou à qui on attribue une commune origine et qui se distingue des autres par des mœurs, des coutumes, une langue particulière. Comme on l'a déjà vu, à l'Université de Paris, les étudiants se répartissaient en quatre nations selon leurs origines. Il en est de même pour les marchands réunis dans les grandes foires de Champagne.

Un autre mot est utilisé pour exprimer, avec une tonalité sentimentale, un enracinement. La *patria* est le pays des pères, le pays natal où l'on a ses attaches, c'est-à-dire le village et la châtellenie pour le paysan, la ville pour les bourgeois. Les uns et les autres sont soumis à la *consuetudo patriae*, la coutume du pays qui est un puissant marqueur d'identité.

Le royaume des Capétiens rassemble ainsi de nombreuses nations et une multitude de pays. Un fort sentiment d'appartenance commune transcende cette diversité mais il est exclusivement religieux. Les hommes du Moyen Âge se sentent et se vivent avant tout comme chrétiens, mais dans l'ordre des allégeances, ils se situent d'abord par rapport à leur pays d'origine, désigné assez souvent, d'ailleurs, par référence au diocèse ou à la seigneurie, ils se désignent ensuite comme bourguignon, flamand, ou limousin et se reconnaissent enfin, mais de manière plus lointaine, comme sujets du roi de France. Dans la titulature royale, cette dernière appellation vient d'ailleurs de remplacer sous le règne de Philippe Auguste la vieille dénomination de *rex Francorum*, mais cela n'implique pas que les sujets se considèrent comme « français ».

En revanche, la diversité et même l'hétérogénéité des populations qui vivent dans le royaume est une réalité communément admise, spécialement sur le plan linguistique et juridique. C'est justement au XIII^e siècle que se précise l'opposition classique entre les pays de coutumes où l'on s'exprime en langue d'oïl et les pays de droit écrit où [p. 71] l'on parle la langue d'oc. Après l'annexion au domaine royal du comté de Toulouse (1271), Philippe le Hardi crée auprès de son parlement un auditoire de droit écrit pour juger des appels venus des pays que sa chancellerie désigne par l'appellation de *patria linguae occitanae*.

Un siècle et demi plus tard, en 1422, un secrétaire de Charles VII, Alain Chartier, rédige un long poème en français dans lequel, sous les traits d'une princesse blonde portant couronne et manteau fleurdelisé, il met en scène la France, incarnation charnelle à la fois de la nation et de la patrie, affligée par les malheurs du temps et appelant ses enfants à son secours. L'authentique sentiment

national qu'exprime l'auteur du *Quadriologue invectif* témoigne d'un changement considérable de mentalité qui s'est amorcé au tournant des XIII^e et XIV^e siècles.

30 GUERRE DE CENT ANS ET PROPAGANDE MONARCHIQUE. – À partir de 1318, on voit se multiplier, dans les textes savants, des références à une *natio gallicana* et bientôt à la *nacion de France*. Manifestement le mot nation change sinon de signification du moins de portée. Il n'exprime plus la diversité, la pluralité des langues et des mœurs, mais au contraire, l'unité d'une communauté homogène. Cette évolution sémantique accompagne un effort historiographique destiné à procurer à cette nation française en gestation une origine unique et prestigieuse transcendant toutes les autres. D'où l'étonnante exploitation du mythe troyen qui faisait des Français les descendants de Francion, fils de Priam et frère d'Énée, exilé après la chute de Troie. Cette légende qui connut un grand succès jusqu'au XVI^e siècle avait le double avantage de donner aux Français des ancêtres aussi glorieux que ceux des Romains et d'amalgamer au passage les apports gaulois et francs. Quant au terme *patria*, il a subi, lui aussi, une évolution significative. Sur la base de textes tirés du *Digeste*, les légistes enseignent que tout homme a deux pays, la *patria sua ou propria*, le pays de ses pères, et le pays commun, *communis patria*. Pour les Romains il s'agissait de l'Empire, mais les légistes s'empressent d'adapter la distinction à la situation française. Dès 1270, le juriste Jacques de Révigny parle de *communis patria* pour désigner la couronne du royaume, *corona regni* ; plus simplement, au début du XIV^e siècle, Guillaume de Nogaret, responsable de « l'atten-[p. 72] tat d'Anagni » contre le pape Boniface VIII, se justifie par son devoir de défendre son roi *nec non et patriam suam regni Francie*, « et aussi son pays, c'est-à-dire le royaume de France ».

De remarquables travaux (B. Guenée, C. Beaune, J. Krynen) ont montré que les évolutions sémantiques furent le produit d'une élaboration doctrinale destinée à fournir à la monarchie française une solide base sociale. L'affirmation de « l'empire du roi » a besoin de l'invention d'une nation rassemblée autour de son prince. On peut donc voir dans ces élucubrations de lettrés une propagande monarchique lancée par les derniers Capétiens et que le conflit dynastique opposant les Valois à leurs rivaux Plantagenets va intensifier.

Avec le déclenchement de la guerre de Cent ans, il s'agit non seulement de renforcer l'amalgame entre « royaume », « pays » et « nation » mais de prouver que Philippe VI de Valois et ses successeurs sont les souverains légitimes. À grands renforts de références savantes, les historiens officiels dressent des généalogies qui cherchent à démontrer que les Valois descendent des mythiques princes troyens, grâce à une lignée royale ininterrompue, dont les grandes figures sont Clovis, désigné par son baptême comme héros fondateur, Charlemagne et Saint Louis.

Dans le vocabulaire politique de l'époque, deux termes s'opposent radicalement : *naturalis*, naturel, et *extraneus*, « étrange », étranger. Vers 1374, l'auteur du *Songe du vergier* présente le roi de France comme le « seigneur

naturel » des Français, c'est-à-dire selon les lois de la nature qui sont, comme chacun le sait, l'expression de la volonté divine ; tandis que les rois d'Angleterre ne sont que des princes étrangers. Une manière de les exclure symboliquement en attendant de pouvoir les « bouter » hors du royaume. Les Plantagenets ne sont pas demeurés en reste dans cette controverse. Ils pouvaient faire valoir leur origine angevine ; ne parlait-on pas français à la cour de Londres ? Leurs propagandistes ont utilisé les mêmes arguments que ceux du roi de France et jusqu'à la fin de la guerre de Cent ans, les sujets de leur plus ancienne possession continentale, la Guyenne, les ont considérés comme leurs « naturels seigneurs ». En 1380, les bourgeois de Saint-Sever obtiennent de Richard II l'assurance de « n'être à jamais séparés de la couronne d'Angleterre ». Il n'empêche, c'est la propagande des Valois qui a fini par l'emporter avant que le sort des armes favorable à Charles VII ne vienne mettre un terme au conflit séculaire.

[p. 73]

Ce succès est dû à la diffusion de l'idéologie nationale dans les profondeurs du corps social. On sait par quels relais d'opinion, par quels canaux d'information les concepts savants des lettrés ont été traduits en termes concrets, chargés de représentations mentales et illustrés par une imagerie populaire. L'Église par les sermons de ses curés a joué un rôle primordial. L'épopée de Jeanne d'Arc (1429) témoigne de l'enracinement de cette conscience nationale dans la France du Nord et de l'Est. Il est vrai que le désarroi dans lequel se trouvaient les populations après le désastre d'Azincourt (1415) et le traité de Troyes, sur fond de ruptures spirituelles provoquées par le Grand Schisme d'Occident (1378-1417), ne pouvait qu'accélérer cette prise de conscience. Mais il est probable que ce fut le ralliement des méridionaux à la cause de Charles VII, sous la houlette du parti armagnac, qui assura le succès définitif de l'idéologie royale et nationale.

En France, c'est l'État qui a créé la nation. À l'encontre de certaines thèses nationalistes supposant la préexistence d'une entité intemporelle, la France, il faut reconnaître l'efficacité d'une propagande monarchique dotant des peuples divers par la langue et le droit, d'une identité commune. Avant la fin du Moyen Âge, un habitus s'est formé ; les sujets du roi de France se pensent et se sentent français et dans le système des allégeances, cette nouvelle identité est passée au premier plan.

II | L'ÉTAT RÉDUCTEUR DE MINORITÉS

Lorsque, vers la fin du Moyen Âge, on voit émerger la nation française, l'État monarchique est très loin d'être unifié. Dans des limites encore indécises et fluctuantes, le royaume de France recélait une diversité de langues et de cultures, une multiplicité de particularismes juridiques et institutionnels, susceptibles d'engendrer des phénomènes minoritaires. Tout au long de l'époque moderne, l'État s'est efforcé de réduire ces facteurs d'hétérogénéité, sans parvenir à les éradiquer complètement mais en réussissant à les domestiquer suffisamment pour qu'ils ne puissent menacer sa suprématie. Nous nous bornerons à rappeler

quelques aspects de cette politique avant d'insister [p. 74] davantage sur le redoutable problème posé par l'apparition au XVI^e siècle d'une minorité fondée sur la religion.

31 LA FORMATION DU TERRITOIRE. – Comme la nation, le territoire et son corollaire, la frontière, sont des inventions de l'État. La représentation d'un espace géographique homogène, délimité par une frontière précise et linéaire, et sur lequel se déploie la volonté du Prince d'une manière uniforme et en tout point identique, n'est pas antérieure à la fin du Moyen Âge ou au début de l'époque moderne. Le mot même de territoire, s'il apparaît dans quelques textes savants vers la fin du XIII^e siècle, reste d'un emploi rare jusqu'au XVII^e siècle. Auparavant, dans le contexte du féodalisme, le *dominium* seigneurial s'exerçait davantage sur des groupes humains que sur des espaces délimités et la configuration des châtelainies, des comtés et des royaumes variait au hasard des conquêtes, des héritages et des hommages. Aux confins, là où les pouvoirs seigneuriaux se rencontraient et se neutralisaient, se trouvaient des zones indécises appelées « marches », lieux de refuge des gens sans aveu aussi bien que point de rencontre des puissants, comme le rappelle l'usage féodal de l'hommage en marche. Mais avec la montée en puissance de l'État, le roi va avoir besoin de savoir jusqu'où s'étend son pouvoir et sur quelles ressources il peut compter tandis que les menaces extérieures lui imposent pour protéger son royaume de faire front, de « tenir frontière ». La naissance de l'idée de frontière est directement liée à l'instauration des droits d'issue ou de « haut passage » qui taxent la sortie des marchandises du royaume (1324) ainsi qu'à la fortification de lignes de défense au cours de la guerre de Cent ans.

Le tracé de ces frontières va faire l'objet, dès le début, d'après débats et les gens du roi pour légitimer les prétentions de leur maître invoqueront, comme pour la nation, l'histoire et la nature. Jusqu'au milieu du XVI^e siècle la référence majeure est le traité de Verdun de 843 où « la mer océane, rivière Meuse et monts Pyrénées.... furent baillez pour limites et bornes insignes dudict Royaulme ». Après 1550 on commence à invoquer le cadre de la Gaule, ce qui a pour effet de repousser jusqu'au Rhin la frontière de l'Est. François de Belleforest rappelle ainsi, en 1573, qu'aux temps antiques de la province de Belgique : « Basle, Strasbourg, Spire, Mayence et les autres villes qui sont de ce costé du Rhin, estoient en la Gaule plustot qu'en la Germanie », tandis que André Thevet, [p. 75] « cosmographe du roy », souligne que « la France ou Gaule, lorsqu'elle commença d'estre occupée par nos Rois, estoit une Province des mieux bornées qui fust soubz le ciel ».

Dès cette époque, une idée est en marche, celle des « frontières naturelles » du royaume. Sa mise en œuvre politique fut longtemps attribuée à Richelieu sur la foi d'un passage apparemment explicite de son *Testament* : « Le but de mon ministère a été de restituer à la Gaule les limites que la nature leur a fixées..., de faire coïncider la Gaule avec la France et partout où a existé l'ancienne Gaule, de

restaurer la nouvelle. » Des études ont montré que l'ambition du cardinal s'était en réalité bornée à chercher à établir sur le Rhin des têtes de pont stratégiques et que l'idéologie des frontières naturelles ne se concrétisera véritablement que sous la Révolution française, à partir d'un célèbre discours de Danton. Il n'empêche, la poussée vers l'est de la monarchie française s'est opérée sous l'influence d'une représentation idéale et mythique du territoire. Elle a abouti à trancher dans le vif d'une des plus brillantes cultures européennes, la civilisation germanique rhénane, et à transformer en frontière le lit d'un fleuve qui l'avait produite et irriguée. On pourrait en dire autant des Pyrénées, peuplées sur les deux versants par des communautés habituées à se rencontrer depuis des temps immémoriaux et à partager les mêmes langues et les mêmes cultures. En choisissant la ligne de partage des eaux, la Paix de 1659 a fixé, d'une manière toute théorique d'ailleurs, le tracé frontalier le plus artificiel qui soit, comme s'emploieront à le démontrer bergers et contrebandiers. Mais la fiction des « frontières naturelles » prolongeait l'idéologie de la nation ; elle n'avait pas d'autre but que de persuader les Catalans, les Alsaciens et les autres populations annexées par la politique expansionniste des Bourbons, d'oublier leurs origines et d'accepter leur nouvelle condition de « vrais sujets naturels du roi ».

32 LA POLITIQUE DE LA LANGUE ET DU DROIT. – Sur ce plan aussi les intentions de la monarchie furent sans ambiguïté : « Un peuple, une langue. » Après le traité de Lyon (1601), c'est en ces termes qu'Henri IV s'adressa ainsi aux habitants de la Bresse et du Bugey récemment annexés : « Il était raisonnable que, puisque vous parlez naturellement le français, vous fussiez sujets du roi de France. Je veux bien que la langue espagnole demeure à l'Espagne, l'allemand [p. 76] à l'Allemagne, mais le français doit être à moi. » La monarchie française eut sans doute une politique linguistique, mais elle ne fut pas coercitive contrairement à ce que l'on soutient parfois. L'ordonnance de Villers-Cotterêts (1539) qui l'inaugura ne visait que le latin, et le « langage maternel français » qui le remplaça pour la rédaction des actes publics était déjà largement employé dans tout le royaume. Les registres du parlement de Toulouse furent rédigés en français dès sa création (1443).

La fondation de l'Académie française par Richelieu, en 1636, fut aussi un acte hautement politique : la mainmise de l'État sur un instrument de pouvoir. Le roi ordonne, parle ; il convient qu'il soit entendu partout de la même manière. L'Académie procéda aussi de cette « civilisation des mœurs » dont parle Norbert Elias. Elle édicta le bon usage qui était, selon Vaugelas, « la façon de parler de la plus saine partie de la cour », mais qui a surtout réussi à appauvrir la langue de Rabelais. Pour le reste, nul besoin de réprimer les autres langues et dialectes ; il ne s'agissait que de parlers populaires, les élites ayant rapidement adopté la langue du roi. La mise en place du système des offices qui fut le principal facteur d'intégration de la bourgeoisie dans l'État monarchique impliquait évidemment la maîtrise de l'usage du français. Magistrats, juges et notaires n'ont certainement pas perdu l'usage des « langues vulgaires » qui leur était indispensable pour encadrer

les populations dont ils avaient la charge, mais leur culture s'est francisée. À Toulouse, dès 1554 les Jeux floraux, rebaptisés « Collège de la Science et Art de Rhétorique » ne couronnaient plus que des œuvres en français et, malgré un chant du cygne avec Pey de Garros et Godolin, la prestigieuse littérature de langue d'oc ne pouvait que s'effacer devant la culture dominante. À plus forte raison, il en fut ainsi pour les langues qui n'avaient pas encore accédé au statut de l'écrit, comme le basque et le breton. Le pouvoir royal s'est contenté d'accompagner le phénomène en créant des foyers de francisation, comme, par exemple, l'instauration d'une université à Perpignan après l'annexion du Roussillon en 1659.

Sur le plan du droit, la France, à la veille de la Révolution, n'était plus tout à fait ce pays « où l'on changeait de lois en changeant de chevaux de poste ». Certes, la diversité coutumière au nord et la pratique du droit écrit dans le Midi reflétaient encore des particularismes auxquels les populations paraissaient attachées. Très rares sont les [p. 77] cahiers de doléances de 1789 qui réclamèrent l'unification juridique du royaume. Pourtant depuis longtemps de puissantes forces travaillaient à cette unification sous l'égide du pouvoir royal. La rédaction officielle des coutumes à la suite de l'ordonnance de Montil-lès-Tours (1454), puis leur réformation au cours du XVI^e siècle, avait été déjà une entreprise de domestication, en soumettant leur application à la volonté royale. À l'occasion de ces opérations, les commissaires royaux se préoccupèrent surtout de simplifier et de réduire les particularités de ces coutumes, tout en y introduisant des doses plus ou moins fortes de droit romain. La doctrine et la jurisprudence s'attachèrent ensuite à dégager un droit commun coutumier, assimilé au XVIII^e siècle à la coutume de Paris. Le pouvoir législatif du roi avait aussi largement débordé du cadre du droit public et des pans entiers du droit privé avaient été unifiés par des ordonnances : les procédures civile (1667) et criminelle (1670), le droit commercial (1673) et le droit maritime (1681), les donations (1731), les testaments (1735) et les substitutions (1745). Enfin les professeurs de droit français, installés dans les universités par l'édit de Saint-Germain de 1669 furent les meilleurs interprètes de cet effort d'unification en préparant peu à peu l'esprit des juristes à la réception des codifications de la Révolution et de l'Empire.

Si la réduction du pluralisme linguistique et juridique s'est opérée sans conflits apparents, c'est probablement grâce au consensus des classes dominantes. En revanche, l'apparition au XVI^e siècle, d'un pluralisme religieux fut perçue par l'État comme une menace autrement redoutable.

III | L'ÉTAT ET LES MINORITÉS RELIGIEUSES : LE CAS DES PROTESTANTS FRANÇAIS

La rupture de l'universalisme chrétien, annoncé par le Grand Schisme d'Occident (1378-1417) et consommée par la Réforme a donné naissance à des phénomènes minoritaires aux multiples et durables incidences politico-juridiques.

Dans un monde où le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel étaient étroitement liés, il ne pouvait en être autrement. Dès les débuts de la Réforme, l'autorité publique [p. 78] fut impliquée dans le conflit entre la Papauté et Martin Luther ; la condamnation des thèses du moine augustin par la bulle *Ex si rege domine* de Léon X (juin 1520) fut, en effet, suivie de sa mise au ban de l'Empire par la diète de Worms, convoquée sur l'ordre de Charles Quint (avril 1521).

33 « *CUJUS REGIO EJUS RELIGIO* ». – Le Réformateur, lui-même, n'a pas hésité à faire appel aux princes allemands, gagnés à ses idées, pour réprimer la grande jacquerie des paysans de 1525, guidée par ses adversaires anabaptistes. Si la doctrine luthérienne a connu une diffusion rapide en Allemagne, c'est bien, outre l'imprimerie, grâce au soutien d'un certain nombre de princes et de villes associés, dès 1531, dans la ligue de Smalkade. Par rapport aux mouvements de dissidence religieuse que le passé avait connus, tels le catharisme ou l'hérésie vaudoise, il s'agit là d'une différence majeure. L'implication politique dans les querelles religieuses, à une époque qui voyait la montée en puissance de l'État, ne pouvait engendrer qu'un climat général d'intolérance. La célèbre maxime *Cujus regio ejus religio*, selon laquelle la religion du monarque devait être celle de ses sujets, en est la conséquence directe. Entérinée par les Allemands lors de la Paix d'Augsbourg en 1555, elle partagera ensuite toute l'Europe entre États demeurés catholiques et États gagnés aux diverses confessions nées de la Réforme (luthérienne, calviniste, anglicane, presbytérienne, etc.). Pendant plus de deux siècles, son influence sera prépondérante sur les relations internationales, mais c'est surtout dans l'ordre interne qu'elle produira les effets qui nous intéressent ici.

Dans tous les États européens des persécutions plus ou moins violentes et des discriminations de toutes natures furent le lot des communautés qui refusèrent de se plier aux lois imposées au nom de la religion dominante. Le sommet de l'intolérance fut atteint dans la deuxième moitié du XVI^e, siècle au cours de terribles guerres civiles qui déchirèrent la France et les Pays-Bas. Mais on est aussi frappé par le parallélisme des comportements : tandis que Philippe II liquidait les protestants d'Espagne en cinq grands *autodafés*, Élisabeth d'Angleterre faisait exécuter les partisans catholiques de sa rivale Marie Tudor. Un siècle plus tard, le « Bill of test » (1673) excluait encore les « papistes » anglais des charges publiques, alors que les libertés des huguenots français ne cessaient de se réduire [p. 79] avant leur suppression définitive par la révocation de l'édit de Nantes (1685).

À l'aube de l'État moderne la rupture religieuse du XVI^e, siècle a donc engendré des phénomènes minoritaires dans presque toute l'Europe. Placés au carrefour des traditions et des influences, la France fut particulièrement touchée. Non seulement la querelle religieuse y fut d'une longue durée – près de deux siècles et demi –, mais la manière dont fut traité le problème posé par la présence d'une minorité religieuse dissidente nous paraît exemplaire : toutes les solutions

furent expérimentées, de la pure et simple exclusion à la tolérance plus ou moins acceptée en passant par les tentatives de sécession.

34 GENÈSE D'UNE MINORITÉ. – Les premiers signes de la diffusion de la doctrine luthérienne en France datent des années 1520. En provenance des pays rhénans la propagande évangélique gagna assez vite les diocèses d'Île-de-France, touchant en priorité les milieux de clercs habitués aux controverses théologiques (ordres religieux, clergés diocésains, universités et collèges), où fermentait le grand mouvement humaniste de la Renaissance. Les premières communautés de clercs et de laïcs mêlés étaient inorganisées et encore peu voyantes ; elles se réunissaient en assemblées privées pour lire les Saintes Écritures, tout en participant encore aux sacrements de l'Église. En 1534, la présence de ces « Bibliens » dans l'entourage royal est révélée par l'affaire des Placards qui furent affichés à la porte des appartements de François I^{er} au Louvre et qui contenaient une attaque contre les pratiques « idolâtres » de la messe catholique.

Le véritable essor de la Réforme s'est produit au cours des décennies 1540-1560 sous l'impulsion de Jean Calvin (1509-1564), qui sut adapter la doctrine luthérienne au tempérament et à l'esprit français. Son enseignement contenu dans *L'institution de la religion chrétienne*, dont la première édition (1535) fut dédiée à François I^{er}, va se diffuser à travers tout le royaume, à partir de Genève. Il toucha surtout les élites urbaines (officiers de justice et hommes de loi, clercs, marchands et artisans). Dans le Midi, la noblesse rurale adhéra massivement et quelques grandes familles aristocratiques, possédant de grands fiefs tels les vicomtes de Turenne, passèrent à la Réforme entraînant leurs vassaux et leurs paysans. Les communautés s'organisèrent, se dotant d'un lieu de culte, d'un pasteur assisté d'un consis-[p. 80] toire de laïcs et adoptant « le culte à la genevoise ». À la veille de la première guerre de religion (1562-1563), le Calvinisme rassemblait environ 2 millions d'adeptes et 1400 « églises dressées », concentrées surtout dans la vallée du Rhône, en Dauphiné, en Languedoc, dans la vallée de la Garonne et dans le nord du Royaume, en Normandie, en Île-de-France et en Val-de-Loire.

La nouvelle organisation ecclésiale reposait sur une large autonomie des communautés et sur la participation active des laïcs, mais, conformément aux directives de Calvin, une structure verticale de nature fédérale se mit en place. Des délégués des Églises locales se réunissaient en colloques et en synodes provinciaux ; les membres élus par la quinzaine des synodes provinciaux tenaient tous les trois ans un synode national. Le premier qui eut lieu à Paris en 1559 énonça dans une déclaration en quarante articles les fondements théologiques de la foi réformée, fixa le rituel et les sacrements ainsi que les principes généraux de la discipline avec notamment l'interdiction du nicodémisme, c'est-à-dire la participation concomitante aux cultes catholique et réformé. Désormais les Réformés que l'on commençait à désigner par le terme de huguenots (de *Eidgenossen* = les confédérés) formaient une minorité religieuse, clairement séparée de la majorité des catholiques restés fidèles à Rome.

L'Église et l'État n'avaient pas attendu la consommation du schisme pour intervenir contre la dissidence religieuse. Les cours ecclésiastiques furent les premières à instruire des procès pour hérésie, mais avec une certaine modération. Le parlement de Paris qui était farouchement gallican et plus orthodoxe que le roi prit dès 1525, au titre des cas royaux, des mesures de rigueur contre les Luthériens et prononça les premières condamnations à mort. La politique de la monarchie fut plus fluctuante, hésitant entre la tolérance, la recherche d'un compromis et la mise hors la loi.

Sous l'influence de son entourage d'humanistes et de sa sœur, Marguerite d'Alençon, François I^{er}, était enclin à la conciliation, mais le scandale public des placards l'obligea à ordonner des poursuites ; c'est aussi sous son règne que, sur l'ordre du parlement de Provence, fut persécutée la vieille communauté des Vaudois du Luberon qui avait adhéré à la Réforme. L'avènement d'Henri II inaugura une politique de rigueur. Une « chambre ardente », créée au parlement de Paris (1547), prononça en trois ans plus de cinq cents arrêts, provo-[p. 81] quant un premier mouvement d'exode des protestants français vers Genève et Strasbourg. Les édits de Compiègne (1557) et d'Ecouen (1559) ordonnèrent la condamnation à mort de tout Réformé qui avait causé un scandale public. Le roi mit fin à la guerre contre l'Espagne (paix de Cateau-Cambrésis) pour consacrer toutes ses forces à l'extirpation de l'hérésie, mais sa mort provoqua un changement de politique. La régente Catherine de Médicis était favorable à un apaisement, à la fois par indifférence religieuse et par crainte de l'influence grandissante des Guise. Avec le soutien du chancelier Michel de L'Hôpital, un esprit modéré, elle fit amnistier, en 1560, les « mal sentants de la foi ». Deux ans plus tard, à la suite des états généraux d'Orléans où le chancelier avait prôné la paix religieuse en des termes célèbres – « le couteau ne vaut pas contre l'esprit » –, le jeune Charles IX promulgua l'édit de Saint-Germain (janvier 1562) qui autorisait pour la première fois l'exercice du culte réformé en dehors des villes. À cette mesure de pacification répondit le massacre de Wassy : 74 protestants qui assistaient à un prêche furent tués par les gens de François de Guise. Le royaume entra dans une longue période de guerres civiles.

35 LA TENTATION SÉPARATISTE. – De 1562 à 1598, pas moins de huit guerres de religion se sont succédé, séparées de trêves négociées par les adversaires et sanctionnées par des édits de pacification sans cesse remis en cause. Le déchaînement inouï de violences auxquelles elles ont donné lieu de part et d'autre s'explique à la fois par la profondeur des passions antagonistes et par le tour très politique donné aux affrontements du fait de la constitution de partis armés.

Au-delà des controverses doctrinales, la Réforme a provoqué un profond traumatisme dans les consciences populaires. Dans un monde où la religion était encore vécue par le plus grand nombre dans le cadre de rituels collectifs, le refus par les huguenots du culte de la Vierge et des saints, des messes pour les âmes des

défunts, était perçu comme un manquement insupportable à la solidarité paroissiale tandis que leur indiscipline à l'égard de l'ordre établi, des hiérarchies immuables, et leurs propres pratiques (assemblées séparées dans des églises sans « images », communion sous les deux espèces, etc.) les rendaient suspects, voire étrangers et donc inquiétants. Les provocations iconoclastes de protestants fanatiques ont certainement aggravé [p. 82] le climat de haine qui s'est développé contre la minorité. L'hérésie est vite apparue comme une atteinte au corps social, comme une maladie annonciatrice des pires catastrophes, qu'il fallait donc extirper par tous les moyens.

Les rivalités religieuses ont aussi rencontré les ambitions politiques de quelques grandes familles... chez les catholiques : les Guise, les Montmorency, du côté protestant : les Condé, Coligny ou Turenne capables de mobiliser des moyens financiers et des troupes. Le parti protestant qui se constitua après le massacre de Wassy ne cherchait qu'à conquérir le plus de villes possibles pour s'assurer des positions de défense et négocier la liberté de conscience et de culte, tout en protestant de son parfait loyalisme envers l'autorité royale. Mais son attitude changea radicalement après la Saint-Barthélemy (24 août 1572).

Le massacre des chefs protestants approuvé par Charles IX au nom de la raison d'État et les milliers de victimes des fureurs populaires qui s'ensuivirent provoquèrent du côté huguenot une prise de conscience politique. Sur le plan doctrinal, une floraison de libelles vint dénoncer violemment la trahison royale et développer l'idée d'une souveraineté limitée et contractuelle du monarque. Les thèses des « monarchomaques » protestants (de Beze, Hotman, Duplessis-Mornay) sont trop connues pour qu'il soit nécessaire d'insister, en revanche l'application concrète qu'en fit le parti huguenot l'est moins et mérite d'être rappelée ici.

Au cours des mois qui suivirent la Saint-Barthélemy, une série d'assemblées politiques, calquées sur les institutions ecclésiales eurent lieu dans les régions du Midi tenues par les protestants. Le mouvement aboutit en février 1573 à l'assemblée d'Anduze au cours de laquelle les délégués décidèrent d'opérer à l'égard du roi « une rétention de souveraineté ». En attendant le « rétablissement d'un bon État », la puissance et l'autorité publique étaient « retenues, gardées et conservées par le Pays », c'est-à-dire des États généraux composés à égalité de nobles et de représentants du Tiers.

Le « Pays », qui devait tenir une session par an, délibérait sur la politique générale et désignait un conseil permanent, sorte d'exécutif civil, chargé des affaires courantes et un protecteur pour la conduite des opérations militaires. En 1574, les États généraux de Millau conférèrent au prince de Condé le titre de Protecteur ; il fut remplacé [p. 83] en 1581 par Henri de Navarre. Aux niveaux inférieurs, provincial et local, des institutions comparables furent mises en place avec assemblée délibérante, conseil exécutif et gouverneur militaire. L'impôt était levé à la place du fisc royal et la justice rendue par les juridictions ordinaires, tenues par des officiers calvinistes. Toutefois l'appel ne pouvant être porté devant

les parlements, on institua des conseils supérieurs qui comportaient des chambres « mi-parties » pour juger des affaires concernant des catholiques et des protestants. Les catholiques s'accommodèrent de ce régime, leur culte étant maintenu sauf dans les régions où les calvinistes étaient majoritaires ; certains participèrent à la gestion des affaires locales.

Le parti protestant réussit ainsi à former une configuration politique originale que Jean-Auguste de Thou, un catholique modéré, ami d'Henri de Navarre décrivit comme « une espèce de république composée de toutes ses parties, et séparée du reste de l'État, qui avait ses lois pour la religion, le gouvernement civil, la justice, la discipline militaire, la liberté du commerce, la levée des impôts et l'administration des finances ». Jean Delumeau a comparé, à juste titre, cette expérience à celle des Provinces-Unies des Pays-Bas. Mais en dehors de la conjoncture militaire qui l'avait produite, une telle expérience était-elle viable ? Il est permis d'en douter : de Grenoble à La Rochelle ces « Provinces-Unies du Midi » ne présentaient pas de réelle continuité territoriale et les plus grandes villes, Marseille, Toulouse, Bordeaux leur échappaient complètement. Elles étaient aussi travaillées par les contradictions internes entre d'authentiques aspirations démocratiques et une réaction nobiliaire, voire féodale, contre les progrès de l'absolutisme monarchique. Mais ce sont surtout les circonstances historiques qui décidèrent de leur sort. Leur chef militaire, Henri de Navarre étant devenu le prétendant au trône, du fait de la mort sans héritier direct d'Henri III, le dernier des Valois, une nouvelle logique devait prévaloir. Pour vaincre la Ligue, Henri de Navarre avait besoin des forces armées du parti protestant, mais pour asseoir sa légitimité, il devait passer des alliances avec les catholiques modérés, les « Politiques », et adapter une stratégie de rassemblement et non plus de séparation. L'abjuration de 1593 et le sacre du roi faillirent provoquer la rupture entre les protestants et leur ancien Protecteur, mais la lassitude générale et l'habileté du Béarnais eurent raison des dernières résistances.

[p. 84]

36 D'UN ÉDIT À L'AUTRE : LA DIFFICILE COEXISTENCE RELIGIEUSE. – La promulgation de l'édit de Nantes (13 avril-2 mai 1598) a fait, à juste titre, la gloire d'Henri IV, mais ce fut avant tout une œuvre de circonstances, âprement négociée, et composée en réalité de quatre textes de nature et de portée différentes. L'édit proprement dit octroyait la liberté de conscience et abolissait toute persécution religieuse. La capacité civile et politique était reconnue à tous les protestants avec l'égal accès à toutes les charges, offices et dignités mais la confession calviniste n'était pas placée sur le même plan que le catholicisme qui restait la religion de l'État et du roi ; elle ne bénéficiait que d'une tolérance. Le culte catholique était rétabli partout, alors que la liberté du culte réformé était accordée avec des restrictions. L'exercice public n'était permis que dans les localités où il était encore célébré en 1596 et dans les chefs-lieux de bailliages et de sénéchaussées. À Paris et dans les villes épiscopales, il était relégué dans les faubourgs ; à titre

privé, il pouvait être célébré dans les fiefs des seigneurs hauts justiciers protestants. Les pasteurs étaient autorisés à tenir l'état civil de leurs coreligionnaires et à ensevelir les morts dans des cimetières séparés. L'ouverture de collèges et d'académies protestantes était également permise et l'édit officialisa les chambres « mi-parties » pour garantir l'impartialité de la justice. Mais les protestants restaient assujettis au paiement de la dîme et au respect des fêtes religieuses catholiques.

Dans des annexes « secrètes », c'est-à-dire non soumises à enregistrement, les institutions ecclésiastiques du culte réformé furent légalisées, les pasteurs reçurent la promesse, jamais réalisée, du versement d'un traitement, et sur le plan militaire, les protestants se virent reconnaître le droit de tenir garnison dans 151 places de sûreté et de refuge. Il s'agissait des villes et des places fortes contrôlées par le parti depuis le début des guerres civiles. En fait l'édit d'avril 1598 n'innovait pas véritablement. Il ressemblait aux pacifications précédentes, et c'est la lassitude générale des Français pour les affrontements qui assura son succès facile. La situation ainsi créée était originale et même unique en Europe. Le principe *cujus regio ejus religio* était écarté pour un système à la fois dualiste et inégal. Le compromis était bancal et il tenait surtout par les effets d'une paix armée. Tel quel, il procura vingt ans de paix religieuse au royaume.

L'assassinat d'Henri IV (1610) par un catholique fanatique inquiéta [p. 85] les protestants, l'affaire du Béarn les alarma davantage. Ce petit pays était passé au calvinisme sous Jeanne d'Albret et l'édit de Nantes ne s'y appliquait pas, le Béarn faisant partie, avec l'héritage de Navarre, du domaine casuel d'Henri IV. Mais après la mort du roi, le parlement de Paris ayant prononcé l'annexion du royaume de Navarre, les Béarnais furent sommés de rétablir le catholicisme sous la contrainte d'une expédition militaire (1620). Cette opération ressouda le parti huguenot qui prit les armes dans les provinces du Midi. Trois révoltes successives se soldèrent par la soumission des protestants. Le cardinal de Richelieu, aux affaires à partir de 1625, s'attacha à démanteler pièce par pièce leur système de défense jusqu'à la prise de La Rochelle (octobre 1629). L'édit de grâce d'Alès pardonna aux Réformés révoltés et leur laissa les libertés religieuses, mais il supprima toutes les garanties militaires de l'édit de Nantes et les assemblées politiques qu'Henri IV avait tolérées furent définitivement supprimées. La montée en puissance de l'absolutisme incarnée par le cardinal-duc ne pouvait laisser subsister la minorité protestante comme un État dans l'État.

Les protestants étaient devenus des sujets comme les autres, mais ils n'en demeuraient pas moins un corps étranger dans un royaume où l'action missionnaire de la Contre-Réforme catholique se faisait de plus en plus puissante. La Fronde procura un répit aux protestants qui s'en sont tenus prudemment à l'écart. Mais dès le début du règne personnel de Louis XIV (1661), leur statut se dégrada rapidement. Sans doute, le monarque reconnut-il à plusieurs reprises la fidélité de ses sujets réformés, mais il n'était pas disposé à admettre le maintien de la moindre divergence idéologique, fut-elle religieuse. La doctrine du droit divin, mise en formules par Bossuet, était trop intimement mêlée aux principes

fondamentaux de l'Absolutisme pour laisser subsister dans le royaume une minorité qui par son attachement au libre-arbitre et à la prédestination ne pouvait pas y adhérer sincèrement.

La politique antiprotestante prit, dans un premier temps, les voies de droit classiques. C'est ainsi que les parlements s'engagèrent dans une interprétation « à la rigueur » des articles de l'édit de Nantes en tirant parti de leur imprécision et de leurs lacunes. Cette « guerre de procureurs » dans laquelle le parlement de Toulouse s'est particulièrement distingué aboutit à la suppression de nombreux lieux de culte. Dans le même temps une pluie de règlements et d'arrêtés du Conseil du roi multiplièrent les tracasseries : interdiction de chanter les [p. 86] Psaumes à voix haute, de se marier devant une assistance de plus de douze personnes, de prendre le titre de pasteur, etc. ; diverses fonctions et dignités publiques furent fermées aux protestants ; le fonctionnement ecclésial fut entravé, la tenue des synodes nationaux interdite. Cet étouffement « à petites goulées » du protestantisme français n'a pas négligé la contrainte des âmes. Le pouvoir royal a activement soutenu l'effort missionnaire des congrégations religieuses tandis que le prosélytisme protestant était progressivement interdit. Le roi subventionna la « caisse de conversions » créée en 1669 pour rétribuer les Réformés qui abjuraient. Tout était bon pour tenter de réduire l'influence de la « RPR »¹, y compris les moyens de force. Inaugurée vers 1679 par des intendants zélés, l'odieuse pratique des dragonnades se répandit entre 1681 et 1684. Elle dérivait de la méthode utilisée habituellement pour mater les populations rebelles en leur imposant le logement des gens de guerre et fut pratiquée surtout dans les régions à forte densité protestante, Poitou, Languedoc et Dauphiné. Au total on estime le nombre des conversions contraintes ou sincères entre 300 000 et 400 000. Dans les années 1680, la minorité protestante ne comptait plus que 750 000 personnes concentrées essentiellement dans quelques provinces méridionales. Le Grand Roi pouvait dès lors tirer la conséquence ultime de sa politique. Le 17 octobre 1685, à Fontainebleau, il révoquait l'édit de Nantes, « la meilleure et la plus grande partie de nos sujets, de la dite RPR ayant rejoint la Catholicité ».

37 LES IMPASSES D'UNE FICTION LÉGALE. – En quatorze articles, l'édit de Fontainebleau abolissait la liberté du culte public et privé dans tout le royaume, à l'exception de l'Alsace², prononçait l'expulsion immédiate de tous les ministres, déclarait les gens de la « Religion prétendue réformée » incapables d'exercer toute fonction publique et les privait même des droits de tutelle et de curatelle sur leurs enfants qui devaient être confiés à un parent catholique. La magnanimité du monarque leur laissait malgré tout la liberté de conscience, mais leur interdisait de quitter le royaume sous peine des galères et de la confiscation des biens.

¹ « Sigle par lequel, sous l'Ancien Régime on désignait la « Religion prétendue réformée ».

² Où les Luthériens étaient protégés par les clauses du traité de Westphalie.

[p. 87]

Les conséquences sociales et économiques de cet acte désastreux sont trop connues pour qu'il soit nécessaire d'insister : quelque 200 000 réformés bravèrent les menaces royales et s'exilèrent dans les divers lieux du Refuge (Provinces-Unies, Angleterre, Suisse, Prusse) privant le royaume d'un capital humain de valeur et, par certains aspects, moderniste, tandis que la résistance de ceux qui n'avaient pas fui prenait les allures d'une insurrection populaire dans le réduit protestant des Cévennes – la fameuse guerre des Camisards (1702-1704) –, féroce ment réprimée par les troupes du maréchal de Villars.

Quant aux conséquences juridiques, elles furent paradoxales. La Révocation plaçait en effet la minorité protestante dans une situation entièrement nouvelle : celle du non-droit. À partir de 1685, une vérité officielle s'imposa : il n'y a plus de protestants en France. L'abolition du calvinisme avait réuni tous les sujets du roi dans la vraie religion. Il ne restait que des « nouveaux convertis » ou des « nouveaux réunis » et toutes les mesures ultérieures, tels les édits ou déclarations de 1698, 1715, 1724, venus confirmer, consolider la Révocation, ne concerneront officiellement que cette catégorie de sujets. La déclaration de 1715 supprimera d'ailleurs la liberté de conscience puisqu'elle n'avait plus de raison d'être. La raison d'État a installé une véritable fiction juridique qui condamnait les protestants français à une sorte d'anéantissement social en les privant de leur capacité civile.

L'Église catholique exerçait un monopole sur les trois grands rites de passage : baptême, mariage et funérailles et, depuis le XVI^e siècle, elle avait la garde des registres paroissiaux. Les « nouveaux convertis » n'eurent donc pas le choix. Ils furent obligés de se conformer aux formes imposées par l'Église et confortées par les ordonnances royales pour pouvoir vivre une existence socialement reconnue, faute de quoi leurs unions étaient déclarées concubinaires, leurs enfants réputés bâtards et leurs successions dévolues à des collatéraux catholiques ou confisquées. Dans un premier temps, la grande majorité des « religionnaires » eurent recours à des accommodements, soit en trouvant des prêtres complaisants qui acceptaient de faire figurer leurs mariages sur les registres paroissiaux soit en passant devant notaire des actes civils connus sous le nom de « mariage à la gaulmine ». Mais un renforcement de la discipline ecclésiastique et de la surveillance royale leur interdit ces expédients.

La reconstitution clandestine des Églises protestantes, à partir [p. 88] de 1735, allait changer les données du problème. Les huguenots « opiniâtres » eurent désormais la possibilité de faire bénir leur mariage par des pasteurs dûment consacrés, à leurs risques et périls évidemment. La pratique des célébrations « au Désert » se répandit d'abord en pays cévenol, puis gagna après 1740 le haut Languedoc et les provinces de l'Ouest. On sait que les pasteurs tenaient des registres clandestins, tel le pasteur Fauriel qui, de 1730 à 1739, célébra plus de sept cents mariages. Radicalement nuls aux yeux des autorités civiles et religieuses, l'existence de ces mariages n'en faisait pas moins voler en éclat la

vérité officielle. Non seulement l'engeance hérétique n'était pas éliminée en France, mais au contraire elle proliférait. Le fossé creusé entre les faits et le droit paraissait infranchissable.

La réponse du pouvoir fut d'abord répressive. Les deux décennies qui encadrent le milieu du siècle virent une réactivation des persécutions anti-protestantes. Tandis que par le rétablissement des dragonnades on pourchassait les assemblées clandestines, les tribunaux furent invités à prononcer la nullité des mariages célébrés au Désert. Le parlement de Toulouse aurait, en 1744, annulé d'un coup 40 mariages de protestants et celui de Bordeaux 46 en 1749. Le point d'orgue de cette politique répressive fut atteint au début des années 1760 à la suite de quelques affaires retentissantes dont la plus fameuse fut la condamnation du toulousain Jean Calas au supplice de la roue (1762). La mobilisation à laquelle cette affaire donna lieu, grâce à l'action de Voltaire, devait susciter un des tout premiers mouvements d'opinion que la France moderne ait connu. La revendication de la tolérance religieuse et la critique de la situation inique faite aux protestants devinrent des thèmes de prédilection pour les milieux éclairés. Dans les années 1770-1780, tous les beaux esprits de l'époque, de Turgot à Condorcet, de Malesherbes à La Fayette ne manquèrent pas de disserter sur la question. Cependant il faut signaler qu'avant le déclenchement de cette offensive une évolution s'était déjà faite jour dans un milieu pourtant peu favorable au parti des philosophes. En effet, une jurisprudence parlementaire avait tenté de limiter les rigueurs de la loi en validant les effets civils de mariages clandestins grâce à la théorie de la possession d'état. Les premières décisions en ce sens sont attestées dès 1756 pour le parlement de Paris, en 1759 et 1760 pour Toulouse et Rouen. Curieux paradoxe de la justice d'Ancien Régime ; les magistrats toulousains de la chambre [p. 89] de la Tournelle pouvaient envoyer à la mort Jean Calas, au nom de l'ordre public, alors que leurs collègues siégeant dans les chambres civiles validaient le mariage des religionnaires par respect pour l'ordre familial.

L'édit de 1787, dit de Tolérance, qui a restitué aux protestants leur pleine capacité civile est donc arrivé bien tard. Louis XVI n'a accordé à ses sujets protestants rien de plus que ce qu'ils possédaient depuis dix à quinze ans grâce à la jurisprudence des cours souveraines. L'édit faisait tout de même l'aveu d'une erreur d'État commise par l'acte de Révocation : « Les Ordonnances ont supposé qu'il n'y avait plus que des Catholiques dans nos États ; et cette fiction, aujourd'hui inadmissible a servi de motif au silence de la Loi. »

L'injustice de 1685 n'était pas pour autant entièrement réparée. Certes la répression avait cessé depuis 1775, mais ceux que l'édit de 1787 désigne juridiquement sous le terme de « non-catholiques » restaient quant au droit public des sujets de seconde zone. Ils demeuraient exclus des fonctions de justice, d'enseignement et des charges municipales, et la liberté de célébrer publiquement leur culte ne leur était pas officiellement reconnue. Il fallut attendre que se lève deux ans plus tard le vent de la Révolution pour que les protestants français obtiennent la liberté religieuse et la même égalité de traitement que les autres

citoyens. L'Angleterre et l'Autriche avaient reconnu ces mêmes droits à leurs propres minorités religieuses depuis respectivement 1760 et 1781.

Section III

Le temps des révolutions : les minorités dans l'ombre des États-nations

[Retour au sommaire](#)

38 LES REPRÉSENTATIONS CONCURRENTES DE LA NATION. – Si les minorités furent les victimes de l'État absolutiste, le temps des révolutions n'a pas pour autant assuré leur reconnaissance, bien au contraire. Les formidables bouleversements introduits par la guerre d'Indépendance américaine, élargis par la Révolution française et prolongés par les soulèvements de 1848 ont ignoré et même occulté [p. 90] les phénomènes minoritaires. Cet effacement est la conséquence de la promotion de l'idée de nation, ou plus exactement de deux représentations, à la fois concurrentes et complémentaires de l'idée de nation.

La première est le produit des Lumières et trouve sa consécration dans l'idéologie de la Révolution française. C'est, selon la célèbre formule de l'abbé Sieyès « un corps d'associés vivant sous une loi commune et représenté par le même législateur » (*Qu'est-ce que le Tiers état ?* 1789). Cette définition toute juridique faisait de la nation la figure centrale du politique parce que source de toute légitimité, mais aussi exclusive de toute autre appartenance parce que fondée sur l'adhésion volontaire, sur le contrat librement consenti. Dès l'origine, ce concept excluait dans l'ordre politique l'existence de toute forme de minorité.

À la nation fondée sur le libre consentement des citoyens va s'opposer une autre conception tirée de l'appartenance à une communauté organique, dotée d'une âme collective, d'un *Volksgeist*. Contre l'universalisme des Lumières et les abstractions rationalistes des révolutionnaires français, la pensée allemande a produit une autre représentation de la nation enracinée dans une histoire, dans une culture, dans une langue commune, mais tout aussi réfractaire à la présence de phénomènes minoritaires. C'est ce qu'exprime très clairement Fichte, dans son cinquième *Discours à la nation allemande* : « Ce qui parle la même langue, c'est déjà, avant toute apparition de l'art humain, un Tout que par avance la pure nature a lié de lignes multiples et invisibles... Un pareil Tout ne peut admettre en son sein aucun peuple d'une autre origine, ou d'une autre langue, ni vouloir se mêler à lui... »

Entre la théorie philosophique des révolutionnaires français et la théorie historiciste des romantiques allemands, il y a bien sûr une opposition profonde mais aussi des points de rencontre. La première engendra la seconde par la proclamation révolutionnaire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Pour

sa part, le mouvement romantique des nationalités récupérera à son tour les abstractions françaises pour tenter de réaliser ses ambitions étatiques. Mais prises entre ces deux conceptions, les minorités furent les « laissées-pour-compte » de l'histoire du XIX^e siècle. Il est bien difficile d'en repérer l'existence dans l'ombre des États-nations. On peut tout au plus décrire quelques processus qui ont conduit à leur intégration dans le tout natio-[p. 91] nal, et plus souvent à leur occultation pure et simple. Une fois encore le modèle français nous retiendra ici, car c'est celui qui a poussé le plus loin la logique négativiste, comme on pourra le constater à travers le cas de la minorité juive. En contrepoint, nous présenterons une expérience issue du mouvement des nationalités dans l'empire des Habsbourg : une tentative inaboutie d'établir au centre de l'Europe un État multinational.

I | L'ÉMANCIPATION DES JUIFS DE FRANCE : INTÉGRATION OU ASSIMILATION ?

39 LA RÉINSTALLATION EN FRANCE SOUS L'ANCIEN RÉGIME. – À la veille de la Révolution, la population juive du royaume comptait entre 30 000 et 35 000 âmes. Il ne s'agissait pas d'un groupe homogène, soumis à un statut unique mais de communautés dispersées, d'origines différentes et vivant sous des conditions très variables. Les communautés médiévales ayant été expulsées à la fin du XIV^e siècle, les juifs qui résidaient en France sous l'Ancien Régime étaient d'origine étrangère. On peut distinguer trois principaux foyers d'installation.

Les communautés les mieux loties étaient certainement celles qui s'étaient établies, à partir du milieu du XVI^e siècle, à Bordeaux et sur les bords de l'Adour, à Saint-Esprit près de Bayonne et à Peyrehorade. Elles avaient été fondées par des juifs espagnols et portugais, *conversos* ou *novos christianos*, fuyant les rigueurs de l'Inquisition. Dès leurs installations, elles bénéficièrent de la sollicitude du pouvoir royal, pour des raisons essentiellement mercantilistes. Ainsi les « Portugais » de Bordeaux formaient au XVIII^e siècle une « nation » prospère et reconnue, régie par un conseil de treize anciens et bénéficiant d'une totale liberté de culte. Leur intégration dans la société bordelaise était ancienne et complète, et ils prenaient soin de se distinguer des juifs étrangers d'origine « tudesque » attirés par la fortune de Bordeaux. La situation des juifs ashkénazes des provinces de l'Est – Trois-Évêchés et Alsace – était nettement moins favorable. La communauté de Metz, installée, elle aussi, depuis le XVI^e siècle en provenance d'Allemagne, avait également son organisation et ses représen-[p. 92] tants. Mais elle était placée sous la tutelle étroite du parlement, soumise à un impôt collectif, tout en bénéficiant d'une assez grande tolérance en matière religieuse. Les juifs messins n'étaient pas considérés comme « régnicoles » ; plus traditionalistes que les séfarades, ils vivaient repliés sur eux-mêmes. En Alsace, les juifs étaient

interdits de cité à Strasbourg et relégués dans les bourgs et villages où leur présence suscitait à leur encontre une animosité permanente de la part des populations environnantes.

La population juive de Paris était d'installation plus récente (fin du XVII^e, siècle). Elle se composait à la veille de la Révolution de 700 personnes environ, d'origines variées et en majorité occupée à de petits métiers. Dépourvue d'organisation communautaire, elle était soumise à une surveillance étroite de la part du lieutenant général de police. Quelques riches marchands ou banquiers séfarades avaient obtenu des lettres de nationalité qui les distinguaient absolument de leurs coreligionnaires. À cet inventaire, il faudrait ajouter le puissant groupe des juifs d'Avignon et du Comtat, qui jouissaient de la protection pontificale, mais dans le royaume, ils étaient en général réputés étrangers. En somme, des situations disparates et très minoritaires qui ne suscitaient guère d'intérêt particulier. On peut noter toutefois que les juifs bénéficiaient en matière religieuse de conditions bien supérieures à celles des protestants.

Dans la décennie qui précède la Révolution un courant philosémite s'est formé dans l'opinion éclairée en faveur des juifs de l'Est sur le thème de leur « régénération ». L'utilité sociale commandait non seulement le rejet de l'antijudaïsme chrétien, mais aussi l'ouverture des communautés aux bienfaits de la modernité et des Lumières. Ce mouvement d'idée rencontrait les aspirations des juifs eux-mêmes à la suppression des incapacités et des tutelles qu'ils subissaient. Lauréat d'un concours ouvert en 1787 par la Société royale de Metz, l'abbé Grégoire, curé d'Emberménil, prônait l'intégration des juifs dans une communauté nationale à constituer, au prix, il est vrai, de l'abandon d'une grande partie de leur particularisme religieux. De son côté le gouvernement royal s'intéressait au problème. L'édit de Tolérance qui venait d'instituer un état civil pour les protestants ne pouvait s'appliquer aux juifs. Louis XVI chargea Malesherbes d'élaborer un projet d'émancipation pour cette population. Celui-ci s'informa, enquêta auprès des communautés, mais son départ du Conseil laissa [p. 93] le projet en plan. Le problème n'en était pas moins posé. La Révolution se chargea, après des hésitations, de lui apporter une solution qui devait faire date.

40 LES ATERMOIEMENTS RÉVOLUTIONNAIRES. – Pourtant, les Constituants ne se sont pas empressés d'accéder aux demandes pressantes des juifs. Les populations des provinces de l'Est se montraient plutôt hostiles à l'idée de leur affranchissement, comme en témoigne bon nombre de cahiers de doléances de ces contrées. Le vote de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen suscita néanmoins de grands espoirs. La proclamation de l'égalité en tête du texte fondateur et la reconnaissance de la liberté religieuse énoncée par l'article 10 ne concernaient-elles pas aussi les juifs ? Les juifs parisiens posèrent la question à l'Assemblée dès le 26 août 1789, le jour même du vote de la Déclaration. En octobre la « nation juive » des Trois-Évêchés et d'Alsace députa Berr Isaac Berr pour adresser une supplique à la Constituante : ce que demandent les juifs c'est

que « les hommes les regardent comme leurs frères ». Un petit groupe de députés « amis des juifs » prit la défense de leur cause ; à sa tête on trouve l'abbé Grégoire, Mirabeau et Stanislas de Clermont-Tonnerre. Mais un malentendu s'installa. Les juifs attendaient la reconnaissance de leur citoyenneté mais n'entendaient pas abandonner leurs organisations communautaires, gage de leur spécificité. Les philosémites de l'Assemblée prônaient leur assimilation au nom de l'unité du genre humain. Au cours du débat qui s'engagea en décembre 1789 sur l'octroi de la citoyenneté, Clermont-Tonnerre exprima très clairement cette position universaliste par une formule restée célèbre : « Il faut tout refuser aux juifs comme nation, et tout accorder aux juifs comme individu. » Mais, malgré ses efforts et ceux de Robespierre, l'Assemblée s'abstint de trancher. Si elle accorda la citoyenneté aux protestants de retour d'exil (D. 21 décembre 1789) et aux comédiens, elle renvoya la solution du sort des juifs à un examen plus approfondi de leur identité. Pour les juifs « espagnols » et « portugais », c'était un recul. Ils envoyèrent des députés pour convaincre la Constituante de leur confirmer ce qu'ils avaient déjà en fait, et le 28 janvier 1790, sur les instances de Talleyrand, l'Assemblée décida que « tous les juifs connus en France sous le nom de juifs portugais et avignonnais continueront de jouir de tous les droits dont ils ont joui jusqu'à présent...[p. 94] et, en conséquence, des droits de citoyen actif lorsqu'ils réuniront les conditions requises ».

Pour les juifs parisiens et leurs coreligionnaires de l'Est l'attente fut plus longue. Sous la pression de pétitions répétées et de l'activisme des « Amis des juifs », des mesures favorables furent édictées : une sauvegarde générale, le 18 avril 1790, l'abolition par lettres patentes de toutes les redevances spécifiques, le 20 juillet 1790, mais point de citoyenneté. Ce n'est que le 27 septembre 1791 que fut pris, à l'initiative d'Adrien Duport, le célèbre décret qui prononçait enfin l'émancipation des juifs : « L'assemblée nationale, considérant que les conditions nécessaires pour être français et pour devenir citoyen actif sont fixées par la Constitution.... révoque tous les ajournements, réserves et exceptions insérés dans les précédents décrets relativement aux individus juifs, qui prêteront le serment civique, qui sera regardé comme une renonciation à tous les privilèges et exceptions introduits précédemment en leur faveur. » Il n'était pas possible d'ajourner plus longtemps l'application d'un principe universel, mais la conception exclusive de la nation triomphe dans ce texte. Les juifs deviennent français à titre individuel et il ne leur est plus possible désormais de prétendre appartenir à une nation juive. Au-delà de l'intégration, ce texte marque une étape importante dans la voie de l'assimilation.

Le judaïsme français n'a pas tenu rigueur à l'Assemblée de ses atermoiements. Le décret du 27 septembre 1791 a été célébré comme l'aube de la liberté pour les juifs de France et bientôt d'Europe, car la Révolution exportera son principe émancipateur dans ses conquêtes. Il est à l'origine d'un patriotisme juif qui manifestera un attachement inébranlable pour l'héritage révolutionnaire et gommara une réalité historique moins enthousiasmante. La mise en application du

décret fut, en effet, laborieuse dans les départements alsaciens et lorrains, et la politique antireligieuse de la Terreur n'a pas épargné les synagogues.

41 L'INSTITUTIONNALISATION DES CULTES SOUS L'EMPIRE. – L'Empire a accentué le processus d'intégration lancé par la Révolution. La volonté impériale d'étatiser les cultes a touché également le judaïsme. L'intention de Napoléon I^{er} était de doter les juifs de France d'une organisation administrative contrôlée par l'État, à l'instar des structures mises en place pour les confessions chrétiennes [p. 95] par les Articles organiques de 1802. Mais en tant qu'homme des Lumières, il voulait s'assurer auparavant de leur degré d'assimilation. Dans ce but, il convoqua successivement une Assemblée de notables (1806) puis un « Grand Sanhedrin » (1807) pour les consulter sur l'orthodoxie de propositions concernant l'organisation du culte juif, les conditions nécessaires pour faire le commerce, la licéité des mariages mixtes et l'obligation du service militaire personnel. Pressés de répondre positivement, sous la menace voilée de perdre les acquis de la révolution, les rabbins et les notables réunis reconnurent que la religion juive prescrivait la soumission aux lois de l'État et que, notamment sur la question sensible des mariages entre israélites et chrétiens, les lois du Code civil s'imposaient absolument et que ces unions ne devaient entraîner aucun anathème. Moyennant ces renonciations, au moins formelles, à la loi de Moïse, le judaïsme français fut doté en 1808 d'une organisation consistoriale de type pyramidal, peu conforme aux traditions, mais dont les juifs français durent s'accommoder pour obtenir la consécration définitive de l'égalité juridique. L'intégration dans la nation française était payée d'une assimilation plus ou moins consentie. Encore faut-il rappeler que des mesures discriminatoires furent maintenues pour les juifs des anciennes terres d'Empire. Sous prétexte de lutter contre l'usure, un décret de 1808 prescrivit l'annulation de nombreuses créances détenues par les juifs ; un certificat attestant qu'ils n'étaient pas usuriers fut aussi exigé des commerçants et l'installation des israélites alsaciens et lorrains fut limitée dans les autres départements. Ce « décret infâme » ne fut abrogé qu'en 1818, sous la Restauration.

II | LE MOUVEMENT DES NATIONALITÉS DANS L'EMPIRE DES HABSBOURG ¹

C'est en Europe centrale que le mouvement des nationalités s'avéra le plus conflictuel pour la seule raison qu'il se heurtait à une réalité politique spécifique que figurait l'État multinational et qu'incarnait tant bien que mal l'empire des Habsbourg.

[p. 96]

¹ Ce développement a été rédigé par S. Pierré-Caps (p. 95 à 103).

42 « LE SYSTÈME DIÉTAL DES ORDRES ». – Il importe préalablement de rappeler que la « question nationale » ne se pose pas dans cette région jusqu'au XVIII^e siècle, car le concept de nation n'y est encore investi d'aucune signification d'ordre ethnique. Ce qui ne veut pas dire, naturellement, que les structures politiques existantes reposassent sur une population homogène. Bien au contraire, la réalité multinationale de la monarchie autrichienne ne cessera de s'affirmer jusqu'en 1848. Seulement, cette réalité emprunte ses lignes de clivage au fait que les sociétés politiques centre-européennes sont des sociétés d'ordres hiérarchisées et très morcelées : le pouvoir politique se trouve partagé entre les classes privilégiées de la société, qui l'exercent par l'intermédiaire d'assemblées représentatives de chaque groupe social ainsi organisé en corporation, ce qu'un historien hongrois aura pu appeler « le système diétal des ordres ». Autrement dit, les « nations » d'Europe centrale sont des nations nobiliaires, où la réalité du pouvoir politique appartient à la noblesse et où, en conséquence, la couronne royale est élective, comme en Hongrie, en Bohême ou en Pologne. Mais la noblesse doit aussi compter avec d'autres forces également organisées en ordres pour mieux défendre leurs privilèges : chevaliers, clergé et villes. Cette société d'ordres s'exprime, au plan politique, par l'intermédiaire des assemblées d'États, appelées diètes dans l'Europe danubienne où elles fonctionnent dès la fin du XIII^e siècle. Or, le caractère très « décentralisé » de ces diètes est à l'origine du morcellement politico-administratif caractéristique de la région considérée, d'un authentique particularisme local que conservera jusqu'à la fin la monarchie austro-hongroise. Celui-ci s'enracine dans le *Land*, la province, et se nourrit d'une tradition de défense des privilèges et des droits spécifiques. Mais, comme la représentation des ordres repose aussi sur la puissance économique, c'est-à-dire essentiellement la propriété foncière, la noblesse pourra y conforter très rapidement son pouvoir politique et confondre la défense de ses privilèges historiques avec celle de la nation tout entière pour peu que cette action prenne également appui sur une langue propre, une langue « nationale ».

Le symbole politique précoce de cette puissance des ordres réside dans la célèbre Bulle d'or hongroise de 1222, qui est à la Hongrie ce que la Grande Charte concédée en 1215 par Jean sans Terre à ses barons révoltés est à l'Angleterre. À cette différence près que cette [p. 97] dernière est le texte fondateur d'une longue évolution vers le pouvoir parlementaire, érigé ensuite en un authentique modèle constitutionnel, tandis que la première ouvrait la voie au pouvoir nobiliaire. Pourtant, ces deux textes avaient sensiblement le même objet : garantir les privilèges de la noblesse à l'encontre du pouvoir royal, la Bulle d'or allant même jusqu'à institutionnaliser un droit à l'insurrection pour le cas où le souverain attenterait aux dits privilèges.

Ce pouvoir nobiliaire appuyé sur un corpus juridique traditionnel allait conférer toute sa spécificité à l'organisation politique des sociétés centre-européennes et, par la même occasion, entraîner un profond clivage : d'un côté, les nations historiques et leur droit d'État engagées dans une lutte permanente

pour la sauvegarde de cette identité séculaire susceptible d'être mise à mal par un pouvoir impérial envahissant, celui des Habsbourg ; de l'autre, les « nations sans histoire », dépourvues de droit nobiliaire, soit parce qu'il n'y en eut jamais, soit parce que leur propre noblesse ne fut jamais assez puissante pour se doter elle-même d'un tel corpus de défense et de protection et subit, en conséquence, l'attraction d'un pouvoir supérieur qui l'assimila progressivement.

Cette distinction patricienne allait être réévaluée à la lumière de l'apparition du concept d'État-nation, à la fin du XVIII^e siècle. Par extension, les historiens feront des nations sans histoire des nations sans État : « On entend par nations sans histoire celles qui, comme les Ruthènes, les Slovaques et les Slovènes (par opposition aux Tchèques, aux Polonais, aux Croates et aux Magyars), n'ont jamais, au cours de l'histoire, constitué d'État dans le sens politique du terme. »¹ Faute de pouvoir s'appuyer sur une telle légitimité historique, les nations sans histoire vont alors se saisir du principe des nationalités, d'après lequel chaque nation a le droit de se doter d'un État qui lui soit propre, pour mieux se prévaloir d'une légitimité nationale propre. Né de l'idéologie révolutionnaire française et enrichi des conceptions culturelles ou ethniques de la nation, le principe des nationalités constituera le fer de lance de l'émancipation des « nations sans histoire » lors des révolutions de 1848-1849, qu'elles opposeront alors au droit traditionnel des « nations historiques ». Certaines, [p. 98] comme la Hongrie, tenteront même la synthèse de cette double légitimité antagoniste dans leur propre quête de l'État-nation. Celle-ci échouera en raison de l'appui apporté par la Russie à la réaction impériale, mais aussi de l'hostilité de leurs propres nations allogènes.

43 LE COMPROMIS DE KREMSIER. – De fait, les discussions constitutionnelles du Parlement de Kremsier reflétèrent très exactement cette ligne de partage. Réunie dans cette ville de Moravie à partir du mois d'octobre 1848, en raison de la confusion politique qui régnait à Vienne, cette assemblée écarta d'abord les tendances centralisatrices des députés nationalistes allemands au profit des conceptions fédérales. Mais ces dernières, bien qu'unies sur le principe de l'égalité des nationalités, virent s'affronter les partisans du « fédéralisme historique », désireux de maintenir les vieilles entités politiques, les États de la Couronne (Bohême, Hongrie, Autriche, Croatie, Galicie polonaise) et les adeptes du « fédéralisme ethnique », emmenés par le grand historien tchèque François Palacky. Ce dernier était parvenu à gagner le Parlement de Kremsier à l'austro-slavisme, c'est-à-dire à une monarchie danubienne fermement adossée à ses nations slaves en vue de faire pièce au pangermanisme comme au panslavisme russe. Dans une lettre prémonitoire et abondamment citée depuis, celui-ci insistait sur la raison d'être d'un vaste ensemble danubien : « Pensez à une Autriche qui serait dissoute en une multitude de républiques : quelle base incomparable pour l'établissement par la Russie d'une monarchie universelle ! ...Pour le salut de

¹ J. Droz, *L'Europe centrale, évolution historique de l'idée de « Mitteleuropa »*, Payot, 1960, p. 82.

l'Europe, ne laissons pas Vienne tomber au rang d'une capitale de province. » Mais la condition devait en être un fédéralisme rénové, à base ethnique et susceptible de donner aux nationalités slaves l'égalité dans l'autonomie : c'était signifier la disparition des vieilles nations nobiliaires et consacrer les nouveaux droits nationaux.

Un compromis finit par s'édifier le 4 mars 1849 autour d'un projet de Constitution, dont l'article 21 maintenait les divisions historiques traditionnelles, tout en consacrant le principe des nationalités en leur sein. Là où la population était nationalement hétérogène, en effet, étaient établies des divisions unilingues, les cercles (*Kreise*) dotés de leur propre organe représentatif et eux-mêmes représentés *ès qualités*, au niveau central, par une Chambre des États sur le modèle du Sénat américain. L'opposition nations historiques/nations sans histoire par-[p. 99] venait ainsi à un équilibre institutionnel au plus haut niveau, puisque la Chambre des États aurait vu cohabiter les représentants des provinces historiques, les *Landtage* et ceux des cercles nationaux, les *Kreistage*. Unique tentative autrichienne de concilier droit d'État et droit national, ce projet, issu « des représentants de la nation elle-même », ainsi que l'écrit fort justement l'historien Jacques Droz, « constituait... une affirmation solennelle de la volonté des peuples de vivre en commun ». Seulement, ce texte sera rejeté par le gouvernement impérial, alors en mesure de contrer par une réaction absolutiste l'effervescence révolutionnaire.

Par la suite et même si l'article 21 du projet constitutionnel de Kremsier sera repris par l'article 19 de la seule Constitution autrichienne du 21 décembre 1867 – la Hongrie ayant sa propre Constitution dans le cadre de la Monarchie dualiste –, une occasion exceptionnelle était définitivement perdue de donner une réalité constitutionnelle multinationale à un vaste ensemble politique danubien par une remarquable entente des Anciens et des Modernes. En effet, l'instauration de la Double Monarchie austro-hongroise, en 1867, serait ressentie comme une consécration du droit d'État, y compris par les nations historiques qui en étaient exclues, comme les Croates, et, surtout, les Tchèques, ces derniers au confluent du pangermanisme et du panslavisme russe. La voie était alors ouverte à l'émancipation des nations slaves. Tchèques et Slaves du Sud – Serbes, Croates et Slovènes – s'empareront du principe des nationalités et revendiqueront pour leur propre compte en 1918 ce que l'État danubien n'avait pas su leur concéder en 1849 : une autonomie nationale dans un cadre multinational.

44 LA CONSTITUTION « STADION ». – Il y eut bien une velléité d'uniformisation politique et administrative, d'un État fort digne de ce nom, qui aurait pu montrer, en un sens, que certaines leçons des révolutions de 1848 avaient été assimilées. Telle était, en tout cas, l'objet de la « Constitution Stadion » – du nom du ministre de l'Intérieur – qu'octroya l'empereur le 4 mars 1849 et qui présentait au moins l'avantage de supprimer la diversité foisonnante des privilèges des droits d'État au profit d'une stricte égalité administrative des

différentes régions de l'empire. L'égalité des nationalités proclamée à Kremsier était maintenue. En outre, l'organisation du pouvoir [p. 100] politique n'était pas sans rappeler le système français de la Charte de 1814 par la place décisive que s'y réservait l'empereur. Ce texte autoritaire n'était pourtant pas réactionnaire, dans la mesure où le principe national y trouvait sa place tout en réservant, sur le plan politique, une possibilité ultérieure de libéralisation, évolution que connaîtront d'ailleurs des régimes analogues, à commencer par l'empire français à la veille de la défaite de 1870. Seulement ce texte ne sera jamais appliqué, en raison de l'allergie de François-Joseph, monté sur le trône en pleine tourmente, en décembre 1848, pour tout ce qui peut rappeler de près ou de loin le modèle politique anglais et farouchement attaché, par tempérament plus que par conviction, à l'ordre ancien.

45 LA VOIE DE L'ÉTAT SUPRANATIONAL. – Il reste que les révolutions de 1848 auront aussi administré la preuve qu'il y avait place en Europe centrale pour un puissant sentiment d'une communauté de destin – une *Schicksalsgemeinschaft* – qu'exprime justement le concept de *Mitteleuropa*. C'est à la fois ce concept et cette communauté de destin que Jacques Droz s'est efforcé d'esquisser en mettant en évidence ces forces de résistance à « l'action dissolvante du principe des nationalités » bien présentes, « en Allemagne et en Autriche, chez ceux qui ont démontré qu'il existait une solidarité économique et politique entre les États d'Europe centrale et qui, sous une forme moderne, ont cherché à reconstituer les liens que l'ancien Reich avaient tissés dans cette partie du continent européen ». Effectivement, il y eut bien place, en 1848, pour une troisième voie, qui ne fût ni celle de l'ordre dynastique qui remporterait une victoire à la Pyrrhus, ni celle du principe des nationalités dont la force de persuasion conjugait le libéralisme politique et l'émancipation nationale.

Cette troisième voie, celle de l'État supranational, cherche à rompre le fatal engrenage qui amène à la nécessaire coïncidence d'un seul État avec une seule nation et qui ne peut s'accomplir que dans la douleur, comme les peuples de 1848 l'auront constaté à satiété ; elle propose à l'État moderne d'autres formes de solidarités, celles nées de l'histoire, de la culture ou de l'économie. L'écho rencontré par le projet constitutionnel de Kremsier donnera corps à l'idée même de l'État multinational, dans la mesure où celle-ci pouvait rivaliser avec la puissance d'attraction de l'État-nation sans apparaître nécessaire-[p. 101] ment comme un avatar nostalgique d'une très vieille idée de l'Europe chrétienne. De surcroît idée essentiellement germanique en même temps qu'objet d'intense compétition austro-allemande, puisqu'il s'agissait avant tout d'organiser une confluence spatiale sous l'ombre portée du Saint-Empire.

Quoi qu'il en soit, c'est bien l'Autriche qui s'efforça d'incarner l'idéal mitteleuropéen de supranationalité. Au demeurant, les circonstances politiques lui avaient plutôt imposé cette alternative : les défaites de Lombardie et, surtout, le désastre de Sadowa, en juin 1866, révélèrent à François-Joseph ce que les

révolutions nationales de 1848 laissaient déjà pressentir : faute d'exercer l'hégémonie sur le monde germanique, l'Autriche n'avait plus guère d'autre choix que d'accomplir son destin danubien. Pour cela, il lui fallait donner des gages à la Hongrie : tel est l'objet du Compromis de 1867 qui, instaurant le Dualisme par le rétablissement de la nation hongroise dans ses droits historiques, tend ainsi à faire des Magyars et des Allemands d'Autriche les deux piliers du trône des Habsbourg. D'un côté, la Hongrie, cimentée par la doctrine de la Sainte-Couronne – la Couronne de Saint-Étienne – en laquelle la nation trouve son unité politique et son indivisibilité tout autant que sa souveraineté et qui recouvre la Transylvanie et la Croatie ; de l'autre, l'Autriche, ou plutôt la Cisleithanie, désignant les territoires non magyars de la monarchie (Slovénie actuelle, Bohême, Galicie, Autriche) par référence au cours d'eau – la Leitha – séparant les deux grands ensembles réunis sous la férule impériale. Non seulement le Compromis de 1867 consacre la victoire du droit d'État historique sur le principe national, incorporant Slovaques et Roumains à la nation politique hongroise, ainsi que les Galiciens et les Slovènes à l'ensemble autrichien, encore ignore-t-il superbement les droits historiques des Tchèques et des Croates, ruinant définitivement l'austro-slavisme. Ces derniers d'ailleurs – et en dépit d'un Compromis passé en 1868, aux termes duquel les Hongrois reconnaissaient aux Croates une autonomie culturelle et judiciaire – n'auront de cesse d'explorer les voies d'un destin propre, d'abord en commun en 1918, les Tchèques unis aux Slovaques, les Croates aux Slovènes et aux Serbes, puis seuls aujourd'hui.

Pourtant la Constitution autrichienne de décembre 1867 n'ignore pas les droits nationaux : son article 19 transpose largement l'article 21 de la Constitution de Kremsier : « Tous les groupes ethniques (*Volksstämme*) de l'État sont égaux en droit. Chaque groupe ethnique a un droit inviolable à la conservation et à l'entretien de sa nationalité et de sa langue. L'État reconnaît à toutes les langues usuelles dans un pays l'égalité des droits dans l'école, dans l'administration et dans la vie publique. Dans les pays où résident plusieurs peuples, les établissements d'enseignement public seront organisés de telle façon que, sans qu'il y ait de pression exercée pour l'enseignement d'une deuxième langue du pays, chaque peuple ait à sa disposition les moyens nécessaires pour être instruit dans sa langue. »

De son côté, la Hongrie s'était dotée, en 1868, d'une loi sur les nationalités qui, sans transiger sur le principe de l'unité politique de la nation, en vertu duquel la langue hongroise était érigée au statut de langue d'État, n'en reconnaissait pas moins à chacun, au nom de l'égalité des droits de tous les citoyens de l'unique nation, le droit à l'usage privé et public de sa propre langue maternelle. Nul ne contestera le caractère libéral de ces dispositions, dont la portée était certes très différente de part et d'autre de la Leitha : en Autriche, le choix multinational s'affirmait dans la reconnaissance des *Volksstämme* tandis qu'en Hongrie l'unité nationale excluait formellement une telle approche collective des droits linguistiques. Pourtant, la loi hongroise de 1868 allait, en ce sens, plus loin que la proclamation de principe de l'article 19 de la Constitution autrichienne de 1867,

dans la mesure où elle s'efforçait de régler l'emploi des diverses langues des nationalités devant les organes d'État ainsi que dans l'enseignement.

Seulement ces deux textes ne parvinrent pas à subir l'épreuve des faits : d'un côté, en effet, la magyarisation forcée était inscrite dans le choix hongrois de l'État national. Car pour les Hongrois, le Compromis de 1867, loin d'exprimer l'adhésion spontanée à un ensemble multinational, ne représentait qu'une concession minimale en vue de la restauration de la nation politique dans ses droits historiques. De l'autre côté, l'option autrichienne pour une formule multinationale, d'où découlait l'abaissement de l'allemand au rang de simple langue régionale (*Landessprache*) s'accompagnait d'un cloisonnement territorial qui ne pouvait que favoriser la force véhiculaire de l'allemand au moment où la Prusse s'apprêtait à réaliser l'unité de l'Allemagne. On ne tardera pas à le vérifier tout particulièrement en Bohême, où l'application d'un principe apparemment égalitaire renforça la position de l'allemand, dès lors qu'elle ignorait les droits de la langue minoritaire. Finalement, la reconnaissance officielle de la langue d'une nationalité donnée dans un pays (*Land*) donné devait affirmer les prétentions de cette nationalité sur ce pays : le fossé entre Tchèques et Allemands des Sudètes ne pouvait donc que s'agrandir. Au reste, François-Joseph perpétuait, par là même, une politique de laquelle les Habsbourg ne se départirent jamais depuis que la « question nationale » s'était révélée à eux : diviser pour régner, exacerber les contradictions nationales pour sauvegarder leur trône. Assurément, l'idéal multinational aurait mérité mieux.

[p. 104]

Chapitre 3

Les États modernes et les peuples autochtones

[Retour au sommaire](#)

46 LES PREMIERS CONTACTS. – Lorsqu'en 1514 le conquistador Pedrarias Davila prit pied pour la première fois sur la « Terre ferme », c'est-à-dire sur le continent américain, il donna l'ordre à un de ses compagnons de lire à haute voix une sorte de formulaire aux indigènes qu'il rencontra. Ce texte les invitait de la part « du roi d'Espagne, très haut, très puissant et très catholique défenseur de l'Église, toujours vainqueur et jamais vaincu » de se soumettre à l'autorité de la couronne et d'accepter la prédication des missionnaires, sinon – ajoutait le formulaire – « je vous certifie qu'avec l'aide de Dieu je pénétrerai en force contre vous, je vous ferai la guerre de toute part, et de toutes les façons possibles, je vous soumettrai au joug et à l'obéissance de l'Église et de Sa Majesté... ».

On imagine l'effet de ce discours, lu dans le plus pur castillan, sur des Indiens éberlués par le débarquement de ces sortes « d'extraterrestres ». Ce fut la première utilisation de la fameuse procédure du *requirimiento*, qui sera employée dans d'autres occasions semblables par les conquistadors pour légitimer l'usage de la force contre les Indiens. Nous avons là un des plus purs exemples de légalisme, c'est-à-dire de l'art de transformer par l'artifice des mots et de la forme un fait, acte de force, en acte légal et en droit.

Comme on l'a souvent écrit, la *conquista* ibérique du Nouveau Monde s'est faite par l'épée et la croix, mais elle n'a pas négligé pour autant l'instrument du droit. Dès le début, l'État espagnol s'est efforcé non seulement de légaliser l'entreprise coloniale, mais aussi de la légitimer. Et si l'installation des Européens, Français et Anglais, en Amérique du Nord a pris des voies différentes, la violence n'en a pas [p. 105] été absente, ni le recours au droit, sous la forme notamment de traités passés avec les populations autochtones.

Dans tous les cas, le choc produit par la rencontre de 1492 a abouti aux mêmes résultats : la dépossession des peuples autochtones de leurs territoires, leur aliénation matérielle et culturelle à des degrés divers, leur minoration au sens premier du terme, c'est-à-dire leur infériorisation juridique par la confiscation des droits. S'il fallait choisir un objet symbolique, pour caractériser la colonisation de l'Amérique, plutôt que la bannière des Rois Catholiques, symbole de souveraineté, plantée par Colomb le 12 octobre 1492, ne faudrait-il pas retenir le fer qui a servi à marquer les Indiens, prisonniers de guerre et réduits en esclavage, des lettres S. J. (*sine jure*) ? Car le droit fut en Amérique plus souvent un instrument de domination que de libération.

47 LE CADRE JURIDIQUE DE LA CONQUISTA. – Avant son départ, Christophe Colomb n'avait conçu son entreprise que sous la forme d'une installation de comptoirs dans le but de pratiquer le troc (*rescate*) avec les populations rencontrées, à l'imitation des factoreries portugaises d'Afrique. Le cadre juridique de la première expédition fut donné par les célèbres Capitulations de Santa Fe, du 17 avril 1492, qui associaient pour le partage des bénéfices les Rois Catholiques et l'amiral de la mer océane, tout en accordant à ce dernier une large délégation de souveraineté en qualité de vice-roi.

Les épisodes du premier voyage, le retour triomphal, l'accueil réservé à l'amiral par Isabelle et Ferdinand sont trop connus pour qu'il soit nécessaire d'insister. Mais le succès contenait en germe la transformation de l'entreprise colombienne. À cela deux raisons principales : l'ampleur inattendue de la « découverte » et l'attitude de la couronne.

Dès le deuxième voyage, 17 navires furent engagés et près de 1500 espagnols s'installèrent dans l'île Hispaniola (Haïti) et fondèrent une ville. Il n'était plus question de simples comptoirs, les premiers immigrants prétendaient s'établir. Ces Castillans et ces Aragonais étaient les héritiers d'une longue tradition de colonisation de peuplement dans le cadre de la reconquête de la péninsule sur les Maures. Ils étaient venus aux Indes pour trouver des richesses et vivre en *hidalgos*. Ils ne voulaient pas végéter comme salariés de [p. 106] l'amiral, mais s'établir à leur compte et rechercher l'or à leur seul profit. Bientôt des querelles éclatèrent et s'envenimèrent dans un climat de déception. En 1497, sous la conduite de Francisco Roldan, une partie des colons se souleva contre l'autorité de Colomb. Cette agitation trouva le soutien de la couronne. Les Rois Catholiques cherchaient, en effet, le moyen de réduire les privilèges de l'amiral. Ils nommèrent un enquêteur pour arbitrer le différent entre Colomb et les insurgés. Le commandeur Bobadilla se comporta en gouverneur de l'île, et fit arrêter l'amiral. Colomb perdit de fait ses prérogatives de vice-roi. Les Capitulations de Santa Fe étaient désormais lettres mortes, sans pour autant être abrogées. Colomb ne s'est jamais résigné à cette situation. Jusqu'à sa mort il réclamera le rétablissement de ses prérogatives, et après sa mort un interminable procès opposera la couronne et ses héritiers.

En attendant l'État espagnol prit en main le contrôle des opérations et s'engagea dans une politique de colonisation et de peuplement. Cela ne veut pas dire que l'État se chargea lui-même de l'entreprise. La *conquista* restera encore longtemps une affaire privée entre les mains d'entrepreneurs de conquête, l'État se bornant à délivrer des concessions (*capitulaciones*) et à contrôler la répartition du butin en prélevant la part de la couronne. Un organisme chargé de cette régulation, la fameuse *Casa de contratación*, fut fondé à Séville en 1503.

Sur place l'État était représenté par un gouverneur qui exerçait les pouvoirs politiques et militaires. Un tribunal (*audiencia*) fut installé en 1511 à Saint-Domingue pour rendre la justice, et des officiers de finance percevaient les impôts et contrôlaient les monopoles de la couronne. C'est sur ce modèle que sera organisée la colonisation des grandes îles des Antilles : Porto-Rico en 1508, Cuba et la Jamaïque en 1511, puis à partir de 1519 des immenses territoires de la Nouvelle Espagne conquis par Cortés et Pizarro sur les ruines des Empires aztèque et inca. La *conquista* s'est opérée sous le signe de l'association entre l'initiative privée et l'appareil d'État, c'est-à-dire entre des aventuriers et des hommes de guerre d'une part et des juges et des administrateurs (*letrados* ou *licenciados*) d'autre part.

Par certains aspects cette entreprise est d'esprit moderne, mais elle reste aussi marquée par des archaïsmes. Les normes médiévales [p. 107] et féodales persistent, comme l'indique le terme de *cavalgada* (chevauchée) qui désigne l'opération de conquête elle-même. Mais surtout la puissance publique de cet État espagnol naissant eut bien du mal à contrôler et à encadrer la cupidité des conquistadors ; le plus souvent elle s'est bornée à légaliser les exactions.

On le voit bien dans le sort tragique réservé aux Indiens. Dès le début, l'asservissement des Indiens a stigmatisé cette entreprise coloniale. Les thuriféraires de Colomb ont bien tenté de l'absoudre de ce péché originel. On a dit qu'il avait été poussé par de mauvais conseillers. Pourtant l'amiral avait pressenti dès le premier contact tout le parti que l'on pourrait tirer des populations indiennes. Dans son fameux journal, il décrit les mœurs pacifiques des indigènes Arawaks. Le 16 décembre 1492, il écrit à l'intention de ses commanditaires, les Rois Catholiques : « Ils ne possèdent pas d'armes et ils vont tout nus. Ils n'ont aucune connaissance de l'art de la guerre et ils sont à ce point poltrons que mille d'entre eux n'oseraient pas attendre de pied ferme trois de nos hommes. On voit donc qu'ils sont aptes pour qu'on les commande et qu'on les fasse travailler, semer et faire tout ce que l'on pourrait juger utile... Ils pourront faire des villes et s'habituer à s'habiller et à se comporter comme nous-mêmes. » Tout est déjà dit dans cette phrase terrible, toute la logique de l'exploitation coloniale : mettre au travail les Indiens et, pour cela, les forcer à s'assimiler au mode de vie des colonisateurs.

Toutefois, Colomb n'a pas mis immédiatement à exécution ce plan. Fidèle à ses objectifs, il a vu dans les Indiens plutôt une marchandise de traite, bonne à vendre sur les marchés de la péninsule, comme le faisaient les Portugais avec les

Noirs des côtes d'Afrique. Dès le deuxième voyage, parce que la récolte d'or n'avait pas été aussi bonne que prévu, il embarqua plusieurs centaines d'Indiens captifs. Opération catastrophique, car la moitié de ces malheureux mourra avant d'être débarquée. Mais le trafic continuera jusqu'à ce que les Rois Catholiques l'interdisent expressément en 1502. Scrupule de conscience de la reine Isabelle, sans doute, mais, à vrai dire, des raisons économiques ont aussi joué : le marché n'existait pas en Espagne, où la main-d'œuvre autochtone était abondante.

[p. 108]

Section I

La légalisation de l'asservissement des Indiens

[Retour au sommaire](#)

48 UNE PRATIQUE ARBITRAIRE. – C'est sur place, dans les îles, puis sur la « Terre ferme », que les Indiens furent asservis selon un mode qui n'avait rien à envier à l'esclavage de traite. Mais la prohibition formelle de la traite permettra aux juristes de prétendre que le colonisateur a respecté la liberté naturelle des Indiens.

L'asservissement des Indiens fut le produit spontané des besoins de main-d'œuvre de l'entreprise coloniale elle-même. Le stock d'or ramassé par le troc s'étant vite épuisé, il a fallu organiser l'orpaillage dans les mines, mettre aussi en culture les premières plantations. Les Espagnols n'étaient pas venus de si loin pour travailler de leurs mains, et le climat ne les y incitait guère. Il n'y avait pas d'animaux de trait. Dès 1495 Colomb avait imposé à tous les Indiens de plus de quatorze ans un tribut en or, au prix des premières violences. Les colons qui s'installèrent se mirent à réclamer leur part. C'est la principale raison de la révolte de 1497 et l'origine de la pratique du *repartimiento*. Les colons révoltés se partagèrent la population indigène. Chacun reçut un certain nombre d'Indiens astreints au travail forcé. Colomb fut obligé de confirmer ces *repartimientos* en 1499, et le nouveau gouverneur qui le remplaça en 1500, Nicolas de Oviedo, en fit de même.

Il s'agit donc d'une pratique qui procède de l'arbitraire le plus complet, un fait accompli que l'État s'est efforcé de légaliser tant bien que mal, en suivant un processus qui se reproduira bien des fois au cours des entreprises coloniales postérieures.

49 LE RÉGIME DE L'« ENCOMIENDA ». – Dans le cadre du système contrôlé par la *Casa de contratación*, chaque concessionnaire se vit attribuer d'une part une concession de terres (*merced de tierra*) et d'autre part un lot d'Indiens pour les

travailler. Les attributions étaient hiérarchisées : 100 têtes pour un officier royal, 80 pour un « *caballero* », 60 pour un écuyer et 30 pour le simple colon.

C'est un acte royal de 1503 qui a donné au *repartimiento* sa forme juridique : l'*encomienda*. Les Indiens étaient considérés comme « vas-[p. 109] saux » de la couronne, mais « confiés » à un colon espagnol dénommé *encomendero* qui recevait sur eux une véritable délégation de puissance publique comportant un droit de juridiction et une tutelle étendue ; il pouvait les forcer à travailler pour son compte, et devait en contrepartie les protéger, les évangéliser et leur payer un salaire pour maintenir la fiction juridique de leur liberté. L'évangélisation devint ainsi la première légitimation de la conquête. L'évangélisation par le travail forcé !

Dès le XVI^e siècle, de nombreux juristes espagnols ont déployé des trésors de science pour qualifier l'*encomienda* et la justifier. Et cela jusqu'à nos jours ou presque : en 1954 un éminent internationaliste, Castañón, dans un cours de l'Académie de La Haye, y voyait encore la base d'une bonne politique coloniale, un « instrument de civilisation » à proposer aux experts des Nations Unies !

En fait il s'agit d'une institution archaïque, transposition dans la colonie du servage féodal et spécialement du *solariego*, tiré du vieux For de Castille, qui avait été déjà étendu aux territoires reconquis sur les Maures. Ce régime de l'*encomienda* a ainsi légalisé une exploitation brutale des Indiens des Antilles. Associé aux épidémies, il a eu l'effroyable effet que l'on sait : un véritable génocide qui a décimé la population autochtone des îles. Sur un demi-million d'habitants en 1492, il n'en restait plus que 30 000 en 1514. La conséquence de cette hécatombe fut la ruine de la première colonisation avec comme seule issue la fuite en avant : l'importation d'esclaves noirs en provenance d'Afrique pour remplacer la main-d'œuvre indienne exterminée, et la conquête des richesses du continent, des « Terres fermes ».

50 À L'ORIGINE DU DROIT COLONIAL. – L'*encomienda* a suscité la réprobation de certains missionnaires franciscains et dominicains, et notamment du père Montesinos dont les sermons en 1511 vont éveiller les consciences, dont celle de Bartolomé de Las Casas le futur défenseur des Indiens. Les premières protestations trouvèrent un écho en Espagne, au plus haut niveau, auprès des conseillers du souverain qui siégeaient au Conseil des Indes et aboutirent à la promulgation des lois de Burgos et de Valladolid en 1512-1513. Il s'agit d'une première codification du droit colonial qui se préoccupait de protéger les indigènes. Ces lois reconnaissaient leur liberté, et ten-[p. 110] taient de réglementer le travail et la vie des Indiens dans le cadre de l'*encomienda*.

L'*encomendero* était obligé de construire un village pour 50 Indiens, avec une église desservie par un chapelain. Il devait laisser à chacun d'eux un lopin de terre pour ses propres cultures. La durée du travail était limitée à neuf mois par an et les salaires étaient fixés par les officiers royaux. Des inspections furent prévues pour faire respecter ces dispositions. Ces lois témoignent certainement de bonnes

intentions, mais elles étaient en elles-mêmes destructrices des cultures autochtones avec la constitution de villages où les Indiens étaient obligés de vivre au contact des blancs et selon un mode de vie imposé par eux. Elles furent surtout très mal respectées sur place. Les juges des *audiencias* avaient partie liée avec les colons et pratiquaient l'art de respecter les lois sans les faire appliquer (*obedecer y no cumplir*).

La couronne, elle-même, a constamment cédé aux pressions des colons. Ceux-ci ont obtenu le droit de transmettre l'*encomienda* à titre héréditaire pour deux générations, puis pour trois. Surtout, la couronne n'a pas pu empêcher l'extension du système sur le continent, en Nouvelle Espagne (Mexique) puis au Pérou. Le *repartimiento* et l'*encomienda* y furent pratiqués sur une grande échelle. L'exploitation des Indiens a même été renforcée par la récupération de modes de domination en vigueur dans les sociétés précolombiennes, comme la *mita* incaïque : corvée par roulement utilisée pour l'exploitation des mines d'argent de Potosi, découvertes en 1545. La réduction en esclavage des prisonniers de guerre fut également pratiquée.

Pourtant, quelques années plus tôt, à l'instigation de Las Casas, Charles Quint avait promulgué les Nouvelles Lois (*Nuevas Leyes*) de 1542 qui ordonnaient la mise en extinction des *encomiendas*. Mais ces lois déclenchèrent un soulèvement des colons, orchestré par le Conseil des Indes lui-même, et l'empereur dut une nouvelle fois reculer. Le système de l'*encomienda* a, en réalité, traversé tout le XVI^e siècle et ne commencera à décliner qu'au XVII^e siècle. Son dépérissement est dû essentiellement à des raisons économiques : l'apparition des grands domaines (*haciendas*) et de nouveaux modes de production (*estancias*) a rendu nécessaire la transformation des rapports juridiques. Le système quasi féodal de l'*encomienda* qui comportait un droit de juridiction sur les hommes s'est effacé devant un droit de propriété sur les sols. On vit alors apparaître de nouveaux types de [p. 111] dépendance, comme le servage pour dettes ou *peonaje*, source de nouveaux abus.

Au cours de cette première période de la colonisation, le droit a sans cesse couru après les faits. La législation a légalisé les pratiques les plus condamnables, et lorsqu'elle a voulu faire œuvre de justice elle n'a pas été appliquée, ou si peu. L'Espagne a expérimenté ainsi une sorte de fatalité qui pèse sur les législations coloniales. Le même processus se reproduira bien des fois. Que l'on songe, par exemple, aux échecs successifs des tentatives de réforme du statut de l'indigénat en Algérie, à l'époque française.

Section II

La légitimation de la conquête par la minoration des Indiens

[Retour au sommaire](#)

La légitimité de la *conquista* a fait l'objet d'un débat passionné dans l'Espagne du XVI^e siècle. Les protagonistes en furent des clercs, des théologiens, nourris principalement de la doctrine thomiste, et les dominicains occupèrent dans ce débat une place centrale. Mais ces théologiens furent aussi des juristes, formés au droit canon et au droit romain. Sans sous-estimer les implications théologiques et morales, le débat sur la colonisation a eu une forte coloration juridique. Il tournait autour des « justes titres » de l'Espagne à conquérir et à dominer le Nouveau Monde, et il a été fait une grande consommation de concepts juridiques savants.

Tous ces auteurs se sont exprimés dans de lourds traités dogmatiques, dans des ouvrages historiques, dans des *lectiones*, mais aussi dans des libelles plus polémiques destinés à un large public. Car ce débat n'est pas resté circonscrit à un cercle d'intellectuels. Le pouvoir royal, déjà soucieux d'une opinion nationale et surtout internationale naissante, l'a lui-même stimulé, en organisant à plusieurs reprises des controverses publiques dans la plus pure tradition scolastique. Ainsi les Juntas de Burgos en 1510 ou de Valladolid en 1551 qui ont précédé les réformes législatives. Ces débats doctrinaux ont eu un grand retentissement, car ils touchaient des intérêts considérables.

[p. 112]

51 LES DÉBATS THÉOLOGIQUES SUR LES « JUSTES TITRES ». – La première justification avancée par les théologiens fut l'évangélisation. Elle trouve son fondement juridique dans la bulle *Inter cætera* 1493) du pape Alexandre VI qui partageait les mondes découverts et à découvrir entre Espagne et Portugal afin que « la foi catholique et la religion soient exaltées et partout amplifiées et répandues et que les nations barbares soient subjuguées et réduites à la foi ». Indépendamment de la discussion sur les droits que cet acte pontifical conférait aux puissances coloniales – simple mandat en vue de catéchiser les Indiens ou concession territoriale –, de nombreuses questions étaient ainsi posées, et d'abord celle-ci : jusqu'où pouvait-on aller dans l'usage de la contrainte ? L'Espagne connaissait bien le combat pour la foi. Elle venait de terminer la *Reconquista* contre les Maures et d'expulser les juifs. L'usage de la force contre les hérétiques et les infidèles pouvait paraître légitime en fonction de la doctrine de la guerre juste énoncée par Thomas d'Aquin (*Somme théologique*, Secunda Secundæ, quaestio 66). Pouvait-on en faire autant avec les Indiens ?

La solution la plus simple était de les assimiler à des infidèles. Dès qu'on s'est rendu compte que ces « sauvages » n'étaient pas des habitants des Indes, on s'est posé le problème des origines. Les Indiens ne pouvaient pas avoir échappé aux plans de Dieu et à ce qu'enseignait l'Histoire sainte. D'où l'idée que les Indiens étaient les descendants des dix tribus perdues d'Israël. Les Indiens étaient des juifs, il était donc légitime de leur appliquer le sort réservé aux infidèles. Bien que cette thèse étrange ait persisté jusqu'au XVII^e siècle chez certains auteurs, elle a été abandonnée par les plus lucides. Compte tenu des interdits qui frappaient tous les rapports entre chrétiens et juifs, la colonisation eût été impossible si l'on avait persisté dans cette assimilation.

Il a donc fallu admettre que les Indiens étaient des païens. Or, saint Thomas était formel : les païens n'ayant jamais entendu prêcher la Bonne Parole, leur infidélité n'était que négative. Il n'y avait pas de « juste cause » de guerre contre eux ; seules la prédication et la persuasion pouvaient être employées pour les convertir. Mais la parade fut vite trouvée par les partisans de la manière forte. La guerre était juste si, dûment « exhortés », les Indiens restaient sourds à l'appel de Dieu. L'idée se trouve exprimée dans le traité du dominicain Matias de Paz : « *De dominium regium Hispaniæ super indios* » (De la souveraineté [p. 113] neté du roi d'Espagne sur les Indiens). Elle va inspirer le fameux *requirimiento* inauguré par le conquistador Davila. Cette procédure était évidemment destinée à satisfaire la conscience des conquérants, mais la farce montre jusqu'où peut aller le juridisme.

Toutefois le *requirimiento* ne réglait pas tous les problèmes. On a longuement discuté sur le point de savoir si l'on pouvait continuer à user de la force avec les Indiens convertis, ou s'il fallait reconnaître leur liberté, leur restituer les biens confisqués et même rétablir les caciques (chefs) dans leur autorité. Certains soutenaient cette thèse, mais c'était ruiner toute l'entreprise de colonisation. Pour sortir de ces discussions, il fallait aboutir à une infériorisation radicale des Indiens, une péjoration qui seule pouvait légitimer leur domination définitive.

52 LA CONTROVERSE DE VALLADOLID. – Faire des Indiens des êtres méprisables et pervers afin de les exploiter sans avoir à redouter une quelconque réprobation dans ce monde comme dans l'autre, ce fut l'objectif d'un chanoine de Cordoue, Ginès de Sepulveda. Cet historiographe officiel de Charles Quint et précepteur du futur Philippe II fut l'adversaire de Las Casas au cours de la controverse de Valladolid en 1550. Contrairement à une idée reçue, Sepulveda n'a jamais mis en doute l'appartenance des Indiens à l'espèce humaine. Ce ne sont pas des animaux. À son époque, tous n'en sont pas persuadés et l'on pourrait trouver tout un florilège de citations qui font des Indiens des *quasi monos* (presque des singes). Mais le pape Paul III lui-même avait tranché dans sa bulle *Sublimis Deus* de 1537 : les Indiens sont véritablement des hommes (*sunt vero homines*). Il fallait bien que les Indiens aient une âme pour qu'on puisse les évangéliser !

Pour Sepulveda, les Indiens n'en sont pas moins des sous-hommes (*homunculi*). Dans son traité *Democrates alter*, il considère qu'il est permis d'user

de la force contre eux parce qu'ils sont pervers, barbares et cruels : la preuve est fournie par le fait qu'ils pratiquaient l'anthropophagie, tels les féroces Caraïbes, ou les sacrifices humains comme les Mexicains. On peut donc leur faire la guerre avant même de tenter de les évangéliser, car on sauvera ainsi des milliers d'innocents.

Sepulveda utilise aussi un argument d'autorité tiré d'Aristote. Les [p. 114] Indiens sont des barbares, et comme tels ils sont « esclaves par nature ». Ce qui ne veut pas dire que le bon chanoine de Cordoue soit pour leur mise en esclavage. Il préfère l'*encomienda*, et il fait l'apologie des relations paternelles qui s'établissent entre l'*encomendero* et ses Indiens.

Les thèses de Sepulveda ont fait l'objet d'une contestation passionnée de la part de Las Casas, le « Défenseur des Indiens », promu évêque de Chiapa. Dans ses œuvres très prolixes, notamment dans l'*Histoire apologétique* et dans la *Très brève relation de la destruction des Indes*, il conteste point par point les affirmations de Sepulveda. Son vibrant plaidoyer pour la dignité et la liberté des Indiens va jusqu'à lui faire dire que ceux-ci sont meilleurs que les Espagnols et devraient être restitués entièrement dans les biens dont on les a dépouillés par le dol et la violence (on reconnaît ici l'utilisation du concept juridique de la *restitutio in integrum*) ; tout cela au grand scandale des colons d'Amérique. Ces controverses théologico-juridiques concernaient des enjeux évidents. On sait que le conseil municipal de Mexico envoya un don de 200 pesos à Sepulveda pour lui marquer sa reconnaissance, et si les thèses du chanoine de Cordoue furent en définitive condamnées par la Junte de Valladolid, elles n'en reflétaient pas moins une opinion très largement répandue à l'époque. Quant à la défense des Indiens par Las Casas, elle n'en comporte pas moins ses ombres. Pour sauver ses protégés de l'esclavage, l'évêque de Chiapa n'a-t-il pas proposé de généraliser la traite négrière ?

Il convient de terminer par l'opinion d'un autre grand théologien-juriste du XVI^e siècle que l'on a aussi opposé à Sepulveda et rangé plutôt du côté de Las Casas, mais qui illustre un point de vue « moderniste », nullement opposé à la colonisation : le dominicain Francisco de Vitoria.

53 LA DOCTRINE DE VITORIA. – Formé à Paris dans la doctrine thomiste, mais aussi au droit canon et au droit romain, puis professeur à Salamanque, Vitoria passe pour le précurseur du droit international. On lui attribue le mérite d'avoir formulé, avant Grotius, le concept de « droit des gens ». En suivant les enseignements de saint Thomas, Vitoria croit à l'existence d'un droit naturel commun à tous les hommes, fondé sur la nature humaine, créée par Dieu, et sur l'universalité de la raison. Ce droit naturel transcende les droits posi-[p. 115] tifs, c'est-à-dire les corps de règles propres à chaque nation, mais entre droit naturel et droits positifs, il y a un *jus gentium*, un droit des gens commun à toutes les nations qui oblige les communautés humaines, les États dans leurs rapports mutuels. Ce droit des gens participe au droit naturel mais doit s'inscrire dans le droit positif.

La colonisation comme la guerre relèvent du *jus gentium*. C'est le thème de la célèbre conférence : *De Indiis et de Jure belli*. Dans ce texte, Vitoria bouscule les thèses avancées pour justifier la conquête. Il écarte le mandat accordé à l'Espagne par le pape et rejette aussi l'usage de la violence pour imposer la foi chrétienne. Il reconnaît la dignité humaine des Indiens, qui ne sont pas « esclaves par nature ». Avant la découverte de l'Amérique, les Indiens jouissaient paisiblement de leurs droits sur les choses, conformément au droit naturel. Ils étaient régis par un droit positif. Vitoria partage certains points de vue de Las Casas ; ce dernier se servira de son autorité dans ses polémiques. Mais la colonisation n'en repose pas moins sur des titres légitimes. Le premier titre est le *jus communicationis*, le droit naturel des individus d'aller et de venir partout où bon leur semble. À l'aube des temps, chacun pouvait s'installer partout librement et le partage des biens terrestres n'a pas aboli ce droit. Les Espagnols ont donc le droit d'aller aux Indes et de s'y établir, et les Indiens peuvent faire de même en Espagne. Par ailleurs, les richesses naturelles étant un bien commun, elles appartiennent à ceux qui les trouvent : « Ainsi l'or caché dans le sol, ou les perles dans la mer. » Donc nul ne peut interdire aux Espagnols de commercer avec les Indiens et de jouir de ce qu'ils ont gagné par leurs efforts.

Vitoria n'oublie pas la mission évangélisatrice de l'Espagne, mais il y voit un corollaire du droit de libre communication. Les missionnaires espagnols ont le droit d'aller prêcher la foi chrétienne en Amérique et les indigènes ne peuvent s'y opposer, sinon une juste guerre pourrait être déclenchée contre ceux qui entraveraient la liberté du commerce et de la prédication. On peut toutefois noter que Vitoria n'envisage à aucun moment sérieusement la réciprocité au profit des Indiens.

La doctrine de Vitoria est moderne dans la mesure où elle laïcise les fondements de la colonisation et contient le pressentiment d'un nouvel ordre mondial fondé sur la circulation des hommes et des marchandises, et il n'est pas inutile de rappeler que John Locke, le fondateur de la doctrine libérale, fut un lecteur de Vitoria.

[p. 116] Une autre justification de la colonisation développée par Vitoria est une version douce des préjugés de Sepulveda. Les Indiens, sans être stupides, n'en sont pas moins d'une faiblesse intellectuelle (*debilitas*) proche de celle des enfants. On peut donc leur appliquer des concepts bien connus des juristes : incapacité, puissance paternelle, ou tutelle. Il est licite que le roi d'Espagne prenne en charge leur administration comme un père qui exercerait sur ses enfants sa puissance paternelle, et, comme l'ajoute Vitoria, sur le plan moral, c'est un devoir de charité. Voilà bien un thème inépuisable pour les laudateurs de toute entreprise coloniale.

[p. 117]

Chapitre 4

Regard sur les traditions juridiques non occidentales

Section I

Le statut des minorités en terre d'Islam

[Retour au sommaire](#)

54 L'ISLAM ET L'ALTÉRITÉ. – Les rapports que l'islam entretient avec l'altérité peuvent paraître déroutants pour des mentalités occidentales. L'actualité de cette fin de siècle, marquée par la montée en puissance d'un islamisme radical, renvoie surtout des images d'intolérance et de violence. Ce sont, en Algérie, les assassinats systématiques d'étrangers perpétrés par les rebelles du FIS, au nom de la guerre sainte (*jihâd*). C'est la lutte engagée par le gouvernement islamiste de Khartoum pour imposer la loi islamique (*charia*) aux populations chrétiennes et animistes du sud du Soudan ; sans parler des sentences de mort (*fatwa*) prononcées contre des musulmans dissidents ou tout simplement épris de liberté intellectuelle, comme l'écrivain anglo-pakistanaï Salman Rushdie. Pourtant, point n'est besoin d'être animé d'une islamophilie militante pour trouver dans les textes fondateurs de l'islam et dans leurs commentaires des appels à la tolérance et au respect d'autrui, pour repérer dans l'histoire des lieux et des époques où l'islam sut coexister d'une manière sinon harmonieuse du moins pacifique avec d'autres communautés, comme par exemple sous le califat de Cordoue au X^e siècle ou dans l'Empire ottoman de Soliman qui, précisément, accueillit les juifs séfarades chassés d'Espagne par les Rois Catholiques, pour reconnaître, tout simplement, qu'aujourd'hui des pays de tradition musulmane tels le Maroc ou la Tunisie se comportent à l'égard des étrangers et de leurs propres [p. 118] minorités conformément aux standards en vigueur dans les pays occidentaux.

La question est complexe, traversée de contradictions et de passions parce qu'elle touche prioritairement le domaine religieux conformément à la nature

essentielle de l'islam. L'islamologue Henri Massignon qualifiait celui-ci de « théocratie laïque ». Contrairement au monde occidental qui au fil des siècles est parvenu à opérer une séparation du sacré et du profane, du religieux et du politique, l'islam fut dès ses origines et reste encore fondé sur l'entière soumission du croyant à la Loi divine mais sans intercession cléricale, du moins dans la tradition majoritaire représentée par le sunnisme. Dans ce contexte, la figure de l'Autre est avant tout celle de l'incroyant, de l'infidèle. L'islam divise l'humanité en deux camps irréductibles : musulmans et non-musulmans, et cette dichotomie transcende ou, tout simplement, ignore tout autre critère d'appartenance. C'est ainsi que le mot *ginsiyya* qui dans la terminologie moderne désigne la nationalité était inconnu de l'arabe classique, langue canonique de l'islam.

La question des minorités dans le monde musulman doit être appréhendée dans le cadre de cette opposition fondamentale. Pour en saisir toute la dialectique, il est indispensable de remonter aux origines de l'islam, à l'époque de l'Hégire, où, du vivant du Prophète, les fidèles de la nouvelle religion se trouvèrent confrontés à diverses communautés religieuses préétablies : polythéistes, juives, chrétiennes, mazdéennes. Les péripéties politico-religieuses qui ont marqué les rapports entre les musulmans et les adeptes des autres cultes ont déterminé des attitudes et des comportements qui passèrent sous forme de préceptes dans les textes sacrés du Coran et de la Sunna¹. À l'époque de la conquête musulmane, ces préceptes ont servi de base à l'élaboration d'un statut destiné aux populations vaincues qui refusaient de s'islamiser. Mais ce statut légal des minorités en terre d'Islam, dénommé *dhimma*, et produit de la science juridique (*fiqh*), sera au fil des siècles appliqué de manière fort variable, montrant ainsi que les aléas de l'histoire des sociétés humaines peuvent déjouer les intentions les mieux établies, parce que fondées sur la volonté présumée de Dieu.

[p. 119]

I | LES FONDEMENTS THÉOLOGIQUES ET POLITIQUES DE LA *DHIMMA*

L'attitude de l'islam vis-à-vis des autres religions a été profondément marquée par les événements politico-religieux qui se produisirent au cours de l'Hégire, c'est-à-dire la période (622-632) pendant laquelle le prophète Mahomet (*Muhammad*) se réfugia à Médine (*Yatrib*) pour échapper à l'hostilité de ses compatriotes de La Mecque et notamment des Qorayshs sa tribu d'origine – qui refusaient d'entendre ses appels à l'observance d'un strict monothéisme et à l'abandon du culte des idoles.

¹ Le Coran (récitation) est, pour le croyant, la Parole divine révélée au Prophète par l'intermédiaire de l'ange Gabriel ; la Sunna (tradition) est la compilation des dires et des gestes (*hadiths*) attribués au Prophète et à ses premiers compagnons.

55 DU STATUT DE MÉDINE AU PACTE DE NAJRAN. – À Médine, le Prophète et ses premiers compagnons trouvèrent installée au sein de la population arabe une puissante communauté de marchands juifs, les Banu Israël (« fils d'Israël », en arabe) ainsi que des arabes adeptes de diverses sectes chrétiennes. Dans un premier temps, Mahomet entreprit de se rapprocher de ces monothéistes et spécialement des juifs, en multipliant, dans l'espoir de les convertir, les signes de bonne volonté : la prière orientée vers Jérusalem, la Bible acceptée comme livre saint, l'harmonisation des fêtes et des rites religieux. Les premières révélations coraniques portent la marque de ce courant de sympathie, accueilli avec bienveillance par les rabbins juifs eux-mêmes (Coran, sourate I, verset 38). Les espoirs de conversion ne se concrétisant pas, le Prophète conçut néanmoins le projet d'une alliance stratégique de tous les monothéistes médinois contre leurs adversaires de La Mecque. Dans un document connu sous le nom de Statut de Médine, Mahomet proposa la constitution d'une communauté politique unifiée (*umma*) regroupant les juifs, les chrétiens et les propres fidèles du Prophète dénommés *ançars*. Tous les croyants de Médine devaient être ainsi rassemblés à égalité de droits et de devoirs et sans exclusive, « car le Dieu des uns et des autres est le même » (Coran, XXIX, 46). Mais cette tentative originale d'œcuménisme avant la lettre tourna court sur la question du commandement des croyants. Les juifs refusèrent de reconnaître l'autorité du Prophète, d'autant plus fermement que, figés dans l'attente messianique, ils [p. 120] n'étaient pas disposés à voir en lui l'Envoyé de Dieu. Ce refus détermina un changement radical d'attitude chez Mahomet et ses fidèles. Aux propos pleins d'aménité succédèrent des formules de méfiance et des anathèmes ; la rupture fut consommée lorsque les musulmans reçurent l'ordre de se détourner de Jérusalem et de prier désormais en direction de La Mecque. C'est le moment où furent précisées des différences théologiques entre l'islam et le judaïsme rabbinique accusé d'avoir falsifié la révélation de Moïse. Puis le conflit prit un tour militaire lorsque Mahomet eut reçu le commandement du *jihâd*, de la guerre sainte contre les infidèles, qui se solda par l'expulsion des tribus juives de Médine accusées de trahison pour s'être alliées aux ennemis arabes du Prophète.

Quant aux chrétiens médinois, bien que peu impliqués dans ces conflits politico-religieux, ils n'en ont pas moins pâti du changement d'attitude des musulmans. Ils étaient sans doute moins dangereux politiquement que les juifs en raison de leurs propres divisions internes, mais leur doctrine fut jugée pernicieuse à cause de la croyance en la Trinité qui heurtait le strict monothéisme islamique et faisait tomber la foi chrétienne sous l'accusation « d'associationisme ». Or les textes coraniques fulminent les peines les plus graves contre ceux qui associent d'autres divinités au seul vrai Dieu (*mushrikûn*) (Coran, II, 221 ; X, 28 ; XIX, 82 ; XXI, 98).

Le triomphe spirituel et politique de Mahomet et de ses partisans à l'époque médinoise va ancrer au cœur de l'islam naissant une conviction inébranlable : la seule communauté légitime (*Umma*) est celle des « croyants » ; elle représente la forme définitive et parfaite du « peuple élu » parce que la Révélation divine

confiée au Prophète accomplit et transcende toutes les autres révélations précédentes juive et chrétienne. Ce dogme de la « supériorité de la communauté musulmane » (*ismat al umma*) divise le monde en deux parties irréductibles. Il y a d'un côté le *dar al-islam*, littéralement la « maison de la soumission à Dieu », où règnent la fraternité et l'égalité, car tous « les croyants sont frères » et égaux entre eux, « comme les dents du peigne » (Coran, XLIX, 10). D'autre part, il y a le monde des infidèles où règnent l'impureté et l'ignorance (*jahiliyya*) et que les musulmans ont l'obligation de combattre pour le réduire, d'où le nom de *dar elharb* (territoire de la guerre) qui lui est attribué par la tradition. Cette mission eschatologique est intrinsèquement liée au fameux concept de [p. 121] *jihad*, source de tant de controverses et de malentendus en Occident. Traduit exclusivement par « guerre sainte », ce terme a, en arabe, une valeur polysémique. Il ne désigne pas seulement le combat contre les infidèles pour les amener à suivre le chemin de Dieu (*charia*), mais il signifie aussi la lutte du croyant sur lui-même en vue du perfectionnement moral et religieux. Il n'en demeure pas moins que les appels guerriers sont nombreux et réitérés dans le Coran : « Ô Croyants ! Combattez les infidèles qui vous entourent » (Coran, IX, 123 ; voir aussi : II, 217 ; VII, 17, 39 ; VIII, 17 ; IX, 5, 29, 111 ; XLVII, 35), mais on ne saurait s'en étonner si l'on considère la société composée de guerriers nomades et le contexte belliqueux dans lesquels est né l'islam.

La doctrine musulmane a néanmoins établi une distinction fondamentale parmi les infidèles. Les polythéistes et les idolâtres furent placés dans la condition la plus rigoureuse : ils n'avaient pas d'autre choix que la conversion ou l'extermination, car « l'idolâtrie est une injustice immense » (Coran, XXXI, 13). En revanche chrétiens et juifs appelés les Gens du Livre (Ahl *al-Kitab*), en raison de leur commun héritage scripturaire, firent l'objet d'une relative mansuétude en conservant sous certaines conditions le droit de professer leur religion dans l'attente de leur inévitable conversion. Il s'agit là du statut de *dhimma* dont les contours furent progressivement fixés au cours de la phase conquérante de l'islam.

L'élaboration d'un statut légal des non-musulmans (*dhimmis*) en terre d'Islam est incontestablement la conséquence du jihâd qui a propagé la nouvelle religion en moins d'un siècle, d'abord dans la péninsule arabique, puis sur le pourtour méditerranéen. Mais la « dhimmitude » n'a été véritablement codifiée qu'assez tardivement. Dans le premier temps de la conquête, les relations entre les musulmans et les populations soumises furent régies au cas par cas en fonction des circonstances et des rapports de force, par le biais de véritables traités négociés. Les chroniqueurs mentionnent souvent un de ces traités passé en l'an X de l'Hégire par le Prophète lui-même avec les chrétiens de la ville de Najran. Ceux-ci, qui s'étaient rendus sans combattre et avaient même aidé les troupes musulmanes, obtinrent, moyennant le paiement d'un impôt raisonnable, l'entière liberté de culte, la protection de l'*umma*, et le Prophète stipula expressément « qu'aucune humiliation ne devrait peser sur eux ». Mais une telle [p. 122] mansuétude a eu tendance à s'estomper à mesure que l'islam se montrait davantage sûr de lui et dominateur.

56 LES RÈGLEMENTS D'OMAR. – Les traités classiques de droit musulman font référence aux « Règlements d'Omar », comme un statut type organisant la condition des *dhimmis*. Ce texte attribué au calife Omar I^{er} le deuxième successeur du Prophète (634-644), a été en réalité rédigé à l'époque abbasside (vers le milieu du IX^e siècle) et antidaté pour lui conférer une plus grande authenticité. Ses dispositions sont, en tout cas, nettement moins libérales que celles du traité de Najran. On note toutefois que le statut d'Omar ne s'applique qu'à la suite d'un pacte passé entre l'autorité musulmane et la population soumise et repose sur la fiction selon laquelle celle-ci a offert l'hospitalité aux conquérants. Les juristes rangeront la convention de *dhimma* parmi les actes bilatéraux, à la suite des contrats de mariage, de vente et de donation. Mais en réalité, il s'agit incontestablement d'un acte unilatéral qui s'impose aux Gens du Livre, juifs et chrétiens de toutes confessions auxquels furent associés, mais de manière plus discutée, zoroastriens, sabéens et samaritains ¹.

Sans entrer dans les détails complexes, car les Règlements d'Omar ont fait l'objet d'interprétations souvent divergentes de la part des docteurs de la Loi (*fuqaha*), tenants des quatre grandes écoles qui se partagèrent la science du droit musulman (*fiqh*) à l'époque classique ², il est possible de distinguer dans le statut de *dhimma* des impositions spécifiques, des exclusions et des incapacités, des inégalités pénales et judiciaires ainsi que des obligations sociales envers les musulmans.

Les *dhimmis* étaient assujettis à une capitation personnelle (*jiziyya*) qui, outre sa valeur intrinsèque, avait un caractère reconnaissant (Coran, IX, 28). Les agriculteurs non musulmans devaient aussi payer l'impôt sur la terre (*kharaj*), car celle-ci étant devenue, du fait de la conquête, propriété collective de la communauté musulmane, elle ne pouvait être cédée en usufruit que contre rétribution.

Dans la cité musulmane où le pouvoir est d'essence théocratique, [p. 123] les infidèles n'avaient aucun droit politique. Ils étaient donc exclus de toute fonction publique impliquant l'exercice d'une autorité. Fondée sur des versets coraniques qui évoquent la méfiance que doit inspirer tout infidèle (Coran, III, 28 ; IV, 141, 144), cette exclusion, générale a recueilli le consensus des juristes. De même le port d'armes et le service militaire leur étaient-ils interdits ; quelques juristes admettent néanmoins les infidèles dans les troupes auxiliaires à condition qu'ils n'aient pas à combattre des musulmans.

¹ Zoroastriens (ou mazdéens) adeptes de l'ancienne religion iranienne fondée sur la prédication de Zarathustra ; sabéens : membres d'une secte semi-chrétienne se réclamant de Jean le Baptiste ; samaritains : membre d'une secte hérétique séparée du judaïsme.

² Les docteurs de la Loi se regroupèrent dans quatre grandes écoles d'interprétation (ou rites) : Shaféite, Hanbalite, Hanafite et Malékite.

Les consignes de ségrégation formulées par le Prophète et recueillies dans plusieurs *hadiths* se concrétisèrent par l'obligation faite aux *dhimmis* de porter des marques distinctives sur leurs vêtements, de tenir des habitats séparés de ceux des musulmans, ainsi que l'interdiction d'entrée dans les mosquées, sauf pour les voir se convertir à l'islam. D'ailleurs selon les vœux de Mahomet, le calife Omar fit expulser tous les infidèles de la péninsule arabique au motif que « deux religions ne doivent pas (y) coexister » ; cette mesure d'exclusion a été maintenue jusqu'à nos jours, au moins en ce qui concerne les lieux saints de La Mecque (*al Haram*).

En revanche, un certain nombre de stipulations des Règlements d'Omar impliquaient un « état d'humiliation » qui n'avait pas été expressément voulu par le Prophète ; les *dhimmis* devaient céder en tout lieu le pas et la préséance aux musulmans. Il leur était interdit de monter à cheval, de se faire suivre par des domestiques, de posséder des sceaux en caractères arabes, etc. Toute attitude, tout signe symbolique pouvant être interprétés comme une affirmation sinon de supériorité, du moins d'égalité étaient proscrits.

Sur le plan pénal, la loi du talion (*qisas*) ne s'appliquait qu'en sens unique au détriment du *dhimmi* responsable de la mort d'un musulman, car d'après la Sunna « un croyant ne doit pas être mis à mort à cause d'un infidèle ». Quant à la composition légale (*diya*) qui, avec le consentement de la victime, pouvait remplacer la peine du talion, elle était inférieure de moitié pour les « Gens du Livre » et du quinzième pour un zoroastrien. Enfin, devant le tribunal du *cadi*, le témoignage des non-musulmans n'était pas recevable dans un procès où un musulman était en cause parce que l'infidélité était une présomption d'immoralité. Cet ensemble de prescriptions faisaient des *dhimmis* en terre d'Islam, des sujets de seconde zone, marqués par un état d'infériorité vis-à-vis de la communauté dominante des musulmans ; un statut qui, on l'aura remarqué, avait bien des traits communs avec des conditions inférieures déjà rencontrées : les métèques dans l'Athènes du IV^e siècle, par exemple, ou les juifs en terre chrétienne au Moyen Âge.

En contrepartie de leur soumission, les *dhimmis* obtenaient des autorités musulmanes une protection générale des personnes et des biens ; l'inviolabilité des propriétés et la liberté des activités de production et du commerce à l'exception de l'usure, strictement réglementée. Les statuts personnels étaient respectés et notamment les mariages, mais en cas de mariages mixtes seule l'union d'un musulman avec une *dhimiyya* monothéiste était valide. Enfin la liberté religieuse, qui d'après le Coran était la contrepartie essentielle du versement de la *jiziyya*, était respectée à condition qu'elle ne donnât lieu à aucun prosélytisme ou à aucune pratique ou manifestation ostentatoire : par exemple, les clochers des églises ne devaient pas dépasser en hauteur les minarets des mosquées.

On voit combien la dhimmitude est éloignée de l'idée de tolérance indifférenciée que l'Occident a commencé à appliquer à partir de l'époque des Lumières. Tout au long des siècles et jusqu'au XIX^e siècle, les Règlements d'Omar ont fonctionné au contraire comme texte de référence pour ancrer dans les

consciences collectives le respect des différences prescrites, tout en confirmant les musulmans dans le sentiment de leur supériorité et les non-musulmans dans leur condition de soumis-protégés. Mais la conception générale de ce statut n'en est pas moins ambiguë. Théologiens et juristes musulmans ont souvent fait valoir que les contraintes imposées aux Gens du Livre étaient principalement destinées à obtenir leur conversion volontaire. Il est évident qu'en pays d'Islam, la promotion sociale ne pouvait passer que par l'adhésion à la religion dominante, alors qu'à l'inverse l'apostasie de la foi musulmane était punie de mort. Au cours de l'histoire, les exemples d'islamisation individuelle, ou plus souvent collective, ne manquent pas ; le cas des féodaux et des élites urbaines bosniaques qui embrassèrent la religion des conquérants ottomans est là pour en témoigner.

En sens inverse, un facteur matériel non négligeable a freiné les ardeurs prosélytes. Les impositions exigées des *dhimmis* constituaient une des principales sources du trésor, les musulmans étant théoriquement exemptés d'impôts ; les autorités musulmanes n'étaient donc [p. 125] pas disposées à s'en priver en encourageant outre mesure les conversions. C'est dire que la dhimmitude a pu prendre au cours de l'histoire, en fonction des nécessités tant politico-militaires que religieuses, des formes variées, plus ou moins éloignées de la lettre des textes, mais que la richesse des sources scripturaires et, surtout, l'habileté casuistique des juristes sont toujours parvenues à justifier. Un survol est donc nécessaire pour se convaincre de cette diversité. Une période particulièrement intéressante est celle de l'Empire ottoman à son apogée (XVI^e-XVII^e siècles) au cours de laquelle, dans un contexte qui reste dominé par l'islam, des formules nouvelles ont favorisé l'émergence ou la résurgence de phénomènes minoritaires d'ordre ethnique, au point que certains auteurs n'hésitent pas à parler à son propos d'« État multinational ».

II | DÉVOLUTION DE LA CONDITION DES MINORITÉS DANS LE MONDE MUSULMAN DU VII^e AU XIX^e SIÈCLE

57 AU TEMPS DE LA CONQUÊTE ARABE. – La première vague de conquêtes qui sous les quatre premiers califes successeurs de Mahomet a répandu l'islam sur l'Orient, de l'Égypte aux confins de la Perse, s'est opérée dans un climat d'assez grande souplesse vis-à-vis des populations soumises. À cela, deux raisons évidentes. D'abord les armées musulmanes composées essentiellement de bédouins arabes étaient trop peu nombreuses pour encadrer efficacement d'immenses territoires. Elles laissèrent souvent en place les cadres administratifs préexistants. Ainsi les *papyri* égyptiens nous fournissent les noms de nombreux fonctionnaires chrétiens coptes. Sous le règne de Muawiya (calife en 661), le gouverneur d'Alexandrie était chrétien. En Arménie, les Omeyyades accordèrent des pouvoirs très étendus aux princes dénommés *Ishans* qui recevaient le titre de « délégué du calife » et avaient même autorité sur les musulmans installés dans

leurs circonscriptions. Il faut dire aussi que chrétiens et juifs orientaux n'accueillirent pas avec défaveur leurs nouveaux maîtres qui les débarrassaient d'un pouvoir byzantin honni, par les uns à cause de sa rapacité fiscale, par les autres à cause de son intolérance.

[p. 126]

Les populations qui se convertissaient librement entraient dans la communauté des croyants. Mais contrairement aux proclamations des Écritures saintes, une subtile hiérarchie s'est établie au sein de l'*umma*. Les convertis ne furent accueillis qu'en qualité de clients (*mawali*) des Arabes qui se réservèrent des privilèges, comme celui de partager entre eux le butin des conquêtes. Cette primauté de l'arabité dans le *dar al-islam* fut légitimée au nom des origines du Prophète et du choix de la langue arabe pour transmettre la Parole divine, mais elle n'a pas manqué au fil des siècles, et jusqu'à nos jours, de créer des rancœurs et des tensions, comme on peut le constater encore en Afrique noire par exemple.

Parmi les Arabes la préséance fut accordée à la tribu du Prophète, les Qorayshites, et aux différents lignages qui en sont issus. Mais, très tôt après la mort de Mahomet, la question de la dévolution du pouvoir sur la Communauté a provoqué plusieurs schismes politico-théologiques, dont le plus important a vu la rupture, en 680, entre les chiïtes, ou partisans d'Ali, gendre du Prophète, qui prétendaient conserver le califat dans sa descendance directe, et les sunnites (gens de la Tradition) qui acceptaient les accords passés entre les chefs de la Communauté conformément aux pratiques en vigueur dans la société bédouine de l'époque. Un autre parti, celui des kharedjites, s'était déjà séparé, en 657, de l'orthodoxie islamique en professant une doctrine révolutionnaire selon laquelle la désignation du chef de la Communauté devait se faire, indépendamment de tout rattachement dynastique et même de race : « Tout musulman peut être calife, même un esclave noir. » Ainsi, tout au long des siècles, l'idéal d'unité de l'*umma*, hautement proclamé mais toujours déçu, s'est heurté aux rivalités entre ces trois principaux courants de l'islam et à leurs dissidences respectives qui ont engendré bien des conflits et des répressions ainsi que des phénomènes minoritaires dont nous aurons à reparler.

À l'ouest, la conquête de l'*Ifriquiya* (Afrique du Nord) n'a guère posé de problèmes : les populations chrétiennes divisées par l'hérésie donatiste furent rapidement submergées tandis que les tribus berbères encore païennes étaient converties par la force, malgré une farouche résistance, source de futures dissidences. Puis, prenant pied sur la péninsule ibérique à partir de 711, les conquérants trouvèrent une chrétienté wisigothique solidement établie ainsi que de nombreuses [p. 127] communautés juives opprimées qui les accueillirent en libérateurs. C'est sans doute sous l'égide de l'émirat de Cordoue fondé en 761 par Abd-el-Rahman I^{er} que la coexistence entre les trois monothéismes abrahamiques fut la plus pacifique. La grande majorité de la population restée chrétienne (les mozarabes) jouissait de la liberté religieuse et était régie par ses évêques et ses « défenseurs », les comtes, souvent issus de lignées wisigothes. Dans les villes il y

avait d'importantes communautés juives qui participaient activement à la prospérité du pays, tandis que des populations berbères islamisées étaient installées dans les campagnes où elles introduisirent des techniques d'irrigation pratiquées au Maghreb. Les Arabes, très minoritaires, contrôlaient le pays avec l'aide de convertis (les *mawali*), et les califes n'hésitaient pas à s'entourer de lettrés appartenant aux trois religions. Deux siècles et demi au cours desquels le pays d'*Al-Andalus* vécut une civilisation florissante qui s'est prolongée, après l'érection du califat par Abd-el Rahman III (929), jusqu'à la mort d'Al Mansour (1002) et à l'ouverture d'une période d'anarchie dite des « reyes de taïfas ».

En revanche, en Orient, la situation s'est durcie dès le IX^e siècle avec l'avènement des califes abbassides. Il est probable que pour faire oublier leur usurpation, ils aient délibérément choisi de faire appliquer une politique plus intransigeante à l'égard des infidèles. C'est précisément de cette époque que datent les règlements attribués indûment à Omar I^{er}. Une politique plus offensive de l'Empire byzantin ne fut pas non plus étrangère à cette évolution. Il est un fait que la situation des minorités religieuses, spécialement les communautés chrétiennes, fut très sensible non seulement aux équilibres internes du monde musulman, mais aussi à l'état de ses rapports avec la chrétienté. Et de ce point de vue le phénomène des croisades a eu des conséquences durables.

On sait que l'appel du pape Urbain V (1095) fut motivé par une vague de persécutions antichrétiennes perpétrées par des nouveaux venus sur la scène orientale : les Turcs seldjoukides, récemment islamisés. Les croisades n'en ont pas moins été perçues comme une agression injuste de la part de l'Occident, et ont profondément marqué, jusqu'à nos jours, la mémoire collective des musulmans. À l'époque, elles eurent pour conséquence d'aggraver le sort des chrétiens orientaux accusés, non sans raison, de collusion avec les croisés. Mais au cours des deux siècles de présence franque au Levant, les rapports ne [p. 128] furent pas constamment belliqueux. Des alliances se nouèrent entre principautés musulmanes et chrétiennes, parfois sur la base d'unions matrimoniales, et les minorités religieuses des deux camps purent en profiter occasionnellement. L'élimination définitive des derniers croisés en 1289 par les sultans Mamelouks inaugura une nouvelle période de rigueur pour les dhimmis. Les origines servile et périphérique (turque) des nouveaux maîtres les incitèrent sans doute à faire appliquer avec zèle la *charia* et à révoquer tous les fonctionnaires non musulmans de leur empire. Les coptes d'Égypte furent particulièrement victimes d'une vague de persécutions.

58 L'AVÈNEMENT DE L'EMPIRE OTTOMAN ET LA CHUTE DE CONSTANTINOPLE. – Le triomphe des Ottomans sur les Mamelouks en 1516 devait changer profondément les données du problème. L'ascension des successeurs d'Osman, issus d'un obscur clan de nomades turcs d'Anatolie, est assez prodigieuse ; en moins de deux siècles ils ont abattu les restes de l'Empire byzantin et, avant même la prise de Constantinople (1453), ils se sont rendus

maîtres de la Roumélie, c'est-à-dire l'ancienne Thrace, et de l'ensemble des Balkans jusqu'à la Morée (Péloponnèse) peuplés de chrétiens orthodoxes. La victoire sur les Mamelouks leur a ouvert les portes de la Syrie, du Levant, de l'Égypte et des côtes méridionales de la Méditerranée jusqu'à l'Algérie. À l'époque de sa plus grande extension (XVII^e siècle), l'Empire ottoman s'étendra des portes de Vienne et du Saint-Gothard à la Caspienne et au Yémen dans le sud de la Péninsule arabique. La diversité ethnique, linguistique, religieuse des populations habitant ces immenses territoires défie toute description même détaillée ; on y rencontrera les plus curieuses combinaisons, telles, par exemple, ces tribus turques de Macédoine ou d'Anatolie christianisées depuis l'époque byzantine ou cette secte juive des *Dömmé* qui embrassa l'islam à la suite de la prédication de Sabataï Zevi au XVII^e siècle.

Contrairement à la réputation de despotisme tempéré par l'anarchie qui très tôt a prévalu en Occident, l'Empire ottoman fut relativement bien administré et soumis à un corps de normes stables. Ayant récupéré le califat, les sultans se sont efforcés de respecter et de faire appliquer la loi islamique qu'ils ne pouvaient modifier, mais qu'ils ne se sont pas privés de compléter par une abondante production réglementaire (*firman* et *canun*). Le gouvernement central et l'administra-[p. 129] tion des provinces (*elayet* et *sandjak*) virent le développement d'une importante bureaucratie solidement protégée par un réseau de garnisons. Dans ces conditions le pacte de protection-soumission que l'islam réservait aux non-musulmans (*zimmi* en turc) a continué à servir de référence et ne fut aboli qu'en 1839. Il s'appliquait théoriquement partout, même dans les territoires européens de l'empire où les *zimmi*, pour la plupart chrétiens, furent de tout temps démographiquement majoritaires. Les revenus tirés de la capitation et de l'impôt foncier (*ispendje*) ne sont pas pour rien dans cet attachement aux principes. Mais les sultans surent aussi faire preuve de pragmatisme. Lorsque, après la prise de Constantinople, Mehmed II voulut repeupler la ville, il fit appel non seulement à des Turcs, mais aussi à des minoritaires de toutes les parties de l'empire, moyennant de substantiels avantages, ce qui donnera à la nouvelle Istanbul cet extraordinaire aspect kaléidoscopique qu'elle conservera jusqu'au XX^e siècle. Les Ottomans prirent soin de ménager les autorités religieuses chrétiennes, et spécialement le Patriarcat orthodoxe de Constantinople qui fut exempté d'impôt. Ils accueillirent aussi libéralement les juifs chassés d'Espagne, dans le but de faire pièce aux activités des marchands grecs et arméniens. La ville de Salonique, où plus de 60% de la population était israélite, deviendra au XVI^e siècle la grande métropole juive de l'empire.

Conformément à la loi islamique, les non-musulmans étaient écartés de l'armée et de l'administration, mais cette règle fut tournée d'une certaine manière par la pratique originale de la *devchirmé*. En effet, dès le XIV^e siècle, les Ottomans prirent l'habitude d'enlever de jeunes adolescents chrétiens à leur famille, dans les Balkans et en Anatolie. Circoncis, convertis de force à l'islam – au prix d'une entorse à la *charia* – et fanatisés, ces jeunes recevaient une éducation particulièrement soignée pour servir ensuite dans les troupes d'élite, le

fameux corps des janissaires, et, pour les plus aptes, dans les services administratifs jusque parfois aux plus hauts postes du palais : conseillers du *divan* et grands vizirs. Parmi les quarante sept grands vizirs qui se succédèrent entre 1453 et 1623, cinq seulement furent de souche turque. Ce système, qui avait l'avantage de fournir au sultan une protection et une élite dirigeante entretenue dans un esprit de soumission et de parfaite loyauté, constituait certainement un puissant moyen de centralisation et d'homogénéisation du gouvernement [p. 130] de l'empire. Mais la *devchirmé* va tomber en désuétude dès la fin du XVII^e siècle, et sa suppression officielle en 1826, avec la dissolution du corps des janissaires, n'est que la confirmation d'un déclin général de la puissance ottomane.

59 INTERVENTIONS ÉTRANGÈRES ET PROCESSUS D'AUTONOMISATION. – L'Empire ottoman qui avait fait trembler l'Europe, connu au XVIII^e siècle un affaiblissement continu dont les effets furent importants sur le sort des minoritaires. Un des symptômes les plus évidents fut la pénétration grandissante des puissances étrangères. Celles-ci obtinrent un élargissement des « capitulations ». Les Ottomans avaient, en effet, conclu, au temps de leur grandeur, de nombreux traités de commerce avec les pays européens. Ils perpétuaient ainsi la vieille politique des échelles qui avait tant profité, à l'époque byzantine, aux Vénitiens et aux Génois. Ainsi, les premières capitulations négociées sous François I^{er}, et appliquées en 1569 accordaient des avantages douaniers au pavillon français, ainsi que pour les sujets du roi de France, installés en terre musulmane, l'exemption de la *dhimma* et la protection des agents diplomatiques français. Au XVIII^e siècle, ces privilèges furent étendus sous la pression des puissances étrangères à de nombreux sujets du Grand Turc en relation d'affaires avec les négociants européens. La multiplication de ces « barataires », c'est-à-dire bénéficiaires d'un brevet de protection (*bérat*), parmi les Grecs, les Arméniens et les Syriens chrétiens, a certainement suscité dans leurs communautés d'origine le désir de secouer le joug turc ; les mouvements d'émancipation du XIX^e siècle trouveront là leur germe.

C'est au cours de cette même époque que l'on voit émerger au sein des groupes minoritaires des institutions politico-religieuses auxquelles on a pris l'habitude de donner le nom de *millet* (pluriel de *milla*, « troupeau », nation, communauté). Il s'agit d'un des mythes les plus tenaces de l'historiographie ottomane que des travaux récents sont venus remettre en question. On a longtemps soutenu, en effet, que les trois principales confessions non musulmanes de l'empire, les Grecs orthodoxes, les Arméniens et les Juifs, avaient bénéficié d'une certaine autonomie interne leur permettant de s'administrer elles-mêmes, sous l'autorité de leur clergé respectif, non seulement en matière religieuse et culturelle, mais aussi dans des domaines plus [p. 131] séculiers comme la justice et l'éducation. L'institution des *millet* était même attribuée expressément au sultan Mehmed II (1421-1481). En réalité, outre le fait que l'usage du terme de *millet* ne s'est vraiment généralisé qu'au XIX^e siècle, on pense aujourd'hui que l'institution n'a été véritablement créée qu'à titre « posthume », lorsque le mouvement des nationalités est venu

contester le courant des réformes unificatrices et égalisatrices des *Tanzimat* (1838-1878).

Il n'en demeure pas moins que l'affaiblissement de l'autorité impériale a favorisé la multiplication des phénomènes d'autonomisation qui n'ont pas concerné que les non-musulmans, mais aussi des groupes musulmans tels les Kurdes ou les Druzes. Ces phénomènes furent le plus souvent localisés dans des régions qui s'y prêtaient, comme les îles de la mer Égée, les zones montagneuses des Balkans ou du Liban. La levée de l'impôt fut également l'occasion pour les communautés de se doter d'organisations adéquates, glissant ensuite vers des activités judiciaires et représentatives. Les chefs religieux, les clergés locaux prirent une part essentielle dans ce mouvement, devenant ainsi percepteurs, administrateurs, juges, représentants de leurs ouailles auprès des autorités ottomanes. Mais on ne peut soutenir qu'il y ait eu véritablement hiérarchisation de ces phénomènes conduisant à la constitution d'ensembles politico-religieux compacts dirigés du sommet par les hauts clergés, patriarches ou grands rabbins ; pas plus, aussi, que la Porte ¹ ait voulu et soutenu ce processus : elle s'est efforcée simplement de le contrôler et de le légaliser par des actes ponctuels. Jusqu'aux réformes du XIX^e siècle, l'Empire ottoman « n'a pas connu de système administratif d'ensemble, d'institutions homogènes, ni d'agents spécialisés traitant des sujets non musulmans, mais des arrangements locaux, fluides, qui ont varié dans le temps et dans l'espace » (L. Valensi).

60 LA « QUESTION D'ORIENT » ET LES TENTATIVES DE RÉFORMES. – La politique de l'Empire ottoman vis-à-vis des minorités fut un des principaux enjeux de la fameuse « Question d'Orient » qui, tout au long du XIX^e siècle, mobilisa les chancelleries au chevet de « l'homme malade de l'Europe ». Les processus d'autonomisation [p. 132] interne qui affectaient la périphérie de l'empire, surtout dans les Balkans, ont encouragé l'éclosion de sentiments nationaux souvent cristallisés par les identités religieuse et linguistique, et soutenus de l'extérieur par les puissances étrangères.

Dès le XVIII^e siècle, la Russie tsariste s'était posée en défenseur des orthodoxes des Balkans, tandis que la France affirmait son intérêt pour les chrétiens maronites du Levant, mais ces prétextes cachaient mal des intérêts stratégiques et économiques qui n'ont pas manqué de susciter de multiples rivalités avec d'autres puissances, telles l'Autriche et l'Angleterre. L'insurrection nationale des Grecs en 1821, activement soutenue par le tsar Nicolas I^{er}, fut ainsi le premier acte d'un processus qui devait conduire au démembrement, morceau par morceau, de l'Empire ottoman. Ses gouvernants ont pourtant essayé de réagir en introduisant une première série de réformes dont la plus significative fut, en 1826, la suppression brutale du corps de janissaires, auteurs de troubles et

¹ Nom donné traditionnellement au gouvernement ottoman par référence à la « Sublime Porte », entrée du palais Top Kapi à Istanbul.

universellement détestés par les populations minoritaires. Mais c'est surtout au sultan Abdul-Medjid (1839-1861) que revient le mérite d'avoir lancé un vaste train de mesures destinées à moderniser l'État et la société. Connu sous le nom de *Tanzimat* (les Réorganisations), ce mouvement fut inauguré par la promulgation du *Hatt-i sherif*, l'édit de Gülkhané (3 novembre 1839) qui décida que tous les sujets de l'empire seraient désormais égaux, sans distinction de religion et de nationalité, que la loi serait la même pour tous et que chacun verserait directement à l'État des impôts proportionnés à sa fortune ; un service militaire par tirage au sort était également institué. Cet acte, manifestement influencé par une idéologie proche de celle des droits de l'homme, avait une portée considérable puisqu'il abolissait théoriquement le statut d'infériorité imposé aux *zimmi*. Dans son sillage, au cours des trente ans qui suivirent, furent mises en chantier des réformes conduisant à la réorganisation des structures de l'État sur le modèle occidental, à la codification du droit avec le concours de juristes étrangers, notamment français, et à la sécularisation de l'enseignement. Dans ce dernier domaine, on peut rappeler la fondation en 1868, du célèbre lycée de Galata Saray, avec l'appui de Victor Duruy. Il s'agissait de former les nouvelles élites du pays par un enseignement moderne, en langue française, dispensé aussi bien à des musulmans qu'à des minoritaires.

Pourtant, toute cette audacieuse politique qui visait à prévenir la [p. 133] montée des nationalités et les ferments de désagrégation en favorisant par un brassage culturel l'uniformisation de la société ottomane, au moins dans ses couches supérieures, a eu des effets inverses aux résultats escomptés. La mise en application des principes de l'*Hatt-i sherif* fut entravé autant par des crises internes que par des difficultés extérieures. À l'intérieur de l'empire, l'égalité des droits mécontenta de nombreux religieux musulmans qui redoutaient la perte de prééminence de l'islam et l'abandon de la *charia*. Leur agitation persistante obligera les réformateurs à passer des compromis. C'est ainsi que le code civil *Medjellé*, qui ne sera publié qu'à partir de 1870, est un amalgame assez laborieux de la tradition islamique et d'emprunts au Code Napoléon. La tension fut, par ailleurs, entretenue par les puissances étrangères. Leur interventionnisme, notamment à propos des Lieux saints, dégénéra en conflit armé entre la Russie et une coalition anglo-française (la guerre de Crimée 1854-1855), dont l'Empire ottoman fit principalement les frais. Le nouvel édit de réformes (*Hatt-i hümayün*) promulgué par le sultan à la suite du traité de Paris (1856) parut aux yeux des traditionalistes comme imposé par l'étranger. Mais c'est surtout en ce qui concerne les minorités elles-mêmes que les conséquences du mouvement des *Tanzimat* furent paradoxales. En effet, loin d'apaiser leurs revendications, elles les ont au contraire exacerbées.

En s'appuyant sur les proclamations libérales des réformateurs ottomans, mais à l'opposé de leur projet assimilationniste, les communautés confessionnelles se sont mises à réclamer des statuts particularistes que le « laisser-faire » de la Porte finira par leur accorder. La renaissance des *millet* doit être située dans ce contexte.

Les premiers à ouvrir la voie furent les Arméniens. Au terme de plusieurs décennies d'efforts, les notables arméniens obtinrent en 1863 l'approbation d'un « règlement de la nation arménienne » qui non seulement confirmait les droits et libertés proclamés par les Tanzimat, mais aussi innovait en créant une assemblée de cent quarante membres, en majorité laïcs, et deux conseils, l'un religieux pour les affaires du culte, l'autre civil pour l'enseignement et les affaires économiques. Entraînée par ses éléments les plus radicaux, cette assemblée n'a pas tardé à se transformer en une sorte de parlement, multipliant les positions politiques et allant jusqu'à revendiquer l'autonomie des provinces anatoliennes peuplées d'Arméniens. Évolution lourde de conflits à venir.

[p. 134]

La réglementation du *millet* juif fut promulguée en 1865 sur des bases proches de celui des Arméniens, mais il n'eut pas, dans l'immédiat, les mêmes conséquences politiques ; les communautés juives étaient trop dispersées à travers l'empire. Il a néanmoins permis leur émancipation sur le plan culturel et matériel, grâce à la fondation d'écoles, d'hôpitaux, d'associations philanthropiques, ce qui favorisera, à terme, la diffusion des thèses sionistes. On notera dans ces deux mouvements la part prépondérante prise par les notables laïcs et modernistes.

À l'égard des orthodoxes, la politique de la Porte fut différente. Elle n'a pas cherché à mettre sur pied des institutions nouvelles mais plutôt à renforcer l'autorité du Patriarcat de Constantinople, avec un double objectif : contrer par une hiérarchie conservatrice la poussée des laïcs progressistes et surtout neutraliser les agitations nationalistes dans les Balkans en favorisant un clergé orthodoxe dominé par les Grecs, selon une tactique déjà éprouvée. C'est dans ce but qu'en 1776 le Patriarcat de Pec avait été supprimé et que l'Église serbe avait été placée sous le contrôle des Phanariotes ¹ qui s'efforcèrent de l'helléniser.

Pas plus que les autres, ces mesures n'ont réussi à enrayer les mouvements centrifuges. Dans les provinces balkaniques, des dissidences religieuses et la formation d'Églises autocéphales ont précédé ou accompagné les étapes de l'émancipation de la Serbie (1815-1878), de la Roumanie et de la Bulgarie (1878). Dans le reste de l'empire, d'autres communautés furent aussi élevées au rang de « nation », non seulement des chrétiens, comme les Assyriens, les Chaldéens ou les Maronites, mais aussi des sectes musulmanes hétérodoxes qui s'étaient transformées en communautés ethniques, tels les Druzes du Liban.

Enfin, dernier avatar de toutes ces réactions en chaîne, mais non le moindre : l'émergence d'un nationalisme turc à la faveur de la révolution de 1908 fomentée par les « Jeunes-Turcs » du comité Union et Progrès. Le gouvernement d'inspiration libérale et laïque qui en fut issu a bien tenté de relancer, dans un premier temps, le projet de fonder une nation moderne et unitaire, dépassant les clivages religieux et [p. 135] ethniques sur le modèle jacobin. Mais très vite une

¹ Du nom du Phanar, quartier d'Istanbul où est installé le siège du Patriarcat orthodoxe.

ligne autoritaire, axée sur le panturquisme, allait s'imposer en raison des difficultés extérieures. Les guerres balkaniques (1912-1914) qui mirent aux prises la Grèce, la Serbie, la Bulgarie et l'Empire ottoman ont exacerbé, de part et d'autre, les nationalismes au détriment de leurs minorités respectives, accusées de subversion. Une situation qui fut aggravée par l'effondrement de l'Empire à la fin de la Première Guerre mondiale. C'est dans les pires conditions pour les minorités que naquit la nouvelle Turquie, sous la houlette de Mustapha Kémal : que l'on songe au génocide perpétré contre la population arménienne entre 1915 et 1918 ou à l'expulsion massive des populations grecques d'Asie Mineure et des Turcs de Grèce à la suite de la guerre gréco-turque de 1922-1923 et du traité de Lausanne.

Section II

La condition des peuples allogènes dans la tradition impériale chinoise

[Retour au sommaire](#)

61 LA RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE : UN ÉTAT MULTINATIONAL ? – La République Populaire de Chine se présente comme un État unitaire multinational. Elle rassemble sur son immense territoire 56 groupes ethniques dont 55 minorités nationales. Celles-ci comportent au total 86 millions d'individus (1989), soit 7% environ de la population globale. Comme l'ex-URSS, la Chine distingue les notions de citoyenneté et de nationalité. Toute personne née sur le territoire chinois possède la citoyenneté chinoise (*zhon-ghua*) et une nationalité : soit celle de la majorité dominante des Chinois de souche, « les Han », soit celle d'une minorité ethnique ou nationale désignée par le terme générique de *minzu*.

La reconnaissance des phénomènes minoritaires, lors de la prise du pouvoir par les communistes, s'est accompagnée d'une territorialisation, mais à la différence de l'URSS, la Chine n'est pas devenue un État fédéral. Le niveau supérieur de territorialisation est constitué par des régions autonomes au nombre de cinq, créées successivement de 1947 à 1965, en Mongolie intérieure, puis au Xinjiang pour les [p. 136] Oïgours (turcophones), au Ningxia Pour les Chinois musulmans (Hui), dans le Guangxi pour les Zhuang et enfin au Tibet après l'annexion de ce pays en 1959. Ces régions autonomes qui se situent à la périphérie de la RPC dépendent directement du gouvernement central pour des raisons essentiellement stratégiques, mais leur organisation interne garantit formellement une assez large participation des autochtones à l'administration de leurs territoires. À un niveau inférieur, on recense 31 préfectures et 113 sous-préfectures qui bénéficient aussi d'une autonomie interne, tout en étant enclavées dans des provinces ordinaires peuplées de Han. Le paradoxe veut que les territoires autonomes occupent plus de 6 millions de kilomètres carrés, soit les deux tiers du territoire de la Chine.

Le fonctionnement de ce système a fait l'objet d'appréciations divergentes. Si l'on en croit la propagande officielle, la situation serait idyllique : les droits des minorités seraient respectés scrupuleusement, leur identité culturelle et linguistique protégée et leurs élites bénéficieraient de mesures de promotion. Les témoignages des opposants, et notamment ceux de la diaspora tibétaine, sont d'une tout autre nature et font état d'une répression plus ou moins brutale, d'une mainmise du pouvoir central sur les gouvernements locaux par l'entremise du Parti communiste et surtout d'une colonisation systématique par des Chinois de souche han, ayant pour effet de renverser aux profits de ces derniers les équilibres démographiques dans les régions autonomes.

S'il est difficile de se faire une opinion sur la situation actuelle des minorités en Chine à travers des informations controversées, il paraît, en revanche, intéressant de porter un regard sur les rapports complexes que les Chinois ont entretenu avec l'altérité au cours de leur prodigieuse histoire. On peut y repérer quelques grandes tendances récurrentes qui semblent offrir des clés très utiles pour la compréhension des tribulations contemporaines.

1 | L'EMPIRE DU MILIEU ET LES BARBARES

62 LES REPRÉSENTATIONS TRADITIONNELLES. – La cosmogonie traditionnelle chinoise représentait le monde comme une hiérarchie ordonnée de carrés emboîtés. Sous la voute céleste, au centre [p. 137] du monde, la ville carrée, la capitale du Fils du Ciel ¹ ouverte par ses quatre portes sur le domaine impérial, sur celui des seigneurs puis sur le domaine de la paix ; ces quatre espaces concentriques formaient l'Empire du Milieu – *Zhongguo* –, c'est-à-dire le monde civilisé peuplé par les Han, quintessence de l'humanité. Aux marches de l'empire se trouvait le « domaine de la contrainte » peuplé de barbares tributaires (*Yi*), plus loin les Quatre Mers, et au-delà un espace vide et inculte livré aux peuples errants, aux démons et aux monstres.

Pour les Chinois la civilisation reposait sur la sédentarisation, la construction de villes, la pratique de l'agriculture et la capacité à respecter un ordre politique régi par des lois ; aptitudes dont les barbares étaient dépourvus. Entre les Han et les barbares, il y avait donc une différence radicale qui était pensée dans les termes d'une double opposition : civilisation/sauvagerie et humanité/animalité. La nature des barbares était d'errer comme des animaux à la recherche de leur nourriture dans des zones impropres à l'agriculture sédentaire, montagnes et steppes. Cette animalité était même inscrite dans le nom attribué à chaque groupe de barbares : Ainsi la racine « chien » se trouve dans les idéogrammes qui

¹ Nom traditionnel du détenteur du pouvoir souverain et illustré par le caractère wang (roi), dans lequel un trait vertical part du Ciel pour atteindre la Terre, traversant l'homme au passage. Cette médiation s'exprime dans la notion de « mandat du ciel » dont bénéficie le souverain.

désignent les Di, les Yan, les Quiang, les Tong ; la racine « reptile » chez les Mo, les Wa, les Lao...

Cette conception qui dénie à l'Autre l'appartenance au genre humain a sans doute évolué au fil du temps et, à l'époque classique, on ne manque pas de citations de lettrés qui, sous l'influence de la morale confucéenne, reconnaissent aux barbares leur part d'humanité. Il n'empêche que cette vision de l'ordre cosmique a constitué un puissant facteur de ségrégation entre les peuples de l'ancienne Chine. De même qu'un Chinois ne pouvait s'aventurer dans les espaces incultes sans risquer de retourner à la sauvagerie, les barbares ne pouvaient être admis à s'installer au sein de l'Empire du Milieu sans perturber gravement l'homogénéité de l'espace civilisé ; ils devaient se contenter de camper sur ses confins. Un tel système ne reposait pas exclusivement sur un préjugé ethnique, car les anciens Chinois admettaient que les barbares qui faisaient l'effort d'accepter les mœurs, la langue, les lois des Han puissent trouver une place dans l'empire, [p. 138] mais ils ne leur laissaient pas d'autre choix entre l'exclusion et l'assimilation.

Pendant plus d'un millénaire, depuis l'époque féodale dite « des Royaumes combattants » (453-222 av. J.-C.) à la fin de la dynastie des Tang (618-907 apr. J.-C.), ces principes ont guidé la pratique politique chinoise dans ses relations avec les peuples environnants. À cet égard on peut distinguer la situation au nord et au nord-ouest où les Chinois eurent souvent à faire face à des populations nomades de l'Altai, ancêtres des Mongols et des Turcs, et la situation au sud où ils rencontrèrent des tribus aborigènes.

63 LES VOIES DE L'IMPÉRIALISME HAN. – Pour se protéger contre les incursions des peuples des steppes, les princes chinois des « Royaumes combattants » se préoccupèrent d'abord de lever des lignes de défenses fortifiées que le fondateur du premier Empire unifié, Shi Huangdi (221 à 210 av. J.-C.), consolida pour constituer la fameuse Grande Muraille. Rompant avec une stratégie purement défensive, l'empereur Wudi (140-87) de la dynastie Han ¹ lança une politique de conquêtes au-delà de cette sorte de *limes*. En dotant l'armée chinoise d'une cavalerie légère à l'imitation de ses adversaires, Wudi réussit à soumettre les tribus Xiongnu (ancêtres des Huns), puis poussant vers l'Asie centrale il annexa les oasis du bassin du Tarim (actuel Turkestan chinois) et le Ferghâna peuplés à l'époque par des populations indo-européennes (probablement d'origine scyte). Mais il n'était pas question d'inclure ces territoires et ces peuples dans l'Empire du Milieu, en les soumettant aux formes civilisées de gouvernement. Les peuples soumis gardèrent leurs chefferies et leurs coutumes moyennant tribut et sous le contrôle de garnisons chinoises. Le paradoxe veut que cette *Pax sinica* destinée à préserver l'ordre et l'harmonie de la civilisation allait, par ses incursions en Asie centrale, mettre la Chine en contact avec d'autres

¹ Nom de la II^e dynastie impériale chinoise (- 206-220), à ne pas confondre avec le nom ethnique des Chinois de souche.

mondes. C'est en effet vers le début de notre ère que s'ouvrit la fameuse « Route de la soie » qui, par les oasis du Tarim et du Pamir, offrit à la Chine l'occasion d'un fructueux commerce avec l'Inde et le monde gréco-romain, mais aussi introduisit en retour dans l'Empire du Milieu de puissants facteurs [p. 139] d'hétérogénéité : le bouddhisme, puis le christianisme nestorien et plus tard l'islam.

La conquête de la Chine du Sud a suivi des voies différentes. À partir de leur habitat primitif, la grande plaine du Nord-Est et le bassin du bas Yiangzi, les Han ont opéré une descente vers le sud en occupant tout l'espace propice à l'agriculture irriguée. Ils ont donc colonisé les cours du haut Yiangzi, les plaines du Xijiang, Sichuan, Yunnan et le bassin du fleuve Rouge. Ce qui eut pour effet de les mettre en contact avec des tribus aborigènes qu'ils désignèrent par les termes génériques de Man, Miao et Yao. Comme la coexistence était impensable à l'intérieur de l'empire, les Chinois ont entrepris d'assimiler ces barbares, à défaut de pouvoir les refouler tous vers des zones de montagne inaccessibles ou même les faire disparaître physiquement. Dans certains cas, l'assimilation s'est opérée par l'octroi d'un *jus conubii* fonctionnant à sens unique : les enfants des couples mixtes étant soumis exclusivement aux lois chinoises. Des mythes d'origine sont venus légitimer cette politique, telle la légende du mariage du chien Pan Yu avec une princesse chinoise qui permettait de fonder les relations des descendants de ce couple, le groupe Man Yi, avec l'État central.

Ces pratiques matrimoniales ont assez vite atteint leurs limites, en raison notamment du mépris qu'éprouvaient les Han à l'égard des barbares du sud. Aussi le gouvernement impérial leur a-t-il préféré une sinisation plus progressive par la voie de l'administration indirecte. Sous la dynastie des Han, dans les territoires nouvellement conquis furent mis en place des districts autonomes, *Jimi fou zhou*, les « districts à la bride sur le cou » confiés à des administrateurs, les *Tu si*, recrutés parmi les notables autochtones. Ces *Tu si* détenaient de larges pouvoirs et vivaient sur le pays, n'étant pas rémunérés ; leur charge était héréditaire, mais ils n'en étaient pas moins intégrés dans la bureaucratie impériale et ils dépendaient directement du *Li bu*, le ministère de la Fonction publique. Ce système permettait de maintenir l'ordre à moindre frais dans les zones frontières du Sud et cherchait surtout à assimiler les barbares par le ralliement de leurs élites. Celles-ci étaient invitées à adopter les mœurs des Han et à faire éduquer à la chinoise leurs enfants dans des écoles installées aux frais du Trésor impérial. Cette politique n'est pas sans évoquer la promotion des élites provinciales qui fut un des ciments de l'Empire romain. [p. 140] Comme à Rome, d'ailleurs, elle a véritablement fonctionné tant que l'empire restait fort et uni, mais dès que le pouvoir central fléchissait et que l'anarchie s'installait, on voyait les populations tribales en profiter pour tenter de récupérer les terres spoliées par les colons chinois, comme ce fut le cas au cours de la période dite du « grand émiettement » (265-589 apr. J.-C.). Un peu plus tard, à la fin de l'époque des Tang (VIII^e siècle), certaines tribus d'origine tibéto-birmanes réussirent à constituer au Yunnan le royaume

indépendant du Nanzhao qui se maintiendra jusqu'à son élimination par les Mongols en 1254.

II | LES DYNASTIES DE CONQUÊTE ET LA NAISSANCE DU NATIONALISME CHINOIS

64 LA HIÉRARCHIE DES PEUPLES AU TEMPS DES MONGOLS. – Au début du XIII^e siècle, un chef mongol du nom de Temügin parvint à fédérer les peuples de la steppe et partit à la conquête de l'Asie centrale, puis lança des offensives en direction de l'Iran, de la Russie d'Europe et à l'est vers la Chine du Nord. À la mort du conquérant qui s'était attribué le titre de Gengis Khan (l'Empereur des mers), la fédération se disloqua et des entités indépendantes se constituèrent en Russie (Empire de la Horde d'or), au Proche-Orient (Empire des Ilkhan) et en Asie centrale (royaume de Karakitan). Pour leur part, les héritiers de Gengis Khan prenant pour base les territoires conquis en Chine du Nord étendirent leur emprise sur la Chine du Sud en mettant fin à l'Empire des Song (1127-1279). En 1280, le petit-fils de Gengis Khan, Qubilaï Khan, s'installait sur le trône du Dragon et fondait la dynastie des Yuan.

L'événement est d'une portée considérable, car il marque l'effondrement de la conception traditionnelle que les Chinois se faisaient de l'ordre du monde. Ce n'était pas la première fois que des barbares s'emparaient du pouvoir en Chine. Déjà, dans le passé, à différentes reprises, des conquérants étrangers, profitant de l'état d'anarchie et de la division de l'empire, avaient fondé des dynasties plus ou moins éphémères dites « dynasties de conquêtes » : ainsi, par exemple, en Chine du Nord, les Bei Wei, d'origine toungouse (386-535), les Jin (1115-1234), les Liao d'origine kitan (946-1125). Mais ces dynasties [p. 141] s'étaient rapidement sinisées et n'avaient pas fondamentalement touché aux institutions chinoises. Avec les Mongols, il en fut tout autrement. Infiniment moins raffinés que les Chinois mais dotés d'une forte conscience de leur identité, les Mongols n'entendaient pas s'assimiler aux vaincus. La présence au cœur de l'empire de ces barbares « fiers de l'être et qui entendaient le rester » opéra un renversement complet des représentations traditionnelles de l'ordre et des hiérarchies.

Les souverains Yuan promulguèrent des codes qui instauraient une hiérarchisation des sujets de l'empire en fonction de leur appartenance ethnique : au sommet les Mongols « la race des seigneurs », ensuite les autres nomades et les étrangers : Arabes, Turcs, Iraniens, Tibétains, puis les habitants de l'ancien Empire Jin : Chinois du Nord, Kitans, Coréens, Mandchous et enfin, au dernier degré de l'échelle, les Chinois de l'Empire des Song du Sud, sans doute les plus raffinés et les plus cultivés de tous ces peuples. La législation mongole organisa un système fondé sur la ségrégation et l'inégalité. Les mariages interethniques furent sévèrement prohibés. Les Mongols et les sujets de la deuxième catégorie

bénéficiaient de leur statut personnel et se virent reconnaître un privilège de juridiction : une cour des étrangers (*Li fan yuan*) fut créée pour connaître de leurs causes et émettre à leurs intentions des règlements.

Les Yuan ont conservé la bureaucratie chinoise et même le système des examens pour l'accès aux fonctions administratives, mais les non-Chinois bénéficiaient de traitement de faveur alors que certains postes, même de rangs subalternes, étaient interdits aux Han. La langue mongole, transcrite spécialement dans un alphabet d'origine tibétaine, fut imposée à l'administration avec interdiction aux Chinois de l'étudier. On s'est parfois étonné des connaissances limitées sur la Chine et le chinois dont fait preuve Marco Polo qui vécut en Chine sous le règne de Qubilaï Khan. Cela n'a rien de surprenant si l'on songe que le voyageur vénitien n'a vécu que dans l'entourage des souverains mongols et n'a fréquenté que de hauts fonctionnaires presque tous étrangers ; il fut lui-même placé à la tête de la préfecture de Yang Zhu sans connaître la langue et l'écriture chinoises.

L'époque des Yuan fut aussi marquée par une remarquable effervescence religieuse, touchant notamment des cultes étrangers, vecteurs de phénomènes minoritaires. Les souverains mongols n'ont certes pas négligé les écoles de pensée et les religions traditionnelles. [p. 142] Pour se concilier les lettrés, Qubilaï ne manqua pas d'accomplir les gestes rituels envers le « confucianisme », comme chef de la religion impériale millénaire. Il ne négligea pas non plus l'Église taïste influente dans les milieux populaires, mais ses faveurs allèrent surtout à l'Église bouddhiste. Introduit en Chine vers la fin du I^{er} siècle après J.-C., le bouddhisme avait pris son essor sous les Tang (VII^e-IX^e siècles) qui le favorisèrent, tout en restant considéré comme une secte étrangère et sujet de ce fait à des persécutions épisodiques. Les souverains mongols encouragèrent une tendance particulièrement active du bouddhisme : le lamaïsme tibétain dont le prosélytisme devait susciter chez nombre de Chinois traditionalistes une profonde rancœur. En marge des religions orientales, il existait également des communautés de chrétiens, pour la plupart de rite nestorien¹. Le christianisme avait été introduit aussi sous les Tang par des missionnaires venus d'Iran, mais il ne touchait guère que des groupes de résidents étrangers. La conversion d'une ethnie turque, les Ongut, alliée des Mongols lui ouvrit les portes de la cour des empereurs mongols, puis de celle des Yuan. En 1275 un archevêché fut créé à Pékin par le patriarche nestorien de Bagdad. À son tour le pape Nicolas IV envoya un missionnaire franciscain, Jean de Montcorvin, qui fut nommé archevêque catholique de Pékin (1307) et « baptisa plus de mille Tartares ». Mais ces premiers contacts laissèrent si peu de traces qu'ils resteront ignorés des premiers missionnaires jésuites qui débarqueront en Chine à la fin du XVI^e siècle.

¹ Église chrétienne d'Orient qui suivit la doctrine christologique du patriarche Nestorius, rejetée par le Concile œcuménique d'Éphèse de 431. Le nestorianisme s'est diffusé en Mésopotamie et en Perse puis en Inde et en Chine. Une stèle découverte à Si ngan fou a permis de dater les débuts de l'évangélisation de la Chine de l'an 635.

Les circonstances furent plus favorables pour l'islam sunnite connu en Chine sous le nom de *Qingzhanjiao*, la « religion du Vrai Pur ». Introduit lui aussi à la faveur des échanges noués sur la Route de la soie, il a su sortir assez vite des premières communautés arabo-persanes pour non seulement se répandre dans des populations turcophones installées aux marches de l'Empire, mais aussi pénétrer en Chine même et convertir des Han de souche. Ces derniers, disséminés dans toute la Chine, avec de fortes concentrations au Gansu et au Yunnan, sont à l'origine d'une importante minorité désignée aujourd'hui sous le nom de Hui.

[p. 143]

Le joug mongol sur la Chine eut pour effet de faire naître au sein de la masse des Han, principales victimes des discriminations et de l'encadrement militaire imposé par les souverains Yuan, un nouveau sentiment d'identité ethnique. Au cours du XIV^e siècle des jacqueries paysannes, comme la Chine rurale en avait déjà tant connues, se transformèrent en un véritable mouvement national qui aboutit à la chute des Mongols et à l'établissement d'une nouvelle dynastie de souche han. L'Empire des Ming fondé à Nankin en 1368 se voulut en réaction contre les influences barbares. Les langues étrangères furent interdites et les allogènes se virent imposer des noms chinois. Les adeptes des religions importées, y compris le bouddhisme, firent l'objet de persécutions et, dans un but manifeste d'assimilation, il leur fut interdit de se marier entre eux, sous peine de bastonnade.

L'époque des Ming (1368-1644) a été marquée, sur le plan idéologique par une volonté de retour à l'âge d'or mythifié des premières dynasties chinoises, mais la vieille représentation d'un *Ordo mundi* s'organisant en espaces hiérarchisés autour du foyer de la civilisation ne correspondait plus à la réalité. Dans une « économie devenue Monde », selon l'expression de Fernand Braudel, de nouvelles puissances venues de la lointaine Europe commençaient à investir la périphérie de l'Empire du Milieu. La politique des Ming s'est alors crispée dans un réflexe d'enfermement qui s'est exprimé par une obsession des frontières, comme en porte témoignage la remise en service de la Grande Muraille, et à l'intérieur par une reprise de la colonisation han au détriment des tribus montagnardes du Sud.

65 L'ÉMERGENCE TUMULTUEUSE DE L'ÉTAT-NATION. – Lorsqu'en 1644 les Mandchous s'emparent de Pékin, c'est à nouveau une « dynastie de conquête » d'origine étrangère qui occupe le pouvoir suprême. Comme leurs prédécesseurs mongols, les souverains de la nouvelle dynastie Qing (1644-1911) vont imposer une stricte séparation entre les Mandchous et leurs nouveaux sujets par l'interdiction des mariages mixtes. La Mandchourie conserva son régime féodal et son droit propre. Dans le reste de l'empire, la bureaucratie traditionnelle fut maintenue mais encadrée par des fonctionnaires mandchous et doublée d'une administration militaire connue sous le nom de « bannières ». Mais la ressemblance s'arrête là. Au lieu de diviser pour régner, les Qing adoptèrent une politique qui [p. 144] cherchait à établir un État unitaire à l'intérieur de frontières

clairement établies. On pense que l'influence exercée par des Jésuites français assez nombreux à fréquenter la cour des souverains mandchous aux XVII^e et XVIII^e siècles n'est pas étrangère à ce tournant.

Pour empêcher la reconstitution d'une fédération des peuples nomades d'Asie centrale, les Qing lancèrent des campagnes contre les Mongols qui aboutirent à une partition de leur territoire en une Mongolie intérieure intégrée à l'empire, où les autochtones furent progressivement sédentarisés, socialement déstructurés et soumis au droit commun, et une Mongolie extérieure qui conserva ses structures, mais avec un statut d'État vassal. Au sud du lac Balkash, des offensives répétées contre les Dzungars se terminèrent par l'élimination physique de ce groupe ethnique (1760), et le repeuplement du pays par des éléments transférés autoritairement de diverses parties de la Chine donna naissance à une nouvelle province sous administration militaire : le Xinjiang (Nouveau territoire). Pour gérer cette politique, les Qing instituèrent un véritable ministère des Colonies, le *Li Fan Yuan* (secrétariat du Gouvernement des frontières).

À l'égard des aborigènes Miao et Zhuang (proches parents des Thaï) des provinces de la Chine du Sud, l'effort d'assimilation déjà entrepris par les Ming fut poursuivi avec une rigueur accrue. Les districts autonomes furent supprimés et les *Tu si* remplacés par des administrateurs impériaux qui avaient tous pouvoirs pour sédentariser les populations et au besoin les déporter en les remplaçant par des colons hans. Les justices et les droits coutumiers furent remplacés par les codes des Qing. L'Empire mandchou a ainsi atteint dans la deuxième moitié du XVIII^e le sommet de sa puissance. Porté par un essor économique sans précédent, et sous l'impulsion d'un pouvoir autocratique et fortement centralisé, il prit de plus en plus l'allure d'un État-nation.

Au cours du XIX^e siècle l'unité de l'empire fut mise à mal par les pressions des puissances occidentales qui cherchaient à ouvrir de force l'immense marché chinois. Une série d'opérations militaires (les guerres de l'opium en 1842 et 1858-1860) conduites par l'Angleterre et la France aboutirent à l'implantation dans les grands ports chinois des fameuses « concessions » dans lesquelles les communautés de marchands étrangers bénéficiaient d'un privilège d'extra-territorialité sous la juridiction de leurs consuls. Les abandons de souveraineté et [p. 145] les humiliations subies, tel le pillage de Pékin en 1860, devaient provoquer une formidable vague de soulèvements populaires dirigés non seulement contre l'intrusion des Occidentaux, mais surtout contre le gouvernement mandchou accusé de trahir le « mandat du ciel ». L'insurrection des Taiping (1850-1864) qui vit la formation d'un État dissident en Chine du Sud, avec Nankin pour capitale, et celle des Nian (1853-1863) qui toucha huit provinces de la Chine du Nord furent des réactions nationalistes essentiellement animées par des sectes millénaristes qui exaltaient le chauvinisme han. Mais, par contre-coup, profitant de l'anarchie, des minorités entrèrent elles aussi en rébellion. Dans le Sud-Ouest, de 1845 à 1873, les musulmans chinois du Yunnan tentèrent d'établir à Dali un sultanat indépendant, tandis que les aborigènes Miao se soulevaient au Guizhou. Puis ce fut dans le Nord-Est la révolte des Hui (Chinois

islamisés) du Gansu et du Shaanxi (1860-1870), et enfin celle des Turcs du Xinjiang qui fondèrent sous la direction du prince Yakub-beg un État dissident qui résista de 1873 à 1877. Mais l'antagonisme qui opposait les Han et les minoritaires a empêché la convergence des mouvements insurrectionnels et a fait le jeu du pouvoir mandchou. C'est ainsi que la terrible répression qui s'est abattue sur les musulmans du Turkestan chinois fut conduite au nom de l'unité de l'empire.

Sous les derniers empereurs Qing, la tentative de modernisation, le *Yang Wu* (1885-1911) inspiré à la fois par le modèle occidental et par l'expérience du Meiji japonais, a inévitablement valorisé les idées d'État moderne, de centralisation, d'unité nationale, aussi bien, d'ailleurs, dans l'esprit des réformateurs au pouvoir que de leurs opposants révolutionnaires. Les menées de l'impérialisme occidental ont, en effet, une large part de responsabilité dans le développement d'un processus qui conduira à la Révolution d'Octobre 1911. Sun Yat-sen, dans son *Autobiographie*, n'a-t-il pas affirmé que « c'est à partir de 1885, date de notre défaite contre la France que je me donnai pour but le renversement de la dynastie Qing et l'établissement d'une république ». Pour être complet, il faudrait souligner toute l'ambiguïté de l'attitude des puissances occidentales. Pour mener à bien leurs objectifs économiques en Chine, elles avaient besoin d'avoir affaire à un État unifié et pacifié ; c'est pour cette raison qu'elles prêtèrent main forte aux impériaux dans la répression des grands soulèvements des Taïping, des Nian. Mais, [p. 146] dans le même temps, ces mêmes puissances n'hésitèrent pas à soutenir les menées séparatistes à la périphérie de l'empire : les Russes sur la frontière de l'Amour, les Anglais au Tibet, les Français dans le Yunnan, tandis que les Japonais, pour leur part, poussaient à l'autonomisation de la Mandchourie.

Dans ces conditions on comprend pourquoi la première République chinoise fut fondée sur la base d'un État unitaire composé de citoyens chinois égaux en droit et excluant complètement la reconnaissance des droits des minorités. Un nationalisme, de type jacobin, mais aussi fortement teinté de chauvinisme han a animé l'idéologie du Guoming Dang, et ce n'est pas l'anarchie dans laquelle la Chine fut plongée dès 1917, la multiplication des sécessions et des dissidences plus ou moins encouragées de l'étranger et pour finir l'occupation japonaise qui lui firent changer de ligne, jusqu'à sa défaite face à ses adversaires communistes en 1949.

66 CONCLUSION : POUR OUVRIR QUELQUES PISTES. – Au terme de notre parcours dans l'espace et dans le temps à la recherche des phénomènes minoritaires, il serait bien présomptueux de prétendre en tirer quelques explications générales. La diversité des situations rencontrées n'autorise même pas l'établissement d'une typologie aussi sommaire soit-elle. Toute tentative de taxinomie se heurterait à la spécificité des expériences. De l'extermination ou de la mise en esclavage à la coexistence équilibrée et pacifique, de l'exclusion radicale à l'intégration volontaire ou forcée, on peut repérer les formes les plus

variées de semi-servitude ou de demi-liberté. Certains peuples ont pu connaître au cours de leur histoire une pluralité de conditions minoritaires : que l'on songe à l'extraordinaire destin du peuple juif ! Dès les premières pages de cette partie nous l'avons vu vivre en diaspora de multiples expériences qui ne furent pas toutes cruelles. Dans un temps infiniment plus court, les protestants français connurent eux-aussi une diversité de situations contrastées.

La recherche d'une rationalité se heurte aussi à la distance que l'on observe si souvent entre les faits et le droit. On peut, sans doute, tracer les contours d'un statut ou d'une condition juridique à partir d'un corps de textes normatifs, mais leur effectivité est largement tributaire des circonstances, des rapports de force, des interprétations données et de la volonté des autorités chargées de les faire appliquer. [p. 147] Les avatars du pacte de *dhimma*, sous l'Empire ottoman, sont là pour témoigner de cette variabilité.

Doit-on reconnaître avec Paul Valéry que « l'Histoire ne donne des leçons de rien, parce qu'elle donne des leçons de tout » ? Vieux débat. Contentons nous d'utiliser l'histoire pour son incomparable valeur illustrative et d'énoncer quelques observations qui paraîtront sans doute banales.

Constatons tout d'abord que les phénomènes minoritaires sont aussi anciens que les sociétés humaines elles-mêmes. Sans doute aurait-il fallu interroger les préhistoriens ou porter le regard jusqu'aux sociétés sans écriture, africaines par exemple, pour s'assurer de la pertinence de cette affirmation.

Néanmoins on peut s'accorder facilement sur la très large prévalence des situations de domination ou d'exclusion à l'égard des minoritaires ; sans pour autant ignorer les cas de coexistence pacifique. La tolérance et le respect de l'autre ne sont pas, loin de là, l'apanage des sociétés démocratiques évoluées ; nous avons relevé dans l'Antiquité quelques exemples significatifs.

L'espace de liberté laissé aux minorités est apparu souvent en rapport avec la taille de la configuration politique dans laquelle elles étaient insérées. L'Empire romain fut plus tolérant que les cités grecques. Nous avons vu que le moule accepté de la romanité n'avait pas étouffé les particularismes provinciaux et qu'il les, avait peut-être même vivifiés.

L'éclatement des empires voit-il toujours les minorités prendre leur revanche dans des réactions de rejet à l'égard de l'ancienne domination ? Les histoires assez parallèles de l'Empire ottoman et de l'Empire mandchou peuvent le laisser croire. Mais ici encore la chute de l'Empire romain, qui depuis Montesquieu a tant fasciné les historiens, apporte une réponse nuancée. Les peuples barbares, dont certains éléments étaient installés depuis longtemps à l'intérieur du *limes*, ont plus facilement adhéré à la culture romaine qu'ils n'ont cherché à la rejeter.

Enfin, au cours de notre approche, nous avons repéré une sorte de mouvement dialectique de production/négation des phénomènes de minorité, mis enjeu par trois séries d'événements historiques majeurs : l'apparition successive des grands

monothéismes, l'émergence des États modernes et le développement de l'entreprise coloniale.

[p. 148]

L'apparition de la croyance en un Dieu unique dans un monde païen ouvert à toutes les formes de syncrétisme religieux a introduit dans la société antique un premier facteur d'irréductibilité. Le judaïsme, dès ses origines, n'a pu survivre parmi les Gentils qu'en affirmant son originalité et en s'imposant des pratiques de séparation. À sa suite, les autres révélations monothéistes, christianisme et islam, en dépit de leur vocation universaliste et malgré le message altruiste qu'elles portaient en elles-mêmes, ont tour à tour subi ou suscité bien des situations minoritaires, souvent vécues dans la violence et l'affrontement. La religion est ainsi devenue un marqueur d'identité, fait impensable dans le monde païen, même chez les Grecs.

La genèse des États modernes a constitué également un autre grand moment de rupture dans la problématique des minorités. Machines à homogénéiser les peuples et à unifier les territoires, les États se sont employés partout à réduire leurs minorités, poussant même jusqu'à leur négation pure et simple lorsqu'ils se sont appuyés, comme en France, sur l'idéologie de la nation.

Mais, lorsqu'ils se sont engagés dans l'entreprise coloniale, ces mêmes États ont puissamment contribué par leur domination et leur exploitation à la minoration des peuples autochtones, c'est-à-dire à leur mise en tutelle, à la spoliation de leurs terres et au rejet de leurs cultures. Les puissances coloniales européennes portent ainsi une énorme responsabilité à l'égard des populations amérindiennes du Nouveau Monde, comme à l'égard des Aborigènes d'Australie, des Kanaks de Nouvelle-Calédonie et de tant d'autres peuples. Elles ont aussi créé, importé, essaimé, par des pratiques telles que la traite des Noirs, des phénomènes minoritaires dans de nombreuses parties du monde. Toutefois, on aurait tort d'incriminer ici la seule Europe, tant il est vrai que l'impérialisme et le colonialisme sont la tentation de tous les États, à un moment donné de leur histoire : l'Empire chinois, si souvent dominé par des conquérants étrangers, n'en a pas moins été souvent dominateur au cours de son processus millénaire d'expansion. Enfin, on aurait tort de croire que la décolonisation a mis un terme à cette dialectique de production/négation des minorités.

Si l'indépendance a rendu à de nombreux peuples leurs droits et leur dignité, en se réalisant sous l'égide de l'État, elle a aussi parfois provoqué en leur sein l'éveil et le refoulement de phénomènes minoritaires : Tamoul au Sri Lanka, Berbère (ou tamazight) en Algérie, pour [p. 149] ne citer que ces deux seuls exemples. À toutes les époques, sur toutes les latitudes, la reconnaissance et le respect des droits de l'Autre restent une question sans cesse posée.

Pour aller plus loin

67 LES MINORITÉS DANS L'ANTIQUITÉ. – Sur le statut de l'étranger on pourra consulter les deux volumes des Recueils de la Société Jean Bodin qui sont consacrés à ce thème (*L'Étranger*, t. IX, première partie, t. X, deuxième partie, Bruxelles, Éditions de la Librairie encyclopédique, 1958), et notamment pour l'Antiquité orientale et l'Égypte, les contributions de G. Cardascia, Le statut de l'étranger dans la Mésopotamie ancienne, et de J. Pirenne, Le statut de l'étranger dans l'ancienne Égypte.

Sur les rapports des Hébreux avec les autres peuples du Proche-Orient : E. M. Laperrousaz (dir.), *Protohistoire d'Israël, de l'Exode à la monarchie*, Paris, Éd. du Cerf, 1990. La présence de colonies juives en Égypte a donné lieu à une abondante littérature, voir la synthèse de J. Melèze-Modrzejewski, *Les Juifs d'Égypte, de l'Exode à Hadrien*, Paris, Armand Colin, 1992. Le récit biblique de Joseph soulève une série de problèmes évoqués par R. Martin-Achard, dans la *Revue de théologie et de philosophie*, 1972, p. 94-102. On trouvera aussi des interprétations différentes de l'exégèse classique dans les contributions de B. J. Diebner, Th. Röner et E. Bresciani, *Le Livre de traverse, de l'exégèse biblique à l'anthropologie*, Paris, Cerf-Patrimoine, 1992. Pour une vision d'ensemble : Schäffer, *Histoire des juifs dans l'Antiquité*, Paris, Éd. du Cerf, 1985.

Pour l'Antiquité gréco-romaine, outre les traités et manuels classiques : J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey, 1982, avec une riche bibliographie ; M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Paris, Dalloz, 1991, et les articles de la Pauly's-Wissowa (*Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*), V^e « Metoikos », « peregrinus », on lira les réflexions d'ensemble de I. Weiler, Fremde als stigmatisierte Randgruppe in Gesellschaftssystem der Alten Welt, *KLIO*, Band 71, 1989, p. 51-59.

Sur la Grèce antique, voir la synthèse de M. F. Baslez, *L'Étranger dans la Grèce antique*, Paris, 1984, ainsi que R. Lonis (dir.), *L'Étranger dans le monde grec*, Nancy, 1992, et notamment Ph. Gauthier, Métèques, Perièques et Paroikoi, Bilan et points d'interrogations, p. 23-46. Le mépris dans lequel les Grecs tenaient les barbares ne paraît pas marqué par une attitude que l'on pourrait qualifier de raciste ; voir à cet égard A. Bourgeois, *La Grèce antique devant la négritude*, Paris, Éd. Présence africaine, 1971. Sur l'époque hellénistique, la contribution de C. Préaux dans *L'Étranger*, Rec. Soc. Jean Bodin, t. IX, p. 141-193.

Pour Rome, ce même ouvrage offre les contributions de F. de Visscher sur les pérégrins jusqu'à la Constitution Antonine de 212, et de J. Gaudemet sur l'étranger au Bas-Empire. Le pluralisme juridique et la question du droit vulgaire ont été mis en lumière par l'ouvrage classique de L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, 1891, et plus récemment par J. Van den Bergh, Le pluralisme juridique en droit romain, dans J. Gilissen, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1972, p. 89-103. Toutefois, pour éviter d'idéaliser outre mesure le processus de romanisation, on pourra voir Benaban, *La résistance africaine à la romanisation*, Paris, Éd. Maspero, 1975. Sur la perception de l'étranger et notamment du barbare, on lira l'article suggestif de E. Cizek, L'image de l'autre et les mentalités romaines, *Latomus, Revue des études latines*, 1989, p. 360-371.

[p. 150]

68 LES GRANDES INVASIONS. – L'ouvrage classique en français est celui de L. Musset, *les Invasions : les vagues germaniques*, Paris, 1965 (cou. « Nouvelle Clio », 12). Mais la question de la cohabitation des peuples barbares avec les indigènes gallo-romains est en pleine réévaluation. L'analyse de l'*hospitalitas* comme un partage des terres a été contestée par W. Gaffort, *Barbarians and Romans, AD 418-584, The technics of accomodation*, Princeton, 1980 ; voir aussi L. Buchet (dir.), *Les phénomènes des « Grandes Invasions » réalité ethnique ou échanges culturels ?*, Valbonne, 1983. K. F. Wesner, *Conquête de la Gaule ou changement de régime, Vom Frankenreich zur Entstehung Deutschlands und Frankreich*, Sigmaringen, 1984.

La question de la personnalité ou de la territorialité des lois a fait l'objet de nombreuses controverses, animées parfois par des présupposés idéologiques : voir les intéressantes remarques de J. Bastier, *Droit wisigothique et droit germanique, Mélanges Dauvillier*, Toulouse, 1979, p. 47-64. Aujourd'hui, le pluralisme juridique du haut Moyen Âge est abordé sans esprit de système. On admet que les lois barbares ont subi une acculturation précoce sous l'influence romaine. Ainsi, la plus ancienne version de la Loi salique serait un règlement militaire romain pour les déditices francs de Belgique, d'après J.-P. Poly, « La corde au cou » ; *Les Francs, la France et la loi salique, Genèse de l'État moderne*, École française de Rome, 1983, p. 287-320. Du même auteur, associé à P. Riché, on lira la brillante synthèse sur la diversité ethnique du *Regnum francorum*, dans les chapitres 2 et 3 de *La mosaïque France, Histoire des étrangers et de l'immigration* (Y. Lequin, dir.), Paris, Larousse, 1988.

69 LES MINORITÉS À L'ÉPOQUE FÉODALE. – Sur les marginaux et les exclus de la société féodale, la condition de l'aubain a été étudiée d'une manière plutôt dogmatique par quelques anciennes thèses de droit ; l'étude la plus complète est celle de C. Demongeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, Paris, 1884. On se référera plutôt à M. Boulet-Sautel, *L'aubain dans la France coutumière du Moyen Âge, L'Étranger*, 2^e partie, Rec. Soc. Jean-Bodin, t. X, p. 65-100, à compléter par la contribution de P. Ourliac sur le Midi toulousain, p. 101-108 ; voir aussi C. Billot, *L'assimilation des étrangers dans le royaume de France aux XIV^e et XV^e siècles*, *Revue historique*, 1983, n° 548, p. 273-291 ; J.-P. Poly, *L'aubain, le serf et le marchand, La mosaïque France, op. cit.*, p. 133 et s. Sur le monde des marchands, cf. J. Le Goff, *Mercanti e banchieri nel Medioevo*, Florence, 1969 ; L. Mayali and M. M. Mort, *Of strangers and foreigners (late Antiquity-middle Ages)*, Berkeley, Robbins Collection Publication, 1993. On retiendra également les intéressantes réflexions de Laurent Mayali sur le pluralisme juridique du Moyen Âge, développées dans : *Le droit des autres dans la France médiévale. Système de différenciation et mode d'harmonisation, Identité et droit de l'autre*, Studies in comparative legal history, Robbins Collection Publication, Berkeley, 1994, p. 183-200.

L'histoire des cagots a fait couler beaucoup d'encre, mais deux ouvrages récents font sérieusement le point de la question : A. Guerreau et Y. Guy, *Les cagots du Béarn*, Minerve, 1988 ; F. Bériac, *Des lépreux aux cagots*, Fédération historique de Sud-Ouest, Bordeaux, 1990. À titre de comparaison, cf. Sabouret, *L'autre Japon : les burakumin*, Paris, 1983.

Au sein de l'abondante littérature consacrée à l'histoire des communautés juives en Europe occidentale, on retiendra spécialement B. Blumenkranz, *Juifs et chrétiens dans le monde occidental, 430-1096*, Paris-La Haye, Éd. Mouton, 1960 ; B. Blumenkranz (éd.), *Histoire des juifs en France*, Toulouse, Privat, 1972 ; *Juifs et judaïsme de Languedoc*, Cahiers de Fanjeaux, 12. Les actes du Colloque de Pau (1985) contiennent une riche moisson de contributions sur des situations minoritaires dans le sud de l'Europe : *Minorités et marginaux en Espagne et dans le midi de la France*. À propos des persécutions rituelles auxquelles étaient soumis les juifs, on lira l'article de D. Nirenberg, *Les juifs, la violence et le sacré, Annales ESC*, 1995, n° 1, p. 109-131.

[p. 151]

70 L'INVENTION DE LA NATION. – L'émergence du sentiment national a été étudiée par B. Guénée, État et nation en France au Moyen Âge, *Revue historique*, 1967, n° 237, p. 17-30 ; K. F. Werner, Les nations et le sentiment national dans l'Europe médiévale, *Rev. hist.*, 1970, 496, p. 285-304 ; C. Beaune, *Naissance de la nation France*, Paris, Gallimard, 1985 ; J. Krynén, *L'empire du roi*, Paris, Gallimard, 1985, notamment les pages 328-338.

Sur la politique des frontières, cf. P. Alliés, *L'invention du territoire*, Grenoble, PUG (Critique du droit), 1980 ; B. Guénée, Des limites féodales aux frontières politiques, p. 11-33, et D. Nordman, Des limites d'État aux frontières nationales, p. 35-61, dans P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire, La nation*, II (2), Paris, Gallimard, 1990. Sur la condition des étrangers, cf. Boizet, *Les lettres de naturalité sous l'Ancien Régime*, thèse droit, Paris, 1943.

Sur l'effacement des particularismes linguistiques, cf. H. Peyre, *La royauté et les langues provinciales*, Paris, 1933 ; M. de Certeau, D. Julia, J. Revel, *Une politique de la langue*, Paris, Gallimard, 1975 ; H. Giordan (dir.), Les minorités en Europe : droits linguistiques et droits de l'homme, Paris, Éd. Kimé, 1992. L'effort d'unification du droit a été étudié par A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, p. 61-120. Pour un point de vue militant, assimilant l'unification politique de la France à une entreprise de colonisation, voir COEA-J. Larzac (dir.) « 4 vertats » *Le petit livre de l'Occitanie*, Paris, Maspero, 1972.

71 L'ÉTAT ET LES MINORITÉS RELIGIEUSES. – Sur la Réforme en Europe, cf. E.-G. Léonard, *Histoire générale du protestantisme*, Paris, 1955-1964, 3 vol. ; J. Delumeau, *Naissance et affirmation de la Réforme*, Paris, PUF (« Nouvelle Cléo »), 1965 ; à compléter par P. Chaunu (dir.), *L'aventure de la Réforme*, Paris, 1986. Sur l'évolution de la question protestante en France outre l'ouvrage collectif, *Histoire des protestants en France*, Toulouse, Privat, 1977, on peut consulter parmi une riche bibliographie : G. Livet, *Les guerres de Religion*, Paris, PUF (« Que sais-je ? »), 1983 ; voir aussi M. Yardeni, *La conscience nationale en France pendant les guerres de Religion (1559-1598)*, Paris, 1971 ; Janine Garrisson, *La Saint-Barthélemy*, Paris, Éd. Complexe, 1987 ; et du même auteur une étude sur les Provinces-Unies du Midi : J. Estèbe, *Les protestants du Midi*, Toulouse, Privat, 1982. La difficile coexistence de 1598 à 1685 est présentée par S. Mours, *Le protestantisme en France au XVII^e siècle*, Paris, 1967, et par J. Garrisson, *L'édit de Nantes et sa révocation. Histoire d'une intolérance*, Paris, 1685. Un point de vue comparatif est fourni par B. Cottret, *Révocation et prodromes de la tolérance : parallèle des protestants français et des catholiques d'Angleterre*, *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme français*, 1990, n° 4.

Sur la résistance à la Révocation, voir P. Joutard, *Les Camisards*, Paris, 1976. Les conséquences juridiques sont évoquées par E.-G. Léonard, *Le problème du mariage civil et les protestants français au XVIII^e siècle*, Paris, 1942 ; J.-J. Hemardinger, La question des biens protestants au XVIII^e siècle, *Annales ESC*, 1960, p. 1155. L'affaire Calas a fait l'objet d'une remarquable étude de l'historien américain D. D. Bien, *L'affaire Calas. Hérésie, persécution, tolérance au XVIII^e siècle*, Toulouse, Éd. Éché, 1987. Enfin le bicentenaire de l'édit de Tolérance a donné lieu à plusieurs publications dont on retiendra entre autres les actes du Colloque de Toulouse, *La Tolérance République de l'Esprit*, Paris-Genève : les Bergers et les Mages, 1988 ; voir aussi plus récemment les *Actes du Colloque Malesherbes*, Centre culturel du Panthéon, 1995, et notamment : J.-L. Harouel, L'édit de Tolérance, p. 109-141.

72 LES MINORITÉS DANS LES ÉTATS-NATIONS. – Sur le cas français, voir R. Lafont, Sur le problème national en France : aperçu historique, *Les Temps Modernes*, n° 324-326, 1973, p. 21, et la thèse de R. Debbasch, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica, Aix-Marseille, PU, 1988. Sur l'exclu-[p. 152] sion des minorités par le concept de souveraineté nationale, voir la contribution de G. Soulier, Minorités, État et Société dans A. Fenet et G. Soulier (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 43-49 ; G. Delannoi et P. A. Taguieff (dir.), *Nation, nationalité, ethnicité*, Paris, Éd. Kimé, 1991. Pour une comparaison avec la conception germanique de la nation, voir A. Renault, Les deux logiques de l'idée de nation, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Caen, 1988, p. 29-45.

Sur les juifs et la Révolution française, outre B. Blumenkranz, *Histoire des Juifs en France*, ouvr. cité, voir D. Feuerwerker, *L'émancipation des Juifs en France, de l'Ancien Régime à la fin du Second Empire*, Paris, Albin Michel, 1976 ; P. Girard, *Les juifs de France et la Révolution*, Paris, 1989 ; R. Badinter, *Libres et égaux*, Paris, Fayard, 1989,

73 ADDENDUM : LES JUIFS SOUS VICHY. – La date de 1914 ayant été fixée comme terminus *ad quem* de ce chapitre historique, il n'a pas été question de la législation antisémite qui fut la grande honte du régime de Vichy (1940-1944). Rompant avec la tradition libérale et républicaine d'égalité et d'assimilation, le gouvernement de l'État français promulgua par les « lois » des 3 et 4 octobre 1940 un premier statut qui excluait les citoyens français d'origine juive des organismes élus et des postes de responsabilité dans la fonction publique, la magistrature et l'armée, tandis que les juifs étrangers devaient être internés dans des camps spéciaux. Cette législation qui se présentait comme l'expression d'un « antisémitisme d'État », déjà préconisé dans l'entre-deux-guerres par l'extrême droite nationaliste, fut prise en dehors de toute pression de la part des autorités allemandes d'occupation et se fondait ouvertement sur une discrimination raciale : « Est regardé comme juif, pour l'application de la présente loi, toute personne issue de trois grands-parents de race juive, ou de deux grands-parents de même race si son conjoint lui-même est juif (art. 1^{er}). »

Une administration spéciale – le Commissariat général aux Questions juives – fut créée (23 mars 1941) pour suivre l'application de cette législation que de nouvelles dispositions prises en juin-juillet 1941 ont aggravée : exclusion totale ou quota très sévère imposé pour la quasi-totalité des professions libérales, commerciales, industrielles ou artisanales, spoliation des entreprises et des commerces appartenant à des juifs. Le comble de l'ignominie fut atteint avec la collaboration active du gouvernement et de l'administration aux déportations massives de juifs français et étrangers en vue de la « Solution finale » décrétée par les nazis. Il a fallu attendre la parution en français de l'ouvrage de R. Paxton et de M. R. Marrus, *Vichy et les Juifs*, Paris, Calmann-Lévy, 1981, pour que l'historiographie française longtemps timorée aborde à son tour un des aspects les plus sombres de notre histoire nationale ; sur les raisons de ce retard, cf. Présence du passé, lenteur de l'Histoire – Vichy, l'Occupation, les juifs, *Annales ESC*, n° 3, mai-juin 1993. Au sein d'une bibliographie aujourd'hui très abondante, on retiendra dans une perspective juridique : *Les Juifs sous l'Occupation. Recueil des textes officiels français et allemands, 1940-1944*, Centre de documentation juive contemporaine, 1982 ; S. Klarsfeld, *Vichy-Auschwitz* (2 vol.), Fayard, 1983 ; A. Kaspi, *Les Juifs pendant l'Occupation*, Le Seuil, 1991 ; D. Reiny, *Les lois de Vichy*, Romillat, 1992 ; Deux ouvrages en cours de publication apporteront d'intéressantes perspectives sur la question : *L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous le régime de Vichy*, Actes du Colloque des 19-20 décembre 1994, Faculté de droit de Dijon ; et, pour une étude de l'application des lois de Vichy, J. Estèbe (dir.), *Histoire des Juifs du Midi toulousain au temps de Vichy*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 1995. Enfin, on ne saurait trop recommander aux étudiants en droit de méditer l'excellent article de Danièle Lochak, La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme, *Les usages sociaux du droit*, Publications du CURAP, PUF, 1989, p. 252-295. L'auteur montre qu'en commentant « objectivement », sur le ton du détachement scientifique, les lois antisémites de Vichy, les juristes, et spécialement les professeurs de droit, ont par conformisme participé à la banali-[p. 153] sation, voire à la légitimation de l'inacceptable. Cf.

également : D. Gros, Le « statut des juifs » dans les manuels en usage dans les facultés de droit (1940-1944), dans P. Braud (dir.), *La violence politique*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 139-171.

La condition des nationalités dans l'Europe danubienne est évoquée par J. Droz, *L'Europe centrale, évolution historique de l'idée de « Mitteleuropa »*, Paris, Payot, 1960, et par J. Béranger, *Histoire de l'Empire des Habsbourg*, Paris, Fayard, 1990. On peut consulter aussi avec profit la mise au point de St. Pierré-Caps, *La Multination – l'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995.

74 LES PEUPLES AUTOCHTONES D'AMÉRIQUE. – La commémoration en 1992 du cinquième centenaire de la « découverte » du Nouveau Monde a donné lieu à une abondante floraison bibliographique, parmi laquelle on distinguera pour notre sujet : J. Dickinson et M. Mahn-Lot, 1492-1992, *Les Européens découvrent l'Amérique*, Lyon, PUL, 1991 ; B. et L. Bennassar, 1492, Paris, 1992 ; R. Debray, *Les Capitulations de Santa-Fe* (éd.), Paris, 1992 ; 1492. *Le choc de deux mondes*, Éd. Commission nationale suisse pour l'Unesco, La Différence, 1993. Ce qui n'exclut nullement des ouvrages classiques, tels : N. Wachtal, *La vision des vaincus : les Indiens du Pérou devant la conquête espagnole*, Paris, 1971 ; P. Chaunu, *Conquête et exploitation des nouveaux mondes*, Paris, PUF, 1976 ; L. Heers, *Christophe Colomb*, Paris, 1992 (rééd.), S. E. Morison, *The Admiral of the ocean sea*, Boston, 1951. On trouvera un exposé des institutions coloniales espagnoles dans A. Garcia-Gallo, *Historia del Derecho español*, Madrid, 1964, et dans S. Zavala, *La encomienda indiana*, Madrid, 1935. Voir également, Ph. André-Vincent, *Droits des Indiens et développement en Amérique latine*, Paris, Les Éditions internationales, 1976. Sur Las Casas : M. Bataillon et A. Saint-Lu, *Las Casas et la défense des Indiens*, Paris, Julliard, 1971. M. Mahn-Lot, *Bartolomé de Las Casas, l'Évangile et la force*, Paris, Éd. du Cerf, 1991 ; Ch. Lancha, Las Casas protecteur des Indiens, défenseur des droits de l'homme, *Revue historique*, n° 589, 1994, p. 51-70. L'ouvrage de O. P. Dickason, *Le mythe du sauvage*, Paris, Éd. Philippe Lebaud, 1995, explore le champ des représentations que les Européens se sont forgées sur les Amérindiens, et qui ont conditionné leurs rapports réciproques.

75 LE STATUT DES MINORITÉS EN TERRE D'ISLAM. – Pour une vision d'ensemble de l'Islam on se référera à A. Miquel, *L'Islam et sa civilisation (VII^e-XX^e siècles)*, Paris, 1968, et à J. Burlat, *La civilisation islamique*, Paris, Hachette, 1982. Sur la vie du Prophète, l'ouvrage le plus accessible en français est celui de M. Rodinson, *Mahomet*, Paris, Seuil, 1967. Sur la conquête arabe, on lira R. Mantran, *L'expansion musulmane (VII^e-IX^e)*, Paris, 1979. Pour le « Pays d'Al-Andalus », la référence en français reste encore l'œuvre de E. Lévi-Provençal, *Histoire de l'Espagne musulmane*, 3 vol., Paris, 1947-1953 ; à confronter au récent Roth and Norman, *Jews, Visigoths and Muslims in medieval Spain, Cooperation and conflicts*, Leiden, 1994. L'Empire ottoman a fait l'objet d'un excellent ouvrage collectif sous la direction de R. Mantran, *Histoire de l'Empire ottoman*, Paris, Fayard, 1989. J. Ancel, *Manuel historique de la question d'Orient 1792-1923*, Paris, 1923, garde toute son utilité.

Pour aborder le droit musulman, on a le choix entre L. Milliot et F.-P. Blanc, *Introduction à l'étude au droit musulman*, Paris, Sirey, 1987, 2^e éd., et B. Durand, *Le droit musulman*, Paris, LITEC, 1991. Le pacte de *dhimma* a fait l'objet de nombreuses études. Un des meilleurs exposés est celui de A. Fattal, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'Islam*, Beyrouth, 1958 ; à voir aussi, pour les implications actuelles, L. et A. Chabruy, *Politique et minorités au Proche-Orient, les raisons d'une explosion*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1984 ; B. Étienne, *Les problèmes juridiques des minorités européennes au Maghreb*, Paris, Éd. CNRS, 1968, et du même auteur *L'islamisme radical*, Paris, Hachette, 1987, p. 62-84 ; Y. Courbage, Ph. Fargues, *Chrétiens et Juifs dans l'Islam arabe et turc*, Paris, Fayard, 1992. Sur la question des minorités dans le monde musulman, la bibliographie anglophone est [p. 154] particulièrement abondante, on citera au moins A. Hourani, *Minorities in the Middle East*, Londres, Oxford University Press, 1947, et B.

Braude – B. Lewis, *Christians and Jews in the Ottoman Empire*, New York-Londres, 1982. Voir l'intéressante recension de L. Valensi, La tour de Babel : groupes et relations ethniques au Moyen-Orient en Afrique du Nord, *Annales ESC*, 1986, n° 4, p. 817-838. Sur les minorités chrétiennes des pays arabes, un ouvrage pédagogique : J.-M. Billioud, *Histoire des chrétiens d'Orient*, Paris, L'Harmattan, 1995. La savante étude de B. Heyberger, *Les chrétiens du Proche-Orient au temps de la Réforme catholique*, Paris, École française de Rome, Éd. De Boccard, 1995, présente une vision renouvelée du rôle joué par la diplomatie française des XVII^e et XVIII^e siècles dans la protection des communautés chrétiennes de Syrie.

76 LES PEUPLES ALLOGÈNES EN CHINE. – Pour une vue d'ensemble sur la situation des minorités en République populaire de Chine, on consultera : Les minorités nationales en RPC, *La Documentation française*, n° 146, 1972 ; J. Golfín, *La Chine et ses populations*, Paris, Éd. Complexe, 1982 ; B. Poulin, *La politique des nationalités de la République populaire de Chine*, Québec, Conseil de la langue française, Doc. 17, 1983 ; F. Aubin, Une Chine multinationale, dans M.-C. Bergère, L. Bianco et J. Domes, *La Chine au XX^e siècle*, Paris, Fayard, 1990, que l'on pourra compléter par W. Heberhard, *Chinas Minorities, Yesterday and Today*, Belmont, Calif., Wadsworth Publishing Comp., 1982, et Th. Herberer, *China and its National Minorities : Autonomy or Assimilation*, New York, 1989. Dans une perspective historique, outre les études classiques de R. Grousset, *Histoire de la Chine*, Paris, Payot, rééd. 1994 ; H. Maspero et E. Balazs, *Histoire des institutions de la Chine ancienne*, Paris, PUF, 1967 ; E. Balazs, *La bureaucratie céleste*, Paris, 1968, et J. Gernet, *Le monde chinois*, Paris, Armand Colin, 1972 ; voir H. Van Der Valk, Le statut des étrangers en Chine, *L'Étranger*, Recueil de la Société Jean-Bodin, t. IX, première partie, Bruxelles, 1958, p. 267-300, et la synthèse de F. Thierry, Empire et minorités en Chine, dans *Les minorités à l'âge de l'État-nation*, *op. cit.*, p. 125-162. Sur les représentations de l'altérité dans la pensée chinoise : J. Gernet, Images de l'autre, histoire et anthropologie chinoises, *Corps écrit*, n° 25, 1987, p. 65-76 ; J. Lemoine, Mythes d'origine, mythes d'identification ; Du bon usage des dieux en Chine, *L'Homme*, 1987, vol. 27, n° 101, p. 58-85 ; Dikkoterf, *The discourse of race in modern China*, Hong Kong Univ. Press, 1992.

[p. 155]

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DES MINORITÉS

[Retour au sommaire](#)

C'est d'abord au plan international que la science du droit se saisit du phénomène minoritaire (chap. 1). Plus précisément dans cet espace européen habité par des États dynastiques qui seront largement à l'origine du droit international moderne. Aujourd'hui encore, c'est l'Europe qui donne à voir, à travers ses organisations et en raison de cet événement majeur du XX^e siècle que fut la perversion communiste, les tentatives les plus sérieuses de construction d'un véritable droit des minorités (chap. 2). C'est ensuite seulement que le phénomène minoritaire révèle sa dimension constitutionnelle et, avec elle, l'extrême variété des politiques juridiques étatiques le concernant (chap. 3). Parmi ces dernières l'attitude française tient une place à part, dans la mesure où la référence à un modèle étatique légué par la Révolution, traditionnellement négateur du phénomène minoritaire, n'est pas exclusive d'une tolérance plus soucieuse des spécificités infranationales qu'on ne le croit généralement (chap. 4).

[p. 157]

Chapitre 1

La question des minorités en droit international

[Retour au sommaire](#)

77 UNE CRÉATION DU DROIT INTERNATIONAL. – Les minorités sont très largement une création du droit international public. L'on peut même préciser que les minorités nationales en sont une exclusivement. Dans cette dernière hypothèse, en effet, c'est à l'occasion des règlements politiques et diplomatiques consécutifs à la Première Guerre mondiale, entre 1918 et 1920, qu'un droit international subverti par l'idéalisme du président américain Wilson se préoccupa de protéger certains ressortissants n'appartenant pas au groupe national majoritaire au sein d'États remodelés, ou créés par la Conférence de la Paix de Versailles. À vrai dire, ce n'est pas le droit international en tant que tel qui sécréta la question des minorités, mais plutôt l'avènement dans l'ordre des relations interétatiques d'un principe qui finit par submerger le *Concert européen* des grandes puissances : le *principe des nationalités*. Le constat est au demeurant paradoxal, si l'on veut bien considérer que ce dernier principe n'avait d'autre objet que d'encourager et justifier l'exacte identification de la nation et de l'État.

Quoi qu'il en fût, la dimension internationale du phénomène minoritaire ne devait cesser de s'affirmer. Sur un plan politique d'abord, où il suffira de rappeler que le second conflit mondial lui doit une lourde part, tandis que l'effondrement du système soviétique l'aura remis à l'ordre du jour, tout au moins sur le théâtre européen. Sur le plan juridique ensuite : l'institutionnalisation croissante des relations internationales et le développement consécutif du phénomène des organisations internationales suscitent désormais une activité aussi intense que brouillonne visant à lier la solution des questions minoritaires à l'établissement d'une paix durable entre les nations. Tâche complexe et [p. 158] malaisée, dans la mesure où le principe des nationalités, revisité par le *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, se révèle un véritable piège pour les communautés nationales qu'il prétend émanciper.

Le droit international contemporain est-il pour autant au principe d'un « nouveau droit des minorités nationales »¹ ? S'il est vrai que le regain d'intérêt manifesté aujourd'hui envers le phénomène minoritaire traduit bien une rupture avec une longue pratique tendant à ne l'appréhender, sinon par prétérition, du moins à travers le prisme uniformisant des droits de l'homme, seul un examen attentif de l'état présent du droit international permettra de vérifier si les normes dont il se prévaut en la matière attestent bien cette mutation fondamentale. Mais il importe, au préalable, de situer avec quelque précision l'apparition du phénomène minoritaire dans l'ordre international.

Section I

La constitution des minorités par le droit des gens

[Retour au sommaire](#)

78 LA NOTION DE « JUS GENTIUM ». – L'expression *droit des gens* n'est pas ici employée par équivalence à celle de droit international public, comme l'on a souvent coutume de le faire aujourd'hui en un commode effet de style, mais dans le sens que lui avaient donné les Romains sous le nom de *jus gentium*. Évoquant l'idée d'un universel humain, le *droit des gens* ainsi entendu désignait, pour reprendre la définition simplifiée délivrée par les P^{ts} Combacau et Sur, « le droit applicable aux relations entre êtres humains indépendamment de leur appartenance à une collectivité politique déterminée »². Fondamentalement attaché à la personne humaine et ignorant les allégeances politiques singulières, ce droit des gens devait subsister dans son acception originaire jusqu'au moment où l'État devint assez fort pour s'affirmer comme l'unique vecteur des relations internationales, au cours du XVIII^e siècle.

Or, l'apparition du phénomène minoritaire dans les relations [p. 159] internationales participe de cette idée de l'existence de principes humains supérieurs échappant, comme tels, à l'emprise de l'État. Il est en effet frappant de constater que, dans le même temps où s'affermir le phénomène étatique en tant que mode exclusif d'organisation d'une société politique en passe de devenir nationale, où l'individu est soit un sujet, soit un étranger, certaines personnes puissent requérir du souverain territorial un traitement différencié en raison d'un *habitus* social les distinguant du reste de la population. Depuis la Réforme, la religion est le signe distinctif de cet *habitus*. C'est elle, aussi, qui va spécifier un certain nombre de sujets du Prince et les désigner comme *minorité*. Par la suite, la

¹ E. Decaux, Vers un nouveau droit des minorités nationales ?, *GP*, 16-17 décembre 1994, p. 2-7.

² J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 7.

politique des *Congrès* qui traverse tout le XIX^e siècle n'aura de cesse d'inscrire les minorités religieuses sous le signe de la *liberté de conscience*.

I | LA DÉSIGNATION DES MINORITÉS RELIGIEUSES

79 LA MISE EN CAUSE DU PRINCIPE DE L'UNITÉ DE FOI DANS L'ÉTAT. – Les dissidences religieuses issues de la Réforme apparaissent alors que le phénomène étatique n'était pas encore complètement parvenu à supplanter la double tutelle du Pape et de l'Empereur. Elles auraient pu lui être fatales. Au lieu de cela, le principe de l'unité de foi dans l'État (*cujus regio, ejus religio*) lui permit de conforter une souveraineté encore fragile, mais que Bodin n'allait pas tarder à théoriser, en 1576, pour le plus grand profit du Prince. Ainsi broyées par l'exclusivité du droit régalien, les minorités religieuses devaient pourtant trouver dans l'ordre international un embryon de protection. De fait, l'internationalisation constitutive du phénomène minoritaire représente bien la première exception à l'application d'un principe qui allait dominer les relations internationales jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. Certes, il ne s'agit pas encore d'une véritable limitation à l'allégeance religieuse au souverain au nom d'un principe supérieur qui n'existe pas. En l'occurrence, l'exception ne fait que confirmer la règle. Mais ses effets sont cependant bien tangibles, qui iront s'élargissant et ne seront plus remis en cause. Deux procédés désignent, entre le XVI^e et le XIX^e siècle, les minorités religieuses dans le droit des gens : *l'intervention d'humanité* et les *traités de cession territoriale*.

[p. 160]

Au reste et s'agissant du premier procédé, il serait plus exact de parler *d'intervention de religion* pour désigner l'action d'un État au sein d'un autre en vue de la défense de ses coreligionnaires. Certes, Grotius et Puffendorf avaient déjà évoqué et défendu, au XVII^e siècle, l'intervention dans les affaires intérieures d'un État peu respectueux des droits *naturels* de ses propres sujets. Mais il faudra véritablement attendre le XIX^e siècle et les interventions des Puissances au sein de l'Empire ottoman en vue de la sauvegarde des minorités chrétiennes, pour y voir une légitimation de la limitation de la souveraineté de l'État au nom d'un principe transcendant, en l'occurrence celui de la liberté religieuse. Pour l'heure, les interventions de religion participaient sans retenue aucune d'un remodelage géopolitique européen après le séisme de la Réforme.

Ce sont, par contre, les règlements diplomatiques entérinant les nouvelles partitions territoriales, les *traités de cession*, qui désigneront explicitement les minorités religieuses comme telles, même s'ils se situent nettement en retrait quant à leur champ d'application par rapport aux interventions de religion. Ces dernières relèvent d'une préoccupation de nature personnelle, puisqu'elles tendent à la protection de tous les coreligionnaires de l'État intervenant : les traités de

cession s'inscrivent dans une logique exclusivement territoriale, puisqu'ils ne protègent que les habitants des territoires cédés. D'ailleurs, ils prennent uniquement la forme d'un *accord bilatéral*. Ils sont bien l'expression d'une *servitude territoriale*, au sens étroit du terme, même si, par ailleurs, celle-ci est directement à l'origine de l'internationalisation du phénomène minoritaire. Seule cette construction juridique était à même de préserver l'intégrité du principe de l'unité de foi dans l'État. Cela ne doit pas conduire pour autant à minimiser la portée d'une telle exception, compte tenu de l'emprise sociale et politique de la religion à cette époque : institution de droit public, cette dernière n'intéresse pas seulement l'exercice du culte, mais aussi l'enseignement et l'assistance, l'état et la capacité des personnes. En réalité, l'inclusion d'une servitude territoriale dans les traités de cession a pour effet de soustraire très largement les habitants des territoires considérés à la souveraineté royale. Elle confère une véritable existence juridique à ces minorités religieuses ignorées du souverain territorial au nom du principe de l'unité de foi dans l'État. Entre les sujets du Prince, soumis à l'exclusivité de sa législation, et les étrangers qui lui [p. 161] échappent, s'insère une nouvelle catégorie juridique, les minorités, dont les membres sont des sujets dotés d'un statut particulier.

80 SERVITUDES MINORITAIRES. – La première servitude territoriale de ce genre figure dans le traité d'Oliva du 3 mai 1660, mettant fin à la guerre entre le roi de Suède Charles X et le roi de Pologne Jean Casimir. Le traité maintenait la division de la Poméranie en deux territoires relevant de deux souverainetés différentes, suédoise à l'ouest, brandebourgeoise à l'est. Surtout, l'article 2, § 3, de ce document disposait : « Les cités de la Prusse royale qui, du fait de cette guerre, sont devenues la propriété de Sa Majesté royale et du Royaume de Suède, conserveront tous les droits, libertés et privilèges dont elles avaient la jouissance avant cette guerre, soit dans le domaine ecclésiastique, soit dans le domaine profane (l'exercice de la religion catholique et évangélique demeurant libre, comme il était avant la guerre dans les cités mentionnées ci-dessus). »¹ La région balte de la Livonie, cédée par la Pologne catholique, fait l'objet d'une clause analogue (art. 4, § 2). La portée de cette disposition est fort large et ne se limite pas au seul domaine religieux, même si les considérations religieuses en sont le prétexte. C'est justement cette volonté clairement affichée de saisir les habitants des territoires concernés dans la totalité de leur vie sociale qui autorise à employer à leur égard l'expression *minorité*, puisque c'est précisément dans sa vie sociale que celle-ci affirme sa différence par rapport au reste de la population de l'État. Sept traités de ce type suivront le traité d'Oliva jusqu'au Congrès de Vienne de 1815. Citons notamment les traités de Nimègue (1678) par lequel Louis XIV restituait Maastricht à la Hollande et dont l'article 2 énonçait des droits en faveur des catholiques de la ville, et de Ryswick (1697). Il convient d'ailleurs de

¹ Cit. in Jacques Fouques-Duparc, *La protection des minorités de race, de langue et de religion*, thèse Droit, Paris, Dalloz, 1922, p. 76, n. 1.

remarquer, dans ces deux hypothèses, que les populations concernées avaient été converties au catholicisme lors de l'occupation française. On trouve ensuite le traité de Breslau (1742) entérinant la cession de la Silésie par l'Autriche catholique à la Prusse luthérienne ; le traité de Varsovie (1773) opérant le premier partage de la Pologne : le traité de Frederikshamm (1790) par lequel la Russie s'appropriait la Finlande.

[p. 162] Ces traités s'efforçaient d'établir un *modus vivendi* entre États européens catholiques et protestants en s'efforçant de stabiliser leurs relations diplomatiques. Il convenait aussi, pour cela, de mettre tout en œuvre afin d'éviter de rallumer les guerres de religion dans les territoires conquis par les uns et les autres. Ce sont des préoccupations semblables qui conduiront à insérer des clauses de protection religieuse dans les traités conclus par les États de chrétienté avec l'Empire ottoman, dont celui signé par l'Autriche en 1615 fait figure de précurseur : « Ceux qui professent être le peuple de Jésus-Christ et qui obéissent au pape, de quelque dénomination que ce soit, ecclésiastiques, moines ou jésuites, auront le droit de construire les églises dans les États du sérénissime empire des Turcs où ils pourraient d'après leur usage, conformément au statut de leur ordre et d'après l'antique rite, lire l'évangile, se réunir en Assemblées et vaquer au service divin : ils seront traités avec bienveillance par le sérénissime empereur des Turcs et par ceux qui dépendent de lui. »¹ Exclusivement limitées au domaine culturel, ces dispositions figurent dans un certain nombre de traités ultérieurs : celui de Karlowitz (art. 7) conclu avec la Pologne en 1699, ainsi que les traités russo-turcs de Koutchouk-Kaïnardji (1774) et d'Andrinople (1829). À vrai dire, par leur objet limité, les traités impliquant l'Empire ottoman participaient davantage de la consécration internationale du principe de la liberté de conscience que de servitudes territoriales proprement dites.

II | L'INSCRIPTION DES MINORITÉS RELIGIEUSES SOUS LE SIGNE DE LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE : LA POLITIQUE DES CONGRÈS

81 DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE À LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE. – Un temps occulté par le principe de l'unité religieuse de l'État et la sanctification de la souveraineté du Prince, l'individualisme égalitaire et libéral secrété par la Réforme n'allait pas manquer de faire son entrée dans l'ordre politique, à l'instigation des théories jusnatura-[p. 183] listes du contrat social et politique. Ce moment privilégié où l'idée selon laquelle la religion réside tout entière dans la conscience individuelle de chacun, où la liberté religieuse se fait liberté de conscience, s'inscrit dans un texte fondateur : la *Déclaration des droits de*

¹ Cit. in Jacques Fouques-Duparc, *La protection des minorités de race, de langue et de religion*, op. cit., p. 79.

Virginie du 12 juin 1776 *déclare* en effet (art. 16) : « Que la religion ou le devoir que nous avons envers notre Créateur et la manière dont nous nous en acquittons, ne peut être commandée autrement que par la raison et la conviction, et non pas par la force ou par la violence : et de ce fait tous les hommes ont un droit égal au libre exercice de la religion, en accord avec ce que leur dicte leur conscience : et que c'est le devoir mutuel de tous de pratiquer la tolérance, l'amour et la charité chrétienne les uns envers les autres. »¹ Il appartiendra, comme l'on sait, aux Révolutions américaine et française de situer cette proclamation dans l'ordre de la liberté politique et d'en faire la matrice d'un nouveau contrat social entre gouvernants et gouvernés. Tel est particulièrement le projet de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui consacre de la sorte le triomphe de l'individu. Un fil conducteur relie ainsi la Réforme et la Révolution française : c'est lui qui transforme la liberté religieuse évoquée par le jusnaturalisme en la liberté de conscience du temps des droits de l'homme et de la souveraineté nationale.

Cette promotion de l'individu sous l'effet de la liberté de conscience trouvera dans la *nation* le cadre idoine de son épanouissement. Dans le même mouvement, elle fournira au pouvoir politique un nouveau support de légitimité. Désormais, la souveraineté monarchique de droit divin s'efface devant la souveraineté nationale. À l'aube du XIX^e siècle, la société politique s'incarne dans la nation, expression d'une collectivité unifiée et homogène d'individus tous égaux dans leur qualité de *citoyen*. En moins d'un siècle, cette nouvelle architecture politique expérimentée en France va connaître une diffusion planétaire et prétendre à un modèle inégalé d'organisation sociale sous la forme de l'État-nation. Le succès de ce dernier est prodigieux. Cela tient, d'une part, à ce que, depuis les Lumières, la nation est associée à l'idée de liberté et apparaît, comme telle, l'instrument de la lutte contre l'ordre dynastique. Au demeurant, cette association est elle-même [p. 164] même porteuse d'universalité, puisque la liberté est aussi le premier droit naturel de l'homme, ainsi que le rappellera la Déclaration de 1789. Mais cela tient aussi, d'autre part, à ce que le « Peuple français est l'ami et l'allié naturel des peuples libres », selon les propres termes de la Constitution de 1793 (art. 118). C'est donc à lui qu'il revenait *naturellement* de faire œuvre messianique en apportant la liberté et son message d'universalité aux peuples soumis : de fait, les guerres révolutionnaires et napoléoniennes allaient répandre cette idée que la liberté ne serait vraiment partout réalisée que si chaque nation se dotait d'un État. Expression de cette vocation messianique, le *principe des nationalités* apparaissait ainsi comme l'aspiration dynamique à l'État-nation.

82 LE CONCERT EUROPÉEN ET LE PRINCIPE DES NATIONALITÉS. – Les relations internationales devaient s'en trouver profondément ébranlées, même si la nouvelle cartographie européenne mettant un point final aux guerres

¹ Dominique Colas, *Textes constitutionnels français et étrangers*, Paris, Larousse, 1994, p. 174.

napoléoniennes semblait bien participer des arrangements territoriaux d'antan en rétablissant pour un demi-siècle le pouvoir dynastique. Celle-ci traduit pourtant un changement qualitatif considérable, dans la mesure où elle résulte d'une action concertée des grandes puissances et non plus du seul caprice d'un monarque. Cette action concertée des puissances qui s'exprimera, tout au long du XIX^e siècle, par la politique des Congrès et qui prendra la forme du *Concert européen*, est avant tout l'expression d'intérêts étatiques convergents, essentiellement soucieux de contrôler les inévitables évolutions de la société internationale pour mieux préserver l'essentiel : la stabilité des relations internationales après deux décennies de soubresauts révolutionnaires.

Mais le Concert européen justifiera aussi son institutionnalisation et son action par l'idée d'un véritable intérêt supérieur international, lequel s'incarnera à son tour dans la promotion de principes collectifs transcendant l'égoïsme étatique. Ces derniers ne sont pas seulement dictés par la conscience d'intérêts communs liés aux évolutions techniques, qu'il s'agisse des transports ou des communications. Ils figurent aussi l'émergence d'une communauté internationale cimentée par des principes universels supérieurs à la souveraineté étatique. Même si ce deuxième aspect ne concerne guère que le théâtre européen et n'exprime rien d'autre qu'une [p. 165] entente entre grandes puissances, le phénomène est nettement perceptible dès le Congrès de Vienne et trouve à s'appliquer précisément aux situations minoritaires.

C'est ainsi que le principe de la liberté de conscience acquiert pour la première fois droit de cité, au plan international, au Congrès de Vienne à l'occasion de l'accord du 21 juillet 1814 fixant la réunion de la Belgique aux Pays-Bas. Il apparaît, en effet, comme une garantie internationale s'imposant à la Constitution hollandaise : « Il ne sera rien innové aux articles de cette Constitution qui assurent à tous les cultes une protection et une faveur égales et garantissent l'admission de tous les citoyens quelle que soit leur croyance religieuse, aux emplois et offices publics. »¹ La protection d'une communauté par la liberté de conscience s'affirmera encore plus nettement dans le protocole du 29 mars 1815 concernant la population catholique de la Savoie rattachée à la République de Genève. Celle-ci apparaît alors sans conteste possible comme une *minorité religieuse* désignée comme telle.

Par la suite, la liberté de conscience sera l'un des principaux points figurant à l'ordre du jour du Congrès de Berlin de 1878. Imposé par les puissances européennes à la Russie, qui s'était assuré des avantages décisifs dans les Balkans en contraignant les Ottomans à souscrire aux Préliminaires de paix de San Stefano, le Congrès de Berlin devait se préoccuper une fois encore du sort des minorités chrétiennes de l'Empire ottoman, mais aussi de diverses minorités religieuses au sein d'États nouvellement indépendants ou autonomes par rapport à l'Empire ottoman. Dans le premier cas, l'article 62 du traité de Berlin entend faire

¹ Cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 82.

du principe supérieur et universel de la liberté religieuse un véritable instrument de limitation de la souveraineté interne de l'Empire ottoman : « Dans aucune partie de l'Empire ottoman, la religion ne pourra être opposée à personne comme un motif d'exclusion ou d'incapacité, en ce qui concerne l'usage des droits civils et politiques, l'admission aux emplois publics, fonctions et honneurs, ou l'exercice des différentes professions et industries. Tous seront admis, sans distinction de religion, à témoigner devant, les tribunaux. La liberté et la pratique extérieure de tous les cultes [p. 166] sont assurées à tous, et aucune entrave ne pourra être apportée, soit à l'organisation hiérarchique des différentes confessions, soit à leurs rapports avec leurs chefs spirituels. » ¹

Ces dispositions seront reproduites pratiquement à l'identique dans les traités avalisant l'émancipation des entités balkaniques par rapport à l'Empire ottoman. Ainsi sont-elles destinées à garantir les droits des musulmans de Bulgarie et du Monténégro, tout comme ceux des juifs de Serbie et de Roumanie. Un traité postérieur au Congrès de Berlin, la convention de Constantinople du 24 mai 1881, réitérera ces dispositions au profit des musulmans de Grèce.

Le Congrès de Berlin constitue bien l'expression la plus achevée de l'action concertée des grandes puissances dans la protection des minorités religieuses. Le fait le plus remarquable est que cette protection s'exerçât, d'une part, sur un espace relativement étendu, les Balkans et l'Empire ottoman, mais aussi d'autre part, qu'elle empruntât les mêmes dispositions à l'usage de toutes les minorités religieuses concernées, chrétiennes, musulmanes et juives. À cela il convient d'ajouter que les États nouvellement créés se voient impartir au seuil même de leur existence, voire comme condition même de cette dernière, un devoir de protection minoritaire, lequel leur apparaît bien comme une obligation proprement constitutive. Il serait pour le moins exagéré d'en déduire l'existence à cette époque, ne serait-ce qu'à titre embryonnaire, d'un droit international des minorités. Toujours est-il que le Congrès de Berlin aura suscité des préoccupations qui, par leur degré de généralité, ne quitteront plus le domaine international et que l'on retrouve aujourd'hui, précisément là où elles sont apparues, au cœur même de l'espace balkanique.

Cette dernière constatation se trouve renforcée par le fait que les minorités concernées commencent aussi à être appréhendées à travers le prisme national. De ce point de vue, le Congrès de Berlin marque aussi une transition quant à la dimension du problème minoritaire en droit international : les minorités religieuses sont en passe de devenir des *minorités nationales*.

¹ Cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 93.

[p. 167]

Section II

Le temps des nationalités

[Retour au sommaire](#)

83 UN NOUVEAU PRINCIPE DE LÉGITIMITÉ POLITIQUE. – La substitution de la légitimité nationale à la légitimité monarchique de droit divin, opérée par la Révolution française, et la promotion afférente du modèle politique de l'État-nation ne mettaient pas seulement en cause la question du fondement du pouvoir dans l'État. C'est l'ensemble du système interétatique européen qui se trouvait affecté, dans la mesure où son apparente stabilité reposait sur la pérennité monarchique. Y porter atteinte, c'était, par conséquent, prendre le risque de mettre à bas un édifice international dont l'équilibre avait été patiemment tissé pour l'essentiel par un subtil dosage d'alliances matrimoniales et dynastiques.

Ce risque fut aussitôt écarté par le recours *au principe des nationalités*, dont la savante alchimie permit tout à la fois d'assurer la promotion externe de l'État national tout en garantissant les situations acquises, au premier chef, celle de l'irréductibilité de la souveraineté étatique. Par ailleurs, en consacrant ainsi l'aspiration d'un groupe social à se constituer en un État spécifique, en révélant en acte une nation à elle-même, le principe des nationalités devait assurer la plus haute réalisation de l'idéal national et doter chaque nation d'un État qui lui fût propre. C'est pourtant ce même principe qui produira, de la manière la plus paradoxale qui soit, le phénomène des *minorités nationales*.

I | LE PRINCIPE DES NATIONALITÉS

ET LE NOUVEL ORDRE INTERNATIONAL

84 UN JANUS. – Systématisation de cette tendance de la nation à se doter d'un État qui lui appartienne véritablement, le principe des nationalités apparaît bien comme la justification politique et idéologique de l'État national. De la sorte, il représente le point de [p. 168] passage obligé à l'État-nation qu'il institue par là même contre l'État dynastique. C'est bien en ce sens qu'il va gouverner, dans un premier temps, les relations entre les États européens, pendant tout le XIX^e siècle, avant de triompher définitivement en 1918 par la ruine des empires multinationaux, dont, à vrai dire, il représentait l'exacte antithèse.

Avec lui, c'est aussi le rationalisme et le formalisme de la Révolution française qui l'emporte. Plus précisément, cette idée selon laquelle la terre entière devait se soumettre à ce principe politique de division territoriale, en vertu duquel il doit exister autant d'États qu'il existe de nations. Ou encore que les frontières de

chaque État doivent nécessairement, c'est-à-dire rationnellement, correspondre aux frontières d'une seule et unique nation. Grâce à quoi le principe des nationalités pouvait prétendre à l'universalité et s'affirmer ainsi comme principe fondateur des relations interétatiques : le droit international moderne était né.

Mais il faut bien voir que, ce faisant, il ne touche nullement au système plus ou moins ordonné des relations interétatiques déjà en place en cette fin du XVIII^e siècle. C'est bien en ce sens que le principe des nationalités se fait conservateur des situations acquises. Certes consubstantiellement lié à l'idéologie de la souveraineté nationale, il favorise en ce sens l'identification de la nation à l'État en fournissant à ce dernier un nouveau support de légitimité. Mais il conserve l'État, dont il confortera le monopole international, en tant que principe d'organisation de la société politique. Le principe des nationalités apparaît *ab initio* comme un Janus : « Il est révolutionnaire en tant qu'il s'oppose à l'ordre établi par les États monarchiques sur la base de la conquête ou de l'hérédité. Il est conservateur dès lors qu'en légitimant l'État national, il légitime également l'État souverain traditionnel. » ¹

Sa force révolutionnaire, il la puise dans le combat idéologique des Lumières pour une nouvelle légitimité. Cette nouvelle légitimité s'exprime dans l'équation *nation égale liberté*. Dès lors, le rôle du principe des nationalités sera de faire de l'État national la plus haute réalisation de cet idéal de liberté en lui conférant une dimension proprement métaphysique : chaque peuple, chaque nation n'accédera vraiment à la liberté politique qu'en se dotant d'un État qui lui appartienne en propre par la grâce de la souveraineté nationale. Cette vertu révolutionnaire du droit imprescriptible à l'existence nationale sera consacrée avec éclat par la Déclaration d'Indépendance des États-Unis d'Amérique du 4 juillet 1776 : non seulement pour la première fois un texte écrit proclame-t-il solennellement le principe ; mais encore fait-il de celui-ci l'acte de légitimation d'un nouvel État : « Lorsque dans le cours des événements humains, il devient nécessaire pour un peuple de dissoudre les liens politiques qui l'ont attaché à un autre et de prendre, parmi les puissances de la terre, la place séparée et égale à laquelle les lois de la nature et du Dieu de la nature lui donnent droit, le respect dû à l'opinion de l'humanité l'oblige à déclarer les causes qui le déterminent à la séparation... » Parmi ces causes figure l'atteinte portée par un gouvernement à la liberté individuelle, sur laquelle se fonde toute société politique. Dans ce cas, poursuit la Déclaration, « Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir et d'établir un nouveau gouvernement... » ².

¹ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1992, p. 60.

² Texte in D. Colas, *op. cit.*, p. 175.

85 L'IDÉOLOGIE DE L'ÉTAT NATIONAL. – Mais c'est à la Révolution française de 1789 qu'il appartiendra de conférer une dimension universelle et idéologique au principe des nationalités, ainsi transformé en instrument de lutte contre toute forme de gouvernement despotique. Il est, d'ailleurs, particulièrement significatif que, deux mois après la proclamation de la République française une et indivisible (décret des 21-22 septembre 1792) un décret de la Convention du 19 novembre 1792 décide, au nom de la France, d'« accorder fraternité et secours à tous les peuples qui voudront recouvrer leur liberté ». Le principe des nationalités était ainsi convoqué en vue d'exporter l'idéologie de la souveraineté nationale et, par la même occasion, la République une et indivisible, c'est-à-dire l'État national. Ce dernier était de la sorte appelé à supplanter l'ordre dynastique européen, tout en préservant le système interétatique des relations [p. 170] internationales basé sur la souveraineté exclusive de l'État, progressivement mis en place dès la fin du Moyen Âge européen. C'est bien là qu'il se fait alors conservateur.

Au demeurant, c'est aussi dans ce double constat que réside l'ambiguïté fondamentale qui entache le principe des nationalités et qui explique le refus contemporain du droit international d'admettre, nonobstant le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, un droit de sécession au profit d'un peuple intégré dans un État établi. La problématique des minorités nationales, telle qu'elle n'apparaîtra que très progressivement tout au long du XIX^e siècle, se trouve inscrite dans cette ambiguïté initiale.

Certes, le principe des nationalités aura finalement raison, en 1918, des empires multinationaux européens, à l'exception notoire de la Russie qui, devenue bolchevique, saura s'en servir pour perpétuer sa domination impériale. Mais cela tient essentiellement à sa vertu révolutionnaire intrinsèque, à laquelle les formes politiques impériales anachroniques ne purent résister, faute de se renouveler elles-mêmes. Cette vertu révolutionnaire allait aussi s'exercer à l'encontre des empires coloniaux : à cet égard, l'indépendance des colonies espagnoles d'Amérique latine, dès le début du XIX^e siècle, est le signe annonciateur d'un vaste mouvement qui se donnera libre cours après 1945. Par contre et une fois apparus les États nationaux allemand et italien, le principe des nationalités se heurtera à la force de conservation des États établis, qu'il avait, au reste, largement contribués à asseoir. Le bilan mitigé des révolutions européennes de 1848, à l'issue desquelles les empires multinationaux se donneront un ultime sursis, l'aura démontré avec éclat.

Dès ce moment-là, en effet, les puissances européennes commencent à se préoccuper des droits nationaux des peuples délaissés par le principe des nationalités. Tant que le principe des nationalités n'avait pas subi l'épreuve des faits, il pouvait représenter une panacée au titre de la force émancipatrice de l'État national. La question même des minorités nationales était impensable, puisqu'une application radicale du principe des nationalités devait lui enlever toute raison d'être. La cause était entendue avant d'avoir été plaidée : le droit international ne pouvait connaître d'une quelconque problématique minoritaire, celle-ci étant ontologiquement et juridiquement vouée à ne jamais être. D'ailleurs et en fin de

compte, s'il convient de se préoccu-[p. 171] per des droits nationaux de communautés oubliées par le principe des nationalités, c'est uniquement de manière ponctuelle, en fonction de circonstances très localisées. C'est parce que, pour l'heure, le principe des nationalités ne peut être qu'incomplètement appliqué dans ces situations circonscrites.

C'est ainsi de manière à la fois subreptice et, espère-t-on, provisoire, que ce que l'on ne nomme pas encore les *minorités nationales* font leur entrée sur la scène internationale.

II | LA RECHERCHE D'UN STATUT INTERNATIONAL POUR LES NATIONALITÉS NON ÉMANCIPÉES

86 DES MINORITÉS RELIGIEUSES AUX MINORITÉS NATIONALES. – C'est au sein des Congrès du XIX^e siècle qu'apparaissent les premières garanties internationales de droits nationaux au profit de peuples intégrés dans des États existants, mais aussi partagés entre plusieurs États. L'évocation de ces garanties est d'ailleurs concomitante à la protection des minorités religieuses par la liberté de conscience, déjà étudiée. Cette simultanéité ne fait que traduire le caractère expérimental et transitoire de la politique des Congrès. Après celui de Berlin, en effet, les minorités religieuses vont progressivement se confondre avec les minorités nationales. En toute logique, l'évolution en ce sens sera parachevée en 1918, au moment où le principe des nationalités l'emportera définitivement.

Au reste, l'idée d'une protection internationale d'un peuple sans État apparaît précocement, si l'on veut bien considérer comme telle la sollicitude dont fit preuve la nation polonaise partagée entre l'Autriche, la Prusse et la Russie, lors du Congrès de Vienne. L'article liminaire de l'Acte final du 9 juin 1815 dispose en effet : « ... Les Polonais, sujets respectifs des Hautes Parties contractantes obtiendront des institutions qui assurent la conservation de leur nationalité, d'après les formes d'existence politique que chacun des gouvernements, auxquels ils appartiennent, jugera convenable de leur accorder. »¹ Il s'agit là de l'énoncé, étonnamment moderne compte tenu du [p. 172] contexte dans lequel il s'inscrit, d'une protection constitutive d'une minorité nationale même si, à tout prendre, les Polonais n'eussent pas manqué d'opter en faveur de l'État national, pour peu que l'on prît la peine de leur demander leur avis. Ce n'est donc pas dans ce sens qu'il convient de lire l'article premier de l'Acte final du Congrès de Vienne, sauf par anachronisme, mais plutôt dans celui de la reconnaissance politique de l'arbitraire des trois États qui s'étaient partagé la nation polonaise. C'est néanmoins la première lecture qui s'imposera par la suite comme le principe d'une protection minoritaire, par défaut, en quelque sorte, d'application du principe des nationalités. Ainsi devenait-il possible de découpler le droit à une existence

¹ Cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 118.

nationale propre et le droit à une existence politique indépendante. Rapportée aux préoccupations politiques et aux effets du principe des nationalités, cette idée était proprement réactionnaire. L'on verra que, dans un tout autre contexte, elle peut produire un effet bien différent. En tout état de cause exprimait-elle parfaitement la contradiction à laquelle devait mener la consécration du principe des nationalités. Cette contradiction allait éclater à l'occasion du Congrès de Berlin.

Confronté aux réalités de la géopolitique, le principe des nationalités révélait tout à la fois ses propres limites et les dangers dont il était porteur à l'égard des peuples qu'il prétendait pourtant émanciper. De cette *capitis deminutio* allait émerger le phénomène des minorités nationales. On sait que le Congrès de Berlin fut convoqué à l'instigation des grandes puissances afin de mettre un terme aux ambitions russes dans les Balkans. Ayant vaincu les armées ottomanes au cours de l'hiver 1877-1878, les Russes avaient imposé au Sultan le traité de paix de San Stefano, le 3 mars 1878, à l'issue duquel était créée une grande Bulgarie au lieu et place de la façade européenne de l'Empire ottoman. Les Balkans troquaient ainsi un Empire pour un autre, le tsar succédant au sultan. Le Congrès de Berlin n'avait d'autre objectif que de ramener les prétentions russes à une dimension plus raisonnable en annihilant le découpage territorial de San Stefano. Il fallait toutefois une bonne raison pour parvenir à ce résultat. Les puissances crurent la trouver en invoquant le principe des nationalités à l'appui de leurs propres intérêts politiques. Naturellement, cet usage politique du principe des nationalités, que l'on retrouvera depuis périodiquement dans la diplomatie [p. 173] internationale, en 1918, à Versailles et, devenu le *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, en 1990-1992 dans l'espace yougoslave, avait peu à voir avec la version romantique et radicale promue par la Révolution française. C'est d'un usage modulé dont il s'agissait en l'occurrence. Sinon il aurait bien fallu consentir au démembrement de l'Empire ottoman dans sa totalité, et pas seulement dans sa partie européenne et, par là même, supprimer la raison d'être du Congrès de Berlin en donnant finalement raison aux Russes. C'est pourquoi le traité de Berlin d'août 1878 réitère l'intuition du Congrès de Vienne de 1815 à destination des Polonais : faute d'appliquer le principe des nationalités dans toute son amplitude, une dissociation est opérée entre le droit à l'existence nationale et le droit à l'existence étatique. C'est précisément dans cette dissociation que réside toute la problématique minoritaire. De ce point de vue, l'on peut affirmer sans conteste que le Congrès de Berlin marque bien l'acte de naissance international des minorités nationales.

Certes, bien des ambiguïtés subsistent, que l'on retrouve telles quelles aujourd'hui et qui ont au moins le mérite de mettre l'accent sur le fait que la méthode employée à Berlin était mauvaise, porteuse des conflits futurs. En premier lieu, c'est bien par défaut d'application du principe des nationalités que les puissances se résignent à concevoir un statut protecteur des populations concernées. Là se situe très probablement la méfiance instinctive des États envers le phénomène minoritaire, dont l'existence sera toujours considérée comme un pis-aller, non comme une fin en soi. Il ne s'agit donc pas de remettre en question l'utilisation du principe des nationalités, que l'on verra réitérée en 1918, avec

d'ailleurs les mêmes erreurs. En second lieu, la diplomatie de Berlin considère bien plus les *nationalités*, c'est-à-dire les nations ayant vocation à se doter d'un État, mais qui en sont présentement dépourvues, que les *minorités nationales* en tant que telles, même si ces dernières sont malgré tout présentes.

Ainsi se préoccupa-t-il de fixer le statut de la province ottomane de la Roumélie orientale (art. 18 du traité de Berlin) qui avait été rattachée à la Bulgarie lors du traité de San Stefano, et qui se trouva dotée d'une relative autonomie. La Crète bénéficia sensiblement du même statut spécial (art. 23) tout comme l'Arménie (art. 61) dont les Russes s'était emparés pour sa plus grande part en 1878 et qui est [p. 174] ainsi restituée à l'Empire ottoman. L'on voit bien qu'il s'agit là, soit de nations partagées (Roumélie orientale et Crète) ou encore de nationalités proprement dites, c'est-à-dire de nations ayant vocation à accéder à l'existence étatique, comme les Arméniens, encore que ces deux types de situation ne soient pas incompatibles avec une problématique d'ordre minoritaire.

Par contre, l'article 4 du traité de Berlin institue explicitement, en droit international, une situation minoritaire. C'est la première fois qu'une convention multilatérale désigne une minorité nationale. Il s'agit en l'occurrence d'une situation impliquant les populations de Bulgarie qui ne sont pas d'origine nationale bulgare : « Dans les localités où les Bulgares sont mêlés à des populations turques, roumaines, grecques ou autres, il sera tenu compte des droits et des intérêts de ces populations, en ce qui concerne les élections et l'élaboration du règlement organique. »¹ Même si cette disposition manque naturellement de précision, elle n'en traduit pas moins une préoccupation nouvelle, qui apparaît aussi comme un constat d'échec. Celui-ci tient aux difficultés d'application du principe des nationalités : non seulement il n'est pas de bonne politique d'en faire le seul et unique prétexte d'une division territoriale des États, mais il apparaît de surcroît qu'il ne peut résoudre de manière équitable le problème posé par les nationalités imbriquées. Là où, en effet, la distribution territoriale des États mêle plusieurs groupes nationaux, où un groupe national majoritaire doit cohabiter avec un ou plusieurs autres groupes nationaux, le principe des nationalités est à la fois inapplicable et dangereux. Il est donc aussi du ressort d'un Congrès international d'obvier à cette situation objective. C'est pourquoi l'esquisse d'une protection minoritaire que constitue l'article 4 du traité de Berlin apparaît d'emblée comme destinée à compenser les effets potentiellement dangereux qu'une application rigoureuse du principe des nationalités ne manquerait pas d'induire. Cette conception originelle d'une protection internationale des minorités nationales sera généralisée par le traité de Versailles qui va alors tenter l'expérience globale et cohérente d'un *droit international des minorités*.

¹ Cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 120.

[p. 175]

Section III

La Société des Nations et la protection internationale des minorités

[Retour au sommaire](#)

87 AMBITIONS ET FRUSTRATIONS TERRITORIALES. – Les solutions dégagées à l'occasion du Congrès de Berlin s'avéreront très rapidement dépassées. Mais les États européens se garderont bien de remettre en question la logique qui l'anima et n'auront de cesse de la mener à son terme, chacun pour son propre compte. On sait que cette implacable logique de remodelage territorial sous l'égide du principe des nationalités mènera tout droit à la catastrophe de 1914.

De fait, le principe des nationalités est à l'origine de deux attitudes difficilement compatibles entre elles : en premier lieu, un sentiment de frustration territoriale né d'un découpage défavorable, que les communautés nationales concernées n'auront de cesse d'assouvir à la première occasion, en revendiquant à leur profit une application pleine et entière du principe des nationalités. Les guerres dites balkaniques de 1912-1913 ne sont rien d'autre que l'expression de cette frustration territoriale destinée à remettre en cause les acquis du Congrès de Berlin. La Bulgarie en fut à l'origine, parvenant ainsi à conquérir un espace territorial supérieur à celui qui lui avait été consenti à San Stefano, avant que les vainqueurs de la Turquie ne se déchirent entre eux, Bulgares contre Serbes, Roumains, Monténégrins et, accessoirement, Turcs. À l'issue du conflit, c'est la Serbie, augmentée de la Macédoine, qui émerge comme puissance régionale, au point d'inquiéter l'Empire des Habsbourg, lequel avait pris pied en Bosnie-Herzégovine lors du Congrès de Berlin. Le prétexte de la Grande Guerre est alors en place. La seconde attitude procède justement d'une prise de conscience des vicissitudes du principe des nationalités et de l'impossibilité d'en faire le support exclusif des relations internationales : il n'est pas possible de donner à chaque nationalité un État qui lui soit propre. Cette attitude cherche en conséquence dans les ressources du droit public le moyen de satisfaire les aspirations nationales sans nécessairement l'inscrire dans la logique univoque du principe des nationalités.

[p. 176]

C'est la raison pour laquelle le système de protection des minorités mis en place en même temps que la Société des Nations, en 1919-1920, n'apparaît pas seulement comme la résultante d'un règlement diplomatique global conçu par les vainqueurs de la Première Guerre mondiale. Il exprime aussi une préoccupation intellectuelle et politique mûrie entre 1878 et 1918, laquelle tend finalement à

attester que le système de protection minoritaire né avec la Paix de Versailles était bien dans l'air du temps, et non pas seulement le résultat fortuit d'une nécessité diplomatique.

I | LES SOURCES IDÉOLOGIQUES DE LA PROTECTION INTERNATIONALE DES MINORITÉS

Dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye de 1923, André Mandelstam s'était efforcé de recenser « l'influence, sur la protection des minorités, des facteurs sociaux »¹, en retenant principalement trois : le socialisme, le pacifisme et l'action juive.

88 LA PENSÉE SOCIALISTE. – En fait, il s'agit plus particulièrement de ce courant de pensée socialiste connu sous le nom d'austro-marxisme, et qui devait être incarné par les deux principaux leaders du Parti social-démocrate autrichien, Otto Bauer (1881-1938) et Karl Renner (1870-1950). Ce terme tend à mettre l'accent sur la singularité d'une approche de la *question nationale* qui, à l'aube de la Première Guerre mondiale, se focalisait sur l'empire d'Autriche-Hongrie, État multinational par excellence fortement menacé, depuis 1848, par le principe des nationalités.

L'Autriche possédait d'ailleurs, à ce titre, une législation unique en son genre et apparemment favorable aux « groupes ethniques » (*Volkstämme*). Ainsi la Constitution du 21 décembre 1867 disposait-elle, à l'égard des seules nationalités d'Autriche (la Hongrie possédait sa propre Constitution dans le cadre de la Monarchie dualiste mise en place en 1867) : « Tous les peuples de l'État sont égaux en droits. Chaque peuple a un droit inviolable à la conservation et à l'entretien [p. 177] de sa nationalité et de sa langue » (art. 19). Mais cette disposition ne fut guère appliquée dans les faits, le gouvernement impérial n'ayant jamais vraiment renoncé à mener une politique autoritaire de germanisation. De plus et paradoxalement, elle attisa les tensions entre nationalités en les faisant se dresser les unes contre les autres, l'exemple le plus caricatural à cet égard étant fourni par le conflit récurrent entre Tchèques et Allemands.

Dans un tel contexte, l'ambition du Parti social-démocrate autrichien, telle qu'elle s'était exprimée lors du Congrès de Brünn de 1899, était d'une tout autre ampleur. Porté par le mouvement pour la démocratie et le suffrage universel, celui-ci se proposait de transformer l'Autriche en un *État fédératif de nationalités* fondé sur l'autonomie en droit de chaque nationalité sur son propre territoire. Il s'agissait d'opposer une alternative crédible, motivée par une rénovation en profondeur d'une Autriche-Hongrie préalablement démocratisée, à la force

¹ André Mandelstam, La Protection des minorités, *RCADI*, 1923, 1, p. 363-519.

émancipatrice du principe des nationalités. Précisément, cette alternative reposait sur une remise en cause du principe des nationalités comme fondement des relations interétatiques, de l'ordre international. C'est en ce sens que Otto Bauer pouvait écrire : « Si nous avons d'abord appris à connaître le principe de nationalité comme *maxime de constitution des États*, nous l'abordons maintenant en tant que *règle de la constitution de l'État* » : à partir de là, « la comparaison de ces deux modes d'action du principe de nationalité est très riche d'enseignement. Le principe de nationalité comme principe constitutif des États remet tous les instruments de pouvoir de l'État aux mains de la nation. Mais en tant que règle de la constitution de l'État, il les lui refuse »¹. Le principe des nationalités se trouvait ainsi convoqué comme principe d'organisation interne de l'État multinational, et rejeté le principe des nationalités dans sa forme absolue de principe de constitution des États, qui menait tout droit au nationalisme et la guerre de conquête territoriale.

C'est à Karl Renner qu'il devait appartenir de formuler la théorie constitutionnelle de l'État multinational à destination de la nouvelle Autriche-Hongrie démocratique. La grande originalité de cette théorie était qu'elle reposait sur le système de l'autonomie personnelle, [p. 178] dont l'objectif était de préserver les droits de la nationalité minoritaire dans son rapport à la nation majoritaire, tout en organisant et en pacifiant les relations entre les diverses nationalités imbriquées sur un même territoire, comme pouvaient l'être par exemple les Allemands et les Tchèques en Bohême. Pour cela, il fallait faire de ce lien qui rattache l'individu à la nation, la nationalité, un lien de nature juridique et non plus seulement social ou culturel, il fallait en faire la qualité juridique essentielle du statut de l'individu. Celle-ci devait être établie par une déclaration de chacun constatée sur un registre de nationalité, lui-même au principe de la constitution de la nation tout entière ainsi identifiée, indépendamment du lieu de résidence, en une personne morale de droit public et privé. À cette dernière seraient donc imputées des actions et des obligations, comme à toute personne juridique. Le projet central de Karl Renner était donc de faire de la nation une institution juridique constituée selon le principe de personnalité. À partir de là, il concevait l'État comme un État composé de nations, un État *surnational* (*übernational*) formé de nations juridiques apparentées et autonomes. L'État multinational souhaité par Karl Renner était une *Société des Nations* (*Völkerbund*). Mais c'est d'abord au niveau communal que le système présentait le plus d'originalité, chaque commune mixte étant divisée en communes nationales distinctes pour les affaires propres à chaque nationalité (principalement l'enseignement) mais s'unissant pour évoquer les affaires se rapportant à l'ensemble des habitants de la commune.

Cette conception de l'autonomie nationale personnelle, bien que laminée par la force intrinsèque du principe des nationalités avant la guerre, n'en aura pas moins

¹ Otto Bauer, *La question des nationalités et la social-démocratie*, trad. franç. Paris-Montréal, EDI-Arcantère et Guérin Littérature, 1987, respectivement p. 453 et 454.

une influence considérable dans les instances internationales après 1918. Ce succès, qui ne se concrétisera pourtant pas, sera dû aux aberrations des découpages territoriaux européens qui, officiellement réalisés au nom du principe des nationalités, multiplièrent les minorités nationales en dressant des frontières d'État entre les membres d'une même nation. Ceux-ci n'eurent d'autre ressource que de se tourner vers le système de l'autonomie personnelle pour tenter de sauvegarder leur culture nationale singulière. Ce fut tout particulièrement le cas de la Hongrie, démembrée par le traité de Trianon. C'est la raison pour laquelle, le 20 février 1920, la délégation hongroise soumettait à la Conférence de la Paix un projet de traité de minorités basé sur l'autonomie person- [p. 179] nelle et concernant les Serbes, Croates et Slovènes, ainsi que les Roumains, les Tchécoslovaques et les Autrichiens. Ceux-ci devaient s'organiser collectivement en minorités nationales culturelles. Les églises devenaient également des institutions autonomes. Cette initiative demeura sans lendemain.

89 LE PACIFISME. – Au plus fort de la Grande Guerre, le courant pacifiste s'était montré particulièrement actif quant à la défense des droits des nationalités. C'est ainsi que furent réunies deux *Conférences des Nationalités*, la première à Paris, en juin 1915, la seconde à Lausanne, en 1916. Même si celles-ci furent surtout consacrées à la situation des groupes nationaux dans la Russie tsariste, elles produisirent aussi un texte fort intéressant, à la fois par son ambition et son contenu.

Il s'agit d'un *Projet de Déclaration des droits des nationalités* qui, par son propre intitulé, se voulait le corollaire de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Ce document s'efforçait également de spécifier les droits des nationalités par rapport à son illustre devancière : « Les droits inhérents aux nationalités comportent des modalités et des degrés, à savoir : les droits dérivant de sa propre nationalité à garantir à tout homme, quel qu'il soit et en quelque lieu qu'il se trouve (droits universels, droits de l'homme) ; le droit à l'autonomie, à garantir aux nationalités ou groupes différents composant un même État (administration autonome régionale ou locale, *self-government*, autonomie municipale, scolaire, religieuse) ; puis l'indépendance et la souveraineté nationale à garantir aux nationalités homogènes érigées en États distincts ou aux nationalités différentes, librement associées à d'autres, pour former des États fédératifs ou unitaires. » ¹

Deux idées forces se dégagent de cette esquisse, pourtant inégalée à ce jour : la première est que les droits des nationalités participent des droits de l'homme au sens de la Déclaration de 1789 et de leur vocation à l'universalité. Il n'y a donc pas antinomie entre les uns et les autres. Les deux types de droit relèvent en dernier ressort de ce que les auteurs de l'époque appelaient un « droit *humain* », un *jus*

¹ Cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 143-144.

gen-[p. 180] *tium* précisément, entendu comme une limitation de la souveraineté des États au nom d'un « *droit supérieur de l'Humanité* » ¹.

Au reste, cette dernière idée était au cœur de l'idéalisme du président américain Wilson, en vertu de laquelle il se proposait de garantir les droits des nationalités contre toute emprise de la part des États eux-mêmes. Même si la pensée de Wilson a subi d'importantes variations entre 1917 et 1919, qui ne la rendent pas toujours parfaitement intelligible, celui-ci s'était néanmoins efforcé de définir les droits de chaque nationalité, par exemple dans son discours du 22 janvier 1917 : « Une sauvegarde inviolable de l'existence, du culte et du développement social et industriel devrait être garantie à tous les peuples qui ont vécu jusqu'ici sous la domination de Gouvernements attachés à une foi et à des buts politiques en opposition avec les leurs propres. » ² C'est de manière hâtive que l'on aura pu assimiler cette définition au principe des nationalités exclusivement. Loin de se réduire à la reconnaissance du droit de chaque nation à l'indépendance, la pensée de Wilson englobait des situations aussi diverses que celle des minorités nationales, auxquelles il entendait conférer un droit imprescriptible à l'autonomie nationale, un droit à ne pas devenir un État, que les situations coloniales, auxquelles Wilson, au nom même de la mythologie fondatrice des États-Unis d'Amérique, entendait mettre fin. Ce dernier objectif, qui ne pouvait évidemment que heurter la France et l'Angleterre, débouchera sur un compromis avec l'instauration du système des Mandats dans le cadre de la SDN ³.

Cette conception large et multiforme du droit des nationalités selon Wilson procède de surcroît de la deuxième idée évoquée par le [p. 181] *Projet de Déclaration des droits des nationalités* : le droit des nationalités à disposer d'elles-mêmes n'est pas uniquement réductible à la formation d'un État-nation indépendant. Il peut aussi s'entendre, selon les cas, des diverses modalités du droit à l'autonomie nationale, ou bien encore s'identifier à l'État multinational de forme

¹ Cf. par exemple A. Mandelstam, *La protection des minorités*, cit., p. 368 et 398.

² Cit. in A. Mandelstam, cours cit., p. 398-399.

³ L'idée directrice, formulée par l'article 22 du Pacte de la SDN, est que les populations qui vivent sur des territoires sous mandat deviennent des sujets de droit, c'est-à-dire des peuples. Cette proposition doit toutefois être nuancée en fonction de trois catégories, classées par ordre croissant de compétences du mandataire et d'éloignement progressif des perspectives d'indépendance du territoire sous mandat : elle ne se révèle exacte que pour les mandats A, comprenant les territoires du Proche-Orient et, à la limite, B (la plupart des colonies allemandes d'Afrique). Les territoires sous mandat C devaient être administrés comme faisant partie intégrante de la puissance administrante (Sud-Ouest africain et îles du Pacifique). L'idée était de confier le mandat à une puissance particulièrement qualifiée par son niveau de « civilisation ». Ce furent les États d'Europe victorieux (Angleterre, France, Belgique). À l'époque, on ne parle donc que de la disparition des colonies des puissances vaincues. Le régime des mandats est donc bien une solution de compromis entre deux points de vue opposés. À cela il faut ajouter le cas de la Déclaration Balfour créant un foyer national juif en Palestine, qui relevait elle-même d'un mandat A, en tant que territoire issu de l'ancien Empire ottoman.

fédérale ou unitaire. En fin de compte et comme le constatait André Mandelstam, « la doctrine wilsonnienne définitive oppose au droit des nations celui de l'État qui les encadre, et délimite ces deux droits par le but commun de l'humanité » ¹.

Ces considérations étaient donc appelées à renouveler en profondeur les fondements de la société internationale après la guerre. L'État ne devait plus en être l'acteur exclusif, il lui faudrait cohabiter avec un autre sujet de droit, la nationalité (on ne disait pas encore le peuple) dans ses diverses manifestations, et ceci au nom d'un principe humain transcendant la souveraineté étatique. Ces ultimes espoirs restèrent du domaine de l'idéalisme : en se gardant bien, contrairement au souhait de Wilson, de faire une quelconque allusion au droit des nationalités, le Pacte de la SDN devait ainsi préserver le monopole international dont les États avaient toujours disposé. C'est pourquoi le statut des minorités apparut d'emblée comme l'expression d'une tolérance étatique, et non pas celle d'un droit humain supérieur.

90 L'ACTION JUIVE. – Minorité transnationale par excellence, évaluée à près de 10 millions de personnes sur l'ensemble du continent européen avant l'avènement du nazisme, dont au moins 8 millions pour la seule Europe centrale, les Juifs étaient à vrai dire les premiers intéressés à l'idée de la constitution d'un droit international des minorités nationales. À celle-ci ils contribuèrent d'ailleurs largement.

Il semble bien, au demeurant, que les théories de Karl Renner, notamment le principe de la commune mixte, aient été directement inspirées de l'expérience historique juive en la matière. La commune mixte fonctionnait en effet en Pologne, où la commune juive, le *Kahal*, s'organisait à côté de la commune chrétienne. Même si son autonomie était plutôt réduite, la *commune culturelle* juive subsistait [p. 182] dans la Pologne mutilée d'avant la Première Guerre, celle sous domination russe ainsi qu'en Galicie autrichienne. Celle-ci était également attestée en Bukovine et en Moravie.

Dès le début du XX^e siècle, les revendications d'autonomie nationale juive s'étaient exprimées sous une double forme : territoriale, avec les thèses défendues par Theodor Herzl, le mouvement sioniste empruntant alors la voie de l'émigration vers la Palestine ; mais aussi personnelle. Cette dernière tendance, que le juriste autrichien Karl Renner venait tout juste de théoriser, avait la faveur des minorités juives d'Europe centrale, dans la mesure où elle correspondait aussi à une tradition ancienne. Il est vrai que la pensée socialiste devait lui conférer une particulière vigueur.

La Russie, en proie à une agitation révolutionnaire et nationalitaire endémique, devint le théâtre privilégié de cette rencontre. Pendant la révolution de 1905, fut fondée, à l'instigation de Ber-Borochov, la *Poale Sion*, ou Parti

¹ A. Mandelstam, cours cit., p. 399.

socialiste sioniste. Le but principal était de généraliser le système de l'autonomie personnelle à l'ensemble du prolétariat juif de l'Europe centrale et orientale. Aux revendications communes à tous les prolétaires, comme la socialisation des moyens de production, devaient ainsi venir s'ajouter celles spécifiques aux minorités juives, comme l'autonomie nationale. Le but était de rassembler les militants jusque-là membres des autres partis socialistes, afin de donner aux Juifs une représentation propre au sein de l'Internationale. L'autre Parti socialiste juif, le *Bund*, développait une idée analogue. Mais la *Poale Sion* allait encore plus loin dans la dissociation de l'allégeance étatique à laquelle les Juifs devaient se conformer, là où ils se trouvaient, et de l'existence nationale singulière qu'ils devaient valoriser en tant que Juifs : il envisageait la création d'un État mondial juif sur la base du principe de personnalité et fédérant les organisations juives présentes au sein des différents États. Le *Congrès juif mondial* est aujourd'hui la survivance bien édulcorée de cette conception audacieuse, réduite à néant avec l'Holocauste, qui représentait une tentative unique pour instituer en droit une authentique minorité transnationale, s'imposant par-dessus les États et indépendamment des territoires où vivaient les populations juives.

En tout état de cause, il existait bien, à la fin de la Première Guerre mondiale, un corpus intellectuel et idéologique susceptible de favoriser la constitution d'un véritable droit international des minori-[p. 183] tés. Au reste, le déclenchement de la révolution russe de 1917 semblait donner des gages au principe de personnalité, puisque la *Rada* ukrainienne, l'Assemblée nationale, venait de reconnaître, le 9 janvier 1918, le droit à l'autonomie nationale personnelle aux peuples russe, juif et polonais sur son propre territoire.

Ce droit international des minorités en devenir rompait avec le principe des nationalités tel que mis en avant par le Congrès de Berlin de 1878, qui menait directement à l'État-nation, où une seule et unique nation s'identifiait avec un seul et unique État. Il s'agissait ici de tout autre chose, c'est-à-dire d'une séparation radicale de l'État et de la nation en une dialectique renouvelée de l'un et du multiple, d'ailleurs plus conforme à la réalité géopolitique. Ce n'est pourtant pas dans cette direction qu'allaient s'orienter les traités de minorités de 1918-1920, mais dans le droit fil d'une tradition éprouvée, même si une certaine place était consentie aux idées nouvelles.

II | LES TRAITÉS DE MINORITÉS (1919-1920)

91 UNE NOUVELLE DONNE DIPLOMATIQUE. – Le statut des minorités conçu au lendemain de la Grande Guerre était apparu d'emblée comme une nécessité diplomatique. C'est au nom du principe des nationalités que les Empires austro-hongrois et ottoman avaient été démembrés, mais ce n'est certainement pas en vertu du même principe que fut tracée la nouvelle cartographie européenne. De ce point de vue, la création d'une Autriche allemande, à laquelle l'article 88 du traité de Saint-Germain interdisait *l'Anschluss*, était en soi une incongruité. Les appétits

territoriaux des États qui s'étaient rangés, après parfois bien des tergiversations, comme la Roumanie, au côté des Alliés, attendaient impatiemment d'être pleinement satisfaits, en vertu d'une logique déjà évoquée où le droit des nationalités avait peu à voir : c'est ainsi que la Roumanie englobait désormais une population dont le tiers n'était pas de langue roumaine. Quant aux États nouvellement créés, Tchécoslovaquie, Yougoslavie, ils apparaissaient comme d'authentiques États multinationaux, incarnation en réduction de la défunte Autriche-Hongrie. Il n'est jusqu'à la Pologne renaissante qui s'affirmait comme un État multinational. Les vaincus [p. 184] se voyaient de leur côté proprement mutilés, le symbole le plus criant étant à cet égard la Hongrie qui, non contente de céder les territoires habités par des populations non magyares, se voyait aussi contrainte d'abandonner à une autre citoyenneté près de 3 millions de ses propres nationaux.

Mais cette nécessité diplomatique s'inscrivait de surcroît dans le cadre dessiné par les Alliés, et il s'agissait là de l'aspect le plus contestable du statut des minorités : dans la tradition de la politique des Congrès du XIX^e siècle, il était imposé par les vainqueurs aux vaincus, voire aux États nouvellement créés. De ce seul point de vue politique, l'erreur était considérable. Bien loin d'être l'expression d'un droit humain transcendant, les traités de minorités apparaissaient d'emblée comme celle de la *Realpolitik*. De ce fait, les États qui eurent à les subir ne se résignèrent jamais tout à fait à accepter ce qu'ils n'étaient pas loin de considérer comme un vice congénital.

92 TYPOLOGIE DES TRAITÉS DE MINORITÉS. – La seule évocation de la typologie des traités de minorités suffit à attester le fait que ceux-ci ne reflètent en aucune façon ce qui aurait pu apparaître comme un principe général du droit international public. Tout au contraire, l'affirmation d'un devoir international de protection minoritaire apparaît comme une contrainte imposée par les vainqueurs à certains États, ces derniers étant alors considérés comme leurs obligés.

Sur ce plan, l'article 93 du traité de paix avec l'Allemagne, dont procédera le premier traité de minorités, conclu par les Alliés avec la Pologne, le 28 juin 1919, se passe de commentaire : « La Pologne accepte, en agréant l'insertion dans un traité avec les Principales Puissances Alliées et Associées, les dispositions que ces Puissances jugeront nécessaires pour protéger en Pologne les intérêts des habitants qui diffèrent de la majorité de la population par la race, la langue ou la religion. »

On aura une preuve supplémentaire de ce vice initial des traités de minorités, tendant à ne pas placer les États auxquels ils s'adressent sur le même plan, en ce que tous les vaincus n'auront pas eu à subir une telle *servitude minoritaire*, selon qu'ils possédaient ou non la qualité de *grande puissance*. Ainsi, dans le même temps où la Pologne reconstituée se voyait impartir une obligation internationale de proté-[p. 185] ger ses ressortissants d'origine allemande, l'Allemagne se trouvait dispensée d'une telle servitude vis-à-vis de ses propres nationaux

d'origine polonaise en Haute-Silésie. Tout au plus le Conseil de la SDN, dans une recommandation du 12 octobre 1921, s'efforcera-t-il d'inciter l'Allemagne à œuvrer en ce sens.

L'Italie bénéficia également de la même mansuétude. Elle fut dispensée de toute obligation de protection à l'égard des Slovènes de Trieste et d'Istrie, ainsi que des Allemands du Tyrol, tandis que symétriquement, le nouvel État yougoslave devait signer un traité de minorités spécifique avec les Alliés, et que l'Autriche était contrainte d'accepter des dispositions de protection minoritaire dans le traité de paix de Saint-Germain (10 septembre 1919). On comprend mieux, dans ces conditions, les réticences de certains États à signer de tels traités de minorités, comme la Roumanie, voire à assumer pleinement leurs obligations au titre de ces mêmes traités, comme la Pologne. Le système des traités de minorités mis en place dans le cadre de la paix de Versailles s'inscrivait bien dans la continuité du Congrès de Berlin.

D'une façon générale, c'est donc bien la position d'infériorité ou d'obligeance des différents États vis-à-vis des vainqueurs qui constitue la pierre de touche de la typologie des traités de minorités, dans la mesure où elle détermine aussi la nature de l'instrument international contenant les clauses de protection minoritaire. Par ordre de soumission décroissante, l'on peut ainsi distinguer :

- les traités conclus par les Alliés avec les États vaincus, ces derniers se voyant amputés d'importantes portions de leur propre territoire. C'est ce qui explique que les dispositions intéressant les minorités soient incluses directement dans les traités de paix. Il s'agit en l'occurrence de l'Autriche (traité de Saint-Germain, 10 septembre 1919, art. 62 à 69) de la Bulgarie (traité de Neuilly, 27 novembre 1919, art. 49 à 57) de la Hongrie (traité de Trianon, 4 juin 1920, art. 54 à 60) et de la Turquie (traité de Sèvres, 10 août 1920, art. 140 à 151, remplacé par celui de Lausanne, le 24 juillet 1923, art. 37 à 45) :
- les traités conclus avec les États ralliés, parfois tardivement, qui, pour cette raison se voient gratifiés de nouveaux territoires. Les dispositions se rapportant aux minorités font l'objet de clauses spéciales incluses dans les traités de paix. Il s'agit de la Grèce [p. 186] (traité de Sèvres) de la Roumanie (en raison des difficultés rencontrées par la minorité juive dans ce pays avant la guerre, un traité spécial sera imposé à la Roumanie le 9 décembre 1919) de la Serbie, puis de la Yougoslavie (traité de Saint-Germain) :
- les traités avec les États nouveaux, dont le principe était prévu par une clause de renvoi des traités de paix : Tchécoslovaquie (traité de Saint-Germain), Pologne (traité de Versailles), et Arménie (traité de Sèvres).

Peu ou prou, le système de protection minoritaire de ces différents instruments est pratiquement le même, si l'on tient compte des conditions géographiques propres aux situations évoquées. Ce qui fait donc bien la différence, c'est la nature

de l'acte conventionnel dans lequel les dispositions relatives aux minorités s'inscrivent, laquelle définit elle-même la situation de l'État concerné par rapport aux Alliés.

Cette typologie ne serait toutefois complète si l'on n'y ajoutait les déclarations relatives aux garanties minoritaires – et reprenant les dispositions conventionnelles – faites devant le Conseil de la SDN par des États qui n'étaient pas encore reconnus au moment de la Conférence de la Paix, comme l'Albanie et la Finlande (2 octobre 1921) ainsi que la Lituanie (12 mai 1922). Deux autres déclarations doivent également être mentionnées, bien qu'elles ne soient que de simples déclarations d'intention, se gardant bien d'évoquer une quelconque obligation d'ordre minoritaire : celles de l'Estonie et de la Lettonie.

Des conventions particulières entre États sont par la suite venues s'ajouter aux textes de base :

- la Convention gréco-bulgare du 27 novembre 1919 sur l'émigration réciproque ;
 - le traité de Brünn du 7 juin 1920, complété par le procès-verbal de Karlsbad entre l'Autriche et la Tchécoslovaquie ;
 - le traité de Prague du 29 novembre 1920 entre la Pologne et la Tchécoslovaquie ;
 - la Convention germano-polonaise du 15 mai 1922 relative à la Haute-Silésie et les accords du 9 novembre 1920 et du 24 octobre 1921 entre la Pologne et la Ville libre de Dantzig, qui contiennent des clauses identiques pour ce qui concerne les droits des minorités ;
- [p. 187]
- la Convention de Varsovie du 17 mars 1922 entre la Pologne, l'Estonie, la Finlande et la Lettonie ;
 - la Convention de Memel du 8 mai 1924, conclue entre la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, le Japon et la Lituanie ;
 - l'accord d'Angora du 20 octobre 1921 entre la France et la Turquie.

L'on doit enfin mentionner les cinq résolutions adoptées le 21 septembre 1922 par la Troisième Assemblée de la SDN et se rapportant aux droits et aux devoirs des minorités.

En fin de compte, le système de protection minoritaire issu de la Conférence de la Paix forme un ensemble cohérent comprenant principalement quatre traités de paix, six traités de minorités et deux déclarations. Il repose sur une même source d'inspiration, comporte des règles et des mécanismes de garantie identiques, indépendamment de la nature de l'acte dans lequel ils s'inscrivent.

C'est à ces derniers qu'il importe maintenant de s'attacher. Une distinction doit ici être opérée entre le titulaire des droits et leur nature proprement dite. Dans la première hypothèse, en effet, les droits reconnus aux minorités ne possèdent pas le même caractère de généralité selon le titulaire auxquels ils s'adressent.

93 LE TITULAIRE DES DROITS MINORITAIRES. – La Cour permanente de justice internationale aura l'occasion de mettre l'accent sur la qualité du titulaire dans son avis sur le traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig du 4 février 1932, en indiquant que les traités de minorités ont opéré une distinction entre « les minorités dans le sens large et dans le sens étroit de cette expression » et en précisant : « Les membres de minorités qui ne sont pas ressortissants de l'État jouissent de la protection, garantie par la Société des Nations, de leur vie et de leur liberté, ainsi que du libre exercice de leur religion, tandis que les minorités, au sens étroit, savoir les minorités dont les membres sont ressortissants de l'État, jouissent sous la même garantie, entre autres droits, de l'égalité en matière de droits civils et politiques, ainsi que d'instruction primaire. » ¹

[p. 188]

Certains droits s'appliquent donc indifféremment à l'ensemble des habitants du territoire concerné : il s'agit du droit à la vie, à la liberté individuelle et religieuse. L'article 2 du traité conclu avec la Pologne représente à cet égard la disposition type, reproduite par l'ensemble des autres traités :

« Le Gouvernement polonais s'engage à accorder à tous les habitants pleine et entière protection de leur vie et de leur liberté, sans distinction de naissance, de nationalité, de langage, de race ou de religion.

« Tous les habitants de la Pologne auront droit au libre exercice, tant public que privé, de toute foi, religion ou croyance, dont la pratique ne sera pas incompatible avec l'ordre public et les bonnes mœurs. »

L'accent se trouve mis particulièrement sur la protection par la liberté de conscience, dans la tradition de la politique des Congrès, qui connaît ainsi sa plus haute consécration. Le traité de Berlin disposait en effet : « La liberté et la pratique de tous les cultes seront assurées à tous les ressortissants de (...) aussi bien qu'aux étrangers, et aucune entrave ne pourra être apportée, soit à l'organisation hiérarchique des différentes communions, soit à leurs rapports avec leurs chefs spirituels. » ²

¹ Série A/B, n° 44, p. 39.

² Cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 224.

Toutefois, la généralité de ces droits peut se trouver singulièrement amoindrie, dans la mesure où ils ne s'appliqueront qu'à certaines parties seulement du territoire de l'État. Cette situation se retrouve dans les États dont le territoire a été agrandi à la suite de la guerre, comme cela est le cas précisément de la Pologne, mais aussi de la Grèce et de la Yougoslavie.

D'autres droits sont explicitement réservés aux seuls ressortissants de l'État : il s'agit de l'égalité civile et politique ainsi que de la liberté linguistique. La liberté religieuse fait aussi l'objet d'une mention spéciale à l'aune du principe d'égalité. Ainsi les articles 7 et 8 du traité polonais disposent-ils :

ART. 7. – « Tous les ressortissants polonais seront égaux devant la loi et jouiront des mêmes droits civils et politiques sans distinction de race, de langage ou de religion. La différence de religion, de [p. 189] croyance ou de confession ne devra nuire à aucun ressortissant polonais, notamment pour l'admission aux emplois publics, fonctions et honneurs ou l'exercice des différentes professions ou industries. »

ART. 8. – « Les ressortissants polonais, appartenant à des minorités ethniques, de religion ou de langue, jouiront du même traitement et des mêmes garanties en droit et en fait que les autres ressortissants polonais. »

Là encore, la Conférence de la paix n'aura sur ce plan en rien innové, puisque l'on retrouve des dispositions analogues dans le traité de Berlin, celles-ci étant notamment conçues comme une condition mise à la reconnaissance des États balkaniques. La différence tient cependant au fait qu'en 1919, ces clauses sont élevées au rang d'un principe général qui, à ce titre se trouve juridiquement garanti. C'est notamment la raison pour laquelle la Cour permanente de justice internationale sera amenée à préciser à propos de ces deux articles, dans son avis sur la situation des colons allemands en Pologne du 10 septembre 1923, que l'égalité en question s'entend aussi bien d'une égalité de droit que d'une égalité de fait ¹.

Mais on trouve aussi dans les traités de minorités des dispositions qui s'adressent à une catégorie particulière des ressortissants de l'État, les *ressortissants minoritaires*, autrement dit les ressortissants en tant que membres d'une minorité de race, de langue ou de religion. Dans cette hypothèse, les droits religieux et linguistiques sont spécialement garantis aux ressortissants en tant qu'ils sont des ressortissants minoritaires. Pour reprendre la distinction avancée par André Mandelstam, ce ne sont pas des droits *identiques* à ceux de la majorité de la population de l'État, ce sont des droits *analogues* ². Cette distinction est à l'origine d'une modulation du principe d'égalité à l'usage des situations minoritaires, connue aujourd'hui sous le nom de principe de la *discrimination positive*. Plus précisément, cette notion est à porter au crédit de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale.

¹ Série B, n° 6.

² A. Mandelstam, cours cit., p. 418.

Dans l'affaire relative aux écoles minoritaires en Albanie du 6 avril 1935, la Cour se livrait à une explication du principe d'égalité déjà évoqué dans son avis sur la situation des colons allemands en [p. 190] Pologne. Elle indiquait que la situation d'égalité qui devait prévaloir entre tous les ressortissants de l'État ne serait pas remplie si les ressortissants minoritaires ne disposaient pas des « moyens appropriés pour la conservation des caractères ethniques, des traditions et de la physionomie nationales », si la minorité était contrainte à « renoncer à ce qui constitue l'essence même de sa vie en tant que minorité »¹. On retrouve là la dialectique de l'égalité en droit et de l'égalité en fait que la Cour avait esquissée quelques années plus tôt : « L'égalité en droit exclut toute discrimination : l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaire des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes. On peut facilement imaginer des cas dans lesquels un traitement égal de la majorité et de la minorité, dont la condition et les besoins sont différents, aboutirait à une inégalité en fait... L'égalité entre majoritaires et minoritaires doit être une égalité effective, réelle. »² Raisonnement audacieux pour l'époque, qui établissait par là même la base essentielle du droit international des minorités. Aujourd'hui, cette idée d'une modulation du principe d'égalité par rapport à la différence des situations qu'il est censé régir est devenue un lieu commun jurisprudentiel, largement évoqué, par exemple, par les Cours constitutionnelles nationales. Il paraît d'autant plus regrettable que les minorités ne puissent s'en prévaloir à l'appui d'un recours juridictionnel, faute de pouvoir accéder ès qualités aux juridictions nationales, à de très rares exceptions près, voire internationales. Il est vrai que le principe de la discrimination positive porte en lui le caractère collectif des droits minoritaires. Ainsi se trouve posé le problème de la nature des droits minoritaires.

94 LA NATURE DES DROITS MINORITAIRES. – En consacrant un système international de protection au profit des minorités nationales, les traités de paix n'ont pas pour autant entendu faire de ces dernières un sujet de droit. La question de l'attribution de la personnalité morale aux minorités, largement débattue dès la fin du XIX^e siècle, fut éludée par les traités, à quelques incertitudes et exceptions près. Elle ne cessa pas néanmoins de hanter les instances de [p. 191] la SDN : elle fut au cœur des débats des deux conférences des minorités nationales d'Europe qui se tinrent à Genève en octobre 1925 et en août 1926. Pourtant, les choses sont on ne peut plus claires aux termes des traités, qui « n'ont eu en vue que les ressortissants minoritaires, la somme arithmétique de ceux-ci, mais non l'unité morale constituée par leur collectivité »³. Que l'on ne se trompe pas, par conséquent, sur l'esprit de la jurisprudence de la Cour permanente qui, dans

¹ Série A/B, n° 64, p. 17.

² Série A/B, n° 64, p. 19.

³ Samuel Friedman, *Le problème des minorités ethniques et sa solution par l'autonomie et la personnification*, thèse droit, Toulouse, 1927, p. 133-134.

l'affaire des écoles minoritaires en Albanie, après avoir affirmé l'égalité dans la différence des ressortissants minoritaires, s'était efforcée d'élargir la définition de l'objet du système minoritaire mis en place en 1919-1920 : « L'idée qui est à la base des traités pour la protection des minorités est d'assurer à des *groupes sociaux* ¹ incorporés dans un État, dont la population est d'une race, d'une langue ou d'une religion autre que la leur, la possibilité d'une coexistence pacifique et d'une collaboration cordiale avec cette population, tout en gardant les caractères par lesquels ils se distinguent de la majorité et en satisfaisant aux exigences qui en découlent. » En l'espèce, l'évocation de « groupes sociaux » pour désigner les minorités nationales relevait d'une simple constatation de pur fait. Même si cela pouvait induire l'affirmation du caractère collectif de certains de leurs droits, la Cour n'entendait pas nécessairement faire des minorités nationales des personnes juridiques de droit public, ce pour quoi elle n'était d'ailleurs pas habilitée.

Être ou ne pas être... Jamais les textes internationaux ultérieurs ne parviendront à résoudre ce dilemme. À ce sujet, la remarque formulée par le P^r Alain Fenet à propos du Pacte international des droits civils et politiques de 1966 s'impose, y compris rétrospectivement : « On ne veut pas protéger le groupe, mais on est bien contraint de mentionner son existence. » ² Pour autant, les traités de minorités ne semblent pas ignorer, à titre subsidiaire, l'idée même de droits collectifs, même s'il subsiste des incertitudes sur ce point.

De fait, les droits reconnus aux minorités le sont principalement à titre individuel. Tel est le cas de la liberté religieuse, déjà évoquée [p. 192] avec l'article 2, § 2 du traité polonais, mais aussi du droit au libre usage de la langue maternelle, dont il convient de remarquer qu'il apparaît pour la première fois dans un instrument international. L'article 7, § 3 et 4 du traité polonais dispose en effet :

« Il ne sera édicté aucune restriction contre le libre usage par tout ressortissant polonais d'une langue quelconque, soit dans les relations privées ou de commerce, soit en matière de religion, de presse ou de publications de toute nature, soit dans les réunions publiques.

« Nonobstant l'établissement par le gouvernement polonais d'une langue officielle, des facilités appropriées seront données aux ressortissants polonais de langue autre que le polonais pour l'usage de leur langue, soit oralement, soit par écrit devant les tribunaux. »

Une distinction apparaît donc en fonction de l'usage privé ou public de la langue minoritaire. Si le premier est entendu d'une manière très libérale, il n'en va

¹ C'est nous qui soulignons.

² Alain Fenet, *Mutations internationales et Protection des minorités*, in Cao Huy Thuan et Alain Fenet (dir.), *Mutations internationales et évolution des normes*, Paris, PUF, 1994, p. 53.

pas de même du second qui se trouve circonscrit par le droit de l'État à la langue officielle. Ce dernier droit définit nécessairement un rapport de subordination du droit à l'usage public de la langue minoritaire, au surplus autorisé devant les seuls tribunaux.

C'est également au seul titre individuel que les traités de minorités ont abordé la question de l'enseignement et du droit à créer et à contrôler des institutions charitables, religieuses ou sociales, dans son aspect privé (art. 8 du traité polonais) et public. De ce dernier point de vue, les dispositions de l'article 9 du traité polonais sont révélatrices de la portée limitée qui a été concédée à l'instruction publique de la langue minoritaire : « Le gouvernement polonais accordera dans les villes et districts où réside une proportion considérable de ressortissants polonais de langue autre que la langue polonaise, des facilités appropriées pour assurer que dans les écoles primaires l'instruction sera donnée, dans leur propre langue, aux enfants de ces ressortissants polonais. Cette stipulation n'empêchera pas le gouvernement polonais de rendre obligatoire l'enseignement de la langue polonaise dans lesdites écoles. » Il n'est pas question, ici, de faire de l'instruction publique dans la langue minoritaire un droit inhérent à la qualité de minoritaire. On en voudra pour preuve le fait que celle-ci est exclusivement attachée à une logique territoriale et n'a d'autre objet que d'atténuer les déchirements provoqués par la séparation des populations concernées de la nation mère, en l'occurrence les minorités alle-[p. 193] mandes des territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne. Ces dispositions se retrouvent en Grèce et en Yougoslavie. Au surplus limité au seul enseignement primaire, le droit à l'instruction publique dans la langue minoritaire ne saurait préjuger des droits que l'État tient de sa propre langue officielle.

Ce dernier droit implique celui d'une participation à une répartition équitable des fonds publics. Selon l'article 9, § 2, du traité polonais : « Dans les villes ou districts où réside une proportion considérable de ressortissants polonais appartenant à des minorités ethniques de religion ou de langue, ces minorités se verront assurer une part équitable dans le bénéfice et l'affectation des sommes qui pourraient être attribuées sur les fonds publics par le budget de l'État, les budgets municipaux ou autres, dans un but d'éducation, de religion, ou de charité. » On ne peut manquer, à ce propos, d'être frappé par la différence de rédaction de ce paragraphe par rapport aux autres dispositions des traités : le droit à la répartition équitable des fonds publics s'adresse aux « minorités » en tant que telles, alors qu'ailleurs il n'est fait allusion qu'aux personnes appartenant aux minorités. Est-ce à dire que, pour l'affectation et la répartition des fonds publics, les minorités se voient reconnaître la personnalité morale de droit public ? Une telle hypothèse est difficile à admettre, compte tenu de la lettre et de l'esprit du système des traités de minorités. Il reste que ce que l'on ne peut guère considérer que comme un *acte manqué* est hautement révélateur de l'embarras des négociateurs de la Conférence de la Paix quant à appréhender le phénomène minoritaire en termes purement individuels.

Il est vrai que l'idée d'une appréhension des minorités nationales d'un point de vue collectif n'a pu être totalement ignorée des traités, qui se seront alors efforcés d'en réduire la portée. Cette idée apparaît à deux reprises :

- en premier lieu, dans l'affirmation du droit à une représentation proportionnelle équitable au sein des organes élus de l'État. Ce droit était inscrit dans le traité de Sèvres, qui ne fut pas accepté par la Turquie, et concernait cette dernière, mais aussi la Grèce et l'Arménie ;
- en second lieu, dans la proclamation du droit à l'autonomie pour certaines communautés d'ancienne tradition d'Europe centrale et [p. 194] orientale : les Saxons et Szecklers de Transylvanie, les Valaques du Pinde, les Ruthènes des Carpathes, les populations chrétiennes de Turquie et musulmanes en pays chrétien, ces dernières relevant d'une autonomie personnelle. Dans les trois premiers cas à l'inverse, l'autonomie en question était une autonomie territoriale : purement locale, limitée aux questions religieuses et scolaires pour les Saxons, les Szecklers et les Valaques.

Par contre, les Ruthènes se voyaient garantir, du moins en principe, une authentique autonomie nationale. Selon l'article 10 du traité conclu par la Tchécoslovaquie, en effet, celle-ci s'engageait « à organiser le territoire des Ruthènes au sud des Carpathes, dans les frontières fixées par les Principales Puissances Alliées et Associées, sous la forme d'une unité autonome à l'intérieur de l'État tchécoslovaque munie de la plus grande autonomie compatible avec l'unité de l'État tchécoslovaque ». Le territoire ruthène, d'une superficie de 11000 km² et peuplé à cette époque de 600 000 habitants, devait être administré par une Diète autonome dotée d'une compétence normative en matière culturelle : le pouvoir exécutif était remis à un gouverneur nommé par le président de la République tchécoslovaque et responsable devant la Diète. Il est à noter que ce dispositif était prévu par le traité lui-même (art. 11).

Le système des traités de minorités s'appuyait donc sur les acquis du Congrès de Berlin, qu'il entendait ériger en de véritables obligations internationales générales, en dépit d'une évidente volonté de ne pas sacrifier les droits de l'État national, qui conservait le dernier mot. À cet égard, si les traités étaient restés muets quant aux devoirs des minorités, l'Assemblée générale de la SDN se chargera d'insister, dans la quatrième résolution adoptée par sa troisième session, le 21 septembre 1923, « sur le devoir qui incombe aux personnes appartenant aux minorités de race, de religion ou de langue, de coopérer, en citoyens loyaux, avec la nation à laquelle ils appartiennent maintenant » ¹. Néanmoins, si l'État-nation ne se trouvait pas substantiellement affecté, il devait désormais compter avec un

¹ Cit. in A. Mandelstam, cours cit., p. 445.

renforcement significatif des droits des minorités nationales. Ce renforcement tenait tout particulièrement à la garantie juridique dont les vainqueurs avaient [p. 195] accompagné la protection internationale des minorités. Sur ce plan, le progrès accompli par rapport à une politique des Congrès où la garantie des droits minoritaires était subordonnée à la seule volonté des grandes puissances était considérable.

95 LES GARANTIES D'EXÉCUTION DES TRAITÉS DE MINORITÉS. – Deux types de garanties étaient prévues par les traités eux-mêmes.

La première était une garantie d'ordre constitutionnel, inscrite dans l'article liminaire des traités de minorités, et faisant obligation aux États concernés de reconnaître les clauses minoritaires comme « lois fondamentales », en ce qu'aucune norme de droit interne, de valeur législative ou inférieure, ne puisse les contredire. Cette affirmation était d'importance, puisqu'elle tendait à l'intangibilité des droits minoritaires en leur conférant une valeur supra-constitutionnelle. Seulement, elle était appelée à rester purement platonique, faute de prévoir le mécanisme juridictionnel apte à sanctionner toute atteinte à la place éminente ainsi conférée aux droits minoritaires dans la hiérarchie des normes nationales. Au reste, l'attitude des États auxquels les vainqueurs avaient entendu imposer de tels droits ne devait guère laisser de doute quant à leur volonté effective de donner aux droits minoritaires la garantie de l'État de droit.

On ne pouvait donc compter que sur le mécanisme international de garantie, prévu par l'article final des traités, pour assurer l'effectivité des droits minoritaires. Ces derniers étaient considérés comme des « obligations d'intérêt international » et, comme telles, remises à la garantie de la Société des Nations, qui ne pourrait les modifier qu'avec l'accord de la majorité du Conseil. La volonté de renforcer la protection minoritaire est ici bien mise en évidence, puisque l'unanimité était la règle habituellement requise au sein du Conseil pour le vote des résolutions. Plus précisément, cette garantie internationale collectivement exercée par une organisation internationale faisait intervenir deux instances : le Conseil de la SDN et la Cour permanente de justice internationale. Dans cette répartition des tâches, le rôle de la Cour était conçu de manière subsidiaire, puisqu'elle n'était appelée à intervenir qu'au cas d'un désaccord portant sur l'application des dispositions minoritaires entre l'État intéressé et un membre du Conseil.

[p. 196]

Le Conseil n'intervenait que sur l'initiative d'un de ses membres à propos d'une infraction réelle ou supposée à l'une des clauses minoritaires. Les minoritaires et leurs organisations ainsi que les autres États membres de la SDN ne disposaient que d'un droit de pétition ou d'information auprès du secrétaire général de la SDN, qui se prononçait alors sur leur recevabilité, avant de les transmettre, le cas échéant, aux gouvernements intéressés et aux membres du Conseil. Mais une résolution du Conseil du 5 septembre 1923 a volontairement faussé la fonction d'arbitrage initialement dévolue au Conseil par les traités, en donnant à l'État dont

le comportement était mis en cause par une pétition la possibilité d'intervenir sur la recevabilité de la pétition. De fait, le Conseil, dans la plupart des cas où il fut sollicité par voie de pétition, s'efforça de négocier directement avec l'État concerné, en écartant les représentants des minorités de toute participation aux discussions. Ce désir de ménager les susceptibilités des États incriminés pouvait se comprendre, dans la mesure où la SDN n'avait pas à sa disposition un bras séculier, de véritables moyens coercitifs pour faire imposer sa volonté. Le résultat n'en fut pas moins désastreux. En faisant la part belle à la souveraineté des États, en restreignant, à leur demande, son propre contrôle et en freinant les initiatives des minorités, le Conseil en arriva à protéger bien plus les États contre les plaintes et pétitions émanant de leurs propres minorités que les minorités contre l'action des États. Celles-ci garderont de cette période une solide méfiance envers toute forme de protection internationale, préférant tenter pour leur propre compte l'expérience nationaliste, soit par la revendication du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, soit en attisant l'irrédentisme de la nation mère.

Il restait bien la garantie juridictionnelle de la Cour, qui avait été créée dans le cadre de la SDN et représentait la première tentative de mise en place d'une juridiction internationale universelle à caractère permanent. Mais le souci du Conseil de ne pas heurter les États s'exerça également au détriment de la Cour. Afin ne pas envenimer les choses, le Conseil s'abstint la plupart du temps de lui renvoyer un différend, voire de lui demander un avis consultatif. Lorsqu'il se décida à saisir la Cour par voie consultative, il alla jusqu'à associer l'État intéressé à la rédaction des questions et se garda de lui imposer l'avis rendu par la Cour, sinon par voie conciliatrice. En un mot, l'intervention de la Cour fut vécue comme un échec de la médiation et de l'arbitrage, non comme une sanction juridictionnelle de l'effectivité des obligations d'intérêt international au niveau desquelles avaient été élevées les clauses minoritaires des traités de paix. Ce qui n'empêcha pas la Cour d'accomplir, lorsqu'elle en eut l'occasion, très honorablement son office dans le domaine de la protection des minorités, où elle rendit quelques avis consultatifs qui firent date, et dont certains ont été précédemment cités. En contribuant à préciser la notion de minorité, en insistant sur le caractère collectif des droits minoritaires au sens des traités, en élaborant une doctrine de l'égalité à l'usage des situations minoritaires, la Cour insistait sur le caractère novateur de la protection internationale des minorités, tout en mettant les États face à leurs responsabilités eu égard à un système qu'ils avaient contribué à promouvoir sans aller toutefois jusqu'au terme de la dynamique dont celui-ci était porteur.

De fait, si les États nationaux prirent leurs responsabilités en se refusant à rompre avec le principe des nationalités, ce ne fut certes pas dans le sens escompté par la Cour. Deux tendances étaient à l'œuvre dans les traités de minorités : celle de la politique des Congrès du siècle passé, où les droits minoritaires étaient conçus comme un moindre mal face à un principe des nationalités qui ne pouvait provisoirement – c'est ce que l'on croyait du moins – recevoir pleine satisfaction : celle, rémanente, d'un *jus gentium* mûri pendant la

guerre, tendant à l'émergence d'une société internationale qui ne serait plus exclusivement construite pour le seul intérêt de l'État national. L'idée d'une garantie internationale des droits des minorités participait de ce *droit humain* supra-étatique, prélude à l'avènement de l'*État mondial* (*Weltstaat*) annoncé par l'Autrichien Karl Renner. Nul ne peut dire où aurait mené cette dernière tendance si elle l'avait emporté. L'on sait, par contre, où mena la première.

C'est pourtant l'approche la plus novatrice qui devait paradoxalement sombrer corps et biens avec la Deuxième Guerre mondiale. L'avènement des Nations Unies correspond, sur ce plan à une rupture vis-à-vis d'une approche du phénomène minoritaire qui s'était construite d'une façon à peu près continue entre 1878 et 1920.

[p. 198]

Section IV

Les Nations Unies et le phénomène minoritaire : la mémoire occultée

[Retour au sommaire](#)

96 NOUVELLE APPROCHE. – D'emblée, le ton est donné : le Préambule de la Charte des Nations Unies, signée le 26 juin 1945, se propose d'éradiquer le « fléau de la guerre » et s'inscrit sous l'égide des « droits fondamentaux de l'homme ». La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 transpose sur le plan du droit international public l'œuvre rationaliste des Lumières et considère « que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité », selon les termes de son propre Préambule. Incidemment, l'approche du phénomène minoritaire menée par la SDN est rendue responsable, par la pathologie nationaliste qui en résulta, de la guerre. C'est ce qui va justifier l'immersion de la problématique minoritaire, ainsi privée de toute spécificité, dans le système d'ensemble de la protection internationale des droits de l'homme. L'universalité des droits de l'homme ne pouvait naturellement s'accommoder d'une conception particulariste et communautaire qui lui faisait écran comme, par exemple, le phénomène minoritaire.

Ce faisant, la rupture avec la SDN n'est pas aussi profonde qu'on a bien voulu l'avancer. D'abord, parce que les traités de paix, comme la pratique du Conseil, auront bien privilégié la protection par les droits individuels, ainsi qu'il vient d'être constaté, et se seront efforcés de réduire à une clause de style la dimension collective du phénomène minoritaire. Au demeurant, du temps même de la Société des Nations, certains avaient déjà avancé dans ses propres instances l'idée qu'une protection des minorités par l'égalité devant la loi serait préférable à une

protection par l'identité collective. Les termes du débat étaient déjà bien connus alors. Ensuite, parce que les minorités ne représentaient plus, en 1945, un problème majeur de la politique internationale, contrairement à la situation précédente : les populations juives, qui avaient tant contribué à la promotion intellectuelle de la question minoritaire, avaient été exterminées, les populations [p. 199] allemandes expulsées de nombreux États d'Europe centrale (Pologne, Hongrie) et l'Union soviétique s'apprêtait à résoudre la question au nom de l'internationalisme prolétarien, à l'extérieur, et du fédéralisme socialiste, à l'intérieur. Ailleurs, le système colonial tentait de se perpétuer.

C'est pourquoi la thématique des droits de l'homme, invoquée par le système des Nations Unies mis en place au lendemain de la guerre, ne saurait à elle seule suffire à expliquer le changement de perspective ainsi opéré par rapport à la période antérieure. On ne saurait en effet sous-estimer le fait que la Charte des Nations Unies va consacrer le *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* comme une norme du droit international public, occultant, par là même, le phénomène minoritaire. Néanmoins, c'est en raison des contradictions provoquées par l'application du droit des peuples, tout comme le principe des nationalités naguère, que les minorités pourront à nouveau être réintroduites dans la pratique des Nations Unies.

I | LES CONTRADICTIONS DU DROIT DES PEUPLES

Au moment même où le droit international accueillait le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, il s'efforçait paradoxalement d'en réduire le champ d'application sous le prétexte d'en faire le ressort exclusif de la décolonisation. Synonyme de droit à l'indépendance étatique, le droit des peuples allait ainsi devenir le plus sûr garant de la société internationale des États, ne laissant ainsi d'autre choix aux minorités nationales que l'assimilation à l'État établi ou la sécession. C'était pourtant méconnaître une autre dimension du droit des peuples à l'usage des minorités, qui ne fût précisément réductible ni à l'indépendance, ni à l'assimilation : bien qu'elle figurât précocement au titre des préoccupations des organes des Nations Unies, il faudra attendre l'implosion du système communiste pour que le droit international tende à lui accorder pleinement droit de cité.

97 LA CONSÉCRATION DU DROIT DES PEUPLES PAR LE DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN : UN DROIT À LA DÉCOLONISATION. – Du Congrès de Berlin à la SDN, les textes internationaux s'étaient [p. 200] bien gardés d'inscrire parmi leurs dispositions le principe des nationalités, devenu progressivement le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹. Leurs auteurs

¹ Si la doctrine s'accorde en général pour voir dans le droit des peuples une « seconde version du principe des nationalités » (S. Calogeropoulos-Stratis, *Fondements et évolution historique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, *Mélanges Bridel*, 1968, p. 45), certains auteurs estiment néanmoins qu'il existe entre nationalité et peuple une différence de fondement. Ainsi

étaient trop conscients des limites intrinsèques de celui-ci pour prétendre lui conférer une portée universelle en l'inscrivant dans un texte fondamental du droit positif international. C'est ce qui explique que les droits des minorités nationales aient pu ainsi trouver dans le même temps une forme de consécration internationale, tant il existe un rapport d'inverse proportionnalité normative entre le droit des peuples et le droit des minorités. On le vérifiera une fois encore au sein des Nations Unies, mais au profit du droit des peuples. Car la différence essentielle entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le principe des nationalités tient à l'inscription du premier dans la Charte des Nations Unies : l'article 1, § 2, précise que l'un des buts des Nations Unies est « de 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 » : les mêmes expressions se retrouvent à l'article 55 de la Charte. Par là même, le droit des peuples affirmait sa vocation à devenir une norme internationale universellement consacrée, alors que le principe des nationalités était resté cantonné au contexte européen.

Non sans ambiguïté toutefois. Car les États-Unis et l'Union soviétique, qui se retrouvaient en l'occurrence sur une arrière-pensée commune, qui était de mettre fin au système des mandats et à toute espèce de colonisation, avaient dû composer avec les intérêts coloniaux de la Grande-Bretagne, grâce à quoi le régime de la tutelle remplaça très provisoirement les mandats de la SDN. Le chapitre 11 de la Charte est ainsi une *Déclaration relative aux territoires non autonomes*. Cette nouvelle notion remplace celle de *territoires coloniaux*. Il s'agit d'une déclaration faite par les puissances administrant les territoires qui ne sont pas sous tutelle. L'idée essentielle est que ces puissances administrantes se reconnaissent des obligations (celle, notamment de favoriser leur progrès économique et social) et s'engagent à communiquer [p. 201] aux Nations Unies des renseignements concernant ces territoires. Il s'agissait de faire de cet ensemble une sorte d'introduction au chapitre 12 sur le régime de tutelle. Mais l'histoire aura surtout montré que ce chapitre 11 a servi de base au développement de l'anticolonialisme aux Nations Unies, pour peu qu'on le combine avec l'article I, § 2. Par la suite et jusque dans les années soixante, l'objectif de tous les territoires concernés allait devenir l'indépendance. Le point d'orgue de cette évolution sera l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 14 décembre 1960, de la résolution 1514 (15) intitulée *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, affirmant que l'objectif fondamental de la décolonisation est l'indépendance des peuples. Aux yeux des Nations Unies, le cas d'une intégration valable d'un territoire dans la métropole apparaît désormais comme rarissime.

pour Georges Scelle, le principe des nationalités reposerait sur une solidarité « naturelle », de nature déterministe, tandis que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou droit à l'autodétermination serait mû par le libre arbitre (G. Scelle, *Précis de droit des gens*, 1934, t. 2, p. 257).

Pourtant, l'idée était bien présente dans une autre résolution de l'Assemblée générale adoptée le lendemain même de la résolution 1514, la résolution 1541 (15). Selon cette dernière, l'indépendance étatique n'est que l'une des trois formes possibles d'évolution d'un territoire non autonome, les deux autres étant respectivement la libre association et l'intégration à un État indépendant. Sur l'heure, cette résolution ne résistera pas à la dynamique décolonisatrice enclenchée par la résolution 1514, et qui aboutira à assimiler le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à l'indépendance étatique. Pourtant, la résolution 1541, que l'on redécouvre aujourd'hui, analysait plus justement la notion de droit à l'autodétermination, dans la mesure où elle s'efforçait d'en recenser toutes les implications. Ainsi définissait-elle la libre association à un État indépendant comme le résultat d'un « choix libre et volontaire des populations du territoire en question, exprimé selon des méthodes démocratiques et largement diffusées. Elle doit respecter l'individualité et les caractéristiques culturelles du territoire et de ses populations, et conserver aux populations du territoire qui s'associe à un État indépendant la liberté de modifier le statut de ce territoire en exprimant leur volonté par des moyens démocratiques et des méthodes constitutionnelles. Le territoire associé doit avoir le droit de déterminer sa constitution intérieure, sans ingérence extérieure, conformément aux méthodes constitutionnelles régulières et aux vœux librement exprimés de ses populations... ». De son côté, l'intégration à un État indépendant [p. 202] devait « se faire sur la base de l'égalité complète entre le peuple du territoire antérieurement non autonome et celui de l'État indépendant auquel il s'intègre. Les deux peuples doivent avoir, sans distinction ni discrimination, un statut et des droits de citoyenneté égaux ainsi que des garanties pour ce qui est des libertés et droits fondamentaux : ils doivent tous deux avoir des droits égaux et des possibilités égales de représentation et de participation effective, à tous les échelons, dans les organes exécutifs, législatifs et judiciaires de l'État ». Ainsi et indépendamment des problèmes soulevés par la qualification des populations concernées (peuples, minorités) la résolution esquissait l'idée d'un droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui ne fût pas réductible à l'indépendance étatique et qui pût englober un droit générique à l'autonomie nationale. Le droit international, nonobstant l'approche individualiste universalisante des Nations Unies, n'ignorait donc pas les situations constitutives de l'existence des minorités nationales, même si cette dernière qualification n'était pas employée en l'espèce. En tout état de cause, il faut bien voir que les minorités peuvent toujours aujourd'hui se prévaloir des dispositions de la résolution 1541, en ce que celle-ci autorise leur participation à un État multinational, à la double condition que cette participation repose sur un acte de libre volonté et que leur propre identité s'en trouve préservée.

Au reste, la Cour internationale de justice, dans son avis consultatif du 16 octobre 1975 relatif au Sahara occidental, ébauchera une doctrine de l'autodétermination définie « comme répondant à la nécessité de respecter la

volonté librement exprimée des peuples »¹, quelles que fussent par ailleurs ses modalités d'exercice. Et d'insister sur ce passage de la résolution 2625 (25) : « La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique *librement décidé par un peuple* constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même. »² À partir du moment où l'accent est mis sur l'aspect subjectif de l'autodétermination, il n'existe aucune raison d'en priver les minorités nationales. Mais le [p. 203] contexte colonial de l'époque ne devait accorder aucun crédit à cette *troisième voie* ouverte par la résolution 1541.

Il reste que l'achèvement de la décolonisation n'allait pas manquer de faire surgir le redoutable problème de la généralisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La question qui se pose alors est la suivante : dans la mesure où les peuples colonisés se sont servis du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à l'encontre des États colonisateurs, le même instrument ne pourrait-il être utilisé par des collectivités humaines au sein des États établis, celles-ci revendiquant à leur tour et, également, à leur profit le droit à l'indépendance ? Or, permettre ainsi à des communautés infranationales de se qualifier en tant que peuple, c'est remettre en cause le principe de l'intégrité territoriale des États, un des fondements du droit international contemporain. Il doit être toutefois entendu que ce dernier principe ne saurait lui-même être opposé à la décolonisation, car il ne s'applique pas aux États coloniaux. En effet, la résolution 2625, portant *Déclaration sur les relations amicales entre les États* du 24 octobre 1970 dispose : « Le territoire d'une colonie ou d'un autre territoire non autonome possède en vertu de la Charte un statut séparé et distinct de celui du territoire qui l'administre. Ce statut séparé et distinct en vertu de la Charte existe aussi longtemps que le peuple de la colonie ou du territoire non autonome n'exerce pas son droit à disposer de lui-même conformément à la Charte et plus particulièrement à ses buts et principes. » Il en résulte que l'accession à l'indépendance des peuples coloniaux ne procède pas de l'exercice d'un droit à la sécession, puisque le principe de l'intégrité territoriale n'est en l'occurrence pas en cause. *A contrario*, ce principe semble bien interdire en effet le droit à la sécession, ainsi que le laisse entendre le passage de la résolution 2625 relatif au « principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes » : « Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action quelle qu'elle soit qui démembrerait ou menacerait totalement ou partiellement l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout État souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité des droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur. »

[p. 204]

¹ CII, Sahara occidental, avis du 16 octobre 1975, *Rec.*, 1975, § 59, p. 33.

² § 58, p. 33 : les italiques sont de la Cour elle-même.

À partir du moment où l'on accepte, en effet, l'idée selon laquelle l'État prend en charge la revendication du peuple en le représentant, et lorsqu'on s'aperçoit que la plupart des résolutions de l'ONU confondent, par exemple, « souveraineté permanente des peuples » et « souveraineté permanente des États » sur leurs richesses naturelles, il y a lieu de constater une totale dénaturation du droit des peuples : une fois l'État constitué, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes devient un droit de l'État et non du peuple. Ainsi le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes se confond avec le maintien de la souveraineté dans tous les domaines – économique, social, culturel. Ce *verrouillage* du peuple par l'État se retrouve dans tous les textes de l'ONU, y compris ceux qui se veulent aussi progressistes, comme la résolution 3281 (19) portant Charte des droits et des devoirs économiques des États, adoptée le 12 décembre 1974, dont l'article premier dispose : « Chaque État a le droit souverain et inaliénable de choisir son système économique, de même que ses systèmes politique, social et culturel, conformément à la volonté de son peuple, sans ingérence, pression ou menace extérieure d'aucune sorte. » Plus significativement encore, l'article 7 précise : « Chaque État est responsable au premier chef de promouvoir le progrès économique, social et culturel de son peuple. » Cela ne signifie pas pour autant que l'État, principalement l'État issu de la décolonisation, rejette le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Tout au contraire, il l'intègre en s'identifiant au peuple libéré de l'oppression coloniale : l'État se substitue alors au peuple, les droits du peuple deviennent les droits de l'État.

Il apparaît, en fin de compte, que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'est aucunement destructeur de l'ordre juridique international. Au contraire, la structure interétatique de la société internationale sort renforcée de l'exercice effectif du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹. Sauf à considérer que, lorsqu'un peuple est soumis à une sujétion, à des violences qui rendent sa situation comparable à celle d'un peuple colonisé, le droit à l'indépendance doit lui être reconnu à l'encontre de l'État qui a violé l'égalité des droits des peuples et, plus largement, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Dès lors que l'État décolonisé s'identifie au peuple colonisé, [p. 205] le peuple ne peut plus concurrencer l'État comme un autre sujet du droit international et redevient un simple élément de l'État. En réalité, les nécessités de la décolonisation imposaient que des droits soient reconnus directement aux peuples pour faciliter leur accession à l'indépendance, autrement dit pour leur permettre de former un État. Mais une fois l'État créé, les droits formellement reconnus aux peuples sont, en fait et en droit, exercés par l'État. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui avait servi de levier pour l'accession à l'indépendance, se trouve finalement confisqué par l'État au nom du *droit* à sa propre conservation. Le droit à la sécession est refusé par ce même État au nom de la perpétuation de la structure étatique devenue universelle. C'est ce qui explique que la réalité du peuple, en

¹ Jean Charpentier, Autodétermination et décolonisation, *Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pédone, 1984, p. 117-133.

dernière analyse, se trouve dominée exclusivement par les rapports de force. De fait, en droit international, une sécession n'est consacrée que par sa réussite, c'est-à-dire par l'effectivité. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes se jugerait alors à l'aune de la réussite ou de l'échec de son exercice : seule une révolution réussie est une bonne révolution. En toute logique, la réduction du droit à l'autodétermination à un *droit à la décolonisation* et le droit de l'État établi à sa propre conservation tendent à ramener celui du peuple à disposer de lui-même au droit à devenir un État, c'est-à-dire, comme l'écrit fort justement le Pr Combacau, à un « droit à réalisation instantanée et s'épuisant dans un unique usage »¹. Dans ces conditions, le droit international semble bien ne laisser aux minorités nationales aucune voie d'accès possible.

98 L'AUTRE VERSANT DU DROIT DES PEUPLES : LE DROIT À NE PAS DEVENIR UN ÉTAT. – Comment, en effet, faire sa place à cette protection des minorités au sein d'un droit international qui ne tolère paradoxalement le droit à l'autodétermination que pour mieux exclure le droit à la sécession ?

Encore faut-il, pour cela, se convaincre que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'est pas seulement ce que tout le monde en dit, à savoir le droit d'un peuple à devenir un État. Car la disposition de soi ne s'épuise pas avec cette voie à sens unique offerte au peuple, [p. 206] comme l'aura montré la résolution 1541, précédemment évoquée, et souligné la Cour de la Haye dans son avis consultatif de 1975. Comment ne pas voir que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, c'est aussi le droit d'un peuple à *ne pas* devenir un État ? Cet autre versant du droit des peuples a été parfaitement mis en évidence par le P^r Ruiz-Fabri, constatant que « si [les minorités nationales] peuvent invoquer le droit d'autodétermination, ce ne peut être comme fondement d'un droit à l'indépendance. La meilleure preuve en est la volonté de leur garantir internationalement des droits. L'élaboration de règles internationales relatives aux droits des minorités signifie corrélativement le désir de les voir rester des minorités et ne peut servir de cadre à l'aspiration à devenir éventuellement majoritaire dans un cadre étatique renouvelé, donc à un droit à la sécession »². Naturellement, ces considérations n'ont de sens que si l'on veuille bien admettre que, nonobstant le rideau de fumée de la décolonisation, « le droit des peuples ne fonde jamais de droit à l'État »³. Telle est effectivement la seule voie possible pour aménager une protection internationale des minorités qui puisse éviter le piège tendu par l'impossible conjonction du droit à l'autodétermination et du droit à la sécession. Au reste, cet autre versant du droit des peuples, comme l'on sait, n'est pas ignoré du droit international général. Il fut seulement occulté par la décolonisation. Il s'agit donc

¹ In Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, op. cit., p. 263.

² Hélène Ruiz-Fabri, *Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine*, AFDI, 1992, p. 160.

³ H. Ruiz-Fabri, art. cité, p. 161.

essentiellement de restituer cette dimension constitutive d'un droit international des minorités.

Cette tâche est encore bien loin d'être achevée. Elle doit être néanmoins portée au crédit d'un organisme européen dans le contexte de l'implosion yougoslave : la *Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie*. Originellement conçue comme un rouage juridictionnel de la *Conférence pour la paix en Yougoslavie* au titre d'une volonté médiatrice affichée par la Communauté Européenne au moment où la Yougoslavie entrait dans un cycle actif de décomposition au cours de l'été 1991, version bien édulcorée d'une suggestion du président du Conseil constitutionnel français ¹, cette institution devra se contenter de rendre des avis purement consultatifs et largement incantatoires. Ce qui ne l'empêchera pas de fournir les prolégomènes d'un possible [p. 207] statut international des minorités mesuré à l'aune du droit à l'autodétermination et de l'intégrité territoriale de l'État établi.

La Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie s'efforçait par là même de donner une base juridique à la péremptoire et imprudente *Déclaration des Douze sur la Yougoslavie* du 27 août 1991, affirmant leur volonté « à ne pas accepter des changements de frontières par la force ». Déclaration dont cette institution tenait d'ailleurs sa seule existence juridique. Après avoir qualifié, dans ses avis n^{os} 1 et 8 ², la désintégration de la Yougoslavie comme un processus de dissolution d'État, écartant ainsi la thèse de la sécession défendue par la Serbie, la Commission s'attacha à régler le plus difficile, à savoir la question du droit à l'autodétermination et celle des frontières. Puisqu'en effet Croates, Slovènes et Macédoniens avaient exercé leur droit à l'autodétermination par référendum, ce même droit ne devait-il pas être reconnu aux populations serbes de Croatie et de Bosnie-Herzégovine ? Telle fut la question posée à la Commission par la Serbie le 20 novembre 1991 : « Les populations serbes de Croatie et de Bosnie-Herzégovine, en tant que formant l'une des nations constitutives de la Yougoslavie, bénéficient-elles du droit à l'autodétermination ? » Redoutable question, dont la réponse pouvait faire date dans le contexte centre-européen voire, plus largement international. Répondre positivement, c'était maintenir solidement le lien hérité de la période coloniale entre droit à l'autodétermination et droit à l'indépendance. Mais répondre par la négative, c'était alors reconnaître qu'il y avait deux poids, deux mesures en refusant aux Serbes de Croatie et de Bosnie ce droit revendiqué par les Croates et les Bosniaques : au pire, c'était consacrer le caractère illégitime de l'action de ces derniers et donner ainsi des gages à la Serbie. En clair, c'était dénier aux minorités nationales le droit à l'autodétermination. Face à ce dilemme, la Commission d'arbitrage s'efforça de réévaluer cette doctrine de l'autodétermination que le droit international avait transformée en une voie à sens et à usage uniques.

¹ Robert Badinter, Pour une Cour de la Grande Europe, *Le Monde*, 21 juin 1991.

² Texte in *RGDIP*, respectivement 1992, p. 264-266 et 1993, p. 588-590.

Dans son avis n° 2 rendu le 11 janvier 1992¹, celle-ci aura estimé, en effet, que « quelles que soient les circonstances, le droit à l'autodétermination ne peut entraîner une modification des frontières existant [p. 208] au moment des indépendances (*uti possidetis Juris*) sauf en cas d'accord contraire des États concernés ». On ne s'attachera pas ici à l'application en l'espèce du principe de l'*uti possidetis*, dont on sait que, né de l'accession à l'indépendance des anciennes colonies espagnoles d'Amérique latine, au début du XIX^e siècle, et appliqué par la suite aux décolonisations africaines et asiatiques, il justifie le droit à la souveraineté territoriale des nouveaux États, qu'il situe dans une logique de continuité par rapport à la situation coloniale antérieure. C'est bien en ce sens qu'il « constitue un principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance où qu'il se manifeste. Son but évident est d'éviter que l'indépendance et la stabilité des nouveaux États ne soient mises en danger »². Néanmoins, son application à la dissolution d'un État fédéral, où il paraît plus facile d'affirmer le principe de l'intégrité territoriale des anciens États fédérés devenus indépendants, est moins malaisée qu'à celle de la dissolution d'un État unitaire. Quoi qu'il en soit, la Commission a estimé que le principe de l'intégrité territoriale des nouveaux États indépendants issus d'une dissolution d'une entité étatique préexistante devait l'emporter sur l'exercice du droit à l'autodétermination.

Il reste que, si les Serbes de Croatie et de Bosnie se voient ainsi dénier le droit à l'autodétermination, c'est-à-dire le droit de faire sécession pour, en fait, rejoindre la Serbie, le raisonnement ainsi développé par la Commission d'arbitrage ne fait pas pour autant disparaître ce droit à l'autodétermination. Seulement, il n'apparaît plus exclusivement comme *un principe de création de l'État* au nom d'un droit à l'indépendance qui ne s'exercerait qu'une seule fois : il figure au contraire *un principe de constitution de l'État* et, comme tel, entend protéger les identités nationales par un statut adéquat.

Pour la Commission d'arbitrage c'est, à vrai dire, la seule façon de concilier le droit à l'autodétermination avec le principe de l'intégrité territoriale. Cette conciliation repose sur un système de protection « des droits des peuples et des minorités » que les États sont tenus de garantir en vertu du droit international. Cette obligation, la Commission d'arbitrage l'aura énoncée dès son premier avis rendu le 29 novembre 1991, précisant ensuite, le 11 janvier 1992, que cette [p. 209] « exigence » s'imposait à toutes les Républiques de l'ex-Yougoslavie à l'égard des minorités établies sur leur territoire : « Dès lors, les populations serbes de Bosnie-Herzégovine et de Croatie peuvent bénéficier de tous les droits reconnus aux minorités par les conventions internationales en vigueur. » Compte tenu de l'intégrité territoriale de l'État établi, le droit à l'autodétermination des minorités et des peuples intégrés dans un État exclut le droit à la sécession. En contrepartie, ces communautés ont un droit imprescriptible à la préservation de

¹ Texte in *RGDIP*, p. 261-269.

² CIJ, arrêt du 22 décembre 1986, Différend frontalier Burkina-Faso/Mali, *Rec.*, 1986, p. 565.

leur identité nationale propre, que l'État englobant doit protéger et garantir conformément au droit international général en vigueur. Et pour donner plus de force à sa démonstration, la Commission n'hésitera pas, dès son premier avis, à élever les « droits des peuples et des minorités » au rang des normes de *jus cogens*, ces « normes impératives du droit international général » dont on rappellera opportunément la définition délivrée par l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités : « Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble, en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. » Certes, l'affirmation de la Commission n'engage qu'elle-même compte tenu de son autorité. En tout état de cause atteste-t-elle, comme le note par ailleurs le P^r Alain Pellet, que « la protection des minorités, longtemps envisagée avec circonspection par "la communauté internationale des États dans son ensemble", en est aujourd'hui devenue un souci fondamental »¹. Par là même, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes change aussi de nature : de principe de création de l'État au titre du droit d'un peuple à devenir un État, il devient un principe d'organisation de l'État au titre du droit d'un peuple à *ne pas* devenir un État.

Mais admettre le principe est une chose, en organiser l'exercice et en définir le contenu, une autre. Car cette doctrine renouvelée du droit des peuples est nettement plus contraignante que la première, ne serait-ce par ses implications constitutionnelles. C'est bien ce que [p. 210] constatait Hélène Ruiz-Fabri, écrivant que « le droit international est-il susceptible à terme d'ouvrir... une brèche dans le principe d'autonomie constitutionnelle en pesant en faveur d'un système interne garantissant les droits des minorités »². En ce sens d'ailleurs, le Conseil de l'Europe a notamment subordonné à l'adoption d'une législation protectrice des minorités nationales l'adhésion des États de l'« Autre Europe ». C'est ainsi que le *Rapport sur la conformité de l'ordre juridique de la Fédération de Russie avec les normes du Conseil de l'Europe* – rendu public le 28 septembre 1994, avant la guerre de Tchétchénie et par lequel l'Organisation de Strasbourg estime que la Fédération de Russie n'est pas encore un État de droit – constate l'absence de législation suffisamment protectrice des droits minoritaires. Les autorités gouvernementales ont elles-mêmes reconnu « la nécessité de mettre en œuvre plus effectivement les documents internationaux concernant les droits des personnes appartenant à des minorités nationales »³. Ce constat aura évidemment concouru au report de l'adhésion de la Russie au Conseil de l'Europe.

Mais il ne s'agit pas seulement de contraindre le principe d'autonomie constitutionnelle, ce qui participe de la tendance actuelle à l'imbrication des

¹ Alain Pellet, *Note sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie*, AFDI, 1991, p. 339.

² Art. cité, p. 160.

³ Texte in *RUDH*, 1994, p. 330.

ordres juridiques, surtout à l'œuvre sur le continent européen. En rappelant, en effet dans son deuxième avis, à la lumière des textes internationaux en vigueur, que « le droit d'autodétermination est un principe protecteur des droits de l'homme. En vertu de ce droit, chaque être humain peut revendiquer son appartenance à la communauté ethnique, religieuse ou linguistique de son choix », la Commission d'arbitrage aura suggéré l'idée d'un nouveau *modus vivendi* entre l'État et la nation, que les traités bilatéraux de bon voisinage tentent désormais d'explorer sur le continent européen, ainsi que nous le verrons par ailleurs ¹. Ce dernier se démarque sensiblement de celui traditionnellement délivré par le modèle de l'État national, selon lequel, pour reprendre la célèbre définition délivrée par Esmein, « l'État est la personnification juridique de la nation » ², celle-ci s'identifiant parfaitement avec celui-là. En conséquence, la Commission d'arbitrage a pu indiquer que, sur la base d'accords entre les [p. 211] Républiques, « les membres des populations serbes de Bosnie-Herzégovine et de Croatie [peuvent], s'ils le désirent, se voir reconnaître la nationalité de leur choix, avec tous les droits et toutes les obligations en découlant à l'égard de tous les États concernés ». Raisonement audacieux, qui tend à démontrer que le droit des minorités, y compris dans sa dimension internationale, est inséparable d'une dimension collective qui lui est consubstantielle. Qui, de surcroît, insiste sur la dualité identitaire du citoyen minoritaire, à laquelle s'attacheront, pour leur propre compte, les traités européens bilatéraux de bon voisinage ³. Cette idée porte en elle la dissociation de la nationalité et de la citoyenneté. De fait, selon Alain Pellet, « en orientant la réflexion dans cette direction, la Commission suggère une dissociation très remarquable entre la nationalité et la territorialité, certainement féconde pour l'avenir... » ⁴.

Le travail de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie n'est donc pas mince. En faisant du droit à l'autodétermination un droit à l'identité nationale des minorités et des peuples intégrés dans un État placé sous les auspices du *jus cogens*, elle aura fourni au droit des minorités le socle constitutif qui lui faisait défaut en droit international. Au reste, nous verrons ⁵ que le *Pacte de stabilité en Europe* – adopté à Paris les 20 et 21 mars 1995 – montre bien que cette construction est, pour l'essentiel, la bonne, même si un contexte régional est mieux à même de lui conférer l'effectivité qui fait présentement défaut à un droit international général des minorités. Sur ce plan, en effet, le génie intrinsèque des traités bilatéraux de bon voisinage inclus dans le Pacte, mettant en cela en pratique la « jurisprudence » de la Commission d'arbitrage, aura été d'associer étroitement la question de l'intangibilité des frontières et celle des minorités nationales. De fait, le nouveau statut germano-polonais des minorités, par

¹ Cf. *infra*, chap. 2 : « Vers un droit européen des minorités ? ».

² Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, t. I, 1927, p. 1-2.

³ Cf. *infra*, chap. 2 : « Vers un droit européen des minorités ? ».

⁴ Art. cité, p. 341.

⁵ Cf. *infra*, chap. 2 : « Vers un droit européen des minorités ? ».

exemple, apparaît au premier chef comme l'un des deux piliers d'un *package deal* diplomatique et politique, l'autre pilier étant l'intangibilité de la fameuse ligne Oder-Neisse. En dépit d'un certain flottement du gouvernement de la République fédérale allemande sur cette question, l'Allemagne réunifiée s'engagea solennellement à garantir la stabilité [p. 212] et l'intangibilité de sa frontière orientale par le traité « portant règlement définitif concernant l'Allemagne » du 12 septembre 1990. Ce traité avait donc pour objet principal de restaurer l'Allemagne dans la plénitude de sa souveraineté, en dissipant notamment toute équivoque quant à la délicate question des frontières. Il annonçait, à ce dernier propos, un prochain traité germano-polonais entérinant la ligne Oder-Neisse comme frontière entre les deux États. Ce traité sera effectivement conclu le 14 novembre 1990. C'est donc bien ce dernier texte qui aura lui-même ouvert la voie au second traité germano-polonais de juin 1991 portant notamment statut des minorités. Les autres traités de bon voisinage, pour ce qui les concerne, intègrent sans aucune exception ce schéma.

Encore faut-il que ce droit des minorités en passe de trouver son ancrage international puisse s'appuyer sur un corpus de normes de référence suffisamment étoffé. Or, sur ce plan, force est de constater que la mention faite par la Commission d'arbitrage des « conventions internationales en vigueur » relève d'abord de la profession de foi : à l'heure actuelle, le droit international général demeure trop marqué par l'assimilation du droit à l'autodétermination au droit à l'indépendance étatique pour prétendre offrir un véritable système juridique de défense et de protection minoritaire.

II | L'INSUFFISANCE DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX DE PROTECTION MINORITAIRE ¹

Le constat se déduit aisément de la seule consultation de l'index analytique des principaux manuels de droit international public : le mot minorité renvoie inmanquablement aux normes internationales de protection des droits de l'homme : aujourd'hui encore, les minorités ne sont guère appréhendées qu'à travers l'écran des droits de l'homme. Cela suffit à attester la difficulté à concevoir de véritables normes internationales de protection minoritaire.

[p. 213]

99 L'ÉCRAN DES DROITS DE L'HOMME : OPACITÉ OU TRANSPARENCE ? – Il serait fastidieux et inutilement répétitif de réitérer la liste des principaux textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, d'autant plus que ceux-ci

¹ Seuls seront évoqués ici les instruments à vocation universelle, le système européen méritant un examen à part au titre des instruments de portée régionale (*infra*, chap. 2).

n'appréhendent le phénomène minoritaire qu'au principal regard des principes d'égalité et de non discrimination, ainsi promus au rang de véritables standards. Dans la mesure, en effet, où tout système de protection des peuples et des minorités nationales se heurte à la nécessité de préserver l'intégrité de l'État et d'éviter, par conséquent, le séparatisme, la non discrimination et l'égalité tendent à devenir les conditions préalables pour l'application de mesures spéciales en faveur des personnes appartenant à de telles communautés infranationales. C'est d'ailleurs ce que constatait très précisément le rapporteur spécial pour les problèmes de minorités, désigné en 1971 par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités des Nations Unies, le P^r Francesco Capotorti : « Surtout du fait que les différences entre les groupes ethniques sont dans la plupart des cas profondément enracinées, la manifestation d'un esprit de tolérance et l'application rigoureuse des principes d'égalité et de non discrimination sont des conditions indispensables pour maintenir l'unité politique et spirituelle des États intéressés et créer un climat de compréhension et de relations harmonieuses entre les différentes composantes de la société, dans un pays caractérisé par la diversité des ethnies, des religions et des langues. »¹ C'est, d'ailleurs, au niveau constitutionnel que les deux principes sont le mieux à même de produire leurs effets, puisqu'il s'agit d'éviter que l'éventuelle reconnaissance du droit à la différence ne vienne contrarier l'impérieuse construction de l'unité nationale.

Encore faut-il que les deux principes considérés puissent être constitutifs d'un véritable statut légal au profit de ceux auxquels ils s'adressent. Autrement dit et pour nous situer sur le seul terrain du droit positif, « on ne peut parler de façon utile de "droit de l'homme" que là où une règle reconnaît à un particulier un droit subjectif qu'il puisse opposer à l'État et éventuellement à d'autres particuliers, soit [p. 214] pour en demander à titre principal le respect, par la voie d'actions devant les organes administratifs de l'État, ou par celle d'actions ou d'exceptions devant ses organes juridictionnels, soit à titre subsidiaire pour obtenir la réparation du tort qui lui a été causé du fait de sa violation »². Force est alors de constater que ni les instruments non conventionnels – à l'exemple de la Déclaration universelle de 1948 et autres *Déclarations* adoptées principalement par l'Assemblée générale des Nations Unies – ni les actes conventionnels énonçant des droits dont les titulaires ne sont pas spécifiés (droits des peuples ou droit à (la paix, le développement, etc.) ne sont en mesure de satisfaire à cette condition. Par contre, il en va différemment des droits évoqués par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966³, et des traités s'attachant à prohiber une discrimination

¹ F. Capotorti, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Nations Unies, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, trentième session, 1977, E/CN4/sub.2/384/Add. I, 24 juin, p. 51.

² J. Combacau, *Droit international public*, op. cit., p. 385.

³ A/Rés. 2200 (21).

spéciale, comme par exemple la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* du 21 décembre 1965¹, voire des conventions internationales du travail et, *a fortiori*, du système de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles additionnels.

S'agissant plus précisément des minorités, cette dernière approche recèle indéniablement des aspects positifs : il est vain, en effet, de désigner collectivement un groupe dès lors que celui-ci n'apparaît pas d'abord comme un sujet de droit. À l'inverse, l'appréhension de la question minoritaire par le truchement des droits de l'homme – rendue par la périphrase *les personnes appartenant à des minorités nationales* – présente l'immense avantage d'identifier les individus considérés et, partant, de leur attribuer les droits subjectifs correspondant à cette désignation. Tel est bien l'objet de l'article 27 du pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, sans pour autant rompre avec la thématique universalisante des droits de l'homme, s'efforce de réintroduire la problématique minoritaire dans la pratique des Nations Unies : « 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 [p. 215] groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. » Ce faisant, cette disposition n'en révèle pas moins une contradiction fondamentale qu'un art consommé, en droit international, de la litote ne saurait vraiment dissimuler : on y apprend que l'homme ainsi informé par ses droits peut être aussi un *minoritaire*, c'est-à-dire une personne appartenant à une minorité. Mais cette qualité de minoritaire repose surtout sur le fait de partager avec d'autres certaines caractéristiques spécifiques, comme la culture, la langue ou la religion. Il y a donc nécessairement une dimension collective implicite dans ce fait même d'une désignation comme *minoritaire*. Si le droit à la différence minoritaire est reconnu comme un droit de l'homme, comment ne pas reconnaître par là même l'environnement collectif dans lequel il s'exerce et qui le justifie précisément, fût-ce au titre d'un droit de l'homme ? Il s'agit tout simplement de constater, avec le P^r Malinverni, que « les minorités ne sont pas uniquement une somme d'individus, mais représentent également un système de rapports entretenus entre eux »². À défaut de nier cette réalité, le raisonnement onusien ne peut en sortir qu'avec le secours de la casuistique.

Cette contradiction situe d'emblée la portée des droits effectivement reconnus aux minorités, plus précisément aux « personnes appartenant aux minorités ». Tout se passe comme si, en réalité, l'écran des droits de l'homme agissait comme un révélateur, au sens chimique du terme, des minorités à elles-mêmes. Mais l'image ainsi révélée n'étant jamais qu'un négatif, on comprendra aisément que l'article 27, à propos duquel la France fit une réserve en procédant à la ratification

¹ Celle-ci est entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

² Giorgio Malinverni, Le projet de convention pour la protection des minorités élaboré par la Commission européenne pour la démocratie par le droit, *RUDH*, 1991, p. 163.

du Pacte, le 25 janvier 1980, ait eu finalement pour effet d'exacerber l'attente des personnes concernées au lieu de contribuer à l'apaiser. Il reste alors à savoir si cette dernière attente aura pu véritablement se satisfaire de la sollicitude nouvelle manifestée par les Nations Unies envers le phénomène minoritaire depuis la *décommunisation*.

100 LA DÉCLARATION SUR LES DROITS DES PERSONNES APPARTENANT À DES MINORITÉS NATIONALES OU ETHNIQUES, RELIGIEUSES ET LINGUISTIQUES DU 18 DÉCEMBRE 1992. – Après pratiquement un demi-[p. 216] siècle de mûre réflexion, l'ONU se décida donc à franchir le pas et à entreprendre ce qu'elle s'était refusé à faire lors de la discussion de la Déclaration universelle des droits de l'homme, en repoussant, dans sa résolution du 10 décembre 1948, à propos du « sort des minorités », l'adoption d'une « solution uniforme de cette question complexe et délicate, qui revêt des aspects particuliers dans chaque État où elle se pose »¹. Il est vrai que les bouleversements induits par la disparition de l'Union soviétique et la montée subséquente du nationalisme ne pouvaient laisser l'ONU indifférente. À cela il faut ajouter l'activisme des organisations européennes et de la CSCE en matière de protection des minorités, qui l'aura d'autant plus stimulée.

La Déclaration procède directement de la réflexion d'un groupe de travail mis en place en 1978 par la Commission des droits de l'homme de l'ONU. Pendant de nombreuses années celui-ci se heurta à la question récurrente de la définition de la notion de minorité. C'est finalement en renonçant à une telle entreprise² qu'un projet de déclaration put enfin être adopté provisoirement, en février 1991, avant d'être inscrit à l'ordre du jour de la quarante-huitième session de la Commission des droits de l'homme (27 janvier-6 mars 1992) laquelle l'adopta par consensus le 21 février, avant de l'être à son tour par l'Assemblée générale le 18 décembre 1992 (rés. 47/135).

On situera d'emblée la portée juridique de ce texte en rappelant son caractère déclaratoire : la force normative de son ou ses énoncés est en réalité largement remise à la pratique des États : c'est d'ailleurs la raison principale pour laquelle ces derniers optent pour un tel instrument. Au demeurant, la Déclaration n'en reste pas moins fidèle à l'approche individualiste du Pacte de 1966, comme l'indique son propre intitulé. On doit donc la considérer plutôt comme une explicitation de ce dernier, justifiée par la montée en puissance des conflits liés aux minorités nationales, particulièrement après le reflux soviétique. Néanmoins, des concessions non négligeables sont consenties en faveur de droits collectifs, et c'est bien là que réside la véritable nouveauté de la Déclaration par rapport à la pratique antérieure des Nations Unies. Ainsi l'article premier impose-t-il aux États un devoir [p. 217] général de protection identitaire des minorités : « Les États

¹ N° 217 C (3); cf. Joseph Yacoub, *Genèse et évolution d'un concept, Confluences Méditerranée*, n° 4/1992, p. 16.

² Nous verrons que les organisations européennes ne pourront également obtenir d'accord sur une définition univoque.

protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse et linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité.» Le texte affirme ensuite le principe d'une participation « effective » des « personnes appartenant à des minorités » aux décisions nationales ou locales intéressant la vie du groupe (art. 2, § 3). Enfin, il est reconnu aux personnes appartenant à des minorités « le droit de créer et de gérer leurs propres associations » (art. 2, § 4). Le système de la Société des Nations lui-même n'était pas allé aussi loin dans la prise en compte de l'environnement collectif qui caractérise toute situation minoritaire, même si, comme le fait opportunément remarquer le P^r Decaux, « il était difficile aux États de refuser cette concession aux droits collectifs dans le cadre onusien, après l'avoir entérinée au sein de la CSCE »¹. C'est dire que ce texte de 1992 n'est pas sans intérêt : à défaut de constituer une véritable rupture avec la démarche nominaliste du Pacte de 1966, « il renouvelle, de façon positive, les bases théoriques du droit international sur la question »². Il reste que les États membres des Nations Unies n'auront pas manqué d'inscrire leurs propres prérogatives dans le texte même de la Déclaration : « Aucune des dispositions de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme autorisant une quelconque activité contraire aux buts et principes des Nations Unies, y compris à l'égalité souveraine, à l'intégrité territoriale et à l'indépendance politique des États » (art. 8, § 4). On se gardera bien, toutefois, d'en conclure qu'elle relève de la seule phraséologie. Car l'avancée précédemment relevée en matière de collectivisation de la dynamique minoritaire constitue, à bien des égards, un tournant au sein d'une organisation internationale à vocation universelle dominée par les susceptibilités des États et dont la marge de manœuvre est, pour cette raison, toujours très limitée.

Il reste que cette activité « normative » laborieuse, prudente et mesurée, n'épuise pas la contribution des Nations Unies au domaine minoritaire. La question de la définition de la notion de minorité [p. 218] nous offre ainsi l'occasion d'évoquer le travail considérable accompli par la Commission des droits de l'homme.

101 L'INTROUVABLE DÉFINITION DE LA NOTION DE MINORITÉ. – Cette question aura largement épuisé l'activité onusienne en la matière, et ceci dès 1946, date à laquelle fut créée, dès la première session tenue par la Commission des droits de l'homme, du 27 janvier au 10 février 1946, une Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, dont les experts la composant avaient pour tâche d'étudier la définition des concepts de minorité et de discrimination et de proposer des textes s'attachant à prévenir, de façon générique, toute forme de discrimination à l'encontre des groupes

¹ E. Decaux, Vers un nouveau droit des minorités nationales ? *GP*, 16-17 décembre 1994, p. 3.

² A. Fenet, Mutations internationales et protection des minorités, in *Mutations internationales et évolution des normes*, dir. Cao Huy Thuan et A. Fenet, art. cité, p. 53

minoritaires. Mais à cette époque, il n'était pas question d'instaurer un organisme exclusivement consacré à la protection des minorités. D'ailleurs, l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme avait provoqué une redéfinition du mandat de la Sous-Commission, dès 1949 : « Entreprendre des études, notamment à la lumière de la Déclaration universelle des droits de l'homme et adresser des recommandations à la Commission des droits de l'homme ayant trait à la lutte contre les mesures discriminatoires de toute espèce prises en violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, comme au sujet de la protection des minorités raciales, nationales, religieuses et linguistiques. » De fait et s'agissant plus spécialement des minorités, l'activité de la Sous-Commission s'orienta principalement vers un difficile travail conceptuel. Celui-ci finira par aboutir en 1977 avec le Rapport du P^r Francesco Capotorti, publié en 1979 : *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*. À la fois enquête exhaustive sur les situations minoritaires dans le monde, assortie d'une évocation des politiques gouvernementales à leur encontre, mais aussi œuvre conceptuelle, cette étude possède, à ce dernier titre, le mérite de délivrer une définition éclairante de la notion de minorité, entendue comme « un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État en position non dominante, dont les membres – ressortissants de l'État – possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique, des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent, même de façon implicite, un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs tradi-[p. 219] tions, leur religion ou leur langue ». Il est regrettable que cette définition n'ait pu faire l'objet, au sein de l'ONU, d'un accord général. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le texte de 1992 se garde bien de délivrer une quelconque définition de la notion de minorité. Néanmoins et eu égard à l'influence que celle-ci a exercée sur les tentatives européennes pour mieux cerner la notion¹, il est permis de se demander si la définition du P^r Capotorti n'a pas aujourd'hui acquis valeur coutumière, même si certains auteurs lui reprochent essentiellement d'exclure de son champ d'analyse les minorités nationales².

C'est notamment pour cette raison qu'il nous faut maintenant chercher du côté européen les tentatives les plus sérieuses pour construire un véritable droit des minorités.

Pour aller plus loin

¹ Cf. *infra*, Chap. 2, § 112.

² À l'exemple de Joseph Yacoub, in *Genèse et évolution d'un concept*, art. cité, p. 21.

102 LA PÉRIODE ANTÉRIEURE À 1945. – L'actualité de la question minoritaire au lendemain de la Première Guerre mondiale aura suscité en France de très nombreuses thèses de Doctorat en droit, soutenues entre 1920 et 1934. Celles-ci demeurent toujours la meilleure référence pour la période considérée, y compris la genèse du phénomène minoritaire. Parmi ces thèses, on recommandera tout particulièrement celle de Jacques Fouques Duparc, *La protection des minorités de race, de langue et de religion*, Paris, Dalloz, 1922, 369 p. ; et, s'agissant de la dialectique droits individuels, droits collectifs, l'ouvrage de Samuel Friedman, *Le problème des minorités ethniques et sa solution par l'autonomie et la personnification*, Toulouse, 1927, 196 p.

Le Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye inclut également plusieurs études sur la même question. La plus complète est celle d'André Mandelstam, *La protection des minorités*, 1923, 1, p. 363-519. Mention doit également être faite d'une analyse de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale en la matière : Nathan Feinberg, *La juridiction et la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale en matière de mandats et de minorités*, 1937, 1, p. 591-708.

De façon plus spécifique, la question minoritaire, s'agissant notamment des droits collectifs et du système de l'autonomie personnelle, prélude à l'avènement d'une forme étatique alternative à l'État-nation, l'État multinational, est indissociable des analyses suggérées par la pensée austro-marxiste, en particulier pour ce qui concerne l'interprétation du principe des nationalités. Le maître ouvrage d'Otto Bauer est désormais disponible dans une bonne traduction française : Otto Bauer, *La question des nationalités et la social-démocratie*, 1907, trad. franç. EDI-Arcantère/Guérin Littérature, Montréal et Paris, 1987, 2 vol., 594 p. Par contre, les œuvres du principal théoricien en la matière, le constitutionnaliste et sociologue du droit Karl Renner (1870-1950) ne sont accessibles qu'en langue allemande et n'ont encore jamais été rééditées depuis leur parution. On se reportera plus particulièrement à [p. 220] l'ouvrage paru l'année même du démembrement de l'Empire austro-hongrois : Karl Renner, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen (Le droit à l'autodétermination des nations)*, Leipzig und Wien, Deuticke, 1918, 293 p. ; son dernier ouvrage, paru à titre posthume, comporte une analyse des traités de minorités de 1919-1920, d'autant plus intéressante que son auteur, premier chancelier de la toute nouvelle République autrichienne, représenta son pays lors des négociations de Versailles : Karl Renner, *Die Nation, Mythos und Wirklichkeit (La nation, mythe et réalité)*, Wien, Europa Verlag, 1964, 138 p. Pour une présentation facilement accessible des idées de Karl Renner, on pourra se reporter à : Stéphane Pierré-Caps, Karl Renner et l'État multinational. Contribution juridique à la solution d'imbroglios politiques contemporains, *Droit et Société*, n° 27/1994, p. 421-441.

Les thèses défendues par Karl Renner auront exercé une profonde influence sur les populations juives d'Europe centrale et orientale et de Russie, que certains chefs sociaux-démocrates s'approprièrent. Pour une analyse exhaustive des affrontements idéologiques qui divisèrent le mouvement juif à cette époque, notamment le sionisme de Theodor Herzl et les adeptes de l'autonomie personnelle, il est nécessaire de consulter le livre d'Henri Minczeles, *Histoire générale du Bund*, un mouvement révolutionnaire juif Paris, Éditions Austral, 1995, 526 p.

103 APRÈS 1945. – Outre les documents publiés par les Nations Unies, notamment la Commission des droits de l'homme, l'ouvrage de référence est incontestablement celui de Isse Omanga Bokatola, *L'organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 291 p. Très complet, celui-ci ne se contente pas de décrire les actions menées par l'ONU depuis 1945, aussi bien sur le plan normatif que cognitif, il s'attache aussi à l'évocation de la problématique minoritaire sous l'angle des droits collectifs. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques, a fait l'objet d'un commentaire du même auteur in *RGDIP*, 1993, p. 745-765. Une première tentative de réévaluation des problèmes soulevés par les minorités à la lumière des

événements survenus en Europe depuis 1989 a été menée par le P^r Marc Gjidara, Cadres juridiques et règles applicables aux problèmes européens de minorités, AFDI, 1991, p. 349-386.

Les avis de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie ont fait l'objet d'un commentaire du P^r Alain Pellet, *Note sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie*, AFDI, 1991, p. 329-348, notamment sous l'angle du droit à l'autodétermination.

Dans cette dernière hypothèse, le concept de peuple et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes doivent beaucoup aux travaux du P^r Charles Chaumont. On trouvera une analyse complète de cette problématique et des controverses auxquelles elle a donné lieu dans les Mélanges offerts à Charles Chaumont, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Paris, Pedone, 1984, 595 p. Cf. aussi les *Actes des Secondes et Troisièmes Rencontres de Reims* consacrées à la notion de peuple en droit international et dans le prolongement des thèses de Charles Chaumont, in *Réalités du droit international contemporains* (1), Centre d'études des relations internationales, Faculté de droit de Reims, 2^e tirage, 1980, p. 117 et s. ; dans le même sens la place du concept de peuple en droit international a été minutieusement analysée par : Deniz Akcay, *Le rôle de la notion de peuple dans l'évolution des concepts du droit international*, thèse Droit, Nancy 2, 1982, 567 p.

Enfin on ne saurait oublier la littérature et la doctrine anglo-saxonne, extrêmement abondantes sur cette question minoritaire. On mentionnera tout particulièrement les contributions rassemblées par Catherine Brölmann, René Lefeber et Marjoleine Zieck, *Peoples and minorities in International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, 364 p. ; également : Yoram Dinstein et Mala Tabory (dir.), *The protection of minorities and human rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, 537 p.

[p. 221]

Chapitre 2

Vers un droit européen des minorités ? ¹

[Retour au sommaire](#)

104 REPENSER LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION. – La question de la formation d'un droit européen des minorités amène à s'interroger, avant toute autre considération, sur son champ d'application. Cela s'entend de la construction d'un espace juridiquement défini au sein duquel le droit européen des minorités pourrait être amené à produire ses effets. Or, le chapitre précédent nous aura enseigné que cette construction est en soi problématique ², dans la mesure où elle met en cause deux principes fondamentaux du droit international contemporain : le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, notamment évoqué par les résolutions 1514 (15) et 2625 (25), et l'intégrité territoriale de l'État (art. 2, § 4 de la Charte des Nations Unies). C'est en procédant à une véritable réévaluation de ces deux principes que le droit européen des minorités pourra réellement accéder à l'existence. Ce processus est aujourd'hui à l'œuvre, si du moins l'on en juge par la nouvelle doctrine du droit à l'autodétermination qu'aura énoncée la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie. Toutefois, le contexte conflictuel dans lequel cette dernière est intervenue situe par là même les limites de l'exercice. Il importe de rappeler ici fortement qu'une telle entreprise n'a de chance d'être menée à bien que si elle se déroule dans une Europe pacifiée, en profond accord avec ces droits de l'homme sur [p. 222] le fondement desquels elle entend promouvoir le rapprochement des nations qui la composent.

¹ La problématique qui suit a fait l'objet d'un article publié dans *l'Annuaire français de droit international*, 1994, sous le titre « Peut-on parler actuellement d'un droit européen des minorités ? » ; elle est ici reprise, pour l'essentiel, avec l'aimable autorisation de M. Daniel Vignes.

² Cf. chap. 1 : « La question des minorités en droit international », § 97 et 98.

Cette dernière considération justifie l'évocation, à titre préalable, des actions accomplies par les organisations et les chancelleries européennes face à la résurgence de la question minoritaire sur notre continent. Ainsi sera mieux défini le cadre d'ensemble dans lequel est susceptible de s'inscrire un éventuel droit européen des minorités.

Section I

Les organisations européennes et les minorités

[Retour au sommaire](#)

105 LA CONFÉRENCE DE PARIS POUR LA STABILITÉ EN EUROPE. – Les 20 et 21 mars 1995, les ministres des Affaires étrangères et les représentants des 52 États de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)¹ se réunissaient à Paris pour adopter le Pacte sur la stabilité en Europe. Officiellement qualifiée d'« exercice de diplomatie préventive », la *Conférence sur la stabilité en Europe*, imaginée en 1993 par le Premier ministre français et relayée par l'Union européenne, avait pour principal objectif d'inciter les États d'Europe centrale et orientale à lier la solution de leurs problèmes de minorités, là où ils se posent, à l'intangibilité des frontières établies. Cette exhortation était de surcroît présentée comme le point de passage obligé à une éventuelle adhésion des pays concernés à l'Union européenne, voire à l'OTAN. Elle se proposait de recourir à cette fin à la formule juridique de l'accord bilatéral dit *de bon voisinage*, appelée à se généraliser pour mieux tisser l'espace centre-européen d'un réseau dense d'engagements réciproquement garantis. Au reste, le Pacte de stabilité se présente sous la forme d'une déclaration à caractère politique et d'une liste des accords bilatéraux souscrits au jour de son adoption. Il comporte également en annexe une liste non exhaustive de mesures d'accompagnement qui apparaissent comme autant [p. 223] d'actions de prévention et de mesures de confiance s'inscrivant, pour la plupart, sous l'égide d'une coopération transfrontalière multiforme.

À bien des égards et même si, selon les propos du Premier ministre français, M. Édouard Balladur, tenus lors de son discours d'ouverture de la Conférence de Paris, « le Pacte de stabilité n'est pas figé », ce dernier n'en constitue pas moins le point d'orgue d'un mouvement né avec l'effondrement, en 1989, des régimes communistes en Europe centrale et orientale. Ce mouvement s'est notamment traduit, par un effet quasi mécanique de l'implosion de la Yougoslavie dessinée par Tito, par un retour en force de la question des minorités nationales. Occultée, comme l'on sait, par l'adhésion initiale des Nations Unies au discours des droits de l'homme, anesthésiée par la phraséologie soviétique, la question minoritaire, de la

¹ L'OSCE compte en réalité 53 membres, mais la Fédération yougoslave, désormais réduite à la Serbie et au Monténégro, n'avait pas été invitée à la Conférence de Paris, en raison des sanctions internationales qui l'affectaient.

Baltique à l'Adriatique, se nourrit de la quête d'une identité dévastée et constitue le support d'un nationalisme virulent. Rien ne semble avoir vraiment changé depuis la vaine tentative menée sous l'égide de la Société des Nations en vue de construire un système cohérent de protection internationale des minorités, un véritable droit international des minorités.

De fait, et sous la crainte d'un embrasement généralisé de l'espace centre-européen que les guerres yougoslaves paraissaient préfigurer, l'on devait assister, jusqu'à l'automne 1993, à une activité aussi intense que brouillonne déployée par la galaxie des organisations internationales d'Europe tendant à la promotion ambitieuse d'un droit de protection et d'assistance minoritaire. Cette activité devait mobiliser de manière concomitante et, parfois, concurrente, aussi bien la Communauté européenne que la CSCE ou le Conseil de l'Europe. À cet activisme devait succéder une période plus empreinte de réalisme, plus efficace aussi, si l'on en juge par les perspectives ouvertes par le Pacte de stabilité.

I | 1989-1993 OU LE TEMPS DE L'ACTIVISME

106 L'UNION EUROPÉENNE FACE AUX MINORITÉS : DE NOUVELLES PERSPECTIVES. – À l'heure actuelle, les questions minoritaires ne rentrent pas dans le champ des compétences communautaires : les [p. 224] articles liminaires du traité de Rome montrent bien que le but de ses rédacteurs était avant tout d'organiser la coopération économique entre les États membres de la nouvelle Communauté, non pas de leur substituer un quelconque État national européen, ce qui exclut d'emblée l'existence, à ce niveau communautaire, de *minorités nationales* ès qualités. À cet égard, la référence aux « peuples européens », selon le préambule du traité CEE, ne vise rien d'autre que les peuples des États membres.

Ces considérations permettent, de surcroît, de situer à son exacte dimension l'invocation d'une *Europe des régions* qui se liguerait aux instances communautaires supranationales pour mieux prendre en tenaille l'État-nation. Le renforcement de la coopération intergouvernementale, que traduit l'institutionnalisation du Conseil Européen au sein du traité de Maastricht, montre bien que l'instance étatique est plus que jamais l'interlocuteur national privilégié. Et si ce dernier est amené à associer des échelons infranationaux au système décisionnel communautaire, cela tient exclusivement à une contrainte constitutionnelle que lui dicte la forme qu'il aura lui même adoptée – État fédéral (Allemagne, Autriche, Belgique) ou régional (Italie), voire *autonominique* (Espagne). Les États membres sont au demeurant soucieux de ne pas laisser s'institutionnaliser des rapports directs entre échelons régionaux et communautaire.

La création d'un *Comité des régions* par l'article 198-a du traité de Maastricht ne change rien à l'affaire. Dans son acception communautaire, la notion de région

est générique, elle recouvre aussi bien une réalité étatique, comme le *Land* allemand, institutionnelle, comme la région italienne, voire nationalitaire comme la Catalogne ou la Wallonie. Concept communautaire, la région est une réalité dont la qualification relève du seul ressort du droit constitutionnel national, même si le nouvel article 128 du traité CEE prend soin de préciser que « la Communauté contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale... ». Dans ces conditions, on ne sera guère étonné de constater le caractère embryonnaire du soutien communautaire aux dites cultures régionales, en dépit des tentatives du Parlement européen pour inciter les États membres et la Communauté à asseoir sur l'article 128, en liaison avec la Charte pour les langues régionales ou minoritaires du Conseil de l'Europe, le principe d'une reconnaissance [p. 225] des minorités linguistiques ¹. Tout au plus prend-il la forme d'un soutien financier aux langues régionales et minoritaires par le truchement du *Bureau européen pour les langues les moins répandues*. Cet organisme indépendant, dont le statut est celui d'une association sans but lucratif de droit irlandais, a son Bureau à Dublin ; il est dirigé par un conseil comprenant des représentants de dix comités des États membres ², en majorité bénévoles. Et c'est sur le seul fondement juridique des résolutions du Parlement européen que la Commission gère depuis 1983, une ligne budgétaire annuelle octroyée à l'Union européenne en faveur des langues et cultures indigènes moins répandues.

Ces considérations rendent d'autant plus paradoxales les initiatives communautaires récentes en faveur des minorités. Outre l'institution de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie, celles-ci auront pris la forme d'une clause conditionnelle tenant au respect des droits de l'homme et des minorités – tels qu'évoqués par les documents de la CSCE – dans le développement des relations conventionnelles de la Communauté européenne avec les États d'Europe centrale et orientale. Cette clause participe du principe de la *reconnaissance conditionnelle*, bien connue de la pratique internationale et qui « consiste, de la part de l'État qui reconnaît, à subordonner l'octroi ou le retrait de sa reconnaissance à la réalisation de conditions autres que celles qui résultent de situations objectives » ³. C'est ce principe, s'agissant notamment de la garantie des droits des minorités et de l'intangibilité des frontières, qui inspire les *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe de l'Est et en Union soviétique* ⁴ (16 décembre 1991) définies par la Communauté et ses États membres. À l'origine instrument de diplomatie pure, ce principe s'est aujourd'hui transformé en cette *clause de conditionnalité* insérée dans les *accords européens* conclus par la Communauté avec les États de la région considérée. Du point de vue communautaire, il y a là un changement qualitatif qui doit être apprécié dans la perspective de l'adhésion, à moyen terme, de certains États d'Europe centrale, lorsque l'on sait que les dispositions commerciales de ces accords relèvent de la

¹ Cf. Résolution Killilea sur les minorités linguistiques et culturelles du 9 février 1994.

² Un de ces comités fonctionne en France.

³ Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 532.

⁴ Bulletin CE, 1991/12, p. 119.

compétence à part entière de la Commu-[p. 226] nauté au titre du *premier pilier*, ce qui n'est pas le cas de la politique étrangère.

107 L'« APPROCHE CSCE »¹. – Pour sa part, la CSCE s'était préoccupée, dès l'acte final de la Conférence d'Helsinki de 1975, d'exprimer une sollicitude minimale envers les minorités nationales, ceci à l'initiative de la Yougoslavie ! Depuis l'institutionnalisation de la protection des droits de l'homme par le mécanisme de la dimension humaine et au fil des conférences destinées à évaluer le suivi, la CSCE n'aura cessé d'affermir cette sensibilité minoritaire, exprimée par le rapport de la réunion d'experts de la CSCE sur les minorités nationales adopté à Genève le 19 juillet 1991². Ce texte s'inscrit sous le double signe du « relativisme » – tous les États membres de la CSCE ne sont pas également confrontés à l'existence de minorités nationales – et de l'« individualisme » – les minorités nationales ne sont pas reconnues en tant que telles ; il est donc « caractérisé par une grande souplesse qui tient compte de la diversité des expériences nationales »³. Faute de trouver ainsi un dénominateur commun entre des États se réclamant de modèles constitutionnels opposés d'organisation des identités collectives, la CSCE courait le risque de s'enfermer dans une rhétorique incantatoire. À cet égard et sous l'effet des événements yougoslaves du printemps précédent, les décisions adoptées par la réunion d'Helsinki, en juillet 1992, s'efforceront d'inscrire désormais la question minoritaire au sein de la CSCE sous l'angle de la prévention des conflits. En témoigne la création d'un *Haut-Commissariat pour les minorités nationales*, sorte de vigile international ayant pour fonction de déclencher, le plus tôt possible, un signal d'alerte lorsque apparaissent des tensions impliquant des minorités nationales et annonciatrices d'un conflit susceptible d'affecter les relations entre États et, plus largement, la paix en Europe. Dans ce cadre, le haut-commissaire est autorisé à s'informer sur les situations collectives touchant les minorités nationales, et ce de la manière la plus large, y compris par des enquêtes sur le terrain. Il peut aussi proposer aux protagonistes ses bons offices et, par conséquent, entreprendre une démarche [p. 227] conciliatrice. Cette action s'est trouvée renforcée par la création d'une *Cour de conciliation et d'arbitrage de la CSCE*, sur la base d'une Convention adoptée à Stockholm le 15 décembre 1992 avec l'actif appui des États centre-européens⁴. D'aucuns n'ont d'ailleurs pas hésité à voir dans ce dernier texte « une Convention paneuropéenne sur la solution pacifique des différends »⁵.

¹ Cf. V.-Y. Ghebali, La CSCE et la question des minorités nationales, in *L'Europe centrale et ses minorités : vers une solution européenne ?* dir. A. Liebich et A. Reszler, Paris, PUF, 1993, p. 51-72.

² Le texte intégral est notamment reproduit in *RUDH*, 1991, p. 517-521.

³ E. Decaux, Vers un nouveau droit des minorités nationales ?, *GP*, 16-17 décembre 1994, p. 3.

⁴ La Convention de Stockholm est entrée en vigueur le 5 décembre 1994.

⁵ Luigi Ferrari-Bravo, Difficultés et perspectives de la nouvelle Europe, in *La CSCE : dimension humaine et règlement des différends*, dir. Emmanuel Decaux et Linos-Alexandre Sicilianos, Paris, Montchrestien, 1993, p. 21.

108 LA NOUVELLE VOCATION DU CONSEIL DE L'EUROPE. – De son côté, le Conseil de l'Europe, légitimement soucieux d'affirmer sa vocation à devenir le pôle de rapprochement d'une Europe enfin rendue à elle-même, n'allait pas manquer d'utiliser son expérience normative pour tenter de promouvoir un instrument juridique propre à la protection des minorités. Cet objectif allait donner lieu à une action diversifiée et extrêmement vigoureuse, où les diverses instances de l'organisation de Strasbourg rivalisèrent d'ardeur. Jusqu'à l'automne 1993, en effet, deux textes se firent concurrence au sein même du Conseil de l'Europe : le premier – un projet de convention pour la protection des minorités – avait été mis au point, dès 1991, par la *Commission européenne pour la démocratie par le droit*, dite aussi *Commission de Venise*, son lieu de création et de réunion habituel. Organisme consultatif composé d'experts indépendants, quoique désignés par les États membres, celle-ci a pour fonction principale l'expertise constitutionnelle au profit des États de l'Europe centrale et orientale. C'est donc dans le cadre de cette mission que la Commission de Venise a pu présenter son projet de convention spéciale, lequel demeura en l'état. Car et en dépit d'une tonalité très mesurée, le texte allait au-delà de ce que les États européens sont disposés à admettre en matière de protection internationale des minorités. D'abord en délivrant, fait unique en droit international, une définition de la notion de minorité ; ensuite en situant le phénomène minoritaire dans sa dimension collective, suggérant ainsi un autre type de rapport entre l'État et la nation que celui traditionnellement délivré par l'État national ¹.

[p. 228]

Le second texte fut élaboré par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui l'adopta le 1^{er} février 1993 (Recommandation 1201) ². Conçu non pas comme une convention spécifique aux minorités, mais un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et axé sur les droits individuels, il se voulait donc plus réaliste. En fait, les États membres du Conseil de l'Europe allaient s'enliser dans une querelle dilatoire sur la meilleure procédure à utiliser pour protéger efficacement les minorités : convention séparée, éventuellement ouverte à la signature des États non membres du Conseil de l'Europe, ou bien protocole additionnel. La question ne sera vraiment tranchée qu'à l'occasion du Sommet de Vienne des chefs d'État et de gouvernement des États membres du Conseil de l'Europe, en octobre 1993. Il faut dire qu'entre-temps l'intérêt des États pour le phénomène minoritaire avait faibli, dès lors que les conflits dont il était porteur demeuraient à peu près circonscrits à l'espace yougoslave.

¹ Cf. G. Malinverni, Le projet de Convention pour la protection des minorités élaboré par la Commission européenne pour la démocratie par le droit, *RUDH*, 1991, p. 157-165.

² Texte in *RUDH*, 1993 p 189-192 avec une introduction de Heinrich Klebes, p. 184-189.

De fait, le seul résultat tangible – et partiel – de l'action normative du Conseil de l'Europe en vue de la protection des minorités nationales au cours de la période 1989-1993 reste la *Charte des langues régionales ou minoritaires*. Ouverte à la signature des États membres et non membres du Conseil de l'Europe le 5 novembre 1992¹, ce texte ne se contente pas de protéger les langues régionales ou minoritaires, mais il s'efforce aussi de les promouvoir en leur délivrant un soutien effectif dans l'enseignement, l'administration à tous les niveaux, la vie économique, sociale et culturelle. Même s'il ne s'attache pas au phénomène minoritaire en tant que tel, ce n'est pas son objet, il pourrait sans nul doute contribuer à préserver la situation des minorités linguistiques, celles dont l'identité se ramène tout entière à l'usage d'une langue propre. D'une manière plus générale, la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires s'efforce d'établir un *modus vivendi* entre langues officielles et langue régionales et minoritaires en favorisant une approche transnationale et multilingue respectueuse de la place de chacune.

[p. 229]

II | LE PACTE DE STABILITÉ POUR L'EUROPE OU LE TEMPS DU RÉALISME

109 LES ORIENTATIONS DU SOMMET DE VIENNE. – Ce maigre bilan d'une activité soutenue mais peu cohérente aura sans nul doute incité les protagonistes du Sommet de Vienne à impulser une dynamique nouvelle en la matière. S'il s'agit toujours de « souscrire des engagements politiques et juridiques relatifs à la protection des minorités nationales en Europe »², le Comité des ministres du Conseil de l'Europe se voit confier à cette fin et de manière précise un quadruple mandat : 1 / rédiger à bref délai une *convention-cadre* consacrant le principe d'une protection des minorités nationales ; 2 / élaborer un *protocole additionnel* à la Convention européenne des droits de l'homme consacrant des droits individuels dans le domaine culturel ; 3 / adopter des *mesures de confiance* de nature à accroître la tolérance et la compréhension entre les peuples ; 4 / fournir toute

¹ Au 11 avril 1995, 13 États ont signé la Charte (Autriche, Chypre, Danemark, Finlande, Allemagne, Hongrie, Liechtenstein, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Norvège, Espagne, Suisse) tandis que 2 seulement l'ont ratifiée : la Finlande et la Norvège (il faut au minimum 5 ratifications pour son entrée en vigueur). Texte in *RUDH*, 1995, p. 189-194.

² Pour mieux marquer leur résolution en ce sens, les chefs d'État et de gouvernement ont précisé dans une annexe à la Déclaration de Vienne leur philosophie : « Les minorités nationales que les bouleversements de l'histoire ont établies en Europe doivent être protégées et respectées afin de contribuer ainsi à la stabilité et à la paix. Dans cette Europe que nous voulons bâtir, il faut répondre à ce défi : assurer la protection des droits des personnes appartenant à des minorités nationales au sein d'un État de droit, dans le respect de l'intégrité territoriale et de la souveraineté nationale des États. À ces conditions, ces minorités apporteront une précieuse contribution à la vie de nos sociétés. »

l'assistance sollicitée pour la négociation et la mise en œuvre de traités intéressant les minorités nationales ainsi que d'accords de coopération transfrontalière.

L'accent ainsi porté sur l'amélioration des relations de voisinage rejoint la logique intrinsèque du Pacte de stabilité et justifie la participation spécifique du Conseil de l'Europe à ce dernier au titre des mesures d'accompagnement. Quant à l'action normative proprement dite, le Conseil de l'Europe n'aura guère tardé à s'acquitter d'une partie de la tâche qui lui fut ainsi confiée à Vienne. Le 10 novembre 1994, en effet, le Comité des ministres adoptait la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, ouverte à la signature à compter du 1^{er} février 1995¹. Bien que figurant avant tout [p. 230] exclusivement un « code de bonne conduite »², sous forme de principes généraux – empruntés pour l'essentiel à la Déclaration de Vienne du 9 octobre 1993 et aux documents de la CSCE – remis à la discrétion des États qui voudront bien ratifier le texte de la Convention, ce dernier n'en a pas moins suscité de fortes réactions de rejet, particulièrement en France. L'objectif de ce texte était bien de rassembler dans un cadre unique des éléments figurant jusque là dans des documents épars. C'est la raison pour laquelle il se donne pour ambition de devenir le document paneuropéen de référence en matière de protection minoritaire, même s'il se garde prudemment de conférer aux normes qu'il contient une dimension autre que *programmatoire*. Au reste, les droits que les États voudront bien reconnaître aux « personnes appartenant aux minorités nationales » sur la base des indications de la Convention ne sont pas justiciables : cette dernière se trouve exclue de la compétence d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme. Quant au projet de protocole additionnel, également annoncé par la Déclaration de Vienne et qui devrait être parachevé dans un avenir proche, il comportera exclusivement l'énoncé de droits individuels dans le domaine culturel. Même si l'objet de ce dernier texte peut paraître bien restreint, son principal intérêt réside toutefois dans son rattachement au mécanisme de garantie juridictionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme.

110 LE PACTE DE STABILITÉ, CREUSET DU DROIT EUROPÉEN DES MINORITÉS. – Seulement, cette contribution normative spécifique du Conseil de l'Europe à la protection des minorités nationales est appelée à s'intégrer au dispositif plus vaste que constitue désormais le Pacte de stabilité. D'ailleurs, le § 7 de la Déclaration politique du Pacte vise explicitement « les traités et conventions pertinents du Conseil de l'Europe, y compris la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales de 1994 ». Celui-ci se veut, au demeurant,

¹ La Convention-cadre a d'ores et déjà été signée par 22 États ; aucune ratification n'a pour l'instant été effectuée, alors que son entrée en vigueur est subordonnée à l'obtention d'au moins 12 ratifications. Texte in *RUDH*, 1995, p. 165-187, avec une Introduction de H. Klebes.

² Marcel Scotto, Pour régler les situations difficiles dans les anciennes démocraties populaires, le Conseil de l'Europe adopte une Convention-cadre sur la protection des minorités nationales, *Le Monde*, 14 novembre 1994.

« une référence politique essentielle pour développer les relations entre les nations de l'Europe tout entière »¹. À ce titre, [p. 231] l'approfondissement par les États participants de leurs relations de bon voisinage, raison d'être du Pacte de laquelle participent les questions se rapportant aux minorités nationales, explique par là même sa vocation à focaliser aussi bien les acquis des organisations européennes que les accords bilatéraux conclus entre les États intéressés.

Dans le premier cas, c'est à une CSCE progressivement institutionnalisée que les participants à la Conférence de Paris auront confié le suivi de la mise en œuvre du Pacte. Au départ simple processus d'accompagnement diplomatique, aujourd'hui dotée d'une assemblée parlementaire et d'un secrétariat et devenue OSCE depuis le 1^{er} janvier 1995, elle fonctionne désormais comme une instance d'expertise des situations de crise, par l'observation géopolitique, la recherche des faits et la proposition de solutions concrètes, inscrivant son action dans le cadre de la diplomatie préventive².

Dans le second cas, le Pacte de stabilité n'est pas sans présenter, ne serait-ce qu'au plan formel, d'indéniables ressemblances avec l'Acte final des Congrès du XIX^e siècle, et d'abord du Congrès de Vienne du 9 juin 1815, rassemblant en un instrument unique à caractère collectif un « *faisceau* de traités bilatéraux parallèles »³ que rapproche leur identité d'objet : garantir l'intangibilité des frontières des États concernés tout en conférant un statut juridique adéquat aux minorités nationales qu'ils abritent.

Cet instrument à la fois original et éprouvé, qui combine l'acquis politique, diplomatique et normatif des organisations européennes avec la technique des « traités bilatéraux à parties multiples »⁴, qui entend œuvrer de façon dynamique au niveau préventif et normatif, est-il au principe d'un véritable *droit européen des minorités* ? Peut-on imaginer qu'il réussisse là où la Société des Nations a tragiquement échoué ? La réponse à cette question requiert au préalable le choix d'une méthode : il ne s'agira pas ici de procéder une nouvelle fois à un état des sources d'un possible droit européen des minori-[p. 232] tés, mais de rechercher, à partir des sources ci-dessus évoquées et qui convergent désormais au sein du Pacte de stabilité, les éléments matériels susceptibles de concourir à la formation d'un tel droit.

Toutefois et après avoir découvert – en procédant à une réévaluation du droit à l'autodétermination⁵ – l'espace où pourrait s'inscrire ce droit européen des

¹ § 12 de la Déclaration politique du Pacte.

² L'article 27 de la Décision du Sommet de Budapest (5 décembre 1994) relative au renforcement de l'OSCE précise qu'« en tant que cadre global de sécurité, l'OSCE sera prête à recevoir et à conserver les arrangements et les accords bilatéraux et multilatéraux librement négociés et à en suivre l'application si les parties le demandent » ; cette disposition est aussi citée au § 13 de la Déclaration politique du Pacte.

³ Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, p. 160.

⁴ Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, p. 161.

⁵ Cf. *supra*, chap. 1.

minorités, il importe au préalable de s'attacher à l'évocation de son objet. Autrement dit, qu'est-ce qu'une minorité ? En quoi se distingue-t-elle, le cas échéant, d'un peuple au sens du droit international ? Sur ce plan, il faut bien constater que les textes européens auront choisi de répondre à cette question par prétérition.

Section II

Un objet volontairement indéterminé : le problème de la définition de la notion de minorité

[Retour au sommaire](#)

111 L'IMPOSSIBLE ACCORD. – Qu'est-ce qu'une minorité, voire, si l'on veut être plus précis, une minorité nationale ? L'on conviendra aisément que cette question de qualification de la notion de minorité revêt une importance considérable au regard du droit à l'autodétermination, préalablement restitué dans toutes ses implications. Il importe également qu'un corpus juridique en émergence se voit au moins attribuer un objet clairement désigné, que les titulaires des droits qu'il entend garantir soient bien identifiables. Tel n'est pas le cas du droit européen des minorités qui, faute d'obtenir un accord minimal sur son objet propre, s'est réfugié dans l'indétermination. C'est, du moins, ce qui ressortit des travaux des organisations internationales, sauf à adopter une démarche impressionniste à l'exemple des traités de bon voisinage.

[p. 233]

I | L'ÉCHEC DES TENTATIVES DE DÉFINITIONS AU SEIN DU CONSEIL DE L'EUROPE

112 DÉFINIR OU NE PAS DÉFINIR ? – Les premiers textes conçus lors de la période activiste du Conseil de l'Europe avaient pourtant abordé de front ce difficile problème conceptuel. Ainsi, l'article 2, § 1, du projet de convention pour la protection des minorités, élaboré par la Commission européenne pour la démocratie par le droit en 1991, disposait : « Aux fins de la présente Convention, le terme "minorité" désigne 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, religieuses ou linguistiques différentes du reste de la population et sont animés de la volonté de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue. » Et de préciser que « l'appartenance à une minorité est une question relevant d'un choix personnel » (art. 2, § 3),

reprenant en cela la première phrase du § 32 de la Déclaration de Copenhague de la CSCE du 29 juin 1990.

Dans le cadre d'un rapport numérique qui pose inmanquablement le problème de la détermination de son seuil, la notion de minorité ainsi évoquée résulte de la combinaison de facteurs objectifs et subjectifs. Cette combinaison formait déjà l'essentiel de la première définition de la notion de minorité qui fût délivrée en droit international, celle de l'avis consultatif de la CPJI du 31 juillet 1930, relatif à l'émigration des communautés gréco-bulgares : « Le critérium de la notion de communauté ¹ au sens des articles de la Convention [du 27 novembre 1919, conclue entre la Bulgarie et la Grèce] est l'existence d'une collectivité de personnes vivant dans un pays ou une localité donnés, ayant une race, une religion, une langue et des traditions qui leur sont propres, et unies par l'identité de cette race, de cette religion, de cette langue et de ces traditions dans un sentiment de solidarité, à l'effet de conserver leurs traditions, de maintenir leur culte, d'assurer l'instruction et l'éducation de leurs enfants conformément [p. 234] au génie de leur race et de s'assister mutuellement. » ² Même s'inscrivant dans le cadre de la convention gréco-bulgare de 1919, cette définition ne différerait pas fondamentalement des définitions sociologiques de la nation, qui ramènent également celle-ci à une imbrication d'éléments objectifs et subjectifs. Il est donc indispensable au surplus de situer numériquement, comme le fait le texte européen, la notion de minorité.

L'avantage d'une telle combinaison est de ne pas enfermer la situation minoritaire dans une détermination *a priori* ; son inconvénient tient au caractère difficilement mesurable de l'adhésion volontaire à celle-ci. C'est sans doute la raison pour laquelle la CPJI avait indiqué que « ... la question de savoir si une personne appartient à une minorité de race, de langue ou de religion... est une question de fait et non de pure volonté » ³. Toutefois, cet inconvénient pourrait être réduit par l'exigence d'une manifestation expresse de volonté, sous la forme d'une déclaration d'appartenance minoritaire consignée, par exemple, sur un « registre de nationalité ». Certains États d'Europe centrale pratiquent depuis peu de temps ce système d'*autonomie personnelle* et font de ce droit subjectif d'option active un droit constitutionnellement reconnu. Tel est le cas de la Hongrie, qui l'organise par la loi du 7 juillet 1993 sur les *Droits des minorités nationales et ethniques*, et de l'Estonie (loi du 25 octobre 1993 sur l'*Autonomie culturelle des minorités nationales*) ⁴.

¹ L'expression « communauté » était ici synonyme de « minorité nationale », les deux étant employées alternativement dans l'avis de la Cour.

² Série B, n° 17, p. 19 et p. 21-23.

³ Avis consultatif du 3 mars 1928, Compétence des tribunaux de Dantzig, série B, n° 15, p. 32-33.

⁴ Cf. S. Pierré-Caps, Le principe de l'autonomie personnelle et l'aménagement constitutionnel du pluralisme national : l'exemple hongrois, *RDP*, 1994, p. 401-428.

Telle que désignée par des critères objectifs, la minorité est incontestablement synonyme de *minorité nationale*. Ce rapprochement avait été bien mis en évidence dans le mémorandum du secrétaire général des Nations Unies consacré à la « Définition et classification des minorités » du 27 décembre 1949. Après avoir constaté la difficulté à donner une définition scientifique précise de la notion, dans la mesure où celle-ci englobe à la fois des éléments trop nombreux et trop volatils pour être généralisables, le document n'en remarquait pas moins que le terme minorité désigne le plus fréquemment « des collectivités présentant certaines caractéristiques (ethniques, linguistiques, culturelles, religieuses, etc.) et, presque toujours, des collectivi-tés ayant un caractère national »¹. En outre, le fait de désigner le minoritaire comme un national de l'État où il vit permet de spécifier la situation qui le constitue de celles liées à l'immigration et qui ne posent pas du tout le même type de problème, ne serait-ce qu'au regard du droit à l'autodétermination. À cet argument de fond, s'ajoute le fait que la question des travailleurs migrants avait déjà fait l'objet d'une convention spécifique au sein même du Conseil de l'Europe². Néanmoins, les États peuvent être tentés, par une législation restrictive, de refuser leur citoyenneté à certaines minorités pour éviter d'avoir à les reconnaître, ainsi maintenues en l'état d'étrangers ou d'apatrides, comme on aura pu le voir à propos de la situation des russophones des États baltes³.

Cette dernière exigence se retrouve dans le projet de protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur les droits des minorités, la Recommandation 1201 adoptée le 1^{er} février 1993 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dont l'article premier dispose : « ... l'expression minorité nationale désigne un groupe de personnes dans un État qui : a) résident sur le territoire de cet État et en sont citoyens ; b) entretiennent des liens anciens, solides et durables avec cet État ; c) présentent des caractéristiques ethniques, culturelles, religieuses ou linguistiques spécifiques ; d) sont suffisamment représentatifs tout en étant moins nombreux que le reste de la population de cet État ou d'une région de cet État ; e) sont animés de la volonté de préserver ensemble ce qui fait leur identité commune, notamment leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue. » Cette définition est d'autant plus proche de la précédente qu'elle fit l'objet d'un échange de vues avec les membres de la Commission de Venise lors d'une réunion commune, en novembre 1992⁴. Elle est toutefois plus précise, sinon plus restrictive, dans la mesure où elle renforce le lien d'allégeance minoritaire à l'État en le soumettant à une condition d'effectivité et de durée⁵, et

¹ Nations Unies, doc. E/CN.4/sub. 2/85, p. 10.

² Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant du 24 novembre 1977, Conseil de l'Europe, série des traités européens n° 93.

³ Cf. S. Pierré-Caps, *La Multination*, Paris, Odile Jacob, 1995, p. 118-123.

⁴ Cf. H. Klebes, Commentaire du projet de protocole, *RUDH*, 1993, p. 186-187.

⁵ La loi hongroise du 7 juillet 1993 va dans le même sens, qui subordonne le bénéfice de la qualité de minorité au fait d'avoir habité la Hongrie depuis au moins un siècle (art. premier). L'appréciation de cette condition peut au demeurant s'avérer extrêmement délicate en cas de mutation territoriale.

[p. 236] l'on retrouve là le souci de bien distinguer les situations liées à l'immigration, voire aux réfugiés. En outre, en introduisant l'idée d'un seuil de représentativité, la Recommandation 1201 s'efforce de cerner au plus près le rapport numérique caractéristique du phénomène minoritaire, au risque de soulever d'inextricables difficultés en matière électorale lorsqu'il s'agira de compenser cette infériorité numérique afin de favoriser la participation politique des minoritaires.

Peu ou prou, ces deux définitions européennes s'inspiraient des travaux menés en ce sens par le P^r Francesco Capotorti, le rapporteur spécial pour les questions minoritaires au sein de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies¹, ce qui tendrait, s'il en était besoin, à renforcer la valeur coutumière de celle-ci. De fait, si un consensus n'a pu se réaliser en droit positif sur une définition univoque, cela tient plus au refus de certains d'États de reconnaître en soi ce qu'ils considèrent comme des nations à part entière – surtout lorsque la minorité nationale participe d'une nation majoritaire dans l'État voisin – et, partant, d'un système de protection afférent, que d'une réelle divergence quant à la qualification du phénomène minoritaire. C'est la raison pour laquelle le Conseil de l'Europe se sera finalement efforcé d'orienter sa propre action normative vers l'établissement d'un système de protection des minorités nationales, renonçant ainsi à promouvoir une nouvelle tentative de définition.

Il est vrai que la nature de l'instrument juridique considéré – la convention-cadre pour la protection des minorités nationales du 10 novembre 1994 – excluait *a priori* l'insertion d'une définition un tant soit peu formelle. Instrument multilatéral à vocation programmatique et téléologique, la convention-cadre se borne à formuler et préciser des principes que les États s'engagent, le cas échéant, à respecter dans leur propre législation nationale en vue de protéger les minorités. Il appartient aux États concernés d'accommoder ces objectifs avec leur propre situation nationale. L'on comprend, dans ces conditions, le pragmatisme de la convention qui désigne le phénomène minoritaire sans le qualifier, même si celui-ci relève d'une expli-[p. 237] cation on ne peut plus prosaïque, à savoir l'impossibilité de réunir l'accord de tous les États membres du Conseil de l'Europe sur une définition opératoire. Cette démarche présente au moins l'avantage de dissiper toute ambiguïté quant à la nature de la protection induite du système de la convention-cadre : alors que la définition de la notion de minorité emporte inévitablement une dimension collective qui tend à remettre en question le rapport isomorphe entre la nation et l'État et pose à terme la question de l'attribution de la personnalité morale de droit public à son profit, une attitude pragmatique permet à tout le moins de situer avec précision le niveau désirable de protection minoritaire. Celui de la convention-cadre n'implique la reconnaissance d'aucun droit à caractère collectif : l'article 3, § 2, entend ne viser que la seule protection des « personnes appartenant à des minorités nationales » qui peuvent exercer leurs

¹ Cf. *supra*, chap. 1, § 101.

droits individuellement ou conjointement avec d'autres. L'on reviendra plus loin sur la difficulté qu'il peut y avoir à prétendre situer dans le cadre de l'exercice privé des libertés publiques un phénomène dont la dimension subjective en fait nécessairement un phénomène d'ordre collectif...

Il n'est pas malgré tout certain que cet avantage puisse l'emporter sur l'utilité de bien cerner, en une définition adéquate, le phénomène minoritaire. Le risque est en effet de faire de ce dernier un véritable pavillon de complaisance au sein duquel convergeraient toutes les frustrations communautaires. Pour excessive et injuste qu'elle fût, la virulente réaction d'une partie de la presse française illustre bien le danger potentiel d'une telle dérive, pour le cas où la convention-cadre entrerait en vigueur. Pratiquant l'amalgame entre immigration et minorités nationales, celle-ci s'est empressée de dénoncer « la scandaleuse capitulation française... » à propos de la convention-cadre : « Imaginons qu'à Roubaix, ville à majorité maghrébine, des habitants exigent l'emploi de l'arabe dans leurs rapports avec les autorités administratives ! »¹ Réaction certes intempestive, dans la mesure où la convention-cadre n'obligera la France que si elle le veut bien, mais qui n'en met pas moins l'accent sur les dangers d'un pragmatisme éluusif dont s'étaient gardés les précédents textes du Conseil de l'Europe. La notion juridique de minorité nationale ne va pas de soi. C'est bien [p. 238] pourquoi la convention-cadre aurait été mieux inspirée si elle avait pris soin de spécifier clairement les bénéficiaires et, par là même, la portée des droits qu'elle énonce.

II | LA QUALIFICATION « AD HOC » ISSUE DES TRAITÉS DE BON VOISINAGE

113 L'APPARTENANCE À UNE MINORITÉ : UN DROIT PUBLIC SUBJECTIF. – Au fond, peut-être la solution à ce problème réside-t-elle dans le choix de la formule juridique du traité bilatéral de bon voisinage. Celui-ci conduit nécessairement à une qualification impressionniste de l'appartenance minoritaire, où le fait de désigner comme tel le citoyen de minorité nationale tend aussi à faire sa part à la subjectivité, comme le veut, rappelons-le, le § 32 de la Déclaration de Copenhague. Il s'agit là, au demeurant, d'une obligation induite de ce « statut international des minorités » auquel se réfère l'article 20, § 2, du traité portant sur « les relations de bon voisinage et de coopération amicale », signé le 17 juin 1991 par l'Allemagne et la Pologne, lequel peut à juste titre être considéré comme l'archétype des traités européens bilatéraux de bon voisinage. Précisément, ce texte prend soin de donner une définition circonstanciée de son objet : « Les membres de la minorité allemande de la République de Pologne, c'est-à-dire les personnes de nationalité polonaise qui sont de descendance allemande ou qui

¹ Ch. Jelen, La scandaleuse capitulation française sur l'immigration, *Le Point*, n° 1170, 18 février 1995, p. 72-74.

adhèrent à la langue, la culture ou la tradition allemandes... ont le droit, individuellement ou en communauté avec les autres membres de leur groupe, d'exprimer librement leur identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse, de la maintenir et de la développer, sans être entravés par une quelconque tentative d'assimilation qui leur serait appliquée contre leur gré... » (art. 20, § 1). Dans un échange de lettres du même jour que la signature du traité, le gouvernement allemand a également reconnu « les personnes d'origine polonaise ou ayant opté pour la langue, la culture ou la tradition polonaise qui vivent en Allemagne ».

Au vrai, la portée de ces dispositions est considérable, qui manifestent incontestablement un tournant dans la difficile émergence d'un droit international et européen des minorités. Pour la première fois, deux États consentent librement à reconnaître officiellement en leur [p. 239] sein l'existence de ce que Cicéron appelait déjà en son temps une « patrie de nature » et une « patrie de citoyenneté »¹. Qui plus est, cette double qualité de national et de minoritaire (la personne de minorité allemande est citoyen polonais) repose sur un libre choix personnel, ce que l'on pourrait appeler un *droit public subjectif*. Elle n'est pas enfermée exclusivement dans le déterminisme objectif de la culture d'origine. Le § 4 du même article 20 tient en effet à préciser que l'appartenance à une minorité « est une décision personnelle d'un individu qui ne doit entraîner pour lui aucun désavantage ». Cette définition permettra de surcroît de donner un contenu nettement plus précis que les textes multilatéraux aux droits réciproquement garantis par les deux États à leurs propres minoritaires.

Les autres traités bilatéraux de bon voisinage contiennent tous des définitions de même nature : ainsi, le traité germano-hongrois de « coopération et de partenariat amicaux en Europe » du 6 juillet 1992, qui reproduit très fidèlement la structure du texte conclu avec la Pologne, comporte une définition symétrique de la minorité allemande de Hongrie (art. 19, § 2). D'autres traités se montrent plus laconiques, se contentant de désigner les minorités nationales concernées, à l'exemple du traité hungaro-slovaque. L'article 15, § 2g, de ce dernier traité, signé à Paris le 19 mars 1995, la veille de l'ouverture de la Conférence sur la stabilité en Europe, évoque « les personnes appartenant à la minorité hongroise en République de Slovaquie et celles appartenant à la minorité slovaque en République de Hongrie ». Mais le même article 15, § 4b, mentionne aussi, parmi les conventions multilatérales et à titre d'obligation légale, la Recommandation 1201 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, incorporant par là même dans son propre dispositif la définition de la notion de minorité que celle-ci comporte.

Par la grâce de ces traités bilatéraux parallèles, la Recommandation 1201 acquiert ainsi une signification qu'elle n'aurait pu produire si elle était demeurée dans son cadre multilatéral original. Tel est aussi l'avantage décisif de la

¹ Cicéron, *Les lois*, II, 5.

technique juridique du traité de bon voisinage : en s'attachant à les protéger « dans des États où existent des minorités nationales » – comme l'indique le rapport de la réunion d'experts de [p. 240] la CSCE sur les minorités nationales du 19 juillet 1991 –, celle-ci tend aussi à préserver la susceptibilité d'États qui, comme la France, se refusent à toute reconnaissance constitutionnelle *a priori* du phénomène minoritaire. Cette approche graduelle permet en outre de conférer une certaine effectivité à des textes multilatéraux qui ne peuvent, pour cette même raison, dégager un accord entre tous les États parties. Le traité bilatéral de bon voisinage affirme d'autant plus sa vocation à figurer un cadre consensuel, qu'il favorise la convergence d'une double approche multilatérale et bilatérale qui se retrouve dans le Pacte de stabilité. Cette convergence dessine en contrepoint le cadre où s'organise le droit européen des minorités dont il tend aussi à esquisser le contenu.

Section III

Le contenu du droit européen des minorités

[Retour au sommaire](#)

Une fois posée, en effet, l'ossature du droit européen des minorités, nous devons maintenant nous préoccuper de l'évocation des normes juridiques que celui-ci est susceptible de produire en vue d'un système cohérent de protection des minorités nationales. L'on pourra alors se rendre compte que les incertitudes pesant sur la qualification du phénomène ne sont pas sans influence sur la nature du système de protection. Ce recensement nous amènera classiquement à nous interroger, dans un second temps, sur le degré de garantie et d'effectivité de la protection européenne des minorités nationales. Sous cet aspect, l'originalité du droit européen des minorités tient à l'ampleur de sa dimension préventive qui, par contraste, met crûment en évidence la faible justiciabilité des droits minoritaires.

I | LE SYSTÈME NORMATIF DE PROTECTION MINORITAIRE

114 LA NATURE DES DROITS MINORITAIRES. – Notre propos n'est pas de procéder ici à une simple énumération des droits éventuellement reconnus aux « personnes appartenant aux minorités [p. 241] nationales », qui porte en elle le risque d'une paraphrase des textes de référence. Il s'agit plutôt de mettre en évidence les lignes de force qui justifient, au regard du droit européen, l'existence d'un système normatif de protection minoritaire, dans la mesure où ce système porte précisément atteinte à l'exclusivité de la relation que l'État-nation entretient avec ses propres citoyens. Ce type de relation fut encore récemment bien mis en

évidence par le Conseil constitutionnel français dans sa décision du 9 mai 1991 relative au statut de la Corse : « Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors, la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion. » ¹ C'est là tout le problème de la nature des droits minoritaires et de la recherche d'un principe apte à en assurer la spécification.

115 DES DROITS INDIVIDUELS EXPRIMÉS DANS UN ENVIRONNEMENT COLLECTIF. – L'article premier de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales s'efforce de réduire l'antinomie qui vient d'être évoquée, en situant d'emblée le système normatif de protection qui s'y rapporte dans le cadre « de la protection internationale des droits de l'homme », laquelle ne saurait justement relever du seul domaine réservé des États. Surtout, le même article distingue la « protection des minorités nationales » ès qualités de « la protection des droits et libertés des personnes appartenant à ces minorités ». Cette distinction reflète bien la volonté des États de ne pas collectiviser le système de protection minoritaire qu'ils entendent par ailleurs promouvoir. Cette attitude est une constante : on la retrouve au sein de la Recommandation 1201, dont l'article 3, § 2, dispose : « Toute personne appartenant à une minorité nationale peut exercer ses droits et en jouir individuellement ou en association avec d'autres. » Elle traduit elle-même la propre jurisprudence des organes de la Conven-[p. 242] tion européenne des droits de l'homme, notamment quant à l'exercice du droit de recours individuel au sens de l'article 25 de la Convention ². Il en va de même des textes de la CSCE, qui considèrent les « droits des personnes appartenant à des minorités nationales... comme des droits de l'homme reconnus universellement » ³. De fait, cette approche participe bien, comme l'on sait, du droit international général, notamment de la Déclaration universelle des droits de

¹ CC. Décision 290 DC du 9 mai 1991, Statut de la Corse, *JO*, 14 mai 1991, p. 6350.

² Celui-ci reconnaît le droit de recours des « personnes physiques », des « organisations non gouvernementales » et des « groupes de particuliers ». Cette dernière catégorie autorise évidemment le recours collectif des personnes appartenant à une minorité nationale, mais la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme entend la requête présentée par « un groupe de particuliers » comme autant de requêtes individuelles. Il en résulte que chacun des membres du groupe doit être identifié comme tel et doit avoir, à ce seul titre individuel, autorisé l'introduction de la requête (cf., par exemple, n° 6538/74, *Sunday Times* et autres c/Royaume-Uni, DR 2, p. 90). Il reste à savoir si le protocole additionnel en cours d'élaboration devant comporter des droits individuels dans le domaine culturel, notamment pour les personnes appartenant à des minorités nationales, ne devra pas conduire à un assouplissement de cette jurisprudence.

³ § 30 du document de la réunion de Copenhague.

l'homme de 1948, et de l'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966.

Seulement, le seul fait d'inclure la protection minoritaire dans le système d'ensemble de la protection des droits de l'homme révèle une contradiction logique : si les droits de l'homme suffisent à protéger les « personnes appartenant aux minorités nationales », il paraît superfétatoire de distinguer ces dernières, sauf à considérer que la thématique des droits de l'homme ne peut à elle seule rendre compte de la protection minoritaire. C'est bien pourquoi l'attitude française vis-à-vis des minorités nationales tend à faire la part de cette contradiction, qui fut encore rappelée il y a peu par la délégation française auprès de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies : « Les conceptions de la France se fondent sur un principe universel : tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit. La Constitution française s'en inspire, pour laquelle tous les citoyens de la République une et indivisible sont égaux devant la loi. L'unité du peuple français ¹ et l'égalité des citoyens écartent toute possibilité de distinction fondée sur des critères ethniques. » ² Autrement dit, le système de protection et de garantie des droits de l'homme et du citoyen [p. 243] absorbe l'identité minoritaire qui ne s'exprimera qu'au titre de l'exercice privé des libertés publiques ³.

Cette même contradiction apparaît au contraire pleinement dans les textes internationaux et européens, dans la mesure où ceux-ci indiquent que les droits des « personnes appartenant aux minorités nationales » peuvent aussi être exercés « en association avec d'autres » (art. 3, § 2, de la Recommandation 1201), voire « en commun avec les autres membres de leur groupe » (art. 27 du Pacte de 1966), cette dernière formule – « en commun avec d'autres » – inspirant l'article 3, § 2, de la convention-cadre du Conseil de l'Europe de 1994. Même si, dans cette dernière hypothèse, le rapport explicatif de la convention-cadre publié par le Conseil de l'Europe prend soin de préciser que « l'exercice en commun des droits et libertés est distinct de la notion de droits collectifs. Le mot "autres" est entendu dans un sens aussi large que possible, en couvrant les personnes appartenant à la même minorité nationale, à une autre minorité nationale ou à la majorité », force est de constater qu'un tel raisonnement n'emporte pas la conviction. Dans la mesure, en effet, où les principes d'égalité et de non-discrimination, véritables standards constitutionnels, n'ont d'autre objet que de garantir « l'exercice en commun » des droits de l'homme, le fait d'introduire une spécification à l'usage des « personnes appartenant aux minorités nationales » ne peut s'expliquer que par ce droit « au respect, à la préservation et au développement de leur identité ethnique, religieuse ou linguistique » que l'article 3, § 2, du projet de convention

¹ On rappellera que le Conseil constitutionnel, dans sa Décision Statut de la Corse, a précisé que « le concept juridique de "peuple français" a valeur constitutionnelle ».

² Cit. in Z. Ilic, Rapport du groupe de travail chargé d'étudier les droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques, E/CN4/1991/53, 5 mars 1991, p. 7.

³ Cette conception française sera amplement examinée sous l'angle du droit positif dans le chapitre 4 : « La France et les minorités ».

de la Commission de Venise garantit aux minorités nationales en tant que telles au titre d'un droit générique – et de nature collective – « d'être protégées contre toute activité susceptible de menacer leur existence » (art. 3, § 1). Certes, ce texte allait au-delà de ce que les États étaient disposés à accepter en reconnaissant l'existence collective des minorités. Il avait au moins le mérite de la clarté, en admettant que la raison d'être d'un système normatif de protection minoritaire repose avant tout sur ce sentiment individuel d'appartenance à un groupe qu'exprime le fait de se reconnaître comme *minoritaire*. Question récurrente s'il en est : déjà la CPJI avait eu l'occasion de préciser en ce sens l'objet du système de protection [p. 244] minoritaire mis en Place en 1919-1920 : « L'idée qui est à la base des traités pour la protection des minorités est d'assurer à des *groupes sociaux* ¹ incorporés dans un État, dont la population est d'une race, d'une langue ou d'une religion autre que la leur, la possibilité d'une coexistence pacifique et d'une collaboration cordiale avec cette population, tout en gardant les caractères par lesquels ils se distinguent de la majorité et en satisfaisant aux exigences qui en découlent » ² ; même si, en l'espèce, nous avons déjà pu constater que l'évocation de « groupes sociaux » pour désigner les minorités nationales relevait d'une simple constatation de pur fait.

Cette dimension collective inhérente au phénomène minoritaire est d'ailleurs bien présente dans certains traités bilatéraux de bon voisinage, qui administrent une fois encore la preuve de leur aptitude à en mieux cerner la spécificité. Ainsi l'accord hungaro-slovène du 6 novembre 1992 « sur l'assurance des droits spéciaux de la minorité slovène vivant en Hongrie et de la minorité hongroise vivant en Slovénie » permet « aux minorités et à leurs membres de préserver, développer et manifester librement leur culture, langue, religion ainsi que la pleine identité slovène et hongroise » (art. premier). Ce préalable autorise le traité à être d'une grande précision en ce qui concerne les droits culturels et éducatifs reconnus, y compris les échanges frontaliers avec la nation mère. Car, indique le même texte de façon liminaire, « l'égalité réelle et la préservation de l'identité de la minorité slovène et hongroise ne peut être réalisée que par des droits individuels et communautaires spéciaux ». C'est reconnaître que le droit à l'identité minoritaire, dans sa dimension collective, ne peut exister sans l'affirmation préalable du principe de la discrimination positive.

116 LE PRINCIPE DE LA DISCRIMINATION POSITIVE. – C'est un fait que la reconnaissance juridique du droit à l'identité minoritaire pose un problème de fond, en ce qu'il heurte apparemment le principe d'égalité inhérent à la doctrine des droits de l'homme. Certes, il importe que les minorités puissent au premier chef se réclamer des droits fondamentaux de la personne humaine. L'article 14 de [p. 245] la Convention européenne des droits de l'homme répond à cette préoccupation, qui prohibe toute discrimination fondée, entre autres, sur « l'appartenance à une minorité nationale ». Cette prohibition est inscrite à l'article

¹ C'est nous qui soulignons

² 2. CPJI, 6 avril 1935, Écoles minoritaires en Albanie, série A/B, n° 64, p. 19.

4 de la Recommandation 1201 qui tient à préciser de surcroît que « toute personne appartenant à une minorité nationale a droit à l'égalité devant la loi » (précision figurant également à l'article 4, § 1, du projet de la Commission de Venise). De son côté, l'article 4, § 1, de la convention-cadre ajoute le droit à une égale protection de la loi. Seulement et dans le droit européen des droits de l'homme, le principe de non-discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas une signification absolue, mais uniquement dans son rapport aux droits et libertés qu'elle évoque. Il en résulte que le champ d'application de l'article 14 se trouve déterminé par celui des autres articles de la Convention qui ne comportent pas, comme l'on sait, de droits spécifiques au profit des minorités.

Justement, l'application du principe de la *discrimination positive* n'a d'autre objet que d'harmoniser le principe générique d'égalité avec la reconnaissance juridique du fait minoritaire, comme la CPJI l'aura bien mis en évidence dans l'affaire relative aux écoles minoritaires en Albanie du 6 avril 1935 ¹.

On ne sera donc pas surpris de voir le principe figurer en bonne place à l'appui du droit européen des minorités. Ainsi l'article 4, § 2, du projet de convention pour la protection des minorités élaboré par la Commission européenne pour la démocratie par le droit prend-il soin d'indiquer que l'adoption de mesures spéciales en faveur des minorités et destinées à promouvoir une égalité entre elles et le reste de la population ou visant à tenir compte de leurs conditions spécifiques n'est pas considérée comme un acte de discrimination. Ce raisonnement fait suite à l'énoncé du principe d'égalité qui unit les personnes appartenant à des minorités aux autres citoyens de l'État considéré (art. 4, § 1). Le principe se retrouve à l'article 12, § 2, de la Recommandation 1201, ainsi qu'à l'article 4, § 2, de la convention-cadre. En toute logique, il exclut toute assimilation contre leur gré des minoritaires, comme l'indique l'article 5, § 2, de la convention-[p. 246] cadre. Le principe de la discrimination positive apparaît donc bien comme la condition *sine qua non* du droit européen des minorités : il en fournit tout à la fois la justification, le cadre et la portée. Dans la mesure, en effet, où il n'a d'autre objet que d'arrimer les droits minoritaires au système d'ensemble de la protection par les droits de l'homme tout en préservant leur spécificité, les dispositions matérielles qui les constituent ne sauraient former un ensemble autonome susceptible de concurrencer les normes relatives aux droits de l'homme.

117 ASPECTS MATÉRIELS DU DROIT EUROPÉEN DES MINORITÉS. – Les droits reconnus aux minorités nationales sont donc finalisés : « Seuls doivent être garantis les droits qui protègent les caractéristiques spécifiques des minorités, à savoir les caractéristiques ethniques, linguistiques et religieuses. » ² En ce sens, tous les textes européens de référence s'attachent à préciser sous une forme

¹ *Supra*, chap. 1, § 93.

² G. Malinverni, art. cité, p. 160.

énumérative ces droits à la préservation de la dimension objective de l'identité minoritaire (art. 3 à 17 du texte de la Commission de Venise ; art. 6 à 11 de la Recommandation 1201 ; art. 6 à 19 de la convention-cadre). En résumé, ces droits se rapportent à l'usage public (relations avec l'administration, enseignement et justice) et privé de la langue minoritaire. Mais ces droits linguistiques minoritaires disposent désormais de leur propre texte de référence, la Charte des langues régionales ou minoritaires, laquelle entend œuvrer à la promotion du multilinguisme et à l'élévation des langues minoritaires au statut de langue officielle sur des portions bien délimitées du territoire étatique. On trouve ensuite le droit à l'identité religieuse, qui recouvre tous les aspects de la liberté cultuelle, mais aussi l'enseignement. De façon générale, le droit à l'identité culturelle se manifeste par l'encouragement au développement de relations transfrontalières, en particulier avec la nation mère. Il s'agit là d'une question très sensible : dans la mesure où la coopération transfrontalière ne peut se concevoir sans l'octroi d'un statut d'autonomie locale au profit des minorités concernées, les États s'efforcent d'en contrôler les modalités en mettant en avant le nécessaire respect du principe de l'intégrité territoriale. Il est d'ailleurs significatif qu'à peine sèche l'encre du traité hungaro-slovaque de bon voisinage, de profondes divergences d'interprétation ont surgi entre les deux parties, les Slovaques arguant notamment que le principe de l'intégrité territoriale était incompatible avec la reconnaissance d'un statut d'autonomie au profit de la minorité hongroise. On mentionnera enfin, parmi les droits matériels dont bénéficient les minorités au regard des textes européens, le droit à la participation politique aux affaires publiques (liberté d'expression et d'association, droit de créer des partis politiques, modes de scrutin destinés à favoriser la représentation politique des minorités).

Les droits minoritaires n'ont donc pas une portée absolue, ils ne doivent pas aller au-delà que ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde de l'identité des minorités nationales. Ce ne sont pas des droits intangibles, au sens où la Convention européenne des droits de l'homme entend cette notion : les droits minoritaires sont susceptibles de faire l'objet de restrictions qui sont calquées sur celles évoquées par les alinéas 2 des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme et qui doivent, en conséquence, reposer sur une loi, être justifiées par un but d'intérêt général et respecter le principe de proportionnalité (art. 12 du projet de la Commission de Venise, art. 14 de la Recommandation 1201, art. 19 de la convention-cadre). Mais il y a plus : la spécificité de la protection minoritaire justifie également l'imposition de devoirs spécifiques. Parmi ceux-ci, mention particulière doit être faite d'une *clause de loyauté* envers l'État d'allégeance. Ce devoir de loyauté figure du reste dans plusieurs Constitutions centre-européennes, dont une interprétation stricte pourrait facilement réduire à néant le droit à l'identité minoritaire. C'est pourquoi les textes européens se sont montrés très prudents sur ce point, la Recommandation 1201, préférant même s'abstenir de formuler un tel devoir. Le texte de la Commission européenne pour la démocratie par le droit n'entend pas celui-ci comme une obligation spécifique aux minorités, mais comme participant du respect de celles découlant du statut de citoyen (art. 15, § 2). De son côté, l'article 20 de la

convention-cadre se montre le plus contraignant, en obligeant les « personnes appartenant aux minorités nationales » à respecter la Constitution et les autres lois nationales. Dans le système des traités bilatéraux de bon voisinage cette obligation est encore plus précise, [p. 248] qui s'impose comme une obligation de « loyalisme » envers l'État national (art. 22, § 2, du traité germano-polonais), celle-ci tenant en particulier au respect de son intégrité territoriale et de sa législation (art. 22, § 1). Il est vrai qu'en contrepartie l'État national garantit le droit collectif à l'identité minoritaire et s'interdit toute politique d'assimilation contraire à celle-ci. En outre, est garanti le droit d'entretenir des relations transfrontières avec les autres membres de la nation partagée, ce qui montre bien que le devoir de loyauté étatique n'est pas synonyme, pour la minorité concernée, de repli sur soi.

Les normes juridiques relatives aux minorités nationales relèvent bien d'un système ordonné de protection, en dépit des ambiguïtés qui en affectent la nature. Ce système est-il pour autant efficace, peut-il effectivement protéger son objet ? C'est à cette évaluation qu'il importe maintenant de s'attacher.

II | LA GARANTIE DU DROIT EUROPÉEN DES MINORITÉS

118 UN MÉCANISME DIVERSIFIÉ ET DÉSÉQUILIBRÉ. – La Déclaration de Vienne du 9 octobre 1993, concluant le Sommet des chefs d'État et de gouvernement des États membres du Conseil de l'Europe, avait confirmé et précisé la double approche de la question minoritaire explorée dès 1990 : d'une part l'action normative, qui emprunte elle-même aujourd'hui une forme conventionnelle diversifiée (textes multilatéraux du Conseil de l'Europe et traités bilatéraux) ; d'autre part une action multiforme au titre des mesures de confiance, dont le Conseil de l'Europe possède une solide expérience. Le Pacte de stabilité en Europe aura situé cette deuxième approche dans un cadre plus vaste, celui de la prévention des conflits, notamment en assurant l'OSCE du soin de sa mise en œuvre et en confiant à l'Union européenne le soutien de nombreuses mesures d'accompagnement. Dans cette dernière hypothèse, on ne saurait oublier que le Pacte de stabilité se présente officiellement comme l'« une des premières actions communes de la Politique étrangère et de Sécurité commune ».

De fait, la garantie et l'effectivité du droit européen des minorités comporte au premier chef une forte dimension préventive, laquelle [p. 249] contraste avec le caractère encore embryonnaire des mécanismes juridictionnels destinés à prolonger l'action proprement normative.

119 L'ACTION DE PRÉVENTION ET LES MESURES DE CONFIANCE. – On se gardera de considérer que ce type d'action relève exclusivement d'un traitement politique du phénomène minoritaire au titre des mesures de confiance. La Déclaration de Vienne ne charge-t-elle pas aussi le Comité des ministres « de fournir toute l'assistance sollicitée pour la négociation et la mise en œuvre de traités sur les questions intéressant les minorités nationales ainsi que d'accords de coopération transfrontalière » ? Dans cet esprit, l'action préventive comporte un aspect pédagogique, avec les mesures de confiance proprement dites, mais aussi un aspect diplomatique, dans la mesure où est en cause la sécurité de l'ensemble du continent européen.

Aspect déterminant de l'action préventive, les mesures de confiance se concrétisent principalement par des *projets pilotes*, c'est-à-dire par des « actions menées sur le terrain et en étroite collaboration avec les communautés concernées »¹, aussi bien les établissements d'enseignement que les organisations non gouvernementales, les médias ou les organes d'administration locale ou régionale. La création du Centre interculturel de Timisoara, en Roumanie, ou le *projet SPOLU* mené simultanément en République tchèque et en Slovaquie, en vue d'améliorer les conditions sociales et culturelles de la population tzigane, peuvent être cités parmi d'autres exemples de ce type d'action.

Cette dimension sociale et politique de l'action préventive doit être complétée par l'expérience acquise par le Conseil de l'Europe dans ce que l'on pourrait appeler l'expertise juridique – administrative et constitutionnelle. Celle-ci se manifeste de manière privilégiée dans les domaines imbriqués de la coopération transfrontalière et de la démocratie locale. Le bras séculier en est la *Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux d'Europe*, où les représentants des collectivités territoriales évoquent ces questions intéressant la démocratie locale et la coopération transfrontalière². Celle-ci s'efforce de [p. 250] promouvoir le principe de l'autonomie locale contenu dans la Charte européenne du même nom. Elle est à l'origine de la création du réseau de plus en plus dense des *Eurorégions*, l'une des dernières en date étant l'Eurorégion des Carpathes.

Cette action préventive est aujourd'hui englobée dans le Pacte de stabilité, notamment au titre des mesures d'accompagnement soutenues par l'Union européenne. Le *programme Phare* d'aide à la reconstruction économique de l'Europe centrale et orientale, géré par la Commission européenne, apparaît ainsi comme l'instrument principal de l'action de l'Union européenne en la matière. Il représente aussi un moyen de pression à l'encontre d'États qui ne se montreraient pas suffisamment attentifs aux questions minoritaires, tout comme les clauses relatives aux droits de l'homme et des minorités qui figurent dans les accords

¹ Le Conseil de l'Europe et la protection des minorités nationales, texte publié par la Direction de la Communication, 10 mai 1994, p. 7.

² En 1992, la Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux en Europe a notamment adopté une Résolution (232) sur l'autonomie, les minorités, les nationalismes et l'Union européenne.

conclus par l'Union européenne avec les États de la région considérée. De fait et outre les accords de bon voisinage et de coopération, le Pacte se trouve complété par une liste de mesures d'accompagnement destinées à parachever la réalisation de ses objectifs. Ces mesures sont elles-mêmes réparties sous deux volets :

- le premier comprend des projets soumis aux participants des deux tables régionales présidées par l'Union européenne, dont l'objet était de préparer le dispositif du Pacte de stabilité – celle de la région baltique et celle réunissant les six autres États d'Europe centrale (Bulgarie, Hongrie, Pologne, Roumanie, Slovaquie, République tchèque). Outre la protection des minorités proprement dites, ces projets concernent la coopération transfrontalière, la coopération culturelle, économique et juridique, ainsi que les problèmes d'environnement ;
- le second volet rassemble les projets Phare, en particulier ceux relatifs aux programmes « Démocratie » et de partenariat et de renforcement des institutions, qui intéressent plus directement les minorités. Citons, à titre d'exemple, le projet ACCESS en Bulgarie qui, conçu dans le cadre du programme « Démocratie », vise à la mise en place d'une série d'ateliers sur des questions culturelles relatives à la tolérance et à la lutte contre les préjugés ethniques.

C'est au total plus d'une centaine de projets d'accompagnement, dont beaucoup intéressent, au moins indirectement, les situations [p. 251] minoritaires, qui sont ainsi convoqués à la réalisation des objectifs du Pacte de stabilité et qui mobilisent l'Union européenne et le Conseil de l'Europe¹. Mais en chargeant l'OSCE, « en tant que cadre global de sécurité » (art. 27 de la Décision du Sommet de Budapest de 1994 relative au renforcement de l'OSCE), de recevoir plus spécialement les conventions multilatérales et bilatérales, le Pacte de stabilité, conformément à sa vocation première, entendait aussi inscrire les questions relatives aux minorités nationales sous l'égide de la diplomatie préventive des conflits, vers laquelle cette organisation s'est nettement orientée depuis le Sommet d'Helsinki des 9-10 juillet 1992, ceci sous l'effet de l'approfondissement de la crise yougoslave.

Le résultat le plus tangible en fut la création, à l'instigation néerlandaise, d'un poste de *haut-commissariat pour les minorités nationales*², dont le titulaire est nommé pour un mandat renouvelable de trois ans. Cette institution est conçue

¹ De façon spécifique, la participation du Conseil de l'Europe est prévue pour le programme commun sur le statut des résidents et des citoyens d'Estonie et de Lettonie et le développement d'une politique nationale de formation linguistique dans ces deux pays, ainsi qu'à propos des aspects institutionnels des questions minoritaires concernant la Hongrie et ses plus proches voisins.

² Cf. chapitre 2 des Décisions d'Helsinki du 10 juillet 1992, RUDH, 1992, p. 257.

comme « un instrument de prévention des conflits au stade le plus précoce possible » (§ 2). À cette fin, il est plus particulièrement chargé de déclencher une signal d'alerte lorsqu'il estime que des tensions impliquant des minorités nationales s'avèrent potentiellement conflictuelles. Pour cela, il dispose d'un large pouvoir d'investigation, qu'il s'agisse de la collecte d'informations concernant la situation des minorités nationales en tant que telles et émanant de toutes les sources disponibles, ou encore d'enquêtes sur place pouvant, le cas échéant, se transformer en missions de bons offices. Il est également habilité à recevoir des rapports circonstanciés des parties concernées et faisant notamment état de violations des engagements de la CSCE relatifs aux minorités nationales. Toutefois la suggestion néerlandaise de lui permettre de recevoir des pétitions n'a pas été retenue. Il est vrai que la réussite de l'institution doit surtout reposer sur le caractère confidentiel de ses activités, comme l'indique d'ailleurs son texte constitutif. Comme l'écrit encore le P^f Decaux, cela « implique une diplomatie personnelle, à travers une action préventive discrète mais efficace et la coopération des États concernés, évitant de cristalliser des antagonismes juridiques »¹. Loin, par conséquent, des fausses séductions de ce droit mou qui fit le délice des Sommets de la CSCE, l'institution du haut-commissaire pour les minorités nationales participe du redéploiement de l'organisation, déjà mentionné. C'est ainsi que, par exemple, la pression de la CSCE, dûment informée par son haut-commissaire sur les minorités nationales, aura contraint la Lettonie à atténuer les effets de sa loi sur la citoyenneté vis-à-vis de la population russophone. Ce même haut-commissaire pour les minorités nationales, en concertation avec la présidence de la CSCE, est également intervenu à propos des Kurdes de Turquie et des Hongrois de Slovaquie. Dans le même sens, des missions d'expertise ont été conduites, notamment en Estonie et en Moldavie, afin d'y évaluer les droits des minorités et les relations interethniques. Dans ce dernier cas, la mission d'expertise mandatée par la CSCE aura recommandé la création d'un médiateur pour la prévention des discriminations contre les minorités, sur le modèle d'une institution qui fonctionne déjà en Hongrie.

Mais la CSCE ne sera pas contentée d'opérer une telle reconversion vers l'action préventive. En effet, en adoptant par consensus, le 15 décembre 1992 à Stockholm, la Convention relative à la conciliation et l'arbitrage, le Conseil de la CSCE se montrait ainsi soucieux de prolonger l'action de l'organisation vers le règlement des différends. Même si une telle initiative revêt un intérêt fort limité s'agissant d'un éventuel différend mettant en cause la protection des minorités nationales, elle n'en pose pas moins, de façon plus globale, le problème de la garantie juridictionnelle des droits des minorités nationales.

120 LES DROITS DES MINORITÉS NATIONALES SONT-ILS JUSTICIABLES ? – Cette question se situe bien évidemment à un double niveau, interne et

¹ E. Decaux, « Vers un nouveau droit des minorités nationales ? », art. cité, p. 3.

international. Dans le premier cas, elle est commandée par la solution des rapports de système entre ordre juridique national et ordre juridique international et européen, autrement dit par les effets des conventions multilatérales et bilatérales dans l'ordre juridique interne. L'on sait que ceux-ci dépendent essentiellement du degré de réception de l'ordre juridique englobant par l'ordre juridique [p. 253] de l'État national. Il ne nous appartient pas ici d'évoquer cette question complexe, laquelle appellerait pour cette seule raison une étude spécifique. En tout état de cause, il est certain que « l'établissement progressif d'une Communauté juridique européenne » à l'instigation du Conseil de l'Europe et de la Communauté européenne, « expression d'une éthique occidentale fondée sur le règne de la loi et le respect des valeurs individuelles », pour reprendre l'heureuse formule du doyen Colliard ¹, le tout conforté par la dynamique des traités de bon voisinage tendent à accroître le degré de perméabilité des ordres juridiques nationaux à ce droit européen en construction.

Néanmoins, pour nous situer sur le seul plan du droit interne et dans la mesure où les États se montrent très réticents à collectiviser les droits minoritaires, ceux-ci, par conséquent, s'en tiennent à la garantie des recours juridictionnels de droit commun au profit des personnes appartenant aux minorités nationales. En réalité, tout dépend de la nature juridique et du contenu de l'autonomie dont peuvent bénéficier les minorités nationales dans l'État considéré. En Italie, par exemple, la protection des minorités germanophone et francophone du Trentin-Haut-Adige et du Val d'Aoste revêt une dimension collective puisqu'elle s'inscrit dans le cadre du Statut constitutionnel spécial d'autonomie de ces deux régions ². D'une manière générale, l'organisation constitutionnelle d'une autonomie territoriale sur une base régionale ou fédérale emporte la mise en place d'une Cour constitutionnelle, organe de régulation des compétences entre le centre et les régions. C'est à ce niveau que pourra fonctionner la protection des droits minoritaires, par le truchement des compétences – notamment linguistiques – reconnues aux institutions régionales, comme cela est le cas en Italie, en Belgique et en Espagne.

Dans la mesure, cependant, où les textes européens s'accordent pour intégrer la protection minoritaire dans le système d'ensemble de la protection des droits de l'homme, la question se trouve *ipso facto* posée de l'accessibilité des minorités nationales au mécanisme juridictionnel de la Convention européenne des droits de l'homme. Les considérations précédentes relatives à l'article 14 de la Convention et au droit de recours individuel laissent déjà augurer de la réponse, [p. 254] étant entendu, de surcroît, que la Convention ne comporte pas de droits spécifiques aux minorités. Il existe bien des dispositions spéciales concernant l'usage de la langue, ainsi à propos des informations sur les raisons d'une arrestation (art. 5, § 2) ou sur la nature d'une accusation (art. 6, § 3a) et l'interprétariat pendant le déroulement du procès pénal (art. 6, § 3e). Mais le bénéfice de ces dispositions est réservé à

¹ Claude-Albert Colliard, *Institutions des relations internationales*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 1990, p. 494.

² Cf. *infra*, chap. 3 : « Les politiques juridiques des États ».

toute personne ne comprenant pas la langue de la procédure, qu'elle appartienne ou non à une minorité nationale. Il ne s'agit donc en aucun cas d'une extension du droit à s'exprimer dans sa langue maternelle.

À l'heure actuelle, la jurisprudence européenne est fixée depuis l'affaire linguistique belge, où était en cause la représentation politique au Conseil flamand d'électeurs francophones vivant dans des communes de la frontière linguistique ¹. Contrairement à la Commission européenne des droits de l'homme, la Cour aura conclu à l'absence de violation tant de l'article 3 du premier protocole additionnel – concernant le droit aux élections libres – que de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a notamment indiqué : « Les électeurs francophones de l'arrondissement de Halle-Vilvoorde jouissent des droits de vote et d'éligibilité dans les mêmes conditions légales que les électeurs néerlandophones. Ils ne s'en trouvent point privés par la seule circonstance qu'il leur faut voter soit pour des candidats qui, prêtant leur serment de parlementaire en français, figureront parmi les membres du groupe linguistique français de la Chambre ou du Sénat et siégeront au Conseil de la Communauté française, soit pour des candidats qui, optant pour le néerlandais, appartiendront au groupe linguistique de la Chambre ou du Sénat et au Conseil flamand. Il ne s'agit pas là d'une limitation disproportionnée, contrecarrant la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif » (§ 57 et 59). Auparavant, la Cour avait constaté que la réforme constitutionnelle belge de 1980 s'efforçait d'établir un équilibre complexe entre communautés culturelles et régions en vue d'apaiser, au niveau institutionnel, la querelle linguistique, estimant, en conséquence, que l'obligation, pour les minorités linguistiques, d'accorder leurs suffrages à des personnes aptes et [p. 255] prêtes à user de la langue de leur région se rencontre dans plusieurs États et ne menace pas forcément les intérêts de ces minorités (§ 57). On notera tout de même que cette position fut adoptée par 13 voix contre 5, alors que, par 10 voix contre 1, la Commission avait été d'avis qu'il y avait eu violation de l'article 3 du premier protocole additionnel.

Il existe incontestablement une contradiction entre cette jurisprudence fondée, répétons-le, sur le fait que « la Convention ne garantit pas de droits spécifiques aux minorités », comme la Commission l'a rappelé dans une affaire concernant la discrimination dont seraient victimes les Lapons de Norvège ², et la proclamation des textes européens de référence tendant à inclure la protection des droits et libertés des personnes appartenant aux minorités nationales dans le système de la protection internationale des droits de l'homme. À moins d'admettre que la protection minoritaire s'abîme dans celle des droits de l'homme, mais c'est alors considérer comme purement incantatoire l'action normative multilatérale en la matière.

Certes, la protection minoritaire peut néanmoins être évoquée devant les organes de la Convention par le biais d'une requête interétatique sur la base de

¹ Affaire Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique, arrêt du 2 mars 1987, série A, n° 113.

² Déc. du 3 octobre 1983, DR 35, p. 30.

l'article 24¹. La Cour a reconnu à ce propos que, contrairement aux individus, les États peuvent mettre en cause la législation et les pratiques administratives d'un autre État². En outre, un tel droit de recours est considéré comme formel et objectif, il ne dépend ni d'une quelconque condition de nationalité, ni d'un intérêt propre à l'État qui l'invoque. C'est sur cette base que la Commission aura pu établir l'existence d'une discrimination contre une minorité nationale sous l'angle de plusieurs droits inscrits dans la Convention dans l'affaire interétatique Chypre c/ Turquie, parce que les mesures concernées visaient spécifiquement la population chypriote grecque du Nord de Chypre³. Mais il va de soi que cette possibilité s'avère nettement insuffisante, compte tenu de l'économie de la Convention européenne des droits de l'homme et de la place réservée au droit de [p. 256] recours individuel. Au demeurant, la même remarque s'impose à propos de la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE, dont l'accès est exclusivement réservé aux États et dont on peut déplorer, avec Alain Pellet, qu'une « occasion a été manquée » et que, pour cette raison, « la Cour sera de peu d'utilité pour assurer la mise en œuvre de la dimension humaine de la CSCE »⁴. L'on peut cependant envisager qu'un État saisisse ainsi devant la Cour un différend relatif à la protection des minorités, d'autant plus que le Pacte de stabilité insiste sur le fait que les États parties peuvent y porter « leurs différends éventuels sur l'interprétation et l'application de leurs accords de bon voisinage » (§ 16). Il y a là une possible occasion pour la Cour d'élaborer une véritable doctrine en la matière. On peut toutefois estimer que cette hypothèse s'avérera d'un faible intérêt pratique face à la concurrence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, au surplus, est une véritable juridiction.

121 DROITS CULTURELS ET DROITS DE L'HOMME : LES NOUVEAUX ENJEUX.

– C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'organisation de Strasbourg, conformément au mandat confié au Comité des ministres lors du Sommet de Vienne, s'efforce actuellement d'élaborer un projet de protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant des droits individuels dans le domaine culturel, notamment pour les personnes appartenant à des minorités nationales. Le Comité des ministres a lui-même confié cette tâche au Comité « ad hoc » pour la protection des minorités nationales (CAHMIN), lequel devrait la mener à bien pour le 31 décembre 1995. Contrairement à la convention-cadre, le protocole sera exclusivement réservé aux États membres du Conseil de l'Europe. Mais, puisqu'il est appelé à compléter la Convention européenne des

¹ Rappelons que celui-ci dispose : « Toute partie contractante peut saisir la Commission, par l'intermédiaire du secrétaire général du Conseil de l'Europe, de tout manquement aux dispositions de la présente Convention qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre partie contractante. »

² Arrêt du 18 janvier 1978, Irlande c/ Royaume-Uni, série A, n° 25.

³ Rapport de la Commission du 10 juillet 1976, § 503.

⁴ A. Pellet, Note sur la Cour de conciliation et d'arbitrage de la CSCE, in *La CSCE : dimension humaine et règlement des différends*, dir. E. Decaux et L.-A. Sicilianos, *op. cit.*, p. 217.

droits de l'homme, il permettra de garantir des droits justiciables, pour autant qu'il s'agisse bien de droits individuels universalisables. Si ces remarques situent d'emblée le cadre du futur protocole additionnel, elles ne préjugent pourtant pas de son contenu. Or, sur ce dernier point, la notion même de droit culturel pose un problème de fond, eu égard à la vocation à l'universalité des droits de [p. 257] l'homme qui sous-tend la Convention européenne. Dans quelle mesure le respect du pluralisme culturel est-il compatible avec la notion même de droits individuels de l'homme ? On retrouve là un thème récurrent, qui tient au fait que l'idée de droits culturels comporte une dimension collective qu'il faudra harmoniser avec cette dimension individuelle des droits de l'homme. En effet et pour ne plus relever de la catégorie des droits individuels, les droits culturels n'en sont pas moins partie prenante, pour ce qui les concerne, des droits de l'homme. C'est bien à ce titre que l'article 27, alinéa premier, de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose : « Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent. » Ce qui, on en conviendra, ne saurait préjuger le contenu de ces droits culturels. Sur ce dernier point, les travaux conduits par Patrice Meyer-Bisch dans le cadre de l'Institut interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme de l'Université suisse de Fribourg auront grandement contribué à éclaircir, aux plans conceptuel et typologique, cette catégorie indéterminée des droits de l'homme, néanmoins évoquée par le droit international. Selon cet auteur, « il s'agit d'assurer à la fois le droit à conserver, entretenir et développer un patrimoine particulier, et à bénéficier des fruits de la culture de communication, en y apportant sa contribution »¹. Plus précisément, ce sont des droits de l'homme qui se réalisent à la fois par « inculturation » et par « enculturation »². Cela signifie que les droits culturels expriment la singularité d'une culture dotée d'une vigoureuse conscience de soi et, dans le même temps, soucieuse d'universalité : « Ce sont les deux faces de l'identité culturelle : identité de distinction et d'appartenance, le droit au particulier et le droit à l'universel. Un droit de l'homme est un droit culturel lorsqu'il a pour objet une identification du sujet allant du singulier à l'universel (et inversement). »³ De fait, les droits culturels possèdent une nature ambivalente, tout à la fois droits individuels et collectifs.

[p. 258]

Droits individuels, les droits culturels s'expriment, de façon générique, par le droit à la différence. Droit individuel à être soi-même, ce droit est inscrit dans le jeu des principes d'égalité et de non-discrimination sans lesquels il ne saurait

¹ P. Meyer-Bisch, Les droits culturels : une catégorie sous-développée des droits de l'homme, *Cahiers du centre interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme*, Université de Fribourg, décembre 1991, p. 13.

² P. Meyer-Bisch, « Les droits culturels une catégorie sous-développée des droits de l'homme », art. cité, p. 14.

³ P. Meyer-Bisch, « Les droits culturels une catégorie sous-développée des droits de l'homme », art. cité, p. 13.

exister de véritable droit fondamental de l'homme. Il en découle le libre choix de sa culture, et notamment de sa langue, le droit à l'éducation, au patrimoine culturel, à la religion. On peut donc ainsi constater que la dimension minoritaire est loin d'être ignorée du discours individualiste des droits de l'homme. Mais les droits culturels sont aussi des droits collectifs, rendant ainsi l'individu à sa propre existence sociale. De façon symétrique, la dimension collective des droits de l'homme peut être rendue par le droit générique à « l'autodétermination culturelle »¹, dans le sens que nous avons nous-mêmes donné au concept d'autodétermination. On peut encore préciser qu'il s'agit, pour le groupe, du libre choix des conditions dans lesquelles il entend réaliser ses droits culturels au sein de la nation étatique.

Ces quelques réflexions sur la notion de droit culturel permettent de situer l'enjeu du protocole additionnel en cours d'élaboration. Elles nous ramènent aussi aux prolégomènes au droit européen des minorités. Car les mêmes contradictions qui auront empêché la Société des Nations de construire un véritable droit international des minorités agissent aujourd'hui de manière rémanente. À vrai dire, le contenu d'un corpus juridique de protection minoritaire est bien circonscrit, tout comme il l'était déjà à la lecture des traités de minorités de 1919-1920, et le rapport des minorités au droit à l'autodétermination est éclairci. Mais l'échec des tentatives de définition de la notion de minorité nationale, sauf à les désigner de façon empirique, ne peut s'expliquer que par un refus persistant de situer clairement les minorités dans leur dimension collective. Or, cette dimension collective, qui pourrait la nier, tant elle est évidente, intimement liée au phénomène minoritaire, qu'en traiter par prétérition ne peut que relever de la pure casuistique. L'avènement du droit européen des minorités nationales et, par voie de conséquence, du futur protocole additionnel est à ce prix, si l'on tient toutefois à per-[p. 259] sister dans l'adoption d'un instrument multilatéral opératoire, c'est-à-dire bénéficiant d'une authentique sanction juridictionnelle. Mais peut-être la solution se trouve-t-elle ailleurs, dans la formule des traités bilatéraux parallèles dont nous avons pu mettre en évidence la fécondité : en situant la question minoritaire là où elle se pose et en respectant le libre arbitre des États pour lesquels il ne saurait ontologiquement exister de phénomène minoritaire, cette technique a au moins le mérite de signifier que la reconnaissance juridique des minorités nationales est d'abord une question constitutionnelle, ainsi qu'on pourra le constater au fil du chapitre suivant. C'est peut-être là que le droit international et européen des minorités trouve ses limites : question par essence existentielle, l'identité collective, le vouloir-vivre ensemble national, ne saurait se laisser enfermer dans une détermination juridique *a priori*.

¹ Norbert Rouland, *L'archipel des droits de l'homme*, communication au Colloque de la Commission des droits de la personne du Québec, L'actualité de la Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1993, Montréal, à paraître dans *Revue québécoise de droit international*.

Pour aller plus loin

122 LES SOURCES TEXTUELLES. – L'ensemble de l'activité normative du Conseil de l'Europe et de l'OSCE dans le domaine des minorités est régulièrement évoquée par la *Revue universelle des droits de l'homme (RUDH)*. Les documents s'y rapportant sont généralement publiés avec les rapports explicatifs qui les accompagnent et des commentaires émanant de personnes ayant directement participé à leur élaboration. Il s'agit donc bien là aujourd'hui de la référence principale pour notre matière. Pour les textes les plus récents, notamment les traités bilatéraux de bon voisinage inclus dans le pacte de stabilité en Europe, il est possible de s'adresser directement aux instances du Conseil de l'Europe, 67075 Strasbourg cedex (par exemple à la Commission européenne pour la démocratie par le droit) dont les différents services sont toujours disponibles et efficaces.

123 LES SOURCES DOCTRINALES. – La problématique évoquée dans le présent chapitre est encore trop récente pour donner lieu à des études d'ensemble, si l'on met à part celle de Florence Benoit-Rohmer et Hilde Hardeman, *The Minority Question in Europe, Towards the creation of a coherent Regime*, Centre for European Policy Studies, Paper n° 55, Bruxelles, 1994, 57 p. Cf. aussi une étude du Conseil de l'Europe : Patrick Thornberry, Maria Amor, Martin Estebanez, *The Council of Europe and Minorities*, COEMIN, 1994, 104 p.

Néanmoins, celle-ci a d'ores et déjà fait l'objet d'analyses assez nombreuses. Le problème des rapports de l'Union européenne avec les minorités est très finement évoqué par Bruno de Witte, *The European Community and its minorities*, in C. Brölmann, R. Lefeber, M. Zieck (dir.), *Peoples and Minorities in international Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 167-185. Pour ce qui est de la CSCE, il convient de se reporter aux contributions publiées sous la direction de E. Decaux et L.-A. Sicilianos, *La CSCE : dimension humaine et règlement des différends*, *Cahiers du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN)*, Paris,

[p. 260]

Montchrestien, 1993, 284 p. La problématique des traités bilatéraux de bon voisinage est esquissée par Pierre Koenig, *Le traité germano-polonais sur les relations de bon voisinage et de coopération amicale du 17 juin 1991*, AFDI, 1991. La Charte des langues régionales minoritaires a fait l'objet d'un premier commentaire : Peter Kovacs, *La protection des langues des minorités ou la nouvelle approche de la protection des minorités*, *RGDIP*, 1993, p. 411-418. Pour une approche d'ensemble des questions évoquées dans le présent chapitre, on pourra se reporter à Joseph Yacoub, *Les Minorités, quelle protection*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995, 398 p.

[p. 281]

Chapitre 3

Les politiques juridiques des États

[Retour au sommaire](#)

124. LA RECHERCHE D'UN PRINCIPE DE CLASSIFICATION. – Les politiques juridiques étatiques vis-à-vis des minorités s'inscrivent sur une échelle de valeur allant du refus de reconnaissance du fait minoritaire à l'institutionnalisation du pluralisme. Mais il faut bien voir que cette échelle de valeur est elle-même toute relative :

- d'une part, en effet, l'absence de reconnaissance des minorités en tant que telles peut parfaitement s'accommoder d'une attitude bienveillante envers les manifestations les plus tangibles du fait minoritaire : ainsi, par exemple, n'existe-t-il pas de « peuple corse », fût-il composante du « peuple français », ce qui n'empêche nullement la Corse de bénéficier d'un statut législatif qui organise sa spécificité ¹ ;
- il en résulte que, d'autre part, la reconnaissance peut être implicite et s'apprécier à l'aune de mesures ponctuelles d'ordre législatif ou administratif, voire d'un comportement favorable du juge.

C'est dire que l'établissement d'une typologie apte à rendre compte des politiques juridiques des États est étroitement relié aux objectifs poursuivis par les pouvoirs publics. Or, ceux-ci participent eux-mêmes d'une autre échelle de valeur qui évolue entre le pluralisme et l'assimilation.

¹ Conseil constitutionnel, décision du 9 mai 1991, Statut de la Corse, *JO*, 1991, p. 6350-6354 ; plus généralement, cette attitude est caractéristique de la politique française vis-à-vis des minorités, cf. *infra*, chapitre 4 : « La France et les minorités ».

Il n'existe donc pas de rapport univoque entre la reconnaissance [p. 262] minoritaire et l'objectif pluraliste, d'une part, le refus ou l'absence de reconnaissance et l'assimilation, d'autre part. Bien au contraire, tous les croisements possibles entre ces deux échelles de valeur doivent être envisagés, si l'on veut bien considérer que la reconnaissance, principalement constitutionnelle, des minorités évolue entre deux contraintes que l'État doit lui-même maîtriser :

- en premier lieu, la valorisation de l'identité minoritaire doit être modulée et contrôlée de telle sorte qu'elle ne puisse déboucher sur le droit à l'autodétermination au sens du droit à l'indépendance ;
- en second lieu, l'affirmation du droit à la différence doit être compatible avec la construction de la nation étatique, projet revendiqué par tout État-nation.

Il s'ensuit que la promotion étatique des minorités peut aussi avoir pour effet de réduire la différence avec le groupe majoritaire et favoriser ainsi, paradoxalement, leur assimilation.

Si l'on s'en tenait à cette seule constatation, l'élaboration d'une typologie s'avérerait singulièrement malaisée, voire impossible. C'est pourquoi celle-ci doit être complétée par un examen approfondi du droit positif interne, à tous les niveaux de la hiérarchie des normes, de la Constitution à la jurisprudence. Seule cette démarche est à même de classer et de qualifier efficacement les politiques juridiques étatiques vis-à-vis des minorités en fonction des deux échelles de valeur ci-dessus évoquées.

Section I

La reconnaissance juridique des minorités

[Retour au sommaire](#)

125 DIVERSITÉ DES SITUATIONS. – Il n'existe pas de perception juridique objective du fait minoritaire : celui-ci pénètre dans la sphère du droit non pas comme un donné, mais comme un construit. C'est bien pourquoi l'action propre de reconnaissance est fondamentalement source d'ambiguïté, dans la mesure où le mot recouvre lui-même plusieurs hypothèses, de l'attribution aux minorités de la qualité de sujet de droit au titre de la personnalité juridique à l'octroi de [p. 263] droits éparés, en passant par la constitution d'un système ordonné de protection ¹.

¹ F. Capotorti, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, chapitre 1 : « La notion de minorité », Nations Unies, Conseil économique et

En d'autres termes, la reconnaissance du fait minoritaire varie profondément en intensité, elle peut n'être qu'implicite même si, en tout état de cause, le non-dit a ses limites : ainsi le principe constitutionnel général de non-discrimination (d'ordre racial, national, ethnique, linguistique ou religieux) ne peut-il valoir à lui seul reconnaissance¹.

La construction d'une typologie juridique de la reconnaissance des minorités s'avère donc indispensable. Il ne faut cependant jamais perdre de vue que cette dernière se trouve nécessairement finalisée, dans la mesure où elle s'inscrit sous l'égide du modèle politique de l'État-nation, qui en dessine lui-même les contours. C'est dire que la typologie de la reconnaissance déterminera donc les objectifs poursuivis à travers celle-ci.

Il s'agira donc d'examiner d'abord les variétés et les degrés de reconnaissance dans l'ordre juridique interne, spécialement dans l'ordre constitutionnel, du droit des minorités à maintenir et préserver leurs caractéristiques propres.

I | TYPOLOGIE DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES MINORITÉS

126 L'ABSENCE DE RECONNAISSANCE. – Nonobstant le fait de la simple observation de la réalité sociologique, l'absence de reconnaissance équivaut à la négation juridique de l'existence des minorités.

Sous cet aspect, il importera donc de bien distinguer, par exemple, la reconnaissance de minorités religieuses, universellement consacrée par le principe de la liberté de conscience et de religion, de celle des minorités religieuses consacrées en tant que telles. Autrement dit, l'introduction de la liberté de conscience et de religion dans le système [p. 264] général de garantie et de protection des droits ne vaut pas pour autant reconnaissance d'une *minorité* religieuse, dès lors que cette liberté se rapporte à l'individu et non pas au groupe constitué en fonction d'une identification de nature religieuse. Souvent, également, les statistiques officielles classent la population par groupes ethniques, religieux ou linguistiques, ce qui tend à attester l'existence de tels groupes, sans pour autant équivaloir à une reconnaissance juridique.

Précisément, le refus officiel de reconnaissance correspond très exactement à l'attitude de la France. Elle apparaît, depuis la Révolution, comme une constante dans l'histoire constitutionnelle française. Dans son dernier état, le refus officiel

social, Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 30^e session, 1977, E/CN4/Sub. 2/384/Add. 1 (24 juin), p. 34.

¹ F. Capotorti, rapport cité, p. 35.

de reconnaissance aura été réitéré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 mai 1991 relative au statut de la Corse : « Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion. » Autrement dit, le peuple français, c'est l'universalité des citoyens de l'État, selon la propre définition délivrée par la Constitution du 24 juin 1793 et reprise par celles du 22 août 1795 et du 4 novembre 1848 : « Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français. » Cette définition repose tout entière sur le principe d'égalité et son corollaire, le principe de non-discrimination, en vertu desquels le citoyen, cet être rationnel, désincarné, tout entier préoccupé de l'intérêt général, représente la composante indivise du peuple, à l'exclusion de tout corps intermédiaire dans l'État.

Ce serait toutefois méconnaître la subtilité de la position officielle française que de la réduire à une telle formulation négative tenant à l'unicité juridique du peuple français. Car le principe d'égalité, qui sous-tend cette dernière, est lui-même constitutif du système de protection des droits de l'homme et du citoyen depuis 1789. À ce titre, justement, l'égalité accomplit une fonction éminemment positive, en ce qu'elle tend aussi à garantir le respect des différences au sein du peuple français, mais sans leur conférer une existence collective officielle. Telle est la démonstration développée par le P^r Rousseau lors d'un Colloque tenu à Ajaccio, en septembre 1990 : pour peu que le statut territorial de la Corse fût fondé sur l'article 72 de la Constitution – permettant au législateur de créer une collectivité territoriale *sui generis* –, « la création de la Corse comme catégorie de collectivité territoriale de la République mettrait celle-ci dans une situation différente d'avec les autres catégories de collectivités territoriales ; le législateur serait ainsi parfaitement en droit d'établir, pour la Corse, un régime différent de celui existant pour les autres collectivités, le principe d'égalité s'imposant à l'intérieur d'une même catégorie de personnes mais non entre catégories différentes »¹. On perçoit alors tout l'avantage d'un tel traitement du fait minoritaire à l'aune du principe constitutionnel d'égalité, en ce qu'il permet de garantir la spécificité d'un groupe infranational tout en évitant de lui conférer une existence collective officielle. Sur ce plan précis, l'insertion des spécificités, principalement objectives, des minorités dans le cadre de la protection et la garantie des droits individuels, transforme la nature de ces spécificités, lesquelles deviennent alors un aspect, parmi d'autres, de l'égalité citoyenne. Le discours sur le phénomène minoritaire est de la sorte désamorcé : à vocation collective, il est devenu à finalité individuelle, seule tolérée par l'État-nation. Le fait est que le

¹ Dominique Rousseau, La constitutionnalité d'un statut propre à la Corse, in Actes du Colloque d'Ajaccio des 20 et 21 septembre 1990, Des réformes ! Quelles réformes institutionnelles pour la Corse ?, *RSAMO*, n^{os} 29-30, 1990, p. 66-67.

droit français s'accommode à merveille d'un discours constitutionnel unitaire et d'une pratique législative particulariste ¹.

Ce raisonnement est applicable à tous les États qui se refusent à reconnaître officiellement l'existence des minorités. Aussi le refus de reconnaissance ne dévoile-t-il pas forcément une attitude négative de la part de l'État puisqu'il n'empêche pas, par ailleurs, de garantir les droits et les libertés des citoyens.

127 LA RECONNAISSANCE EXPRESSE. – Les procédés de reconnaissance ne sont pas univoques : ils dépendent, bien évidemment, à la fois du nombre de groupes minoritaires, de leur répartition sur le territoire national, etc. Point n'est besoin d'insister, dans ces conditions, sur la variété à la fois des instruments et des procédés de traite-[p. 266] ment institutionnel du phénomène minoritaire. De façon générique, cette variété peut être ordonnée en fonction de la nature juridique de l'acte de reconnaissance : celui-ci peut relever, de manière indépendante ou concomitante, du droit international ou du droit interne.

128 LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE. – Dans la mesure, en effet, où des instruments internationaux (bilatéraux ou multilatéraux) intéressant la protection des minorités trouvent à s'appliquer en droit interne et compte tenu de la place qu'ils occupent dans la hiérarchie des normes juridiques, l'acte de reconnaissance du fait minoritaire peut être d'abord de nature interétatique.

Au reste, cette dernière tend à attester le caractère national des minorités concernées, lesquelles se trouvent partagées par une frontière d'État, comme cela est habituellement le cas en Europe centrale du fait des découpages territoriaux issus principalement des deux dernières guerres mondiales, mais aussi dans de nombreux États issus de la décolonisation. Dans de telles conditions, des traités internationaux consacreront, lors d'un redécoupage des frontières ou bien encore de la création d'un nouvel État, l'existence de minorités nationales. Tel est le cas, par exemple, du traité de paix de Saint-Germain du 10 septembre 1919 (article 68) et du traité d'État de Vienne du 15 mai 1955 (art. 7) qui introduit à la charge de l'Autriche une obligation relative à l'enseignement dans leur langue nationale pour les minorités slovène et croate en Carinthie, au Burgenland et en Styrie. Sur ce plan, un arrêt de la Cour constitutionnelle a constaté que, en Carinthie, le droit à l'enseignement dans la langue slovène est un droit constitutionnel ². De ce fait, la protection des minorités à laquelle l'Autriche est tenue en vertu des traités internationaux précités se trouve relayée au niveau constitutionnel et fédéral, comme en témoignent une loi de 1959 sur les écoles des minorités en Carinthie (*Minderheitenschulgesetz für Kärnten*) et, surtout, la loi sur les groupes ethniques

¹ Cf. *infra*, chap. 4.

² VfSlg 12245/1989.

du 7 juillet 1976 (*VGG- Volksgruppengesetz*¹). En outre, il convient de mentionner plusieurs décrets relatifs à l'établissement des conseils des groupes ethniques², aux inscriptions topographiques³ et à l'usage des langues minoritaires, notamment dans la vie publique⁴.

De ce type de reconnaissance relève également le traité de paix de Lausanne du 24 juillet 1923, dont subsistent certaines dispositions de protection minoritaire, notamment celles se rapportant à la minorité musulmane d'origine turque en Grèce, vivant en Thrace occidentale. De fait, le décret-loi 25/1923 qui a approuvé ledit traité utilise le terme de minorité. Dans le même ordre d'idée, la protection des minorités en Italie découle de deux instruments internationaux bilatéraux : l'Accord De Gasperi-Gruber du 5 septembre 1946, conclu avec l'Autriche, portant sur la protection de la minorité de langue allemande et qui est à l'origine du statut d'autonomie du Trentin-Haut-Adige (loi constitutionnelle du 26 janvier 1948, amendée le 10 novembre 1971) ; le traité d'Osimo, conclu le 10 novembre 1975 et approuvé par une loi du 14 mars 1977 avec l'ex-Yougoslavie, et concernant la protection de la minorité yougoslave.

De manière générale, les traités bilatéraux constituent une source de protection minoritaire particulièrement féconde. La plus originale est sans conteste celle issue du traité d'Unification de l'Allemagne du 30 août 1990, dans la mesure où elle marque une notable exception à l'unicité du peuple allemand prônée par le droit de la République fédérale et qu'exprime le concept de *Staatsvolk*, récemment encore mis en avant par deux arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale du 31 octobre 1990 concernant le droit de vote communal des étrangers⁵. Aux termes du Protocole (n° 14) à l'article 35 du Traité – qui participe du droit fédéral allemand – la minorité sorabe se voit garantir le droit individuel et collectif à l'affirmation de sa culture propre et de ses traditions, comme celui d'utiliser sa langue tant en privé qu'en public. Les dispositions de l'ancienne Constitution de la République démocratique allemande (1974) reconnaissant la « nationalité sorabe » ont ainsi été conservées, et ce y compris au niveau fédéré, puisque la Constitution du *Land* de Brandebourg de 1992 fait explicitement référence au « peuple sorabe » (art. 25) et lui garantit, en application du traité d'Unification, les droits linguistiques afférents, [p. 268] entre autres l'information topographique bilingue là où est installée la minorité sorabe (art. 26).

Mais l'activité diplomatique allemande liée au processus d'unification aura aussi donné lieu à un type de traité bilatéral visant à concilier la reconnaissance des minorités nationales et l'intangibilité des frontières et appelé à faire école : il s'agit du traité dit de *bon voisinage*, dont le traité germano-polonais sur les

¹ BGBl., n° 396/1976 ; on trouvera une traduction française de ce texte, in *La situation juridique des groupes ethniques*, Document publié par la Chancellerie fédérale, Vienne, 1977, p. 32-43.

² 18 janvier 1977, BGBl., n° 38/1977.

³ 31 mai 1977, BGBl., n° 306/1977.

⁴ 31 mai 1977, BGBl., n° 307/1977.

⁵ Cf. A. Weber, Allemagne : le droit de vote communal des étrangers, *RFDC*, 1991, p. 553-555.

relations de bon voisinage et de coopération amicale du 17 juin 1991 fait figure de modèle. Ce texte inclut, en effet, un véritable statut des minorités polonaise et allemande (art. 20) et témoigne du fait que le droit international, ainsi que l'écrit le P^r Koenig, « apporte ici une différenciation du plus haut intérêt à la nationalité d'un individu dans ses rapports avec l'ordre juridique de l'État d'accueil. La personne de minorité allemande est citoyen polonais, elle a des droits et obligations au titre de national et de "minoritaire"... »¹. D'autres traités de ce type ont été conclus, ainsi qu'il a déjà été constaté, par l'Allemagne, notamment avec la Hongrie, et par cette dernière avec la Slovaquie, la Slovaquie et la Croatie.

Naturellement, le caractère opératoire de ces dispositions est fonction du rang accordé au droit international public dans la hiérarchie interne des normes juridiques par la Constitution nationale. Celui-ci déterminera alors la portée des références constitutionnelles aux textes internationaux, qu'ils aient un caractère général comme la Charte des Nations Unies ou la Déclaration universelle des droits de l'homme ; qu'ils évoquent plus particulièrement la protection des minorités comme, par exemple, la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948. Sous cet aspect, il apparaît que l'accroissement de l'activité normative internationale est incontestablement favorable à la réception du droit des gens par le droit interne, celle-ci s'effectuant généralement à un niveau équivalent à la loi.

Mais il existe aussi certaines situations où c'est l'hétérogénéité même de la société politique nationale qui fait l'objet d'une garantie et d'une protection internationale. Tel était le cas de la République de Chypre, dont on peut considérer qu'elle fut tout entière une création [p. 269] internationale. En effet, l'État chypriote naquit des accords de Zurich et de Londres, signés par le Royaume-Uni, la Grèce et la Turquie. Le projet de Constitution fut signé le 6 avril 1960 par la Grèce, la Turquie, le Royaume-Uni ainsi que les Communautés grecque et turque de Chypre, avant d'être promulgué le 16 août 1960. En l'occurrence, les Communautés grecque et turque de l'île devaient bien leur existence juridique à un accord international, lequel garantissait de surcroît leur statut constitutionnel. Tel est également le cas de la Cité-État de Singapour, puisque, aux termes des engagements pris par les représentants de la colonie envers le gouvernement britannique lors de la Conférence de Londres de mars et avril 1958, le futur Gouvernement « aura en tous temps pour politique consciente et délibérée de tenir compte de la position spéciale des Malais qui forment la population indigène de l'île et ont le plus grand besoin d'assistance ». Le préambule de la Constitution de 1958 se fait l'écho de cet engagement, qui dispose : « ... en conséquence, le Gouvernement de Singapour aura la responsabilité de protéger, sauvegarder, encourager, soutenir et promouvoir leurs intérêts politiques, religieux, économiques, sociaux, culturels ainsi que la langue malaise ».

¹ P. Koenig, Le traité germano-polonais sur « Les relations de bon voisinage et de coopération amicale » du 17 juin 1991, *AFDI*, 1991, p. 294. Cf. aussi *supra*, chap. 2.

129 LA RECONNAISSANCE INTERNE. – Cette question est indissociable de celle de la qualification et, partant, de la définition de la communauté infranationale objet de reconnaissance. C'est pourquoi ces deux aspects doivent être évoqués simultanément. Il convient de souligner, à cet égard et préalablement, la très grande imprécision terminologique qui caractérise ce niveau de reconnaissance : les expressions « minorités nationales », « nationalités », « communautés culturelles », « groupes ethniques », « groupes linguistiques », sont le plus fréquemment utilisées pour marquer le pluralisme de la nation étatique. Néanmoins, l'utilisation de telle expression et son degré de précision ne sont pas fortuits : ainsi, par exemple, l'on peut constater que la place de la règle juridique, par laquelle s'opère la reconnaissance du fait minoritaire dans la hiérarchie des normes, commande assez largement la précision et la définition terminologique du phénomène reconnu : plus élevé sera le niveau de reconnaissance juridique, plus elliptique sera la qualification du fait minoritaire, *a fortiori* lorsque la reconnaissance est de nature constitutionnelle. Cette constatation s'explique aisément : dans la mesure où tout projet constitution-[p. 270]nel a pour fonction essentielle de poser l'unité de la base sociale de l'État par le recours au concept juridique de nation, la reconnaissance juridique du caractère composite de l'unique nation ne va pas de soi ; à tout le moins doit-elle être rapportée à l'unité nationale préalablement instituée par la loi fondamentale.

130 LA RECONNAISSANCE CONSTITUTIONNELLE. – Rares sont, par conséquent, les textes constitutionnels qui se risquent à définir un fait minoritaire pourtant juridiquement attesté. C'est bien plutôt par ses occurrences que, dans la plupart des cas, la communauté infranationale reconnue se verra qualifiée : les minorités seront alors « linguistiques » (Constitution italienne, art. 5) « ethniques » (Constitution albanaise, art. 29 ; Constitution hongroise, art. 68 ; Constitution slovène, art. 5 ; Constitution slovaque, art. 33, qui emploie plus exactement l'expression « groupe ethnique »), voire « nationales ». À vrai dire, cette dernière hypothèse est peu fréquente : dans la mesure où une « minorité nationale » constitue le prolongement d'une nation voisine, elle-même partagée par une frontière d'État, les États concernés manifesteront la plus grande réticence à considérer un phénomène qu'ils estiment menaçant pour leur propre unité nationale. Significativement, c'est souvent par équivalence que le qualificatif « national » sera employé, comme dans les Constitutions hongroise et slovaque, où il voisine avec l'adjectif « ethnique ». Dans d'autre cas, la structure fédérale de l'État permettra de la faire figurer uniquement dans la Constitution fédérée, par exemple dans la Constitution du *Land* de Saxe de 1992. D'autres textes, à l'exemple de la Constitution roumaine (art. 6) se contenteront d'une prudente mention des « personnes appartenant aux minorités nationales », ce qui enlève bien toute signification intrinsèque à l'expression.

Au reste, de nombreuses Constitutions issues de la *décommunisation* sont demeurées fidèles à une qualification très prisée par les anciens textes socialistes, celle de « nationalité ». Cette dernière accompagne presque toujours la reconnaissance officielle du pluralisme de la société politique nationale. Autrement dit, son emploi est un indice juridique attestant souvent le caractère multinational de l'État concerné. Ainsi la Constitution ukrainienne définit-elle le « peuple ukrainien » comme formé des « citoyens d'Ukraine de toutes les nationalités » (art. 3) ; de même, la Constitution chinoise de 1982 [p. 271] définit la République populaire de Chine comme « un État unifié multinational, créé en commun par les diverses nationalités du pays » (Préambule, § 10) tandis que la nouvelle Constitution de la Fédération de Russie du 12 décembre 1993 fait du « peuple multinational » l'unique source du pouvoir (art. 3, § 1). L'expression « nationalités » se retrouve en Macédoine et au Kirghizistan, bien que les Constitutions de ces deux derniers pays se soient refusées à en faire le pivot d'un authentique État multinational. Elle figure également dans l'article 2 de la Constitution espagnole de 1978, sous forme de la garantie « du droit à l'autonomie des nationalités et régions » et apparaît comme un gage accordé aux « nationalités historiques » d'Espagne – Pays Basque, Catalogne et Galice – qui avaient accédé à l'autonomie régionale sous la Seconde République espagnole, dans le cadre de la Constitution du 9 décembre 1931.

D'autres textes constitutionnels, soucieux de mieux circonscrire le phénomène minoritaire et, par conséquent, de se démarquer d'une qualification générale ou englobante, s'orienteront vers une dénomination plus spécifique. Une telle attitude recèle, pour l'État-nation concerné, un double avantage : celui, d'une part, d'éviter les pièges d'une approche générale, source inévitable d'imprécision et d'éventuelles difficultés pour la cohésion nationale ; celui, d'autre part, de mieux cerner la dimension minoritaire en lui conférant, de surcroît, un statut adapté. Ainsi de la Norvège, dont l'article 110-*a* de la Constitution protège l'identité culturelle des Saame (Lapons). Tel est surtout le cas des États soucieux de reconnaissance des *peuples autochtones*, qui feront alors l'objet, en tant que tels, d'une protection spéciale, à l'exemple du droit constitutionnel canadien : celle-ci est énoncée à l'article 91-24 de la Loi constitutionnelle de 1867, à l'article 25 de la Charte des droits et libertés et à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. Ce dernier texte dispose : « 1 / Les droits existants, ancestraux ou issus de traités, des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ; 2 / Dans la présente loi, "peuples autochtones du Canada" s'entend notamment des Indiens, des Inuit (Esquimaux) et des Métis du Canada. » Cette approche est d'autant plus intéressante que la problématique des peuples autochtones est envisagée en termes collectifs, laquelle contraste avec celle des droits linguistiques des minorités (art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés, art. 43 de la Charte des droits et libertés de la personne du [p. 272] Québec) laquelle est plutôt envisagée en termes individuels, bien que la question n'ait pas encore été définitivement tranchée par la Cour suprême du Canada. On remarquera également que les peuples autochtones sont explicitement désignés par le texte constitutionnel, ce qui tend bien à renforcer le statut protecteur dont ils pourront bénéficier *ès qualités*. C'est

bien pourquoi semblable démarche mériterait d'être généralisée à ce niveau constitutionnel, dans la mesure où, justement, les lois fondamentales des États à pluralisme national se gardent trop souvent de délivrer une définition du fait minoritaire.

131 LA RECONNAISSANCE LÉGISLATIVE. – À l'inverse, les textes législatifs se montrent beaucoup plus prolixes. Sans doute la place intermédiaire de la loi dans la hiérarchie des normes juridiques explique-t-elle cette situation, qui ne bénéficiera pas, par conséquent, de la même garantie de stabilité qu'une mention constitutionnelle. Toutefois, cet inconvénient peut être aisément atténué, notamment de deux manières : en premier lieu, certaines Constitutions récentes prévoient que l'adoption d'une législation relative aux minorités par le Parlement national se fera sur la base d'une majorité qualifiée. Ainsi de la Constitution hongroise, dont l'article 68, § 5, dispose : « L'adoption de la loi sur les minorités nationales et ethniques requiert la majorité des deux tiers des voix des députés présents. » Dans le même sens, on doit mentionner les dispositions de la Constitution slovène, d'après laquelle la législation – au sens étendu du terme – relative aux droits et à la situation des communautés infranationales ne pourra être adoptée sans le consentement des représentants desdites communautés nationales (art. 64) ce qui peut laisser supposer que ceux-ci disposent, en l'occurrence, d'un droit de veto. En second lieu, l'existence d'un contrôle effectif de la constitutionnalité des lois, lequel tend à se généraliser, permettra d'affermir les définitions législatives du fait minoritaire.

À partir de là, il est possible d'ordonner les définitions législatives en fonction de deux critères utilisés ensemble ou séparément : l'option passive et l'option active. L'option passive consiste à appréhender la situation minoritaire en fonction de critères objectifs – langue, religion, traditions culturelles, lieu de résidence – souvent combinés avec un critère numérique, voire temporel. Ce système est pratiqué par l'article premier de la loi autrichienne de 1976 précitée, qui considère [p. 273] comme « groupes ethniques » : « Les groupes de citoyens autrichiens domiciliés en permanence sur le territoire de la République, de langue maternelle autre que l'allemand et possédant un patrimoine culturel propre. » Également par la loi hongroise du 7 juillet 1993 sur les droits des minorités nationales et ethniques, dont l'article 1, § 2, dispose : « Est considérée, en vertu de la présente loi, comme minorité nationale ou ethnique (ci-après minorité) tout peuple, groupe ethnique qui réside depuis au moins un siècle sur le territoire de la République de Hongrie, qui est en minorité numérique, dont les membres sont citoyens hongrois et qui diffère du reste de la population par sa langue, sa culture et ses traditions, et qui fait preuve d'un esprit d'appartenance visant la conservation de ces dernières ainsi que l'expression et la défense des intérêts de ces communautés formées au fil de l'histoire » ; et d'énumérer, sur la base de ces critères préétablis, les groupes « autochtones » de Hongrie : « ... les groupes allemands, arméniens, bulgares, croates, grecs, polonais, roumains, ruthéniens, serbes, slovaques, slovènes, tziganes et ukrainiens » (art. 61, § 1). Citons enfin la loi estonienne du 26 octobre

1993 sur l'autonomie culturelle des minorités nationales, dont l'article premier considère comme « minorités nationales » : « ... les citoyens d'Estonie qui résident sur le territoire de l'Estonie, maintiennent des liens stables, fermes et durables avec l'Estonie ; se distinguent des Estoniens en fonction de leurs caractéristiques ethniques, culturelles, religieuses ou linguistiques ; sont désireux de préserver ensemble leurs traditions culturelles, leur religion ou leur langue qui constituent le fondement de leur identité commune. » À partir de là l'accès à l'autonomie culturelle concernera « les personnes appartenant aux minorités allemande, russe, suédoise et juive et aux personnes appartenant aux minorités nationales de plus de 3 000 membres » (art. 2, § 2). On le voit : l'option passive repose sur une inscription d'office et *a priori* des minorités. Ce critère présente l'inconvénient d'opérer une sélection à l'intérieur même du phénomène minoritaire. Un risque de discrimination peut alors apparaître, dans la mesure où la protection mise à la charge des pouvoirs publics ira d'abord aux minorités nommément désignées, Hongrois et Italiens de Slovaquie, Serbes de Croatie, peuples autochtones du Canada. Dans certains cas, la protection minoritaire passe préalablement par l'individualisation constitutionnelle de minorités clairement spécifiées. Le principe de territorialité linguistique correspond à cette dernière hypothèse, où les droits linguistiques minoritaires seront fonction de la répartition des individus sur des portions du territoire de l'État. C'est ce qui explique que seuls les groupes linguistiques allemand du Trentin-Haut-Adige, français du Val d'Aoste et slovène de Trieste et Gorizia seront appréhendés par la législation italienne, de même que les communautés linguistiques française, flamande et allemande par la législation belge.

À l'inverse, l'option active repose sur un choix personnel d'appartenance minoritaire librement exprimé. C'est bien en ce sens que la loi hongroise du 7 juillet 1993, combinant option passive et option active, fait de « la volonté d'appartenir à un groupe ou à une minorité nationale ou ethnique » un « droit exclusif et inaliénable de l'individu » (art. 7, § 1). Sans doute s'agit-il là d'une affirmation de principe, qui fait du droit à l'identité minoritaire un droit individuel, car le droit d'option active – réservé à 1000 citoyens hongrois au moins se considérant eux-mêmes comme une minorité et s'exprimant sous la forme d'une initiative populaire présentée au Président du Parlement (art. 61, § 2) – s'exerce de façon subsidiaire et non automatique, puisqu'il est subordonné à la reconnaissance des pouvoirs publics. Option active et option passive se retrouvent en Finlande, où la loi sur l'emploi de la langue daïme dans les rapports avec les pouvoirs publics (1991) définit comme Saame, c'est-à-dire Lapon, toute personne qui se considère elle-même comme Saame, à la condition qu'elle-même ou l'un de ses parents ou grands-parents ait appris le lapon comme première langue (sect. 2). Dans le même sens, la loi sur l'amélioration des conditions de logement de la population tzigane (1975) définit comme tzigane celui qui se considère lui-même comme un tzigane, sauf lorsqu'il est évident qu'il n'en est pas un. On remarquera que l'option passive est souvent utilisée là où la loi désigne nommément telle minorité. Les exemples hongrois et finlandais tendent aussi à démontrer que l'option active est un droit individuel qui peut, selon les cas, exprimer une

appartenance minoritaire à titre collectif ou à titre personnel. En tout état de cause, le critère de l'option active, conçu comme un véritable droit de l'homme, tend ainsi à révéler une conception élective de l'appartenance minoritaire.

Dans d'autres textes et en l'absence de définition précise de la notion de minorité, c'est de manière indirecte, par l'évocation des droits reconnus aux groupes minoritaires que se fera l'identification [p. 275] de ces derniers. Ainsi la loi constitutionnelle croate sur les droits de l'homme, les libertés et les droits des communautés ou minorités nationales et ethniques (1992) a choisi de s'attacher au phénomène minoritaire en développant d'une manière très précise les droits reconnus aux minorités : droit à l'identité, à la culture, à la religion, à l'usage public et privé de la langue, à l'éducation, droit d'association et de participation à l'exercice du pouvoir politique. Il s'agit bien ici d'une définition indirecte des minorités, par les droits reconnus ainsi que leur contenu, puisque le seul fait de posséder les attributs auxquels s'appliquent les droits constitutifs d'une situation minoritaire suffit à attester l'existence d'une minorité. D'une manière générale, c'est par le biais des droits reconnus que la législation s'attachera au phénomène minoritaire. La jurisprudence adopte sensiblement la même attitude, évitant ainsi de s'engager dans l'épineuse question des définitions.

132 LA RECONNAISSANCE IMPLICITE. – Il existe enfin une dernière situation où les minorités, sans bénéficier d'une reconnaissance expresse au niveau constitutionnel ou législatif, font néanmoins l'objet de textes divers et circonstanciés, de niveau législatif ou administratif, concernant par exemple l'usage de la langue minoritaire, voire des questions plus spécifiques concernant des groupes bien déterminés. Face à des hypothèses de ce genre, il est sans doute permis de parler de « reconnaissance implicite » de la part de l'État, bien que son ordre juridique écarte toute reconnaissance d'un fait minoritaire ¹.

C'est en fonction d'une telle situation qu'il convient d'apprécier la création, par le gouvernement français, le 8 août 1985, d'un *Conseil national des langues et cultures régionales*. Rattaché au Premier ministre et composé de trente à quarante membres comprenant aussi bien des spécialistes des cultures régionales de France que de celles issues de l'immigration, ce Conseil, comme son nom l'indique, possède un rôle purement consultatif : il est chargé de formuler au gouvernement des suggestions quant à la conduite de la politique culturelle régionale. L'existence d'un tel organisme confirme la [p. 276] coexistence, en France, d'un discours juridique officiel de négation du pluralisme de la société nationale avec une tolérance plus discrète vis-à-vis de ce dernier, sans préjuger, au surplus, les développements de statuts particuliers à l'œuvre au sein de la décentralisation territoriale. On retrouve une situation comparable au Portugal, où l'on chercherait vainement une quelconque mention du terme « minorité » dans la Constitution, sinon une législation d'ordre général spécialement consacrée à la protection des

¹ Cf. F. Capotorti, Rapport cité, p. 41.

minorités. Le concept n'est toutefois pas absent de l'ordre juridique portugais, notamment dans la législation relative à la culture et à la communication : ainsi de la loi du 30 juillet 1988 relative à l'exercice de l'activité de radiodiffusion, selon laquelle le but spécifique du service public de radiodiffusion est de promouvoir la création de programmes pédagogiques d'information et de formation en faveur des « minorités culturelles ». Les dispositions de ce texte ont été reprises par la loi du 7 septembre 1990 qui régit l'activité de télévision. Dans le domaine de l'enseignement, une résolution du Conseil des ministres du 16 mai 1991 se proposant d'ouvrir largement l'enseignement secondaire fixe comme objectif celui de promouvoir l'adoption de mesures d'intervention orientées vers la réussite scolaire des élèves ayant des besoins particuliers en matière d'enseignement, notamment ceux d'entre eux qui appartiennent à des « minorités ethniques et linguistiques ». On peut également citer une résolution du Conseil des ministres du 8 avril 1993 approuvant des mesures en faveur des immigrés et des « minorités ethniques ». Bien que ces références ne soient pas accompagnées d'une définition de la notion de minorité, elles n'en apparaissent pas moins comme des indices suffisants d'une prise en compte d'une dimension minoritaire sous la forme de mesures de discrimination positive. Il n'est donc pas exagéré d'affirmer que de telles mesures peuvent s'avérer plus efficaces et plus protectrices que l'attitude de certains États qui font officiellement profession de n'appréhender le fait minoritaire qu'en termes strictement individuels, à l'exemple de la Constitution roumaine, ce qui apparaît déjà en soi comme une attitude de défiance.

Mais c'est déjà dire que la reconnaissance des minorités ne saurait être évoquée indépendamment des objectifs poursuivis par l'État qui, d'une manière ou d'une autre, entend procéder à une telle reconnaissance.

[p. 277]

II | LES OBJECTIFS DE LA RECONNAISSANCE DES MINORITÉS

133 ENTRE L'UNITÉ DE L'ÉTAT ET LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION. – La reconnaissance juridique des minorités évolue entre deux contraintes qu'il faut également maîtriser : d'une part, l'affirmation de l'identité minoritaire, dont l'expression institutionnelle doit être modulée de telle sorte qu'elle ne puisse se relier au droit à l'autodétermination. Il importe de rappeler, sous cet aspect, que, pour le Conseil constitutionnel français dans sa décision précitée du 9 mai 1991, reconnaître l'existence juridique du « peuple corse », c'était lui reconnaître le droit à l'autodétermination, c'est-à-dire en faire un peuple d'un territoire d'outre-mer au sens de l'article premier de la Constitution, puisque, comme l'aura rappelé le Conseil, « la Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'outremer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination ». On ne saurait

mieux signifier, ne serait-ce que par contraste, la force du lien entre l'affirmation minoritaire et le droit à disposer de soi-même. Mais, d'autre part, il faut aussi tenir compte du projet inhérent au modèle politique de l'État-nation, l'exacte coïncidence d'un seul État avec une seule nation par la promotion de l'unicité de la nation étatique, autre point fort de l'argumentation du Conseil constitutionnel dans sa décision précitée. Or, la réalisation de ce projet ne peut se faire qu'en intégrant les minorités, tout en préservant l'affirmation de leur droit à la différence.

On ne saurait donc être surpris de constater que les mesures étatiques de reconnaissance des minorités puissent aussi avoir pour effet paradoxal de réduire la différence avec la majorité et de favoriser de la sorte l'assimilation. Compte tenu de cette constatation, les objectifs de la reconnaissance étatique de la dimension minoritaire s'inscrivent dans le cadre de la double contrainte ainsi évoquée.

134 LE PLURALISME. – Rares sont les textes fondamentaux qui, à l'exemple de la Constitution albanaise, prennent soin d'indiquer que l'on ne saurait assimiler contre leur volonté les personnes appartenant aux minorités ethniques (art. 29). Dans son *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et* [p. 278] *linguistiques*, F. Capotorti propose la définition suivante : « Une politique pluraliste a pour objectif fondamental de préserver l'identité des groupes minoritaires ; elle poursuit cet objectif en leur accordant une grande latitude dans l'administration de leurs affaires. »¹ Par conséquent et sur le plan administratif, le pluralisme prendra la forme du système de l'autonomie locale, qu'il faudra alors concilier avec l'objectif constitutionnel de l'intégration nationale.

Cette dialectique juridique de l'un et du multiple se développe de manière particulièrement originale au sein de la Constitution espagnole de 1978, dont l'article 2 délivre le principe : « La Constitution repose sur l'unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols, et reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et régions qui en font partie, et la solidarité entre elles toutes. » En l'occurrence, le principe de l'autonomie déborde le cadre strictement administratif pour prendre une signification politique. C'est ce qui explique qu'il affecte directement la forme de l'État. De nombreux auteurs voient, en effet, dans l'État espagnol l'archétype de l'« État régional », voire de l'« État des autonomies »². Autrement dit, la structure de l'État tend à refléter le caractère hétérogène de la population.

Dans la mesure où une telle liaison entre la forme de l'État et le pluralisme national est établie au niveau constitutionnel, il s'agit d'un indice très sûr de la volonté de protection minoritaire, puisque, pour reprendre les dispositions de l'article 68, § 1, de la Constitution hongroise, « Les minorités nationales et

¹ Rapport cité, p. 34.

² Cf. F. Moderne, L'état des autonomies dans « l'État des autonomies », *RFDC*, 1990, p. 196-211.

ethniques... font partie du pouvoir du peuple ; elles sont des facteurs constitutifs de l'État ». C'est faire de l'État en question un État multinational, où le fait minoritaire se trouve inscrit *ab initio* dans la structure étatique elle-même.

De fait, il existe fréquemment une relation entre l'hétérogénéité nationale et la forme de l'État. L'évolution constitutionnelle belge en fournit l'évidente démonstration : depuis la révision constitutionnelle du 5 mai 1993, la Belgique est devenue un État fédéral, achevant par là même un processus de différenciation, à la fois politique et juridique, d'une société politique binationale qu'ignorait la Constitution unitaire de 1831 et qui se sera progressivement affermie, ainsi qu'en [p. 279] témoigne la période de révision constitutionnelle permanente qu'aura connue ce pays depuis le 24 décembre 1970.

Le Canada, autre société politique binationale, participe de la même évolution, bien que le débat institutionnel soit loin d'être clos : originellement inscrit dans la Constitution de 1867, le fédéralisme n'était pas conçu comme l'expression directe du pluralisme national, mais, classiquement, sur le modèle américain d'un système d'allocation des ressources et des compétences. Il faudra attendre le « rapatriement » de la Constitution canadienne en 1982 – mettant fin à cette pratique anachronique selon laquelle le Canada, État pleinement souverain, devait s'adresser au Parlement britannique pour amender sa propre Constitution – pour que la province du Québec tente de saisir cette occasion de faire du fédéralisme l'instrument de sa revendication d'un droit à la différence. Répondant à un Questionnaire sur les droits des minorités mis au point par la Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe, les 5 et 6 février 1993, le gouvernement canadien indiquait que « La structure fédérale est justifiée par le caractère hétérogène de la population canadienne » ¹. La réalité est plus nuancée : le 3 juin 1987, en effet, le Québec avait signé avec les neuf autres gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral un accord – l'Accord du Lac Meech – qui reconnaissait formellement sa qualité de « société distincte » au sein de la Fédération canadienne. Or, faute d'être ratifié par les assemblées législatives des Provinces de Terre-Neuve et de Manitoba cet accord est devenu caduc le 23 juin 1990. Cet échec a ouvert une nouvelle période de tensions constitutionnelles que les propositions du gouvernement fédéral de septembre 1991 – définissant la « société distincte » québécoise comme concernant « une majorité d'expression française », la culture et le droit civil –, n'auront pas permis de réduire ², pas plus que le très relatif échec du référendum québécois d'autodétermination de l'automne 1995. On retrouve un tel lien entre le pluralisme national et la forme fédérale de l'État en Russie, même si celui-ci se fait plus discret dans la Constitution de 1993, essentiellement suggéré à travers le concept de « peuple multinational », déjà évoqué.

¹ Cf. *infra*, Pour aller plus loin, pour de plus amples informations sur cette entreprise conduite par la Commission de Venise.

² Cf. J. Woehrling, La Constitution canadienne, le Québec et le Canada anglais, *RFDC*, 1992, p. 195-250 ; également G. Rémillard, Sur le fédéralisme canadien, *RFDC*, 1991, p. 427-434.

[p. 280]

Forme intermédiaire entre l'État fédéral et l'État unitaire, l'État régional peut également figurer l'expression de l'hétérogénéité nationale, comme cela est le cas en Espagne. En ce sens, l'État régional « concrétise le principe de l'autonomie politique en le coulant dans le moule territorial de la région, conçue comme organe d'auto-gouvernement local, sans pour autant que soit sacrifié le dogme intangible de l'unité nationale... »¹. Encore faut-il que les minorités se spécifient sur une telle base territoriale régionale. En Italie par exemple, l'État régional ne correspond que partiellement à une telle situation, où seulement deux régions, le Val d'Aoste et le Trentin-Haut-Adige, bénéficient d'un statut constitutionnel d'autonomie en raison de la présence de minorités linguistiques. C'est pourquoi l'Italie n'est guère éloignée, sur ce point, des États unitaires qui aménagent le pluralisme national dans le cadre d'une décentralisation territoriale administrative, sans aller jusqu'à inscrire celui-ci dans la structure même de l'État.

Dans cette dernière hypothèse, on citera l'exemple du Danemark, où les îles Féroé et le Groenland bénéficient d'un statut d'autonomie (aux termes, respectivement, des lois du 23 mars 1948 et 29 novembre 1978) ; l'article premier de la loi sur l'autonomie du Groenland reconnaissant à celui-ci le statut de société distincte au sein du Royaume du Danemark. De même, en Finlande, les îles d'Aland jouissent d'un statut d'auto-administration depuis 1920. On peut alors constater que la formule de l'État unitaire peut aussi s'accommoder du pluralisme national, y compris en France. Certes, la Constitution de 1958 opère une distinction entre le « peuple français » dans sa singularité et les « peuples des territoires d'outre-mer » dans leur pluralité et auxquels est reconnu le droit à l'autodétermination, mais l'unicité du peuple français n'exclut pas pour autant le droit à la différence. Depuis la loi du 2 mars 1982 portant statut particulier de la région de Corse, en effet, « l'organisation de la région de Corse tient compte des spécificités de cette région résultant, notamment, de sa géographie et de son histoire... ».

Il reste que la relation ainsi établie entre la forme de l'État et l'hétérogénéité de la société politique nationale concerne au premier chef la distribution territoriale de l'État considéré et s'exprime, en consé-[p. 281] quence, au plan institutionnel, par les diverses formes envisageables de l'autonomie territoriale. Elle correspond donc à une situation où les minorités se répartissent sur des territoires clairement différenciés. Par contre, le système de l'autonomie territoriale s'avère inadapté, sauf à reproduire en chaîne des situations inégalitaires, là où les minorités sont soit dispersées sur le territoire étatique, soit imbriquées sur une portion de ce même territoire. Seul le principe de personnalité, sous la forme de l'autonomie personnelle, sera alors à même de rendre compte de cette dernière hypothèse et d'organiser efficacement le pluralisme de la société politique nationale. Il s'agira, dans ces conditions, d'opérer une dissociation entre le territoire et son

¹ D. Mazzega, J. Musitelli, *L'organisation régionale en Italie*, Paris, La Documentation française. Notes et Études documentaires, n° 4553-4554, 18 janvier 1980, p. 11.

administration en donnant à l'autonomie un fondement individuel, en tout état de cause indépendant du lieu de résidence. Si le statut d'autonomie s'applique donc à l'individu en tant que tel, il ne s'applique pas indifféremment à l'ensemble des habitants d'un territoire donné, mais seulement à ceux qui ont librement et individuellement choisi leur appartenance nationale. En d'autres termes, l'autonomie ne repose pas sur la configuration nationale d'une région, mais sur un choix personnel, d'où le nom d'autonomie personnelle.

Rares sont à l'heure actuelle les États qui auront choisi cette forme d'auto-administration. Pourtant, les tragiques errements du *nettoyage ethnique* mené dans l'espace yougoslave démontrent le risque mortifère d'une politique étatique visant à faire coïncider à tout prix une seule nation et un même territoire continu sur un espace multinational où se juxtaposent tant d'affirmations identitaires. C'est dire l'actualité du système de l'autonomie personnelle qui, il est vrai est d'un maniement délicat et difficile à mettre en œuvre. D'ores et déjà, certaines expériences sont aujourd'hui menées dans cette direction, surtout en Europe centrale, où les minorités vivent souvent entremêlées. Tel est le cas de la Hongrie, dont la loi du 7 juillet 1993 sur les droits des minorités nationales et ethniques combine autonomie personnelle et autonomie territoriale ¹. De son côté, l'Estonie s'est dotée, le 26 octobre 1993, d'une loi sur l'autonomie culturelle des minorités nationales qui renoue avec le système de l'autonomie personnelle déjà envisagé dans un texte précédent et très audacieux de 1925. Les États [p. 282] scandinaves font également application du principe de personnalité, notamment par le droit d'option active garanti aux Samis de Finlande et de Norvège. D'autres États pourront s'y référer partiellement, comme la Belgique avec le statut de Bruxelles-Capitale, voire la notion de « matière personnalisable », au titre, dans ce dernier cas, des compétences attribuées aux groupes linguistiques.

135 L'ASSIMILATION. – La politique d'assimilation vise à l'homogénéisation de la société politique nationale par l'intégration des différences minoritaires. Pareille intégration n'est pas nécessairement synonyme de contrainte ; elle peut même reconnaître le droit à l'identité des « personnes appartenant aux minorités nationales », c'est-à-dire au titre de la garantie des droits individuels, mais cette reconnaissance se rapporte nécessairement aux valeurs du groupe national majoritaire.

La Roumanie constitue une bonne illustration de ce type de politique juridique, dont la Constitution dispose : « La Roumanie est un État national, souverain et indépendant, unitaire et indivisible » (art. 1, § 1). Aussi la notion de minorité, en tant qu'entité, n'est-elle pas utilisée dans la loi fondamentale, celle-ci se référant aux « personnes appartenant aux minorités nationales » (art. 6, 32, § 3) et, plus significativement encore, aux « citoyens appartenant aux minorités

¹ Cf. S. Pierré-Caps, Le principe de l'autonomie personnelle et l'aménagement constitutionnel du pluralisme national : l'exemple hongrois, *RDP*, 1994, p. 401-428.

nationales » (article 59, §2, 127, § 2). La problématique minoritaire est donc envisagée en termes strictement individuels. Cette option paraît logique, dès lors que « La Roumanie est la patrie commune et indivisible de tous ses citoyens, sans distinction de race... d'origine ethnique, de langue, de religion » (art. 4, § 2). L'allégeance étatique emporte toute affirmation identitaire, d'ailleurs limitée à l'exercice privé des libertés publiques, comme le veut l'insertion d'un devoir de loyauté dans le texte même de la Constitution : selon l'article 50, § 1, en effet, tous les citoyens roumains, y compris ceux appartenant à des minorités nationales, ont le même devoir de fidélité sacrée envers la Roumanie.

Si l'objectif d'assimilation ne fait donc pas obstacle à la reconnaissance officielle des minorités, il n'en figure pas moins un antidote aux forces centrifuges. C'est pourquoi une telle politique est souvent prônée par les États issus de la décolonisation, principalement en Afrique, où le colonisateur avait sciemment entretenu les oppositions identitaires. Aussi certains textes constitutionnels prônent-ils explicitement l'assi-[p. 283] milation et, corrélativement, insistent sur la nécessité de réduire les phénomènes minoritaires : l'article 5 de la Constitution angolaise de 1975, par exemple, s'efforce de promouvoir le principe de solidarité comme instrument de résorption des particularismes « dans le sens du développement commun de toute la nation angolaise et de la liquidation des séquelles du régionalisme et du tribalisme ».

Il existe bien d'autres manifestations d'une politique d'assimilation, qu'il n'est d'ailleurs pas toujours judicieux d'inscrire dans la Constitution et qui se manifesteront souvent de manière plus diffuse. Le régime électoral fournit un bon exemple de cette attitude, dans la mesure où l'organisation des élections, le choix du mode de scrutin et les procédés de répartition des sièges sont par excellence des techniques d'assimilation. Il suffira ainsi de combiner la loi électorale avec un droit de citoyenneté restrictif, voire des conditions de résidence draconiennes pour écarter les électeurs minoritaires potentiels, comme, dans cette dernière hypothèse, en Ulster, où les immigrants de l'Eire ne peuvent voter durant les sept années qui suivent leur arrivée. Dans le même ordre d'idée, les élections législatives bulgares du 13 octobre 1991 se sont-elles déroulées au scrutin de liste proportionnel avec décompte national des voix – afin d'augmenter mathématiquement l'effet proportionnel du transfert des voix en sièges – au lieu du scrutin mixte pratiqué auparavant, la fixation d'un seuil de 4% à l'obtention des sièges limitant le nombre des partis représentés au Parlement. L'objectif était de minorer la représentation politique des populations musulmanes, évaluées à environ 10% de la population totale ¹.

¹ Cf. B. Owen, *Les modes de scrutin de l'Europe du Centre et de l'Est : les influences à l'œuvre*, Association française de Science politique, IV^e Congrès, 23-26 septembre 1992, p. 27-28.

Section II

Le statut juridique des minorités : les droits reconnus

[Retour au sommaire](#)

136 DES DROITS FINALISÉS. – La nature de la reconnaissance, voire de la non-reconnaissance constitutionnelle, d'une situation minoritaire déterminera le degré de protection dont le groupe [p. 284] concerné pourra bénéficier, c'est-à-dire les droits dont il sera titulaire, soit indirectement à travers le système des droits de l'homme et du citoyen mis en place par la Constitution, ainsi que les devoirs auxquels il sera astreint. Dans cette dernière hypothèse, en effet, on ne saurait perdre de vue que les droits reconnus aux minorités s'inscrivent dans le cadre de l'État-nation : ils ne pourraient être mis en œuvre en vue de porter atteinte à l'unité de la nation étatique. C'est bien pourquoi ceux-ci apparaissent finalisés, c'est-à-dire, au fond, encadrés par le destin même de l'État-nation considéré.

I | L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES DROITS MINORITAIRES

Celui-ci s'opère à travers deux standards constitutionnels : le principe d'égalité, d'une part, le principe d'unité politique de l'État, d'autre part.

137 ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION. – Formulé dès l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et constamment repris par les textes constitutionnel et internationaux, le principe d'égalité participe de la condition même de l'homme. Dans son expression politique, il se rattache directement aux théories de la souveraineté nationale et populaire et ne se dissocie pas de la qualité de citoyen, être abstrait et interchangeable, composante indivise de la nation étatique, jouissant des mêmes droits et des mêmes devoirs sur l'ensemble du territoire de l'État. C'est aussi pourquoi le principe d'égalité ne saurait se formuler sans son corollaire, celui de non-discrimination, ce dernier étant même la condition de réalisation de l'égalité qu'il tend ainsi à renforcer.

Tel est le credo individualiste du libéralisme politique, récemment rappelé par la délégation française auprès de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies ¹. Une telle conception ne tolère, par conséquent, le fait minoritaire qu'au titre de l'exercice privé des libertés publiques, les personnes appartenant aux minorités se voyant garantir un droit individuel à l'identité, comme tout citoyen de l'État.

[p. 285]

Elle repose sur l'idée de l'exclusivité de la nation étatique, composée uniquement de l'ensemble des citoyens, et considère le phénomène minoritaire de manière médiate, au titre de la liberté de conscience et d'expression. Nul corps intermédiaire qui ne vienne perturber l'harmonieuse relation entretenue par le citoyen avec l'État, sous peine de faire obstacle à l'effectivité même du principe égalitaire. Cette garantie des droits des minorités passe par la protection des droits et libertés individuels accordée à chaque citoyen. Elle n'exclut pas le fait minoritaire, dès lors que l'État doit aussi veiller à garantir les droits individuels. Ce qu'elle tend par contre à exclure, c'est la dimension collective, identitaire, inhérente à l'expression minoritaire, comme cela est explicitement indiqué par la Constitution roumaine, par exemple. Mais le principe d'égalité, associé ici au principe de non-discrimination, peut aussi affirmer une protection spécifique des minorités, à partir du moment où ce dernier concerne les citoyens appartenant à une minorité. Une telle situation se déduit des dispositions constitutionnelles interdisant toute discrimination en fonction de la nationalité, la race, la langue ou la religion, lesquelles se rencontrent dans de nombreux États. Celles-ci prendront alors un relief particulier dans les États où vivent des minorités allogènes.

Par ailleurs, le principe de non-discrimination connaît une application particulièrement riche de sens en matière pénale, dans la mesure où il permet à des États ne reconnaissant pas officiellement le phénomène minoritaire d'en garantir la manifestation en réprimant l'incitation à la haine et à la violence raciale et la xénophobie. L'article 189 du Code pénal portugais constitue un bon exemple d'une semblable attitude, dont les deux premiers paragraphes méritent d'être cités : « 1 / Celui qui, dans le but d'anéantir, en tout ou en partie, une communauté ou un groupe national, ethnique, racial, religieux ou social, commet un ou plusieurs des actes suivants : a) homicide des membres de la communauté ou du groupe ; b) atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique des membres de la communauté ou du groupe ; c) soumission de la communauté ou du groupe à des conditions de vie ou à des traitements inhumains, qui soient de nature à provoquer l'anéantissement de la communauté ou du groupe ; d) transfèrement violent d'enfants vers une autre communauté ou un autre groupe ; sera puni d'une peine privative de liberté de dix à vingt-cinq ans ; 2 / Est puni d'une peine privative de liberté d'un à [p. 286] cinq ans celui qui, dans une réunion publique, par diffusion d'écrits ou par tout moyen de communication de masse : a) diffame ou injurie une

¹ Cf. chap. 2, § 115.

personne ou un groupe de personnes ou les expose au mépris public en raison de leur race, de leur couleur ou origine ethnique ; b) provoque des actes de violence contre une personne d'une autre race, d'une autre couleur ou origine ethnique ». Dans le même sens, l'article 272 du Code pénal polonais punit l'incitation à la discorde en fonction des différences nationales, ethniques, raciales ou religieuses.

Peu ou prou, de telles dispositions se retrouvent dans de nombreuses législations pénales. Sans prétendre être exhaustif, on peut citer particulièrement l'article 283 du Code pénal autrichien (*Strafgesetzbuch*) mentionnant expressément l'incitation à la violence et à la haine contre des groupes ethniques ; le Code pénal finlandais fait du génocide et de l'incitation à la haine contre un groupe d'origine nationale ou ethnique un crime contre l'humanité (chap. 13) tandis que l'allemand vise explicitement l'homicide des minorités nationales, ethniques ou religieuses (art. 131). Le Code pénal suédois réprime de telles discriminations à l'encontre de l'origine nationale, raciale, ethnique ou religieuse au sein des entreprises. En 1986, une loi spéciale prohibant la discrimination sur des bases ethniques à été adoptée, mettant également en place un médiateur contre la discrimination.

Cependant, ces dispositions concordantes ne rencontrent pas forcément la même adhésion de la part du juge constitutionnel : si, au Canada, celles du Code criminel protégeant les groupes minoritaires au titre de la prohibition de la propagande haineuse ont été jugées constitutionnelles par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c./ Keegstra* de 1990 ¹, le juge constitutionnel hongrois aura adopté une attitude diamétralement opposée. Dans l'arrêt n° 30 de 1992, la Cour constitutionnelle a en effet estimé en contradiction avec le droit fondamental à la libre expression le paragraphe 2 de l'article 269 du Code pénal réprimant l'utilisation devant d'autres personnes d'« une expression injurieuse ou humiliante à l'encontre de la nation hongroise, d'une autre nation ou nationalité, peuple, religion ou race », tout en indiquant, à la lumière de l'expérience historique, combien les opinions mettant en évidence une infériorité ou une supériorité du point de vue [p. 287] de la race, de l'ethnie, de la nationalité, de la religion pouvaient menacer les valeurs universelles de l'humanité.

Il convient enfin de signaler que, dans certains États où la nation est particulièrement hétérogène, le principe de non-discrimination revêt une importance déterminante et se trouve, de ce fait, renforcé par l'interdiction de tout particularisme. En ce sens, les Constitutions africaines s'attachent à prévenir le danger particulariste sous la forme du « tribalisme ». Ailleurs, c'est le souci d'endiguer le « séparatisme » qui sera évoqué par les textes, comme en Chine, où l'article 4 de la Constitution proscriit « toute activité séparatiste ». La Constitution roumaine interdit, dans le même mouvement, « l'incitation à la discrimination, au séparatisme territorial » (art. 30, § 7). Ces derniers exemples tendent aussi à démontrer que le principe de non-discrimination accomplit une double fonction :

¹ 3 RCS 697.

il protège la diversité de la société politique nationale tout en préservant l'unité politique de l'État.

138 UNITÉ POLITIQUE DE L'ÉTAT ET INTÉGRITÉ TERRITORIALE. – Ces principes figurent parfois en bonne place constitutionnelle : ainsi la Constitution bulgare dispose-t-elle : « L'intégrité territoriale de la République de Bulgarie est inviolable » (art. 2, § 2). De son côté, la Constitution de la République de Macédoine déclare que son propre territoire est « indivisible et inviolable », ce dernier adjectif qualifiant également les frontières (art. 3). Semblables dispositions manifestent d'abord le fait que le territoire, pour reprendre l'heureuse formule du P^r Tran Van Minh, est « le patrimoine collectif de la nation tout entière »¹. Elles ne relèvent pas pour autant de l'incantation, si l'on veut bien considérer que beaucoup d'États abritent des minorités prolongeant elles-mêmes une nation voisine, cette dernière se trouvant alors partagée par une frontière d'État. Dans ces conditions, la tentation est grande d'affirmer un *droit de regard* de la mère patrie sur ses fragments nationaux dispersés, que l'État soumis à une telle vigilance scrupuleuse pourra difficilement ne pas assimiler à une aspiration irrédentiste. Les minorités concernées se trouvent ainsi placées sous les feux croisés d'une double identité exacerbée par deux prétentions nationales, celle de la nation étatique et celle de la nation d'origine.

[p. 288]

D'ores et déjà, les récentes Constitutions d'Europe centrale évoquent ce droit de regard, qui apparaît dans le texte hongrois de la manière suivante : « La République de Hongrie se considère responsable du sort des Hongrois vivant en dehors de ses frontières et favorise le maintien de leurs relations avec la Hongrie » (art. 6, § 3) ; la loi du 7 juillet 1993 sur les droits des minorités nationales et ethniques donne un contenu concret à cette déclaration de principe : « La République de Hongrie prohibe toute politique qui : – vise ou ait pour résultat l'assimilation de la minorité à la nation majoritaire ; – vise la modification au préjudice de la minorité respective des rapports nationaux ou ethniques sur les territoires habités par cette dernière... vise l'expulsion ou le transfert par contrainte d'une minorité nationale » (art. 4). Auparavant, la loi aura affirmé « le droit à la terre natale » de toute minorité, entendu comme « la liberté et la protection du sentiment d'attachement au lieu de naissance de l'individu » (art. 3, § 4). Nul ne pourra douter que ces proclamations ne concernent au premier chef les minorités hongroises des États voisins et que, de ce fait, elles aient pour principal objectif de prévenir les tendances assimilationnistes contenues dans l'affirmation constitutionnelle de l'intégrité territoriale, au risque évident de les conforter en retour.

¹ Tran Van Minh, *Théorie générale de l'État. Recherches sur la notion juridique d'État-nation*, Paris, Les Cours du droit, 1979-1980, p. 123.

Au reste, droit de regard et intégrité territoriale peuvent paradoxalement coexister au sein du même texte, comme en Roumanie, où « L'État soutient le resserrement des liens avec les Roumains vivant au-delà des frontières du pays et agit pour préserver, développer et exprimer leur identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse », il est vrai « dans le respect de la législation de l'État dont ils sont les citoyens » (art. 7). Il existe également un droit de regard constitutionnel en Albanie, Croatie, Slovaquie, ainsi qu'en Macédoine. L'article 108 de la Constitution grecque s'en rapproche, qui dispose : « L'État veille sur les conditions de vie des Hellènes de l'étranger et sur le maintien de leurs liens avec la mère-patrie. »

Point n'est besoin d'insister sur les dangers considérables de déstabilisation des structures territoriales que recèle la confrontation de ces deux principes. Les États intéressés en sont eux-mêmes conscients, qui tendent à développer la formule bilatérale du traité de bon voisinage, dont l'objet essentiel vise à garantir l'intangibilité des frontières contre un statut de reconnaissance et de protection des minorités.

[p. 289]

II | LES DROITS RECONNUS AUX MINORITÉS

139 IDENTITÉ MINORITAIRE ET UNITÉ NATIONALE. – Reconnaître l'existence d'une situation minoritaire n'est pas un acte purement formel. Celui-ci atteste d'abord, en effet, le sens d'identité de la minorité considérée, c'est-à-dire le fait que l'ensemble des individus qui la composent ou s'en réclament constituent un groupe social singulier. La caractéristique fondamentale de ces droits est qu'ils expriment le droit à la différence minoritaire. Mais il s'agit d'éviter aussi que la reconnaissance et l'affirmation du droit à la différence n'aboutissent à encourager les tendances centrifuges. Autrement dit, le droit à la différence ne doit pas occulter la nécessaire intégration des minorités au sein de la nation étatique. Les pouvoirs publics doivent aussi favoriser la participation minoritaire au devenir commun de la société politique nationale, les associer aux décisions politiques et institutionnelles qui façonnent ce devenir. Il s'agira, en dernière analyse, de trouver les mécanismes d'un équilibre entre l'expression du droit à la différence et la participation des personnes appartenant aux minorités nationales au fonctionnement des institutions démocratiques.

140 LE DROIT À LA DIFFÉRENCE. – La reconnaissance étatique du droit à la différence minoritaire pose un problème de fond, en ce qu'il heurte apparemment le principe d'égalité entre tous les citoyens de l'État sur lequel se fonde le modèle

politique de l'État-nation. L'application du principe de la discrimination positive ¹ permettra alors de concilier principe d'égalité et droit à la différence. Ce principe n'en pose pas moins une difficile question, tenant à la nature des droits reconnus aux minorités.

Les États n'ignorent pas le principe d'une action positive en faveur des minorités, ceci à différents niveaux. En Autriche, les articles 1 (reconnaissant l'existence de « groupes ethniques ») et 8 (réservant des dispositions légales relatives à l'emploi des langues des minorités) font l'objet d'une application constante, par exemple pour ce qui concerne des mesures financières prises dans l'intérêt des [p. 290] « groupes ethniques », l'établissement d'instances représentatives des minorités ou d'écoles minoritaires. Dans un arrêt de 1981, la Cour constitutionnelle a expressément reconnu une obligation d'action positive de l'État en faveur des minorités, précisant qu'un traitement égalitaire schématique ne se préoccupant pas de la différenciation des personnes appartenant à la majorité et de celles appartenant à une minorité violerait le droit substantiel à l'égalité consacré par la Constitution ². Attitude analogue au Canada, même si le principe connaît une formulation très étendue, puisque l'article 15, § 2, de la Charte des droits et libertés dispose : « Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leur déficiences mentales ou physiques. » En Allemagne, c'est au niveau des *Länder* que l'on peut signaler l'existence du principe de discrimination positive, notamment dans les Constitutions du Schleswig-Holstein (art. 5) de Brandebourg (art. 25) et de Saxe (art. 6). Les dispositions concernées ont pour objet d'améliorer la situation juridique des minorités et font obligation aux pouvoirs publics de s'attacher particulièrement à leur langue, leur religion, leur identité et tradition culturelles. En Hongrie, l'action positive en faveur des minorités se trouve renforcée par la création d'institutions chargées de veiller en permanence à la cohésion égalitaire de la nation étatique sur la base d'un principe générique formulé à l'article 70/A, § 3, de la Constitution : « La République de Hongrie favorise la réalisation de l'égalité en droit par des mesures visant la suppression de l'inégalité de chances. » La Constitution prévoit ainsi la mise en place d'un « Commissaire des droits des minorités nationales et ethniques » dont la tâche est « d'examiner... les abus relatifs aux droits des minorités nationales et ethniques parvenus à sa connaissance ainsi que de prendre l'initiative des mesures générales ou individuelles pour y remédier » (art. 32/B, § 2). Le commissaire est élu par une majorité des deux tiers des députés sur proposition du Président de la République. Déjà la Constitution indienne de 1949 prévoyait la création d'un poste de commissaire pour les [p. 291] minorités linguistiques, celui-ci étant nommé par le Président de l'Union indienne (art. 350, § B).

¹ Cf. chap. 2, § 116.

² VfSlg 9224/81.

Le principe de la discrimination positive est également pratiqué par la Suède, dont la Constitution prévoit que des facilités pourront être accordées aux minorités afin de préserver et développer leur propre vie culturelle et sociale. Ailleurs, c'est de manière plus ponctuelle et plus diffuse que les pouvoirs publics manifesteront une action positive envers les minorités, comme en Pologne où l'on peut citer une ordonnance du ministre de l'Éducation de 1992 relative à l'organisation de l'enseignement en vue de préserver l'identité nationale, ethnique et linguistique des élèves appartenant à des minorités nationales ¹. Dans la mesure où le principe de la discrimination positive repose directement sur la spécificité d'une situation minoritaire, se pose alors la question de savoir si la protection et, par suite, les droits qu'elle induit s'adressent aux minorités en tant que telles ou aux individus qui en sont membres.

141 DROITS INDIVIDUELS ET DROITS COLLECTIFS. – Faut-il reconnaître des droits aux seules personnes appartenant aux minorités nationales, ou bien à ces dernières en tant que telles ; les minorités peuvent-elles être justiciables de droits collectifs et non plus seulement individuels ? Il s'agit là d'une question de principe, qui renvoie elle-même à celle du rapport de la nation et de l'État : reconnaître des droits individuels aux minorités nationales, c'est faire le choix de l'État-nation, c'est tout au plus aménager dans ce cadre un certain pluralisme national. Reconnaître des droits collectifs aux minorités nationales, c'est considérer ces dernières comme des entités distinctes de leurs éléments constitutifs, c'est leur attribuer une personnalité morale de droit public, c'est faire le choix de l'État multinational.

Cette distinction binaire est celle retenue par le Mémoire du Secrétaire général des Nations unies consacré à la classification et à la définition des minorités (1949) : celui-ci distingue en effet l'État national, formé soit par une seule nation préexistante, soit par la fusion réussie de plusieurs nations préexistantes en une seule ; et l'État multinational, formé de deux ou plusieurs nations existant en tant que [p. 292] communautés différentes, chacune ayant conscience de sa spécificité et étant désireuse de la conserver ². L'État multinational se subdivise lui-même en deux catégories : celle où il n'existe pas de groupe national dominant, où l'État ne s'identifie pas à une culture nationale particulière ; dans ce cas de figure, l'État demeure une structure neutre par rapport aux différents groupes nationaux soumis à son pouvoir souverain. L'État de forme fédérale ou régionale participe de cette catégorie, dans la mesure, évidemment, où il correspond en tout ou partie au pluralisme national. Le deuxième type d'État multinational est, à l'inverse, celui où l'État reflète une culture nationale dominante, vis-à-vis de laquelle les autres nations sont considérées comme des

¹ *Journal des Lois*, 1992, n° 34.

² *Definition and Classification of minorities*, Memorandum submitted by the Secretary-General, United Nations, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Lake Success, New York, 1950, p. 7.

minorités. À vrai dire, il serait plus exact, à propos de ce type d'État multinational, de parler d'« État de minorités nationales », lequel est aussi, la plupart du temps, de forme unitaire.

C'est bien dans ce type d'État exclusivement que se pose la question de la nature collective des droits minoritaires. Dans l'État-nation, en effet, la nation n'existe pas juridiquement en dehors de l'État, *a fortiori* des groupes infranationaux, dont les droits spécifiques ne pourront relever que de l'exercice privé des libertés publiques : par définition, l'État national exclut toute conception collective des droits minoritaires. Sur ce plan, le choix constitutionnel roumain, par exemple, est parfaitement cohérent sur un plan juridique. Quant au premier type d'État multinational, la question se trouve résolue par les implications institutionnelles du régionalisme ou du fédéralisme, à condition que celui-ci, comme on l'a vu, soit l'expression totale ou partielle de l'hétérogénéité politique nationale. Lorsque ce rapport fait lui-même problème, comme au Canada, la question de la collectivisation des droits minoritaires conserve toute sa pertinence. Significativement, ce dernier pays opère une distinction entre les peuples autochtones et les droits confessionnels, dont la problématique minoritaire est envisagée en termes collectifs, et les droits linguistiques, qui demeurent des droits individuels.

Par ailleurs, la question de la collectivisation des droits minoritaires ne saurait être dissociée du problème de ce que l'on pourrait [p. 293] appeler la justiciabilité des droits minoritaires, c'est-à-dire leur aptitude à fonder une action juridictionnelle. Sur ce plan et compte tenu de leur extrême réticence à reconnaître la personnalité juridique aux minorités nationales, les États s'en tiennent à la garantie des recours juridictionnels de droit commun au profit des personnes appartenant aux minorités nationales. En réalité, tout dépend de la nature juridique et du contenu de l'autonomie dont peuvent bénéficier les minorités nationales dans l'État considéré. En Italie, comme l'on sait, la protection des minorités germanophone et francophone du Trentin-Haut-Adige et du Val d'Aoste possède une dimension collective dans le cadre du statut constitutionnel spécial d'autonomie de ces deux régions. Plus précisément, aux termes du statut spécial du Trentin-Haut-Adige, la majorité des membres d'un groupe linguistique au sein du Conseil régional ou du Conseil provincial de Bolzano peut intenter un recours auprès de la Cour constitutionnelle à l'encontre d'un texte portant atteinte aux droits de la minorité concernée, ou bien encore contre la décision rejetant leur demande d'un vote par groupe linguistique. En outre, le Conseil régional et les Conseils provinciaux du Trentin et Bolzano peuvent s'adresser à la Cour constitutionnelle en alléguant l'atteinte supposée d'une norme nationale, régionale ou provinciale, aux droits minoritaires.

Tout ceci explique qu'à l'heure actuelle peu d'États aient entrepris de s'engager à reconnaître une existence collective officielle aux minorités. En réalité, tout dépendra de la place occupée par les groupes minoritaires au sein de la nation étatique. Si les minorités sont peu nombreuses, dispersées sur l'ensemble du territoire de l'État et bien intégrées, il sera évidemment d'autant plus aisé de leur

reconnaître une personnalité juridique que celle-ci aura peu de chances de provoquer un fort sentiment identitaire, généralement considéré par l'État comme le prélude à l'autodétermination. C'est la raison pour laquelle se sont d'ores et déjà engagées dans cette voie la loi hongroise du 7 juillet 1993 sur les droits des minorités nationales et ethniques mais aussi la loi estonienne du 26 octobre 1993, dont l'article 26 confère explicitement la personnalité juridique de droit public aux institutions minoritaires : « Les institutions d'autonomie culturelle sont des personnes juridiques indépendantes... »

Par contraste, on ne saurait se laisser abuser par certaines [p. 294] réponses étatiques au questionnaire de la Commission de Venise¹ indiquant que la problématique des minorités est envisagée à la fois en termes individuels et en termes collectifs. Il serait plus exact de constater que les droits reconnus aux minorités sont essentiellement des droits individuels, mais qui s'exercent dans un environnement collectif. Outre que cette façon de voir découle logiquement de l'application du principe de la discrimination positive, elle représente au plus, en l'état actuel du droit positif interne, ce que les États sont disposés à concéder au phénomène minoritaire. On en voudra pour preuve l'évocation du contenu des droits spécifiques reconnus aux minorités. Ceux-ci visent exclusivement à la préservation des caractéristiques objectives du phénomène minoritaire, ce sont donc des droits culturels, c'est-à-dire, plus précisément et essentiellement, des droits linguistiques et religieux.

142 LES DROITS LINGUISTIQUES. – Ceux-ci se trouvent circonscrits par la réglementation constitutionnelle de l'emploi officiel des langues. Souvent, en effet, l'État possède sa propre langue officielle, c'est-à-dire la langue employée par les pouvoirs publics et que les citoyens doivent utiliser dans leurs rapports avec ceux-ci. Cette langue officielle peut être d'abord une langue véhiculaire. C'est ainsi que la plupart des États issus de la décolonisation – en Afrique et en Amérique latine – ont eu recours, comme telle, à la langue du colonisateur, ce qui, à leurs yeux, représentait le plus sûr moyen de consolider une unité nationale encore bien fragile. Aujourd'hui, la tendance des textes constitutionnels est plutôt à la confusion de la langue officielle et de la langue nationale. Dans ce dernier cas, deux hypothèses peuvent se présenter :

– La langue officielle est la langue vernaculaire parmi d'autres langues vernaculaires. Cette hypothèse se rencontre lorsque le constituant reconnaît explicitement ou implicitement plusieurs langues nationales ou régionales et fait de l'une d'entre elles une langue officielle. Telle est la situation de l'Inde où, bien qu'il n'y ait pas de langues nationales, mais seulement des langues régionales, le constituant a fait de l'une d'entre elles – l'hindi – la langue officielle de l'Union [p. 295] indienne (art. 343). La langue officielle est aussi langue de communication interfédérale. En outre et conformément à l'article 345 de la

¹ Cf. *infra*, Pour aller plus loin.

Constitution, l'annexe à celle-ci donne la liste des quatorze langues régionales officielles. En Suisse également, l'article 116 de la Constitution fédérale reconnaît quatre langues nationales dans son alinéa premier, mais trois langues officielles dans l'alinéa 2, se refusant par là même à faire du romanche une langue officielle. La même hypothèse se retrouve en Espagne, où l'article 3 de la Constitution fait du castillan « la langue espagnole officielle de l'État », le § 2 précisant que « les autres langues espagnoles seront aussi officielles dans les Communautés autonomes, conformément à leurs statuts respectifs ».

– Dans une seconde hypothèse, la distinction langue nationale – langue officielle peut fournir l'occasion d'une reconnaissance constitutionnelle du fait que l'État est composé de citoyens parlant des langues différentes, c'est-à-dire du multilinguisme, ce caractère pouvant être reconnu sur tout ou partie du territoire de l'État. De ce dernier point de vue, des États comme la Belgique, le Canada ou la Suisse apparaissent officiellement comme des États plurilingues.

Ces situations tendent aussi à démontrer que la réglementation constitutionnelle des langues officielles dessinera en contrepoint l'espace réservé aux langues minoritaires. Tout au plus, cet espace se réduira à la liberté d'utiliser sa langue maternelle dans la vie privée. La plupart des États l'admettent au titre de la protection des droits fondamentaux, notamment en Europe, ne serait-ce que parce que cette liberté participe du « respect de la vie privée et familiale » garanti par la Convention européenne des droits de l'homme de 1950. En Allemagne, notamment, l'usage privé des langues minoritaires est considéré comme un droit fondamental par le jeu des trois premiers articles de la Loi fondamentale (droit au libre développement de sa personnalité en tant qu'expression de la dignité humaine, principe d'égalité devant la loi) ; en Grèce, le droit à l'emploi des langues est inclus dans l'article 14 de la Constitution relatif à la liberté d'expression. Ailleurs, certains États confient explicitement à leur propre Constitution cette garantie de l'usage privé de la langue minoritaire, comme la Croatie (art. 7) ou la Slovaquie.

Par contre, les États se montrent plus réticents à garantir l'usage public des langues minoritaires là où la puissance publique possède elle-même sa propre langue, celle, justement, que lui réserve la Constitution au titre de la langue officielle. C'est cette dernière que tout citoyen doit employer dans ses rapports avec l'État, son administration et ses juges. En Autriche, par exemple, l'article 8 de la Constitution fait de l'allemand la seule langue officielle de la République, sous réserve des dispositions légales relatives à l'emploi des langues des minorités. C'est dire par principe l'étroitesse de l'espace public éventuellement réservé aux langues minoritaires, lorsqu'il en existe un. La Constitution roumaine est certainement la plus stricte dans le genre, qui ne tolère aucune concession au caractère officiel de la langue roumaine, proclamé à l'article 13 : aussi prend-elle soin de préciser que « la procédure judiciaire se déroule en langue roumaine », se contentant d'assurer un interprète aux « citoyens appartenant aux minorités nationales ainsi [qu'aux] personnes qui ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue roumaine » – dont le service n'est gratuit qu'en matière pénale.

À l'inverse, l'espace occupé par les langues minoritaires sera d'autant plus grand que les pouvoirs publics se feront plus discrets quant au statut de la langue nationale, comme en Albanie, où la Constitution garantit le droit des minorités à la préservation et au développement de leur identité linguistique, sans mentionner expressément le caractère officiel de la langue albanaise. De son côté, la Slovénie aura élevé l'italien et le hongrois au statut de langue officielle, en sus du slovène, là où vivent les minorités considérées (art. 11). Mais ce sont certainement les textes juridiques hongrois qui paraissent les plus libéraux à cet égard. Non seulement, en effet, la Constitution ne fait aucune mention de l'emploi officiel des langues, mais elle garantit aux minorités nationales et ethniques le droit à « l'utilisation de leur langue maternelle » (art. 68, § 2). Ce droit est amplement précisé par la loi du 7 juillet 1993 sur les droits des minorités nationales et ethniques qui fait obligation à l'État d'assurer aux minorités les conditions d'utilisation de leur langue (art. 51). Le droit à la langue minoritaire est également reconnu dans la procédure judiciaire. La loi va même jusqu'à prévoir la possibilité, pour les députés appartenant à des minorités, d'utiliser au Parlement leur langue maternelle, fait suffisamment rare pour mériter d'être relevé.

En réalité, cette dialectique constitutionnelle des langues nationales et minoritaires n'est véritablement opératoire que si on la rapporte à la question hautement sensible de l'enseignement. Là se dévoilent les véri-[p. 297] tables intentions de l'État, soucieux de respecter le pluralisme national de la société politique ou décidé à faire de l'école, à tous les niveaux, le creuset de la nation. C'est ainsi qu'en Autriche la loi sur les écoles de la minorité slovène en Carinthie (1959) établit un système d'enseignement dans la langue de la minorité au niveau primaire et secondaire. Un arrêt de la Cour constitutionnelle – déjà cité – a d'ailleurs constaté que l'enseignement dans la langue slovène était protégé par la Constitution, ce qui signifie, concrètement, qu'une réglementation visant à restreindre géographiquement l'accès aux écoles minoritaires serait *ipso facto* contraire à la Constitution¹. Il existe une loi analogue pour l'enseignement de la langue croate et hongroise dans le Burgenland.

Au Canada, l'article 23 de la Charte des droits et libertés garantit le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. En conséquence et aux termes d'un arrêt rendu par la Cour suprême en 1990, la minorité de langue officielle dispose du droit de gérer ses propres écoles là où le nombre d'élèves le justifie². De plus, un autre arrêt de la Cour suprême a fait prévaloir l'article 23 de la Charte sur l'article 73 de la Charte québécoise de la langue française – la fameuse loi 101 – qui, afin de limiter l'expansion de la minorité anglophone du Québec, réservait l'école publique anglaise au Québec aux enfants dont un des parents au moins avait suivi l'école primaire anglaise dans la même province³. De fait, certains États prévoient l'organisation de l'enseignement dans la langue de la minorité, au

¹ VfSlg 12245/1989.

² Mahé c./ Alberta, 1 RCS 342.

³ Québec Association of Protestant School Boards c./ Québec (PG) 1984, 2 RCS, 66.

moins jusqu'au niveau secondaire, comme en Albanie ou en Croatie. Dans ce dernier pays, des écoles peuvent être créées dans les villes où les minorités sont en nombre significatif et l'enseignement universitaire peut également être dispensé dans une langue minoritaire. En Pologne, en dépit de l'absence de référence constitutionnelle, l'enseignement dans la langue minoritaire peut être organisé, à tous les niveaux, sur demande d'un nombre minimum d'élèves, sinon, l'enseignement de la langue minoritaire sera en tout état de cause dispensé.

Le degré de libéralisme dont les pouvoirs publics font preuve dans la question de l'enseignement minoritaire déterminera également la manière dont ils satisferont aux demandes des minorités nationales [p. 298] vis-à-vis des media. Même si, dans ce domaine, la technique rend de plus en plus obsolètes les réticences des États, il faut constater que bien peu ont osé aller au-delà de l'octroi d'un certain temps d'antenne publique aux minorités nationales. La Hongrie est toutefois allée jusqu'à inscrire leur droit à recevoir les programmes radiodiffusés et télévisés en provenance de la nation mère. Les États scandinaves ont, de leur côté, reconnu aux groupes minoritaires le droit de créer leurs propres media, notamment dans le domaine de la télévision.

143 LES DROITS RELIGIEUX. – S'agissant des droits religieux et confessionnels, il convient préalablement d'opérer une distinction selon la place occupée par le facteur religieux dans la culture minoritaire : ou bien celui-ci est un facteur parmi d'autres de la culture minoritaire, ou bien il qualifie exclusivement une minorité en tant que minorité religieuse. Cette dernière situation se rencontre de manière privilégiée dans les Constitutions qui instaurent une religion d'État, comme au Danemark ou en Finlande, où les autres communautés religieuses, pour fonctionner, doivent être reconnues selon une procédure spéciale. De son côté, la Constitution iranienne de 1979 ne tolère d'autres minorités que religieuses, et ce de manière sélective, puisque seuls sont reconnus les groupes religieux zoroastriens, israélites et chrétiens, excluant par là même les Bahai's.

Dans le premier cas, par contre, les droits confessionnels seront garantis au titre des droits fondamentaux et, plus précisément, de la liberté de conscience. Certains États ont pris soin de renforcer cette protection de principe, comme au Canada où les droits confessionnels des catholiques et des protestants sont protégés au sein de l'école par l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867. L'article 4 de la loi fondamentale allemande garantit « la liberté de croyance et de conscience et la liberté de profession de foi religieuse » tout comme « le libre exercice du culte ». La précision de cet article l'autorise à être invoqué, y compris en tant que moyen d'exception d'inconstitutionnalité, aussi bien par les communautés religieuses elles-mêmes que par les personnes appartenant aux minorités religieuses. Dans un tel cas de figure, le principe de la liberté religieuse possède incontestablement une dimension collective en ce qu'il favorise les minorités religieuses. Ce fait est, au surplus, indissociable de la liberté reconnue aux différentes confessions de créer des établissements d'enseignement.

[p. 299]

III | LA PARTICIPATION DES MINORITÉS À LA VIE POLITIQUE : LES MINORITÉS ET LA DÉMOCRATIE PLURALISTE

144 DÉMOCRATIE MAJORITAIRE ET DÉMOCRATIE ASSOCIATIVE. – La notion de démocratie ne s'entend pas seulement d'un idéal type de gouvernement, mais apparaît aussi comme « un mode empirique et rationnel de prise de décision politique »¹. La science politique américaine a rendu compte de ce deuxième aspect par le recours au concept plus neutre de « polyarchie »² et qu'incarne d'abord la démocratie majoritaire.

Ce sont, en effet, les garanties élémentaires de la démocratie majoritaire que requiert la participation des minorités à la vie politique nationale. Toutefois, il s'agit là d'une condition nécessaire mais pas suffisante, compte tenu de la propension à l'uniformité des modes majoritaires de régulation démocratique lorsqu'ils se trouvent confrontés à des clivages ethniques, culturels, linguistiques ou religieux, eux-mêmes constitutifs de l'existence de minorités nationales. D'où le recours au concept de démocratie associative (*consociational democracy*) – forgé par Arend Lijphart³ – en tant que correctif à l'usage des sociétés nationales plurales.

Selon Robert Dahl, tout système polyarchique, toute démocratie majoritaire, doit réunir huit garanties institutionnelles : la liberté de créer et d'adhérer à des organisations politiques (*freedom to form and join organizations*) ; la liberté d'expression (*freedom of expression*) ; le droit de vote (*right to vote*) ; l'éligibilité aux fonctions publiques (*eligibility for public office*) ; le droit, pour les acteurs politiques, de solliciter soutiens et suffrages (*right of political leaders to compete for support and for votes*) ; le pluralisme de l'information (*alternative sources of information*) ; des élections libres et sincères (*free and fair elections*) ; des institutions politiques procédant du suffrage ou d'autres modes d'expression des préférences (*institutions for making government policies depend on votes and*

¹ C. Emeri, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, Les Cours du Droit, 1990-1991, p. 117.

² Cf. R. A. Dahl, *Polyarchy, Participation and opposition*, New Haven and London, Yale University Press, 1971, 257 p.

³ A. Lijphart, *Democracy in plural societies. A comparative exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977, 248 p. ; *Democracies. Patterns of majoritarian and consensus Government in Twenty-one countries*, New Haven, Yale University Press, 1984 ; Majority rule versus democracy in deeply divided societies, *Politikon*, 4 (2), décembre 1977 ; cf. aussi Kenneth D. McRae (éd.), *Consociational democracy. Political accommodation in segmented societies*, Toronto, 1974, 311 p.

other expression of preferences)¹. À cela on ajoutera les garanties tenant aux droits de l'homme et du citoyen et à l'État de droit, particulièrement les principes d'égalité et de non-discrimination.

C'est à de tels standards de la démocratie majoritaire que doit souscrire toute Constitution digne de ce nom en favorisant, de surcroît, l'accès de tous aux droits politiques de citoyenneté. Seulement, la démocratie majoritaire ne connaît, par définition, que les citoyens pris individuellement dans leur rapport à l'État. Aussi le modèle polyarchique s'accommode-t-il malaisément d'une société nationale hétérogène. De plus, ainsi qu'il a été constaté, les instruments de la démocratie majoritaire et de l'État de droit peuvent être utilisés comme autant de techniques d'assimilation des minorités nationales et, partant, d'uniformisation de la société politique nationale. C'est pourquoi le recours à la démocratie associative permettra d'adapter les éléments de la démocratie majoritaire au pluralisme national.

Le rapport numérique qui sous-tend la démocratie majoritaire doit en effet être corrigé lorsque celle-ci évolue dans une société nationale hétérogène. Tel est l'objet du concept générique de démocratie associative, dont la Suisse constitue la terre d'élection. Il faut, en effet, remarquer que ce pays aura pratiqué la démocratie associative par le perfectionnement du fédéralisme bien avant que cette notion ne fasse l'objet d'une conceptualisation par les politologues américains. À cet égard, le P^r Cadart qualifie fort justement la Suisse de « démocratie des minorités, démocratie équilibrée par les minorités », dans la mesure où « chaque citoyen est membre de plusieurs groupes presque tous minoritaires, mais il n'est jamais majoritaire dans plus d'un groupe et en ce cas seulement dans un groupe religieux ou linguistique »², ceci parce que les différentes frontières qui expriment les diversités minoritaires ne coïncident pas.

La démocratie associative repose ainsi sur un « ensemble de mécanismes et d'arrangements institutionnels permettant d'établir un [p. 301] *modus vivendi* dans des sociétés divisées par des clivages profonds »³. Elle repose sur le principe de la recherche d'un équilibre entre les éléments constitutifs de la société nationale. Celle-ci prendra alors la forme d'un partage du pouvoir sur la base de l'équilibre ainsi réalisé. Ce partage s'appréciera à travers les mécanismes favorisant l'organisation et la représentation politiques des minorités.

¹ *Op. cit.*, p. 3.

² J. Cadart, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Economica, t. I, 3^e éd., 1990, respectivement p. 607 et p. 609.

³ B. De Witte, Minorités nationales : reconnaissance et protection, *Pouvoirs*, n° 57/1991, p. 126-127.

145 L'ORGANISATION POLITIQUE DES MINORITÉS. – Cette question suppose préalablement que soit reconnu aux minorités le droit d'association. Sur cette base, on retrouve une distinction déjà évoquée à propos des droits religieux et linguistiques, selon, en effet, que le droit d'association est considéré comme un droit fondamental de l'homme et s'applique, en tant que tel, à toute personne, y compris celles appartenant aux minorités nationales, ou bien et dans la mesure où il découle du principe de la discrimination positive – elle-même élément principal de la démocratie associative – qu'il s'appliquera dans des conditions spécifiques aux minorités.

Dans le premier cas, les minorités bénéficieront *ipso facto* de la liberté d'association. Mais cela ne va pas parfois sans restriction : en France, la notion d'« association cultuelle » est enfermée dans une définition précise délivrée par la loi du 9 décembre 1905 ; ce sont des « associations formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte » (art. 18) qui, en tant que telles, « devront avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte » (art. 19). Il en résulte qu'une association ne peut pas, de son propre chef, s'accorder le label « culturel ». Celui-ci est subordonné à une condition d'exclusivité que le juge administratif a très strictement interprétée¹, empêchant ainsi indirectement les associations islamiques de se prévaloir du bénéfice de ces dispositions². Au Portugal, la loi du 21 août 1971 subordonne à reconnaissance les confessions religieuses, qui pourront alors, dans ce cadre, bénéficier de la personnalité juridique. Il existe également une exception au principe de la liberté d'association au Luxembourg, où l'article 26, alinéa 2, de [p. 302] la Constitution, soumet à autorisation législative l'établissement de toute corporation religieuse.

Dans le second cas, les textes garantissant spécifiquement le droit d'association aux minorités sont plus rares. On peut mentionner, à titre d'exemple, les dispositions de la Constitution slovaque : « Les citoyens appartenant aux minorités nationales ou aux groupes ethniques dans la République de Slovaquie se voient garantir... le droit... de s'associer dans des sociétés nationales » (art. 34, § 1). On retrouve ce droit dans l'article 64 de la Constitution slovène. À vrai dire, ce droit d'association spécifique aux minorités inclut le problème de l'organisation politique de celles-ci, notamment celui de former des partis politiques. Si l'on trouve peu de références juridiques se rapportant à cette dernière question, c'est surtout parce que les États préfèrent l'aborder par le biais de la représentation politique des minorités.

¹ Cf. 1^{er} février 1985, Association chrétienne « Les Témoins de Jéhovah de France », *RDP*, 1985, p. 483-509.

² Cf. S. Pierré-Caps, Les « nouveaux cultes » et le droit public, *RDP*, 1990, p. 1073-1119.

146 LA REPRÉSENTATION POLITIQUE DES MINORITÉS. – La participation des minorités nationales aux affaires d'intérêt national doit être assurée par le biais des élections nationales ¹. Sur ce plan, on remarquera également que la plupart des textes constitutionnels renvoient à la loi le soin d'organiser le processus électoral. Ceci ne devrait toutefois pas empêcher la Constitution de contenir un certain nombre de dispositions fondamentales destinées à garantir la représentation des minorités. Certaines Constitutions se sont déjà engagées dans cette voie, à l'exemple de la Constitution roumaine, dont l'article 59, § 2, prévoit l'attribution d'un siège de député à chacune des organisations de citoyens appartenant aux minorités nationales si elles ne réunissent pas aux élections le nombre de voix nécessaire pour être représentées au Parlement ; de même, la Constitution slovène du 23 décembre 1991 réserve un siège au Parlement respectivement à la minorité italienne et à la minorité hongroise. Au Danemark, l'article 28 de la Constitution réserve 2 sièges aux îles Faroé et 2 au Groenland sur les 179 membres du Parlement.

En Croatie, la loi constitutionnelle sur les droits et les libertés de l'homme et les droits des communautés et minorités nationales et ethniques (1992) fait application du principe de proportionnalité en pré-[p. 303] cisant que les membres des minorités nationales et ethniques représentant plus de 8% de la population totale de Croatie ont le droit d'être représentés à proportion au Parlement et au gouvernement ainsi qu'au sein des juridictions suprêmes. Pour ceux de ces membres n'atteignant pas ce seuil, la Loi constitutionnelle leur donne le droit d'élire au maximum cinq députés à la Chambre des Représentants du Parlement national (art. 18). Dans le même sens, les lois électorales des *Länder* allemands de Schleswig-Holstein et de Saxe font exception au profit des minorités du seuil minimal de 5% à la représentation parlementaire, facilitant ainsi leur élection, sans pour autant leur garantir une représentation. Ces dispositions ont reçu l'aval du juge constitutionnel. Au Canada, les règles du droit électoral tiennent compte de la présence des peuples autochtones, notamment en ce qui concerne le déroulement du scrutin dans certaines réserves. De telles dispositions peuvent être considérées comme l'application au domaine électoral du principe de la discrimination positive, sous réserve que ce dernier soit aussi effectivement pris en compte lors du choix du mode de scrutin.

Une étude parue en 1978 ² s'est efforcée de recenser les différentes solutions électorales possibles en matière de représentation minoritaire. On y trouve les systèmes à représentation proportionnelle, les systèmes bicaméraux avec représentation communautaire (îles Fidji), les systèmes bicaméraux unitaires avec représentation régionale (Espagne et, dans une moindre mesure, Italie), les

¹ Cf. notamment F. Benoît-Rohmer, La représentation des minorités dans les Parlements d'Europe centrale et orientale, *RFDC*, 1993, p. 499-516.

² C. Palley, *Constitutional Law and Minorities, Minority Rights Group*, Report n° 36, 1978, Londres, 23 p. (rééd. 1982).

systèmes à structure législative spéciale (les Chambres de Communauté de la Constitution chypriote de 1960 ainsi que les Conseils de Communauté issus de la révision constitutionnelle belge de 1980), ainsi que le système à représentation proportionnelle à scrutin unique combiné avec la représentation communautaire dans un collège électoral unique pratiqué au Liban à la suite du Pacte national de 1943. À cela il convient d'ajouter le système des listes électorales et sièges séparés, particulièrement bien adapté à la représentation spécifique des peuples autochtones (ainsi en Nouvelle-Zélande, où 4 sièges sont réservés aux Maoris depuis 1867 ; de même, au Danemark, cf. *supra*) ; ainsi que la formule du vote commun et la représentation proportionnelle des [p. 304] sièges communautaires, où le nombre de sièges nationaux réservé à chaque communauté est fixé à l'avance. Tel est le cas de la Chine, dont l'article 59 de la Constitution de 1982 précise que les minorités nationales doivent être représentées à l'Assemblée populaire nationale dans une proportion adéquate, fixée à 12% par la loi électorale du 10 décembre 1982, soit le double de ce qu'une représentation à la proportionnelle aurait dû leur accorder. De cette typologie il ressort une extrême variété des solutions envisagées, ce qui tient d'abord aux traditions nationales de chacun. Il n'existe donc pas de règle univoque dans le domaine du droit électoral minoritaire. Cette constatation se vérifiera d'autant plus au niveau de la participation minoritaire à la vie politique locale.

Par exemple, des sièges municipaux pourront être réservés aux minorités nationales dans des proportions déterminées, mais à la condition que le scrutin municipal demeure commun. Tel est ainsi le cas de la Constitution slovène, qui garantit une représentation des minorités italienne et hongroise au sein des organes locaux d'auto-administration. À cet égard, c'est certainement le système hongrois qui présente le plus d'originalité. En effet, la loi hongroise de 1990 sur les élections des députés locaux des collectivités locales et des maires se préoccupe de la situation des minorités en amont, à l'occasion du découpage des circonscriptions électorales dans les communes, où « il faudra tenir compte des particularités locales ethniques, des religions, des traits historiques et autres » (art. 10-2) ¹. Par ailleurs, le chapitre 11 de la loi est entièrement consacré à la protection des droits des minorités nationales et ethniques ; il garantit l'expression spécifique des minorités dans le cadre des élections locales ainsi que l'attribution de sièges locaux aux listes de minorités nationales qui n'auraient pu obtenir d'élus à la suite des résultats du vote par un système complexe de décompte des voix (art. 48 à 50) destiné à assurer une réelle représentativité aux candidats élus.

Une autre tendance mérite ici d'être signalée, qui participe de la dissociation de la nationalité et de la citoyenneté : il s'agit du droit de vote local aux étrangers justifiant d'une certaine durée de résidence. Dans la mesure où les nationaux appartenant à telle minorité natio-[p. 305] nale sont apparentés au groupe national dominant dans un État voisin ou limitrophe, comme cela est habituellement le cas

¹ In B. Owen, H. Opolska, *La réinvention démocratique. Les premières élections en Europe de l'Est. Les lois électorales*, Association française de science politique, 27-28 mars 1991.

en Europe centrale, on perçoit là tout l'intérêt à accorder à des résidents étrangers des droits relevant de la citoyenneté locale. De fait, certaines Constitutions récentes se sont engagées dans cette voie, à l'exemple de la Hongrie (art. 70, § 3).

Pour aller plus loin

147 CONTRIBUTIONS DOCTRINALES. – L'étude de référence pour l'analyse des politiques juridiques des États envers les minorités reste celle menée par Francesco Capotorti dans le cadre de l'ONU : *Study on the Rights of persons belonging to ethnic, religious, and linguistic minorities* (New York, 1991). On y trouvera une série de définitions des différentes politiques étatiques et un très utile classement des situations minoritaires.

L'ouvrage de S. Pierré-Caps, *Nation et peuples dans les Constitutions modernes*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1987, 2 vol., 948 p., esquisse une typologie des politiques étatiques et de leurs objectifs à partir des textes constitutionnels. Cette typologie s'inscrit dans le cadre de la construction juridique de la nation étatique à l'œuvre dans de nombreuses Constitutions modernes et situe, par là même, les limites des politiques juridiques des États vis-à-vis des minorités. Pour une application de ces thèses à la situation de l'Europe centrale et orientale et une tentative de construction du concept d'État multinational, cf., du même auteur, *La Multination*, Paris, Odile Jacob, 1995, 337 p.

Sur la notion d'État-nation il est indispensable de consulter Tran Van Minh, *Théorie générale de l'État. Recherches sur la notion juridique d'État-nation*, Paris, Les Cours du Droit, 1979-1980, 384 p.

Sur le concept d'État multinational, on pourra se reporter à Bernard Touret, *L'aménagement constitutionnel des États de peuplement composite*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1973, 259 p. ; cf. aussi S. Pierré-Caps, Karl Renner et l'État multinational : Contribution juridique à la solution d'imbroglios politiques contemporains, *Droit et Société*, n° 27/1994, p. 421-441.

Sur la représentation politique des minorités, cf. notamment Florence Benoît-Rohmer, La représentation des minorités dans les Parlements d'Europe centrale et orientale, *RFDC*, 1993, p. 499-516.

148 L'ENQUÊTE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT. – La Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) – organe consultatif créé par le Conseil de l'Europe en 1990 et composé d'experts indépendants en vue de coopérer avec les États membres du Conseil de l'Europe afin de développer la connaissance et la compréhension des systèmes juridiques européens – a mis au point un « Questionnaire sur les droits des minorités », approuvé par la Commission lors de sa 14^e réunion (Venise, 5-6 février 1993). Près d'une quarantaine d'États ont déjà répondu à cette série de 15 questions articulées autour de leurs politiques juridiques minoritaires. Même si les réponses s'efforcent de présenter l'attitude de l'État en cette matière sous son meilleur jour, ces documents représentent à l'heure actuelle une très précieuse source d'information en droit positif et jurisprudentiel. Les réponses au questionnaire [p. 306] ont fait l'objet d'une analyse pour le compte de la Commission de Venise : cf. Emmanuel Collal et Sylvie Marique, *Analyse des réponses au Questionnaire sur les droits des minorités*, 4 janvier 1994, 25 p. Une synthèse spécifique analyse également la protection des minorités dans les États fédéraux et régionaux. Ces documents sont en cours de publication : on peut s'adresser pour de plus amples renseignements au secrétariat de la Commission européenne

pour la démocratie par le droit, 67075 Strasbourg Cedex. La plupart des documents constitutionnels des États issus de l'effondrement du système soviétique sont également rassemblés par la Commission.

[p. 307]

Chapitre 4

La France et les minorités ¹

[Retour au sommaire](#)

149 LE REFUS OFFICIEL DE RECONNAISSANCE DES MINORITÉS. – « [La France] ne peut reconnaître l'existence de groupes ethniques, qu'il s'agisse ou non de minorités. En ce qui concerne les religions et les langues, autres que la langue nationale, le gouvernement français estime que ces deux domaines relèvent non du droit public mais de l'exercice privé des libertés publiques par les citoyens. Le rôle du gouvernement se limite à garantir aux citoyens l'exercice libre et complet de ces libertés dans le cadre défini par la loi et le respect des droits de l'individu. » ² Cette déclaration du gouvernement français rapportée par Francesco Capotorti constitue toujours aujourd'hui la quintessence de la doctrine officielle française à l'égard du phénomène minoritaire. Pour autant et à la considérer au regard de l'expression des particularismes locaux, celle-ci n'est pas exempte d'ambiguïté. En effet, derrière la référence aux « religions » et aux « langues autres que la langue nationale », n'est-ce pas l'idée même de minorité qui transparait ? Souvent présentées comme des critères d'identification du groupe national, la langue comme la religion sont certes au principe de la formation du « vouloir-vivre ensemble » national, mais ils peuvent tout aussi bien contribuer à promouvoir l'identité de commu-[p. 308] nautés humaines infranationales. Nous sommes alors en présence d'éléments propres à favoriser la structuration d'un groupe de personnes qui cesse d'apparaître comme une simple collection

¹ Ce chapitre a été rédigé avec la collaboration de Mlle Francine Webert, ATER en droit public à l'Université de Nancy II, à partir de la problématique exposée dans sa thèse de doctorat, *Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français*.

² F. Capotorti, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, cit., p. 37.

d'individus pour accéder au statut d'entité collective reconnue comme telle. Dès lors, en estimant que l'usage d'une langue ou la pratique d'une religion relève de l'exercice privé des libertés publiques, l'État français montre bien qu'il ne s'oppose pas d'une façon radicale à l'expression des particularismes, mais qu'il préfère les enserrer dans un cadre juridique strict. Ainsi va-t-il consentir à la reconnaissance de droits spécifiques aux « personnes appartenant à des minorités », tout en refusant le bénéfice de ces droits aux groupes eux-mêmes.

Autrement dit, l'État unitaire français n'admettra d'assurer que la préservation de « l'unité objective »¹ du groupe considéré – c'est-à-dire les caractères objectifs qui fondent l'identité minoritaire – en se gardant bien de lui accorder une existence subjective. Car l'unité politique – c'est-à-dire l'unité de source de souveraineté dans l'État –, qui constitue le socle de l'État national, conduit à récuser toute revendication d'ordre subjectif, sauf à remettre en cause la construction de la nation étatique qui, dans l'État-nation, tend à l'exacte identification de la nation à l'État. Sans aucun doute faut-il voir dans ces considérations les raisons pour lesquelles la France se refuse à signer ou pose des réserves aux traités internationaux qui prévoient une protection des minorités (Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et, s'agissant des réserves, article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Dans la mesure où cette dernière disposition tend à souligner la dimension collective implicite au phénomène minoritaire, l'État français un et indivisible ne saurait y souscrire : elle constitue le stade le plus avancé de la reconnaissance des minorités, celui qui fait d'une communauté infranationale une entité collective autonome, consciente des spécificités qui la caractérisent et tendent à l'éloigner de la nation étatique. Au particularisme des droits des minorités nationales, la République une et indivisible préfère alors opposer l'universalisme des droits de l'homme, de façon à garantir la spécificité de ses composantes infranationales, tout en évitant soi-même tout risque de dislocation de l'unité nationale que ne manquerait pas de provoquer, selon elle, l'institutionnalisation de leur existence collective.

Les pouvoirs publics font ainsi preuve d'une grande habileté dans le maniement des concepts. Habileté qui tient essentiellement à l'articulation minutieuse opérée entre le constat sociologique d'une réalité nationale plurielle et l'article 2 de la Constitution², qui impose, selon une interprétation désormais classique, la négation officielle du pluralisme. Imprégnée de l'égalitarisme des droits de l'homme, la pensée politique française décrète l'universel pour ne se soucier des éléments de diversité qu'à titre secondaire, lorsqu'ils transcendent l'individu pour mieux révéler le groupe. Au fond, l'État-nation ne tolère le discours minoritaire qu'en le désamorçant, en le privant de sa dimension

¹ Geneviève Koubi, *Le droit à la différence, un droit à l'indifférence ?*, *RRJ*, 1993, p. 453.

² « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances » (al. 1^{er}).

collective et en le réduisant à une simple affaire d'ordre individuel. En fin de compte, l'attitude française se ramène à la périphrase suivante : refus officiel des minorités mais reconnaissance officieuse du pluralisme, pour peu qu'il reste cantonné dans la sphère des droits individuels.

Dans ces conditions, faire grief à l'État-nation d'ignorer le pluralisme identitaire susceptible de l'habiter serait pour le moins exagéré. En fait, pour critiquable que puisse être en soi le modèle politique de l'État-nation en ce qu'il a d'uniformisant, celui-ci se révèle à l'usage moins rigide qu'il n'y paraît. Il se montre au contraire capable d'évolution pour accommoder la diversité de son substrat humain aux exigences du principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République. S'engageant alors dans la voie de l'intégration de la diversité dans l'unité, l'État national français adopte une *interprétation pluraliste de l'unité de l'État* (Section I). Réservant le monopole de la représentation politique à la nation étatique, celle-ci autorise aussi l'expression des situations minoritaires à travers l'émergence d'un véritable *statut privatif des libertés publiques minoritaires* (Section II).

[p. 310]

Section I

L'interprétation pluraliste de l'unité de l'État

[Retour au sommaire](#)

150 L'INTANGIBILITÉ DE L'UNITÉ POLITIQUE DE L'ÉTAT. – En dépit du silence de la Constitution du 4 octobre 1958 sur ce point, la forme unitaire de la République française apparaît comme un lieu commun depuis la Révolution. Au sens traditionnel, l'État unitaire implique un seul État. Il possède d'abord l'unité territoriale. Celle-ci ne signifie pas seulement l'unité géographique, mais, de surcroît, que le pouvoir politique s'exerce de manière identique sur l'ensemble du territoire de l'État. Il n'y a donc pas officiellement de particularismes régionaux : l'État unitaire unifie la population, sociologiquement et juridiquement. Le Conseil constitutionnel ne s'y est d'ailleurs pas trompé : dans sa décision du 9 mai 1991 sur le statut de la Corse, il aura mis en avant l'unicité du concept de peuple français en lui conférant la qualité d'un concept juridique à valeur constitutionnelle.

Ainsi entendu, du reste, l'État unitaire constitue l'expression la plus répandue du modèle politique de l'État-nation, parce qu'il exprime de la manière la plus excellente le projet politique et juridique revendiqué par ce dernier : la recherche active de la coïncidence d'une seule nation avec un seul État. Dans ce cas, en effet, la nation forme une unité sociologique et juridique, exprimée dans l'unité politique : il y a un seul parlement, un seul gouvernement, etc. L'État unitaire est un État qui ne possède qu'une seule Constitution. La machine politique est une pour l'ensemble du pays, le pouvoir politique est nécessairement centralisé dans la

capitale, cette dernière pouvant être définie, précisément, comme le siège du pouvoir politique.

On ne sera donc pas surpris de constater que la vocation privilégiée de l'État unitaire tend à l'homogénéisation de la société politique nationale et, partant, à la négation du pluralisme infranational. Il n'en demeure pas moins que la prégnance, sociologiquement constatable, du pluralisme infranational, la vigueur de son affirmation identitaire peuvent provoquer une perturbation de ce modèle classique de l'État unitaire. C'est bien ce qui se sera produit dans des [p. 311] États comme l'Espagne et la Belgique. Se met alors en place une véritable dialectique de l'unité et de la diversité, qui amène l'État unitaire à la recherche d'un point d'équilibre entre deux exigences *a priori* contradictoires. Ainsi contrarié dans son projet fondamental, la construction politico-juridique de la nation étatique, l'État unitaire doit impérativement adapter sa structure pour mieux intégrer la diversité dans l'unité.

Pour ce qui la concerne, la République française n'échappe pas à cette tension dialectique. Elle s'est efforcée d'y répondre en procédant à un aménagement de la conception révolutionnaire de l'unité étatique, trop longtemps, et fausement, synonyme d'uniformité de la société politique. Rendre compte de cet aménagement, c'est considérer que les diversités régionales sont saisies comme des composantes à part entière de l'unité étatique, à la condition expresse d'admettre que cette dernière recouvre elle-même plusieurs aspects, dont tous ne possèdent pas la même importance.

Condition première de la réalisation de l'État national, l'unité politique est l'élément fondamental en ce qu'il implique l'unité de source générale de droit, c'est-à-dire l'unité de source de souveraineté. Plus en aval, l'unité institutionnelle et l'unité normative ne sont, quant à elles, que l'application du principe générique de l'unité politique à l'organisation matérielle de l'État. La souveraineté étant *une et indivisible*, elle sous-tend un appareil politique unique pour l'ensemble du pays, comme il vient d'être constaté. Par conséquent, une interprétation stricte des principes liés au titulaire et à l'exercice de la souveraineté permet le maintien du cadre unitaire dans ce qu'il a d'essentiel, tandis que les facteurs d'hétérogénéité trouveront dans la sphère institutionnelle et normative un terrain propice à leur épanouissement.

I | L'ADAPTATION INSTITUTIONNELLE DU PRINCIPE UNITAIRE

151 LA RECONNAISSANCE D'UN *DROIT À LA DIFFÉRENCE STATUTAIRE*. – En liaison directe avec l'unité politique, l'unité institutionnelle implique l'unité des organes exerçant le pouvoir suprême dans l'État, en tant qu'ils sont les représentants du peuple souverain. [p. 312] Constituée d'un seul parlement chargé de l'élaboration de la loi expression de la volonté générale ¹, d'un seul exécutif chargé de l'appliquer et d'un seul pouvoir judiciaire rendant la justice au nom du peuple français, la structure institutionnelle française n'altère en rien l'unité étatique. Toutefois, l'unité institutionnelle ne se confond pas avec l'uniformité institutionnelle. De fait, l'évolution institutionnelle française traduit bien une reconnaissance accrue des spécificités qui ouvre la voie à l'instauration d'un véritable *droit à la différence statutaire*. Il ne nous appartient pas de dresser ici l'inventaire exhaustif de l'ensemble des adaptations institutionnelles acceptées par le droit français. Aussi ne retiendrons-nous que celles d'entre elles qui favorisent plus particulièrement l'expression des situations minoritaires. À cet égard, nous constatons que ce *droit à la différence statutaire* suit principalement deux orientations. En vertu des dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958, le législateur se voit reconnaître la faculté d'établir un statut dérogatoire au droit commun des collectivités territoriales pour certaines d'entre elles. Ainsi peut-il créer des collectivités territoriales *sui generis* constituant à elles seules une catégorie de collectivité, ou bien introduire des distinctions au sein même d'une catégorie existante.

152 L'INSTITUTION DE COLLECTIVITÉS TERRITORIALES *SUI GENERIS*. – D'une manière générale, jusqu'aux décisions du 25 février 1982 ², il n'existait que trois catégories de collectivités territoriales, à savoir celles énumérées à l'article 72 de la Constitution : les communes, les départements et les territoires d'outre-mer. Toutefois, en précisant que « toute autre collectivité est créée par la loi », ce même texte accorde au législateur une certaine marge de manœuvre dans l'agencement de l'organisation administrative française, qui distingue aujourd'hui les collectivités à statut constitutionnel et les collectivités à statut législatif. Face à cette dualité statutaire, le Conseil constitutionnel participera alors à la prise en compte de situations minoritaires. En effet, en considérant que des différenciations institutionnelles limitées peuvent fort bien intervenir à l'intérieur d'une même catégorie de collectivité territoriale, le Conseil constitutionnel a lui-

¹ Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

² Cons. const. n^{os} 137 et 138 DC, 25 février 1982, *Rec.*, p. 38 et 41.

[p. 313] même autorisé les adaptations au schéma institutionnel de base des collectivités territoriales, procédant ainsi à une interprétation extensive de l'article 72. Et de fait, jamais les gardiens de la Constitution n'ont posé comme exigence l'identité institutionnelle des collectivités territoriales. Si l'instauration d'un statut particulier pour la Corse en 1982 avait pu sembler à certains comporter « des risques évidents de dislocation de l'unité nationale », le Conseil constitutionnel s'est quant à lui bien gardé d'une interprétation aussi restrictive du principe d'indivisibilité de la République, refusant ainsi de « confondre unité territoriale et politique de la France et uniformité de ses structures administratives décentralisées »¹. La préservation du principe d'indivisibilité de la République n'exige donc aucunement l'uniformité institutionnelle. Dès lors – et la décision n° 82-138 DC du 25 février 1982 en est l'illustration – « la disposition de la Constitution aux termes de laquelle "toute autre collectivité est créée par la loi" n'exclut nullement la création de catégories de collectivités territoriales qui ne comprendraient qu'une unité ». Force est de remarquer par ailleurs que cette interprétation est bien celle qui a été retenue par le législateur lorsqu'il a donné un statut particulier à la ville de Paris et à la collectivité territoriale de Mayotte. Toutefois, dans ces deux hypothèses citées par le Conseil constitutionnel, les dérogations introduites restent relativement limitées et ne sauraient en aucun cas être perçues comme permettant un rapprochement avec la situation des territoires d'outre-mer, seuls autorisés, selon l'article 74 de la Constitution, à bénéficier d'une organisation particulière. Tel n'est pas le cas, loin s'en faut, du nouveau statut de la Corse.

153 LA NATURE HYBRIDE DE LA COLLECTIVITÉ TERRITORIALE DE CORSE.

– Depuis que la République a trouvé la Corse dans son héritage national, elle n'a cessé d'être partagée quant à l'attitude à adopter pour faire face au *problème corse*. Si le premier statut de l'île élaboré par le législateur en 1982 raisonnait déjà en termes de spécificité, la loi du 13 mai 1991² va bien au-delà en instituant une collectivité territoriale d'un genre unique, dotée d'institu-[p 314] tions qui la font apparaître plus proche d'un territoire d'outre-mer que d'une collectivité territoriale au sens de l'article 72 de la Constitution. De toute évidence, en dépit de l'annulation de la référence au « peuple corse » comme contraire à la conception française de l'unité nationale, en ce qu'elle revenait à admettre l'existence juridique de communautés culturelles infranationales, le Conseil constitutionnel avalise sans difficulté un nouveau statut qui dote la Corse d'une autonomie désormais accentuée au point que d'aucuns y voient une analogie avec le statut d'autonomie interne accordé par la loi du 6 septembre 1984³ à la Polynésie française, avec toutefois une différence de taille : le statut polynésien n'a pas été

¹ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 198.

² Loi n° 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité territoriale de Corse, *JO*, 14 mai 1991, p. 6318 à 6329.

³ Modifiée par la loi du 12 juillet 1990.

totale­ment calqué, puisque l'assemblée délibérante est toujours présentée comme un organe de décision ; c'est l'agencement des pouvoirs qui diffère. Si, dans la loi de 1984, la compétence de principe est reconnue aux organes locaux polynésiens, le gouvernement ne disposant que d'une compétence d'exception, la loi de 1991 conserve la structure de droit commun, c'est le pouvoir central qui détient la compétence de principe, la compétence d'exception revenant aux organes locaux corses. La Corse ne sera donc compétente que pour les matières dans lesquelles la loi l'autorise à intervenir. Quoi qu'il en soit, la spécificité corse est confirmée et continue à ne pouvoir s'exprimer que dans la sphère institutionnelle.

Pour autant, nous nous trouvons ici dans une situation pour le moins originale, dans la mesure où, même dotée d'un tel statut dérogatoire au droit commun et devenue une collectivité territoriale *sui generis*, la Corse est toujours qualifiée par le Conseil constitutionnel de collectivité territoriale au sens de l'article 72 de la Constitution. La Décision 91-290 DC du 9 mai 1991, par laquelle le Conseil constitutionnel admet la conformité à la Constitution de « l'organisation spécifique à caractère administratif de la collectivité territoriale de Corse »¹ s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence relative à la reconnaissance des particularismes locaux édiflée à partir de 1982. Pourtant, un élément essentiel est apporté en 1991 par le Conseil. Jusqu'alors, la jurisprudence constitutionnelle relative à la création de catégories de collectivité territoriale *sui generis* [p. 315] n'autorisait que des dérogations relativement limitées, celles-ci ne devant en aucun cas s'analyser comme une tentative de rapprochement avec la situation des territoires d'outre-mer. Or, de ce point de vue, la nouvelle organisation administrative de la Corse apparaît incontestablement comme une « organisation particulière » au sens de l'article 74 de la Constitution. Et pourtant, aux parlementaires qui voyaient dans les nouvelles dispositions législatives une telle organisation alors que cela leur semblait en contradiction avec les articles 74 et 76 de la Constitution, le Conseil constitutionnel répond « que la consécration par les articles 74 et 76 de la Constitution du particularisme de la situation des territoires d'outre-mer... ne fait pas obstacle à ce que le législateur, agissant sur le fondement des dispositions précitées des articles 34 et 72 de la Constitution, crée une collectivité territoriale même ne comprenant qu'une unité, et la dote d'un statut spécifique »².

Ainsi le Conseil constitutionnel admet-il la conformité à la Constitution de la loi qui fait de la Corse une collectivité territoriale *sui generis* dont la nature est pour le moins ambiguë. Collectivité territoriale au sens de l'article 72 de la Constitution, puisque le Conseil constitutionnel constate que le législateur a agi sur le fondement des dispositions de ce dernier. Toutefois, cette référence ne suffit pas à caractériser la nature de la nouvelle collectivité de Corse puisqu'elle participe également des articles 74 et 76 de la Constitution, en tant qu'ils autorisent l'élaboration d'un régime particulier. La frontière établie par le Conseil

¹ Cons. const., 91-290 DC du 9 mai 1991, *JO*, 14 mai 1991, p. 6350.

² Cons. const. 9 mai 1991, déc. n° 91-290 DC cit.

constitutionnel entre collectivité territoriale à statut particulier et territoire d'outre-mer jusqu'alors respectée par le législateur est donc franchie par la loi du 13 mai 1991 qui dote la Corse d'un statut de quasi-autonomie, cette dernière constituant désormais une collectivité d'un genre particulier à mi-chemin entre la région et les territoires d'outre-mer. Désormais, le pouvoir sera concentré entre les mains d'un Conseil exécutif, qui procède de l'Assemblée de Corse et qui sera responsable devant cette dernière, laquelle dispose du pouvoir de le censurer. En contrepartie, cette dernière peut être dissoute par le « gouvernement local » si son fonctionnement se révèle impossible.

[p. 316]

Nul doute, donc, qu'en avalisant un tel dispositif le Conseil constitutionnel ait reconnu au législateur un pouvoir très étendu s'agissant de l'élaboration de statuts dérogatoires au droit commun pour des collectivités infra-étatiques justifiant d'un particularisme suffisamment fort. Toutefois, les principes d'indivisibilité de la République et d'unité de l'État autorisent-ils le Parlement à conférer à une partie du territoire national des institutions à ce point spécifiques ? Si le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'État n'ont rien trouvé à redire au nouveau statut de la Corse, il n'en reste pas moins qu'à l'exception notable de la reconnaissance d'un pouvoir normatif autonome la Corse connaît aujourd'hui un agencement institutionnel et des mécanismes de collaboration entre les pouvoirs proches de ceux que l'on rencontre au niveau étatique, exécutif et législatif étant clairement désignés et pourvus d'attributions considérables. Néanmoins, la souveraineté nationale est sauve car, en refusant de faire du « peuple corse » un « peuple d'outre-mer », le Conseil constitutionnel aura rappelé que l'indépendance de la Corse n'était pas à l'ordre du jour, en dépit de la présentation par les nationalistes corses, le 7 août 1994, d'un « projet de loi » réclamant pour la Corse le statut de territoire d'outre-mer.

154 L'INTRODUCTION DE DISTINCTIONS AU SEIN D'UNE CATÉGORIE EXISTANTE. – En disposant qu'en vertu des articles 72 et 73 de la Constitution « le statut des départements d'outre-mer doit être le même que celui des départements métropolitains », le Conseil constitutionnel rappelle avec fermeté la permanence du principe d'assimilation, qui implique l'existence d'un certain nombre de caractéristiques fondamentales destinées à marquer l'identité institutionnelle des collectivités appartenant à une même catégorie. Si des mesures d'adaptation sont certes autorisées par l'article 73 de la Constitution, la liberté d'action du législateur quant à la modification de l'organisation de ces collectivités ne peut aller jusqu'à la remise en cause d'un élément caractéristique d'une catégorie de collectivités locales. L'exemple de Saint-Pierre-et-Miquelon nous offre cependant l'illustration d'une démonstration *a contrario* fondée sur la transformation d'un département d'outre-mer en collectivité territoriale *sui generis*. La transformation de Saint-Pierre-et-Miquelon en collectivité à statut particulier a ainsi permis de faire droit à

ses prétentions spécifiques, tout en pré-[p. 317] servant l'unité catégorielle des départements d'outre-mer, puisque celui-ci n'en fait plus partie ¹.

La catégorie des territoires d'outre-mer apparaît, en revanche, comme une catégorie particulièrement hétérogène. En effet, si la structure binaire de l'organisation des collectivités territoriales – un exécutif et une assemblée délibérante – est généralement transposée aux territoires d'outre-mer, encore faut-il dépasser cette apparente similitude : cette transposition dissimule souvent une organisation originale des pouvoirs, qui fait de chaque territoire une entité juridique spécifique adaptée à la diversité qui la caractérise. De fait, les territoires d'outre-mer apparaissent bien véritablement comme la seule catégorie de collectivité territoriale où la tradition d'uniformité jacobine cède le pas. Il est vrai que le Conseil constitutionnel oppose, dans sa décision du 9 mai 1991, l'unité du peuple français dans sa singularité au particularisme des peuples d'outre-mer dans leur pluralité. Cette situation particulière, qui emporte une grande diversité statutaire, est essentiellement commandée par l'idée que les populations locales doivent bénéficier d'une autonomie les préparant à l'indépendance. Dès lors, chargé par la Constitution d'établir une « organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres » (article 74), le législateur se trouve investi d'une certaine liberté d'action pour leur accorder une autonomie plus ou moins étendue. À cet égard, le statut accordé au territoire de la Polynésie française par la loi du 6 septembre 1984 ² mérite notre attention, dans la mesure où l'article 1^{er} prévoit que ce dernier « constitue, conformément aux articles 72 et 74 de la Constitution, un territoire d'outre-mer doté de l'autonomie interne dans le cadre de la République » ³. Généralement associée au fédéralisme, cette référence à la notion d'autonomie peut sembler surprenante dans le contexte juridique français, dans la mesure où elle semble s'opposer au principe unitaire. En effet, l'idée d'autonomie évoque le fait de se gouverner par soi-même. Si l'adjonction de l'adjectif interne invite à penser que les compétences dévolues au territoire ne peuvent recouvrir des compétences d'ordre international, il [p. 318] n'en reste pas moins que, même limité au domaine du droit interne, ce mécanisme de dévolution des pouvoirs dépasse nettement le cadre de la décentralisation administrative. Pour autant et ainsi que le constate Thierry Michalon, « l'autonomie est donc bien à côté de la déconcentration et de la décentralisation un des régimes d'administration locale en vigueur au sein de la République » ⁴, dont l'ambition réside dans la reconnaissance de la situation particulière des territoires concernés. L'autonomie

¹ C'est d'ailleurs la même formule qui a été utilisée pour la Corse. Celle-ci est passée du statut de région à celui de collectivité territoriale à statut particulier.

² Modifiée par la loi du 12 juillet 1990.

³ À l'inverse, le statut de la Nouvelle-Calédonie mis en place par la loi référendaire du 9 novembre 1988 reste muet sur ce point.

⁴ Thierry Michalon, Une voie pour la Corse : la « spécialité législative », *RSAMO*, 1990, n° 29-30, p. 81.

ainsi définie entraîne certaines conséquences juridiques, qui apparaissent autant au niveau institutionnel que normatif ¹.

La loi du 12 juillet 1990 complète l'article 1^{er} de la loi de 1984 d'une façon assez singulière, mais particulièrement significative de la place accordée au particularisme polynésien. En effet, selon ses dispositions, le territoire « détermine librement les signes distinctifs permettant de marquer sa personnalité dans les manifestations publiques et officielles aux côtés des emblèmes de la République ». C'est ce qui a notamment permis de reconnaître le droit pour la Polynésie d'arborer son propre drapeau ou encore de posséder son propre hymne national. Nous avons donc bien affaire ici à une disposition consacrant l'identité culturelle polynésienne en lui octroyant un statut législatif. Pour le reste, l'autonomie se caractérise au niveau institutionnel par la mise en place d'un véritable « gouvernement local ». De fait, les territoires d'outre-mer sont généralement dotés d'organes inspirés de ceux d'un État. Élu au suffrage universel, l'assemblée délibérante investit en principe un chef de l'exécutif distinct de son propre président, lequel sollicite généralement un vote d'investiture de l'ensemble de son « gouvernement ». Ainsi, en Polynésie, le président du gouvernement est-il élu par l'Assemblée territoriale, qui est elle-même appelée à ratifier la liste des membres du gouvernement choisis par le président. Enfin, et c'est sans doute là l'élément le plus significatif, les relations entre l'exécutif et l'assemblée territoriale mettent en œuvre des techniques inspirées directement du régime parlementaire rationalisé : l'assemblée peut mettre en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure, alors que, par ailleurs et [p. 319] en contrepartie, le gouvernement peut provoquer la dissolution de l'assemblée.

155 LA CONCILIATION DU STATUT DE TERRITOIRE D'OUTRE-MER AVEC LES SPÉCIFICITÉS EXISTANTES. – Parmi les institutions des territoires d'outre-mer, une mention spéciale doit être accordée au statut du territoire de Wallis-et-Futuna. Celui-ci, en effet, assure la cohabitation de ces deux concepts radicalement antinomiques que sont la république et la monarchie. Territoire d'outre-mer à part entière et, en conséquence, appartenant à la République française, Wallis et Futuna reste marqué par la coutume locale qui repose sur un découpage du territoire en trois « royaumes », constituant chacun une circonscription territoriale dotée de la personnalité morale et placée sous l'autorité d'un administrateur supérieur du territoire, chef de l'exécutif mais également représentant de l'État. Si le territoire de Wallis-et-Futuna connaît, à l'exemple des autres territoires d'outre-mer, une assemblée territoriale et un conseil territorial chargé de l'exécutif, l'identité propre qui le caractérise trouve à s'exprimer – outre le fait que chaque royaume dispose de son propre drapeau – par l'existence d'un « roi » élu, choisi par les notables au sein de la famille royale et dont les pouvoirs restent effectifs,

¹ Cf. *infra*, II, p. 320.

notamment en matière foncière ainsi que dans le cadre de la juridiction de droit local.

Cependant et pour originale qu'elle soit, l'organisation institutionnelle du territoire de Wallis-et-Futuna ne doit pas faire oublier que le législateur s'est également montré réceptif à l'expression identitaire des populations des autres territoires d'outre-mer. Ceci se manifeste ainsi par la mise en place de structures consultatives, tel le Conseil consultatif coutumier du territoire, institution représentative de la coutume mise en place par la loi référendaire du 9 novembre 1988, portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie. Outre ce conseil consultatif coutumier installé en décembre 1992, on peut encore citer les « groupements de droit particulier local », dont la création a permis notamment de reconnaître la personnalité morale aux clans et de l'intégrer en conséquence dans le système juridique de droit commun.

[p. 320]

II | L'ADAPTATION NORMATIVE DU PRINCIPE UNITAIRE

156 UNITÉ NORMATIVE FORMELLE ET DIVERSITÉ MATÉRIELLE. – Fidèle à l'orthodoxie jacobine, la doctrine juridique française fait de l'unité du pouvoir normatif l'expression de l'unité de la République. En ce sens, le caractère unitaire de la République exige l'unité du droit applicable sur l'ensemble de son territoire, c'est-à-dire l'unité d'inspiration, d'édiction et d'application des normes produites par les organes qui exercent le pouvoir au nom du peuple souverain. Ainsi, seul le Parlement aura compétence pour adopter les lois et seul l'organe exécutif sera chargé d'élaborer les actes de nature réglementaire. Pour autant, le respect du principe unitaire n'implique nullement que le contenu matériel des normes soit identique sur l'ensemble du territoire étatique. L'autorité normative reste donc libre de fixer le contenu des règles qu'elle édicte, y compris en ce qui concerne leur champ d'application territorial. Une telle affirmation se vérifie de deux points de vue. Le premier résulte de la lecture même de la Constitution de 1958. En effet, la rédaction des articles 73 et 74 traduit bien la volonté des constituants d'aménager un espace à la notion de droit particulier. Droit particulier qui prend même une certaine ampleur s'agissant des territoires d'outremer, ces derniers continuant, en dépit du silence constitutionnel sur ce point, à bénéficier du principe de spécialité législative issu de l'ancien droit colonial. Mais l'outre-mer n'est pas le seul terrain d'accueil du particularisme législatif. Celui-ci trouve aussi à s'exprimer sur le territoire métropolitain à travers l'existence de « droit locaux ». On s'attachera ici de manière privilégiée, dans cette dernière hypothèse, au droit local d'Alsace-Moselle, sans perdre toutefois de vue que celui-ci n'est pas nécessairement unique en son genre. Il existe bien, par exemple, un droit local

corse, essentiellement constitué de dispositions fiscales et dont l'origine remonte à des mesures prises sous le Consulat et l'Empire. Celui-ci constitue bien entendu un élément supplémentaire renforçant la spécificité corse.

157 LA SPÉCIFICITÉ LÉGISLATIVE MÉTROPOLITAINE. – L'examen de la situation particulière des trois départements français d'Alsace-Moselle présente l'intérêt de nous faire redécouvrir, bien [p. 321] loin de toute vision uniformisante, la complexité du système législatif français. Effectivement, si ces territoires ne sont pas les seuls à connaître une spécificité normative, leur histoire particulièrement bouleversée nous offre l'image d'un phénomène juridique pour le moins original dont la traduction la plus forte réside dans la survivance, par-delà leur réintégration dans la souveraineté française en 1919, d'un certain nombre de dispositions de droit local. Pourtant, après le rétablissement de la souveraineté française sur ces territoires au lendemain de la désannexion, le législateur aurait fort bien pu mettre en œuvre les principes traditionnellement appliqués en cas de démembrement de territoires. Principes en vertu desquels le droit public et l'ensemble des textes édictés après le changement de souveraineté s'appliquent immédiatement dans la région annexée. Or, l'idée d'appliquer cette procédure semblait exclue pour l'Alsace-Moselle. Les réflexions menées dans le cadre de la Conférence d'Alsace-Lorraine, chargée de préparer pendant la guerre la réintégration des territoires annexés, traduisent bien cette impossibilité.

La question qui se posait alors au législateur était particulièrement difficile à résoudre. Fallait-il accepter le rattachement inconditionnel de l'Alsace-Moselle à la France ou bien fallait-il exiger la garantie des droits et libertés spécifiques à cette province ? Or, face à cette problématique, le législateur ne pouvait ignorer que, depuis leur rattachement à la France par le traité de Westphalie en 1648, l'Alsace comme la Moselle n'ont jamais été totalement assimilées aux autres régions françaises. C'est sans doute pourquoi il opta pour le maintien à titre transitoire de cette législation spéciale. Ce faisant, le bénéfice d'une législation particulière place de toute évidence cette région dans une situation analogue à celle des territoires d'outre-mer, avec toutefois une différence de taille : si la spécificité des territoires d'outre-mer résulte des dispositions mêmes de l'article 74 de la Constitution, le droit local alsacien-mosellan ne saurait se prévaloir d'un tel statut constitutionnel. Comment expliquer dans ces conditions que l'État unitaire français, fortement empreint de la tradition d'uniformité jacobine, ait pu s'accommoder d'une telle particularité, témoignage vivant et encore vivace de la diversité régionale française ?

[p. 322]

158 LE MAINTIEN DU DROIT LOCAL ALSACIEN-MOSELLAN. – Initialement province allemande conquise par la France en 1648, annexée par l'empire allemand en 1871, puis réintégrée dans la souveraineté française en 1919, l'Alsace et la Moselle n'ont jamais cessé de défendre cette spécificité législative qu'elles

considèrent comme faisant partie intégrante de leur patrimoine historique. Ainsi, lorsque les rédacteurs de la loi du 19 octobre 1919 choisissent de particulariser pour un temps limité la situation de l'Alsace-Moselle, c'est sans doute parce que, profondément ancrée dans la conscience collective des populations concernées, l'ancienneté de ses racines s'opposait à toute volonté d'intégration pure et simple. De fait, la volonté assimilationniste des pouvoirs publics exprimée au lendemain de l'armistice n'eut d'autre choix que d'admettre cette indéniable spécificité tout en s'efforçant de la circonscrire : puisqu'il n'était pas possible d'abolir abruptement les dispositions de droit local, celles-ci seraient certes maintenues, mais uniquement à titre transitoire. Plus qu'un phénomène juridique, le droit local apparaît ainsi comme un phénomène politique dont l'origine remonte au consensus – d'ailleurs parfaitement exprimé par l'article 3 de la loi du 19 octobre 1919¹ – entre les partisans de la thèse « substitutiste », désireux de procéder à l'absorption immédiate et intégrale du droit local par le droit général, et les tenants de la thèse « particulariste », plus soucieux de préserver l'autonomie du territoire.

Que dire alors du droit local, sinon qu'il semble avoir fait l'objet d'une véritable « convention constitutionnelle » ? Nourrie de l'esprit britannique, cette notion traduit parfaitement l'idée selon laquelle la persistance du droit local alsacien-mosellan serait finalement le produit d'un accord exprès ou tacite passé entre les acteurs politiques concernés. Admettre cette « convention constitutionnelle » comme mode d'explication d'un phénomène normatif dérogatoire revient en quelque sorte à reconnaître une nouvelle méthode d'interprétation, qui repose essentiellement sur l'examen du réel et exclut par avance toute éventualité de construction juridique conforme à un modèle étatique préétabli. Si l'Alsace et la Moselle jouissent d'un régime juridique particulier, c'est précisément parce qu'il correspond aux exigences spécifiques de l'ordre social qui y règne. Il n'a d'existence que dans la mesure où il rend compte de la réalité sociologique de ce territoire.

Le droit local semble donc désormais bénéficier, à défaut d'un véritable statut constitutionnel, d'une sorte de reconnaissance coutumière qui trouve son prolongement dans ce qu'il est convenu d'appeler la « troisième législation ». En effet, si la reconnaissance du caractère coutumier du droit local lui confère un certain degré de protection, celui-ci ne saurait se concevoir qu'à l'égard du droit local en vigueur au moment de l'armistice. Logiquement, le droit local « protégé » est un droit figé dans l'histoire, insusceptible d'évolution et donc sans conséquence sur l'unité étatique, car destiné à tomber en désuétude. Et pourtant, arrimé au droit commun national, le droit local a su évoluer avec ce dernier. C'est alors qu'apparaît tout l'intérêt de la création par les autorités françaises de cette législation spéciale, dite « troisième législation » parce qu'elle vient s'ajouter aux

¹ Article 3 de la loi du 19 octobre 1919 relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine : « Les territoires d'Alsace et de Lorraine continuent, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à l'introduction des lois françaises à être régies par les dispositions législatives et réglementaires actuellement en vigueur. »

anciennes dispositions locales maintenues en vigueur et aux lois françaises introduites. Le législateur français (et parfois l'autorité réglementaire selon les domaines concernés, domaine de l'article 34 ou de l'article 37) a été amené à intervenir dans le droit local pour supprimer certaines règles et pour les remplacer par d'autres qui n'entraient en vigueur que dans les trois départements visés. Il ne s'agissait donc pas de remplacer le droit local par le droit commun, mais bien de le remplacer par un autre droit. Ainsi édictée par le Parlement national, cette législation applicable à une partie seulement du territoire, cette troisième législation, semble pour le moins un phénomène juridique original qui, allié au travail de la Commission d'harmonisation du droit local, instituée en 1985, devient l'instrument principal de l'adaptation de ce dernier. À cet égard, le rôle intégrateur joué par la Commission d'harmonisation du droit local est fondamental. Si le droit local reste un droit d'édiction nationale, dans la mesure où le Parlement fait seul la loi locale, il n'en reste pas moins que ce sont bien les travaux de la Commission d'harmonisation qui inspirent le travail parlementaire en la matière. Il suffit, pour s'en persuader, de faire référence à la tentative récente menée contre la faillite civile de droit local que d'aucuns voulaient abroger au profit de la loi Neiertz [p. 324] de 1989¹. Suite au dépôt d'un amendement visant à l'abrogation de la loi locale en matière de faillite civile, le Sénat a décidé de renvoyer le sujet devant la Commission d'harmonisation, laquelle a désigné deux rapporteurs qui, après consultation des organismes intéressés, s'efforceront de dégager une conclusion générale au vu de laquelle le Sénat pourra se prononcer définitivement.

Pour isolé et désuet qu'il pût apparaître, le droit local est devenu un droit à part entière qui invite aujourd'hui à s'interroger sur sa compatibilité avec le principe de l'État unitaire.

159 L'ADÉQUATION DU DROIT LOCAL À L'ÉTAT UNITAIRE. – Parmi les arguments qui peuvent être avancés à l'appui de la défense du droit local, l'approche sociologique est essentielle, car il faut bien admettre que le droit local caractérise un ordre social alsacien-mosellan qui puise ses racines dans un profond sentiment d'appartenance à une communauté de culture, notamment linguistique. Témoignage de l'adhésion d'une population à ce qui fonde son identité, le droit local semble représenter un phénomène politico-idéologique, garant d'un certain nombre de spécificités culturelles liées à une identité alsacienne-mosellane, qu'il contribue par là même à pérenniser. Ainsi entendu, le

¹ La faillite civile de droit local est non seulement applicable aux commerçants, artisans et agriculteurs, mais aussi à tout particulier endetté. L'adoption de la loi Neiertz du 31 décembre 1989 a semé le trouble, puisqu'elle introduit la notion de faillite civile pour toute personne endettée. Certains s'interrogèrent alors sur l'intérêt du maintien de la loi locale. Or, la loi Neiertz ne va pas aussi loin que la loi locale. Globalement, la loi locale offre la possibilité d'une liquidation judiciaire qui s'applique aux particuliers comme aux entreprises, ce qui n'est pas le cas dans la loi de 1989.

droit local d'Alsace-Moselle prend des allures de « législation provinciale ». Or, une telle éventualité ne saurait être admise que dans la mesure où le droit local en question est un droit *territorialisé* et non un droit *personnalisé*. Si la conception de la République française peut fort bien s'accommoder d'un particularisme territorial, elle ne peut admettre, sans porter atteinte au principe d'égalité, la reconnaissance de statuts personnels, à moins que la Constitution elle-même l'autorise.

De ce point de vue, le critère principal d'application du droit local reste un critère territorial : c'est le droit applicable dans les départements recouverts en 1918. Il s'agit donc bien d'un droit d'application géographique limitée. Son existence ne poserait donc pas de difficulté [p. 325] particulière si elle ne comprenait par ailleurs quelques éléments de statut personnel. En effet, jusqu'à la loi du 29 décembre 1990, les règles relatives à la tutelle et à la protection des incapables majeurs n'étaient applicables qu'aux seuls Alsaciens-Lorrains, à leurs descendants légitimes ou naturels et aux personnes d'origine française ayant contracté mariage avec des Alsaciens-Lorrains. Ces règles, précisées à l'article 15 de la loi du 1^{er} juin 1924, avaient donc un champ d'application personnel et non territorial. Elles s'appliquaient aux personnes désignées, alors même qu'elles ne résidaient pas dans l'un des trois départements en cause. Dans la mesure où la loi de 1990 a abrogé en grande partie ces dispositions, il ne semble pas que la légitimité du droit local s'en trouve affectée. Pourtant, on peut s'interroger sur le point de savoir quelle serait l'attitude d'un tribunal situé hors d'Alsace-Moselle, s'il avait à régler un litige mettant en cause une personne revendiquant l'application du droit local. À cet égard, les juridictions semblent partagées quant à l'attitude à adopter, s'agissant de demandes présentées par des retraités qui, après avoir bénéficié du régime local de sécurité sociale applicable à ceux qui travaillent en Alsace-Moselle ou dont l'employeur est installé dans ces départements, ont choisi de vivre leur retraite dans un autre département. D'application territoriale, le régime local en question ne peut plus s'appliquer à leur profit. Or, si telle est à l'heure actuelle la position adoptée par la cour d'appel de Nancy, la cour d'appel de Bourges, dans une affaire qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi en cassation, a adopté une position inverse, en acceptant de rétablir dans ses droits antérieurs une personne placée dans la situation précitée. Dans l'éventualité où la Cour de cassation avaliserait cette décision, ce serait alors une approche personnalisée du droit local qui serait affirmée.

Reposant sur un fondement territorial, le droit local alsacien-mosellan respecte bien la conception traditionnelle de la République précédemment évoquée, mais celle-ci ne tolère l'expression particulariste dans la seule hypothèse où elle est objectivement constatée. Une différence de traitement ne saurait être autorisée que dans la mesure où elle est justifiée par une différence de situation. À ce propos, il est tout à fait possible de voir dans le droit local une discrimination objective justifiée par la situation particulière des trois départements concernés, tant du point de vue historique que juridique. Le droit [p. 326] applicable en Alsace-Moselle se trouve donc désormais doté d'une légitimité qui n'est plus

uniquement d'ordre coutumier. Il quitte le cadre rigide de l'unification pour acquérir une identité propre et apparaître finalement comme une manifestation parmi d'autres de la diversité française. On se plaît alors à penser qu'il puisse inaugurer une ère nouvelle. Face à la négation du pluralisme infranational, il apparaît comme un témoin privilégié de la coexistence de plusieurs normes : normes nationales et normes locales. Ce faisant, il amène inévitablement à réfléchir sur ce que pourrait être demain le modèle constitutionnel français.

160 LA SPÉCIFICITÉ LÉGISLATIVE OUTRE-MER. – L'hétérogénéité de l'ordonnancement juridique français, constatée par l'évocation du droit local alsacien-mosellan, réapparaît dans le régime législatif des collectivités d'outre-mer. Ces deux situations ne sont d'ailleurs pas sans analogie. Qu'il s'agisse des anciens territoires annexés ou de la politique coloniale, les autorités françaises ont toujours été partagées entre la volonté d'assimiler juridiquement les territoires intégrés dans la souveraineté française et la nécessité de maintenir certains éléments de la spécificité des collectivités et des populations concernées. La difficulté majeure, dans un cas comme dans l'autre, étant de fixer le seuil d'assimilation ou de spécificité que l'État français pouvait effectivement admettre sans perdre son âme. On remarquera, à cet égard, que ces hésitations trouvent une traduction constitutionnelle avec la dualité de régime accordée aux collectivités d'outre-mer, opposant les départements d'outre-mer soumis au principe d'uniformité législative aux territoires d'outre-mer soumis, quant à eux, au vieux principe colonial de spécialité législative.

Mis en évidence sous l'Ancien Régime, supprimé par la Constitution de l'An III et finalement réaffirmé par le sénatus-consulte du 3 mars 1864, le principe de spécialité législative dominera toute la période coloniale française. Subordonnant l'application des textes métropolitains à la mention expresse du législateur, ce principe emportait une présomption d'inapplicabilité de plein droit du droit métropolitain aux colonies, puis aux territoires d'outre-mer. S'il figure dans l'ensemble des textes constitutionnels français jusqu'en 1946, la Constitution de 1958 n'y fait qu'implicitement référence, à travers l'existence d'une « organisation particulière tenant [p. 327] compte des intérêts propres » (art. 74) des territoires d'outre-mer. Par ailleurs, en précisant quels sont les textes applicables de plein droit dans les territoires d'outre-mer, la circulaire du Premier ministre du 21 avril 1988¹, complétée par celles des 15 juin 1990 et 2 janvier 1993 relatives à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires, ne laisse aucun doute sur la permanence du principe de spécialité. D'une manière générale, on peut dégager trois types de textes applicables de plein droit, selon qu'il s'agit de dispositions spécifiques, qu'elles proviennent de délibérations de l'assemblée du territoire, qu'elles comportent une mention expresse d'application. La circulaire de 1988 prévoit, en outre, deux hypothèses dans lesquelles le principe est exclu : il s'agit,

¹ JO, 24 avril 1988, p. 5454.

d'une part, des lois dites de souveraineté (Constitution, lois organiques, loi relatives aux institutions nationales ou aux juridictions nationales suprêmes...) et, d'autre part, des principes généraux du droit. Concrètement, le maintien du principe de spécialité suppose que les lois nationales qui n'entrent pas dans une des catégories précitées ne s'appliqueront pas automatiquement aux territoires d'outre-mer. Outre la nécessité d'une mention expresse, l'application outre-mer sera subordonnée à l'exigence de consultation de l'assemblée territoriale concernée. Si le principe de spécialité trouve sa justification dans des spécificités géographiques, culturelles ou ethniques, il n'en reste pas moins que le particularisme des territoires d'outre-mer entraîne l'existence au sein de la République d'une pluralité de réglementations dont le fondement réside dans la volonté de tenir compte des spécificités locales.

En fait, à bien y regarder, on se rend compte qu'à partir des dispositions constitutionnelles le Conseil constitutionnel confère à ces territoires le maximum de compétences que la Constitution autorise, en adoptant une conception extensive de la notion d'organisation particulière. En effet, plus cette notion sera entendue largement, plus le domaine d'action des assemblées territoriales sera étendu, celles-ci étant nécessairement consultées. La large participation des assemblées territoriales à la définition législative de leur organisation particulière conduit à s'interroger sur la véritable nature des territoires d'outre-mer « moins collectivités territoriales qu'esquisses d'États fédérés »¹. En [p. 328] effet, par la décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, le Conseil constitutionnel reconnaît que « comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer [le rôle du Congrès²] ne se limite pas à la simple administration de ce territoire ». Il apparaît donc bien que les assemblées territoriales en question n'ont pas une compétence limitée à la seule gestion administrative, contrairement aux collectivités locales de droit commun. Elles ont un rôle politique puisqu'elles sont associées au processus de fabrication des lois. Rôle d'ailleurs renforcé par le fait que ces dernières exercent également des pouvoirs que la Constitution attribue, en métropole, aux organes de l'État. En effet, depuis sa décision n° 65341 du 2 juillet 1965, le Conseil constitutionnel admet que le domaine de la loi peut être différent dans les territoires d'outre-mer et sur le continent. Concrètement, les assemblées territoriales peuvent recevoir des compétences dans des matières qui relèvent en métropole de la compétence du Parlement. On comprend mieux alors pourquoi certains s'inquiètent du fait que « d'ores et déjà, pour la Polynésie et la Nouvelle-Calédonie, le cadre administratif n'est plus qu'un collier de papier car par-delà l'étiquette de collectivité territoriale, percent les symptômes d'une décentralisation fédérale »³.

¹ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 205.

² Il s'agit de l'Assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie.

³ Fabre, Michel-Henri, L'unité et l'indivisibilité de la République. Réalité, Fiction ?, *RDP*, 1982, p. 609.

Section II

L'émergence d'un statut privatif des libertés publiques minoritaires

[Retour au sommaire](#)

161 UN ESPACE OUVERT À L'EXPRESSION MINORITAIRE. – Le dogme de l'intangibilité de l'unité politique de l'État et, partant, du statut public de l'individu traduit ainsi la fidélité de la République française à l'État-nation. Il en résulte que, par contraste, ce sont des revendications d'ordre strictement individuel, en tout état de cause limitées au seul statut privé de l'individu, qui pourront éventuellement se faire l'écho de situations minoritaires. Autrement dit, ces dernières peuvent fort bien se faire admettre au sein de la République [p. 329] française au titre du respect, par celle-ci, des libertés publiques reconnues aux individus – y compris aux individus objectivement minoritaires – pour autant qu'elles n'interfèrent pas dans le domaine des droits publics ou politiques. C'est alors à travers l'émergence d'un statut privé des libertés publiques minoritaires que l'État national français va pouvoir exprimer son attachement à la diversité de sa propre composition humaine. Plus précisément, la langue et la religion figurant au nombre des critères objectifs privilégiés d'appartenance à un groupe, l'attitude de l'État à l'égard de la liberté religieuse (§ 1) et de la liberté linguistique (§ 2) permettra de mesurer son degré effectif de tolérance face aux situations minoritaires.

I | LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

162 LAÏCITÉ ET LIBERTÉ RELIGIEUSE. – La conception révolutionnaire de l'égalité, à l'origine synonyme d'uniformité de l'ensemble du corps social, contraint aussi l'État à adopter une certaine neutralité à l'égard des opinions et convictions personnelles des individus. Il doit en conséquence, dans la gestion des affaires publiques, faire plus particulièrement abstraction de l'appartenance religieuse des personnes qui composent le groupe national. Mais cette neutralité étatique vis-à-vis du sentiment religieux n'est pas sans danger. En effet, en observant une attitude d'ignorance des croyances religieuses, les pouvoirs publics peuvent aussi indirectement favoriser le culte majoritairement pratiqué dans l'État au détriment des cultes minoritaires. Aussi le principe d'égalité ne s'opposant pas à l'adoption d'un traitement différentiel de situations objectivement différentes, l'État est-il constamment amené à osciller entre deux attitudes apparemment contradictoires, l'ignorance et la prise en compte, dans cette dernière hypothèse lorsque c'est le principe d'égalité lui-même qui se trouve menacé. C'est, d'ailleurs,

ce qu'exprime la loi de séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905, lorsqu'elle prévoit, dans son article 1^{er}, que la République « garantit le libre exercice des cultes... » puis, dans son article 2 qu'elle « ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ».

Adoptant une certaine conception des rapports de l'État avec le [p. 330] fait religieux, la liberté religieuse renvoie elle-même à un autre concept qui s'identifie à l'État républicain et qui gouverne la loi de 1905 : la laïcité. Or, précisément, la laïcité n'est pas un concept univoque. Une interprétation stricte encourage certains à exiger d'elle la non-intervention de l'État dans le domaine religieux, alors que d'autres considèrent, à l'inverse, qu'elle comporte une reconnaissance du fait religieux par l'État, ne serait-ce que pour sanctionner les manifestations religieuses contraires à l'ordre public. Bien présente à l'article 2 de la Constitution, cette double acception de la laïcité apparaît aussi très clairement dans l'avis du Conseil d'État du 27 novembre 1989 relatif à la compatibilité avec le principe de la laïcité du service public de l'enseignement du port par les élèves de signes religieux à l'école¹. Pour le Conseil d'État, ce principe n'est qu'un aspect du principe général de laïcité et de neutralité de l'État, qui implique comme tel le respect de la liberté de conscience des élèves, c'est-à-dire l'interdiction de toute discrimination « dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves ». Mais la liberté de conscience ainsi reconnue aux élèves ne doit porter atteinte ni au pluralisme ni à la liberté d'autrui, ni au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité. Par conséquent, le port par les élèves de signes religieux à l'école « n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses », à la condition, toutefois, de ne pas apparaître comme l'expression d'un acte de prosélytisme heurtant le bon déroulement du service public de l'enseignement. Ainsi, pour le Conseil d'État, la liberté de conscience reconnue aux élèves les autorise à arborer éventuellement en classe des signes d'appartenance religieuse, à l'impérieuse condition de ne pas porter atteinte aux principes fondamentaux de l'organisation du service public. L'on peut donc constater que cette conception de la laïcité développée par le Conseil d'État en 1989 met en évidence la nécessaire conciliation de la liberté religieuse avec les exigences du principe de neutralité de l'État. En ce sens, elle peut être utilisée par les cultes minoritaires en vue de faire reconnaître et respecter leur propre spécificité. Cette [p. 331] démarche se trouve d'ailleurs renforcée par l'avis de 1989, dans la mesure où le Conseil d'État y précise que le port de signes religieux ne peut pas faire l'objet d'une interdiction générale et absolue², mais implique au contraire un examen particulier de chaque

¹ Avis n° 346893, Ass. gén. plénière, Rapporteur : Martine Larroque, *AJDA*, 1990, p. 39-45, note J.-P. C. ; *RFDA*, 1990, p. 1-9.

² C'est ce que considère le Conseil d'État au contentieux dans l'arrêt du 2 novembre 1992, *M. Kherousa et autres* (*AJDA*, 1992, p. 833) par lequel il annule la décision du conseil d'administration du Collège Jean-Jaurès de Montfermeil d'exclure des jeunes filles au motif

affaire. Il ne saurait donc être question pour l'administration d'interdire de façon systématique les manifestations formelles de l'appartenance à un culte.

C'est alors, de l'avis même du Conseil d'État, d'ailleurs repris en cela par la circulaire Jospin du 12 décembre 1989, à la communauté éducative qu'incombe la charge de décider l'adoption de mesures d'interdiction lorsque le comportement d'un élève lui semble de nature à porter atteinte à la liberté de conscience des autres élèves ou au fonctionnement normal de l'établissement. Or, c'est là une tâche difficile à accomplir qui, comme en témoignent ses prolongements contentieux et réglementaires, pourrait fort bien remettre en cause le double esprit de tolérance et d'intégration inhérent au concept de laïcité.

163 ASPECTS CONTENTIEUX ET RÉGLEMENTAIRES DE « L'AFFAIRE DU FOULARD ». – La question du port du voile islamique à l'école a été relancée le 20 octobre 1993 à l'Assemblée nationale lorsque l'ancien principal du Collège de Creil, où éclata la première affaire, attira l'attention du ministre de l'Éducation nationale sur les difficultés rencontrées par les chefs d'établissement confrontés au refus de jeunes filles de confession musulmane de retirer leur voile en classe. En effet, si le Conseil d'État prohibe les interdictions générales et absolues, il ne s'oppose pas à la limitation, dans certains cas, du port de signes religieux ¹, mais sans préciser dans quel cas il est possible de considérer qu'il y a atteinte à la neutralité. Une circulaire du ministre de l'Éducation nationale, destinée à rappeler aux chefs d'établissement les principes qui doivent guider leur attitude, fut ensuite rendue publique le 27 octobre 1993. Cependant, en précisant à nouveau [p. 332] « qu'il appartient au chef d'établissement, après consultation des instances compétentes de l'établissement, de prendre individuellement les décisions nécessaires », la *circulaire Bayrou* ne se différencie pas de la circulaire Jospin de 1989. Toutes deux placent les chefs d'établissement au premier rang en leur faisant porter la responsabilité d'une éventuelle crise. Pour autant, les textes ne renseignent pas ces derniers sur ce qu'est un « signe ostentatoire ». Et c'est bien tout le problème, car comment apprécier dès lors le « prosélytisme » qui sous-tend le port du voile et qui constitue le seuil limite de tolérance du pluralisme religieux ? À cet égard, la position adoptée par le ministre de l'Éducation nationale dans la circulaire du 20 septembre 1994 ² ne contribue pas à clarifier les choses. En effet, en disposant que « si le port, par les élèves, de signes discrets manifestant leur attachement personnel à des convictions, notamment religieuses..., est admis dans l'établissement [alors que] les signes ostentatoires qui constituent en eux-mêmes des éléments de prosélytisme et de discrimination

que le port du foulard était contraire au règlement intérieur qui prohibait de façon absolue les signes religieux.

¹ On peut citer à cet égard l'arrêt du Conseil d'État du 10 mars 1995, époux Aoukili (*AJDA*, 1995, p. 332), dans lequel il considère que l'administration scolaire pouvait fort bien interdire le port du foulard pendant les cours d'éducation physique.

² *RFDC*, 1994, p. 760-761.

sont interdits », ce texte aura incité certains tribunaux à assimiler le port du voile en soi à un signe ostentatoire et à adopter en conséquence une interprétation plus stricte de la laïcité ¹. Jugé « en soi » ostentatoire, le foulard pourrait alors faire l'objet d'une interdiction générale, ce qu'a toujours refusé le Conseil d'État.

Conçue en 1989 dans un souci de neutralité bienveillante, la laïcité semblerait ainsi substantiellement mise en cause, si le Conseil d'État lui-même n'avait pas eu à apprécier les termes de la circulaire de septembre 1994. Dans un arrêt du 10 juillet 1995 et contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement, le Conseil d'État a en effet réaffirmé sa jurisprudence traditionnelle en refusant d'accéder à la demande de sursis à exécution présentée par le ministre de l'Éducation nationale à l'encontre d'un jugement ayant censuré une décision d'exclusion, dans la mesure où aucun des motifs invoqués par le ministre ne permettait de démontrer un trouble sérieux dans la vie de l'établissement ². Précisément, la laïcité ainsi entendue participe de la volonté d'intégration des cultes minoritaires. Or, pour certains [p. 333] d'entre eux, cette volonté d'intégration passe par la reconnaissance de leur propre spécificité, d'autant plus que, à l'exemple de l'Islam, ceux-ci peuvent se prévaloir d'incarner à eux seuls toute une civilisation.

164 L'ISLAM DE FRANCE ET LE PROBLÈME DU STATUT PERSONNEL. – Si les musulmans peuvent trouver dans la liberté d'association les garanties d'un exercice effectif de leur propre culte, il ne faut pas perdre de vue que l'islam n'est pas seulement une religion. Il est aussi une société, plus exactement une communauté dont le rattachement à Dieu fonde l'union entre tous les croyants ³. Ceci explique que le Coran soit tout à la fois un Code religieux et juridique, qui organise l'état et la capacité des personnes, les obligations et les successions, comme la structure politique de la communauté. Le musulman possède donc un statut personnel qui dérive du Coran et avec lequel il fait corps : renoncer à son statut personnel, c'est donc renoncer à l'islam, c'est devenir apostat.

Comment, dans ces conditions, un État laïque, garant de la liberté religieuse, pourrait-il accepter un statut personnel coranique, élément indéfectible d'une religion dont les règles contredisent le Code civil sur des points essentiels ? Car la présence en France d'une forte communauté musulmane pose inévitablement aux

¹ Cf. par exemple l'arrêt du tribunal administratif de Clermont-Ferrand, 7 novembre 1994, dans lequel est jugé que « le hidjab, ostensiblement porté... ne saurait être regardé que comme un signe constituant... un élément de prosélytisme et de discrimination » (*Le Monde*, 8 avril 1995).

² *Le Monde*, 5 et 12 juillet 1995.

³ Le concept de « Umma » exprime ce sentiment de commune appartenance à Dieu, par lequel « la communauté musulmane tire toute sa substance de la religion et de la croyance et tend à une vocation universelle. À partir de là, elle se projette sur le plan politico-économique et aussi sur le plan social » ; Gh. Benmelha, Essai d'une définition du concept de « Umma » et de son application au contexte algérien, *Revue algérienne des Sciences juridiques, politiques et économiques*, 1982, p. 37.

pouvoirs publics la question d'un éventuel statut de l'islam de France, qui permette aux musulmans de pratiquer leur religion dans le respect de ses préceptes et de la loi nationale. Or, sur ce plan la Constitution de 1958 offre l'hypothèse d'une conciliation globale de l'islam et de la laïcité. Cette hypothèse est celle de l'article 75, qui dispose : « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun seul visé à l'article 34 conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. » *A priori*, cet article semble n'être qu'une survivance d'une situation révolue. En effet, l'article 75 trouve son origine dans la volonté, exprimée par l'article 80 de la Constitution de 1946, d'étendre la citoyenneté française à l'ensemble des nationaux français des territoires d'outre-mer, tout en maintenant à leur profit l'application d'un statut personnel différent du statut civil de droit commun (art. 82 de la Constitution de 1946). L'originalité de ce mécanisme tenait essentiellement au fait que le statut privé se trouvait désormais détaché de la citoyenneté alors que, depuis la Restauration, la qualité de citoyen français emportait la soumission au statut civil de droit commun. Comme l'écrit significativement le P^r Borella : « C'est donc désormais une distinction entre le statut public et le statut privé de la personne qui marque la frontière entre le principe d'égalité et d'identité et le particularisme. »¹ Il apparaît donc, dans un tel contexte, que l'égalité quant au statut public est compatible avec la disparité quant au statut privé, même si, au sens de la Constitution de 1946, le statut personnel ne représente plus qu'une catégorie résiduelle.

Même s'il a « perdu son importance pratique au fil des années »², la plupart des territoires d'outre-mer concernés ayant accédé à l'indépendance, l'article 75 ne paraît pas avoir épuisé ses effets avec l'évolution du droit des territoires d'outre-mer. Bien que toujours en vigueur, le statut personnel applicable à Mayotte ne saurait servir pour autant de modèle à un futur statut de l'islam de France, dans la mesure où il s'inscrit dans un contexte territorialisé. Or, il s'agit ici d'assimiler des hommes qui viennent en France porteurs d'un statut personnel qui émane d'une loi révélée : si renoncer à son statut coranique, c'est pour le croyant, abjurer, l'État laïque se doit de prendre en considération le droit musulman puisque ce faisant, il ne fait que garantir la liberté de conscience, de religion et de culte. Autrement dit, la notion de statut personnel doit être détachée de son contexte territorialiste – puisque ce statut est d'essence religieuse – pour venir s'inscrire dans un système de personnalité des lois. Le statut civil français étant de droit commun parce que d'application générale et le statut personnel étant en quelque sorte un statut local attaché à la personne, un tel système permettrait sans doute de favoriser l'insertion d'une population fortement différenciée par son appartenance religieuse au sein d'un État laïque, sans remettre en cause l'identité de cet État que préserverait l'unité du droit public et l'application du [p. 335] statut civil de droit commun.

¹ François Borella, *L'évolution politique et juridique de l'Union française*, Paris, LGDJ, 1958, p. 176.

² Pierre Lampué et Christian Purtschet, Commentaire de l'article 75, in *La Constitution de la République française*, analyses et commentaires sous la direction de F. Luchaire, et G. Conac, Paris, Economica, 1982, p. 894-895.

L'application de l'article 75 de la Constitution comme principe de solution des conflits interpersonnels devant les juridictions françaises, en permettant aux musulmans intéressés de devenir citoyens français dans le respect de leur identité religieuse, constituerait un moyen d'intégration en douceur dans la Cité française. Quoi qu'il en soit et si une telle possibilité, théoriquement séduisante, paraît d'une très grande complexité pratique, force est de constater que le cadre constitutionnel français qui infère la liberté de religion oblige les pouvoirs publics, au nom même de la laïcité, à garantir la liberté de conscience. Obligation qui explique et justifie la prise en compte des convictions religieuses dans les institutions publiques et démontre s'il en est besoin l'attachement de l'État à l'expression des cultes minoritaires.

165 LA PRISE EN COMPTE DES CONVICTIONS RELIGIEUSES DANS LES INSTITUTIONS PUBLIQUES. – La protection, par les pouvoirs publics, de la liberté de conscience des usagers et des agents des services publics emprunte une double direction : d'une part, la prise en compte de certaines manifestations rituelles des cultes considérés ; d'autre part, l'encouragement à l'exercice de la liberté religieuse par des mesures positives. Dans le premier cas, on mentionnera les autorisations d'absence des fonctionnaires prévues par une circulaire du 23 septembre 1967, selon laquelle il appartient aux directions chargées du personnel dans les administrations « d'accorder aux agents qui désirent participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession, les autorisations d'absence nécessaires, dans la mesure toutefois où leur absence demeure compatible avec le fonctionnement normal du service ». On remarquera cependant que cette demande, qui doit émaner des intéressés eux-mêmes, demeure à la discrétion du chef de service.

S'agissant des autorisations d'absence, une telle situation, qui pose en l'occurrence le problème de la conciliation de la liberté de culte avec l'obligation d'assiduité scolaire, s'est présentée récemment devant le Conseil d'État, saisi du problème de l'absence scolaire le jour du shabbat. Jusqu'alors, pour les élèves comme pour le personnel enseignant et administratif, un *modus vivendi* était généralement trouvé entre les acteurs concernés. Ainsi, de la même manière que l'Éducation nationale s'efforce d'assurer la fourniture de repas *casher* [p. 336] dans les cantines scolaires, elle publie chaque année la liste des célébrations religieuses qui sont susceptibles de donner lieu à une autorisation d'absence. Il reste que la question examinée par le Conseil d'État, réuni en Assemblée plénière le 31 mars 1995, pose le problème plus délicat de la reconnaissance d'un statut dérogatoire autorisant des absences régulières le samedi matin. S'inscrivant dans la continuité de sa jurisprudence relative à la compatibilité du port de signes religieux avec le respect de la laïcité, le Conseil d'État a tranché en faveur d'une autorisation sous condition de l'absence scolaire le jour du Shabbat ¹. La liberté

¹ CE, Ass., 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France et autres* ; CE, Ass., 14 avril 1995, M. Koen, AJDA, 1995, p. 501 à 504 et p. 572 à 574.

religieuse est une liberté fondamentale qu'il convient de préserver, c'est la raison pour laquelle elle comporte le principe d'un droit aux autorisations d'absence pour motif religieux. Néanmoins, l'exercice d'un culte ne saurait entraver les conditions d'une scolarité normale. Ainsi, de la même manière qu'il refuse les interdictions générales et absolues du port de signes religieux, le Conseil d'État refuse les autorisations générales d'absence qui doivent elles aussi, faire l'objet d'un examen au cas par cas. Toutefois, en écartant la solution qui aurait consisté à faire prévaloir systématiquement l'obligation d'assiduité, le Conseil d'État continue à inviter les institutions publiques à adopter une attitude ouverte aux particularismes religieux. Attitude qui se retrouve d'ailleurs dans les mesures positives qui peuvent être prises par les autorités publiques, et qui sont d'autant plus intéressantes qu'en l'occurrence la liberté religieuse s'organise au sein même du service public.

166 LIBERTÉ RELIGIEUSE ET ORGANISATION DU SERVICE PUBLIC : L'EXEMPLE DES CIMETIÈRES. – L'article R. 361-10 du Code des communes fait de l'inhumation dans un cimetière communal la règle de principe. Parallèlement, la loi du 14 novembre 1881 sur la liberté des funérailles a supprimé les espaces réservés dans les cimetières, les « cimetières confessionnels » ayant cependant subsisté en Alsace-Moselle à l'usage des cultes concordataires célébrés dans la commune. Si le droit positif consacre l'interdiction de principe des « cimetières confessionnels », la réalité est aujourd'hui plus complexe. Il existe, en effet, des solutions dérogatoires qui tiennent elles-mêmes à [p. 337] la spécificité des cultes auxquels elles tendent à s'appliquer. Une première série de dérogations concerne les cimetières israélites. Aux termes du décret impérial du 12 juin 1804 sur les sépultures, le caractère communal des cimetières fait obstacle à la création de cimetières à l'initiative de personnes privées. Mais un décret du 10 février 1806 a aussitôt déclaré que ces dernières dispositions n'étaient pas applicables aux citoyens de confession israélite, en autorisant ceux-ci à conserver des cimetières privés dans lesquels les inhumations peuvent toujours avoir lieu sans autorisation spéciale. Les personnes de confession israélite ont continué à inhumer leurs défunts dans les cimetières qu'ils utilisaient habituellement, c'est-à-dire ceux créés antérieurement au décret de 1804. De cette solution qui demeure encore aujourd'hui, il résulte que des associations privées ont la possibilité de gérer leurs propres cimetières. Toutefois, la création d'un cimetière privé est interdite par le juge judiciaire qui peut en ordonner la destruction ¹.

Le problème posé par le culte musulman paraît plus complexe en raison de ses propres exigences. Le premier texte en la matière est une circulaire du 28 novembre 1975 autorisant l'aménagement de « carrés musulmans » dans les grandes villes sous réserve du respect de l'ordre public. Ce texte fut peu appliqué, jusqu'à ce qu'une autre circulaire du ministre de l'Intérieur du 14 février 1991

¹ CA, Aix-en-Provence, 1^{er} février 1971, Rouquette, AJDA, 1972, p. 111.

autorise les communes à prévoir, dans leurs cimetières, un espace réservé aux musulmans. Réitérant l'interdiction des cimetières confessionnels, ce texte précise toutefois que celle-ci ne fait pas obstacle à ce que, investi du pouvoir de fixer, dans les cimetières, les endroits affectés à chaque tombe, l'autorité municipale procède à des regroupements *de facto* de sépultures, « sous réserve que la neutralité du cimetière soit alors particulièrement préservée, tant en ce qui concerne l'aspect extérieur des parties publiques que la possibilité laissée aux familles de toutes religions de s'y faire inhumer »¹. Ces solutions dérogatoires traduisent bien les efforts réalisés par les pouvoirs publics pour tenir compte de demandes spécifiques de cultes dont l'impact social n'est pas négligeable.

La même démarche se retrouve dans d'autres établissements publics, au premier rang desquels il convient de citer les abattoirs.

[p. 338]

167 LIBERTÉ RELIGIEUSE ET ORGANISATION DU SERVICE PUBLIC : L'EXEMPLE DE L'ABATTAGE RITUEL. – C'est en raison des dispositions de la loi du 10 juillet 1976, qui interdisent les mauvais traitements envers les animaux, que le décret du 1^{er} octobre de la même année fait obligation d'étourdir les animaux avant de les mettre à mort. Toutefois, ce texte autorise des exceptions, parmi lesquelles figure l'abattage rituel. Un décret et une circulaire du ministre de l'Intérieur du 20 décembre 1983 réglementent, sur cette base, l'abattage rituel, lequel doit être effectué par des sacrificateurs habilités par les organismes religieux agréés, sur proposition du ministre de l'Intérieur, par le ministre de l'Agriculture. Lorsqu'il n'existe pas d'organismes religieux agréés, le préfet du département dans lequel est situé l'abattoir où a lieu l'abattage rituel peut accorder des autorisations individuelles aux personnes compétentes. C'est dans cette dernière hypothèse que sont apparues les difficultés les plus considérables eu égard à la législation existante en la matière. En effet, dans la mesure où l'abattage rituel déroge au droit commun touchant à la santé et à la salubrité publique, le Conseil d'État tend à opérer un contrôle strict des agréments, de manière à ce que l'abattage rituel puisse être effectué « dans des conditions conformes à l'ordre public, à la salubrité et au respect des libertés publiques »². Pour autant, cette pratique dérogatoire témoigne bien d'une action positive des pouvoirs publics en faveur des cultes minoritaires, dont la nécessité est reconnue depuis longtemps par le Conseil d'État³.

¹ Nor/Int/B/91/00030/C.

² C'est bien cette position qui est reprise par le Conseil d'État dans ses deux arrêts du 25 novembre 1994, Association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve-Tsedek, *AJDA*, 1995, p. 476 à 479.

³ La Haute Juridiction a en effet annulé un arrêté municipal régissant l'abattage des animaux de boucherie, dont les dispositions aboutissaient en pratique à l'interdiction de l'abattage rituel et portaient ainsi directement atteinte au libre exercice du culte israélite : CE, 27 mars 1936, Association israélite de Valenciennes, Lebon, p. 383.

II | LA LIBERTÉ LINGUISTIQUE

168 LE REFUS OFFICIEL DE RECONNAISSANCE DES LANGUES MINORITAIRES. – Dans la mesure où elle figure un vecteur d'appartenance à une communauté culturelle distincte de la communauté [p. 339] nationale englobante, la liberté linguistique semble une idée relativement récente. Perçue principalement comme un outil d'identification, la langue accomplit en fait une fonction pour le moins originale, à la fois instrument d'unification du corps social et de différenciation au sein de ce même corps social. En ce sens et dans le contexte français, elle participe à la fois des exigences de la préservation du mythe révolutionnaire d'unité républicaine et des contraintes liées au pluralisme social. De fait, la politique linguistique française semble marquée du sceau de la contradiction. Tout le paradoxe de cette dernière tient dans le fait qu'après avoir construit l'unité nationale autour de la langue la République française se lance dans un vaste mouvement de promotion des langues régionales, « trésors vivants nationaux », « éléments du patrimoine national »¹.

Là est bien le paradoxe : dans le même moment où la France s'efforce par des mesures positives de favoriser l'usage des langues régionales, elle leur dénie le bénéfice d'une reconnaissance officielle. On en voudra pour preuve la nouvelle rédaction de l'article 2 de la Constitution, issue de la Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 : « la langue de la République est le français » (al. 2). La France est désormais le seul pays de l'Union européenne à faire référence, dans sa Constitution, à une langue officielle sans mentionner les autres langues parlées sur son territoire. Or, si l'esprit de cette disposition vise essentiellement à préserver la langue française contre l'intrusion des langues étrangères, il n'en reste pas moins que la place des langues régionales dans l'édifice culturel national s'en trouve indéniablement réduite. Et le fait que le gouvernement se soit opposé à l'adoption d'un amendement visant à préciser que le français est la langue de la République « dans le respect des langues et cultures régionales de France »² confirme cette impression : s'il doit s'efforcer de tenir compte des particularismes linguistiques, l'État unitaire ne saurait aller jusqu'à leur octroyer un statut officiel. Le refus de la France de signer la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992 va bien dans ce sens.

[p. 340]

¹ Selon les propos de M. Jack Lang, alors ministre de la Culture, s'exprimant sur le refus de la France de signer la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992 (*Le Monde*, 9 janvier 1993).

² *JO Débats*, Ass. nat., 18 juin 1992, p. 2579.

169 LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT À LA DIFFÉRENCE LINGUISTIQUE. – C'est l'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539 qui impose pour la première fois le français comme « seule et unique langue du royaume de France »¹. Les révolutionnaires s'efforceront ensuite d'affermir l'unification linguistique, mais c'est finalement sous la III^e République que celle-ci se réalisera vraiment grâce, notamment, à l'application de l'article 14 de l'arrêté du 18 janvier 1887. En indiquant que « le français sera seul en usage dans l'école » ce texte fera de l'unification linguistique le véhicule le plus puissant de l'unification nationale. À partir de là, la référence à la langue n'aura d'utilité qu'à travers la construction et la préservation de la cohésion nationale. Il s'agit, en conséquence, d'imposer le français comme langue officielle pour mieux éliminer les parlers locaux dont la survivance constituerait une menace pour l'unité nationale ainsi réalisée.

Ce n'est que tardivement que les langues régionales réapparaîtront dans l'ordre juridique français puisqu'il faut attendre la loi Deixonne du 11 janvier 1951 pour que soit prévu un « enseignement facultatif de toutes les langues et dialectes locaux, ainsi que du folklore, de la littérature et des arts populaires locaux ». Ainsi, depuis cette loi, d'ailleurs complétée par la circulaire Savary de 1982, et même si ces dispositions manquent parfois de cohérence, tous ceux qui le souhaitent peuvent suivre, à tout niveau, un enseignement en langue régionale. Le processus amorcé, on assiste alors à une multiplication des dispositions en faveur de ce type d'enseignement, qui sont autant de signaux révélateurs d'une montée en puissance des revendications linguistiques, à laquelle l'État unitaire doit répondre par des mesures appropriées.

De l'ensemble des manifestations concrètes de la prise en compte des identités minoritaires à travers l'application d'une politique linguistique ouverte, il est possible de dégager quatre types de mesures, qui ont cependant toutes pour point commun de se rapporter à l'Éducation nationale. La première série de mesure consiste dans la [p. 341] mise en place d'un régime spécial d'enseignement. À cet égard, l'article 90 de la loi du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française est tout à fait significatif, dans la mesure où il prévoit que « la langue tahitienne est une matière enseignée dans le cadre de l'horaire normal des écoles maternelles et primaires... L'étude et la pédagogie de la langue et de la culture tahitienne seront à cet effet enseignées à l'école normale mixte de la Polynésie ». Ce dernier alinéa témoigne bien de la volonté des pouvoirs publics d'assurer l'effectivité de l'enseignement proposé. Rien ne sert, en effet, de prévoir un enseignement en langue régionale si l'on ne prévoit pas aussi une formation

¹ On notera également que c'est l'article 111 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts qui prescrit l'usage exclusif du français dans les actes d'état-civil et les actes officiels : « Et pour ce que telles choses sont souvent advenues sur l'intelligence des mots latins contenus esdits arrests, nous voulons dorénavant que tous arrests, ensemble toutes autres procédures, soient de nos cours souveraines et autres subalternes et inférieures, soient de registres, enquestes, contrats, commissions, sentences, testaments, et autres quelconques, actes et exploits de justice, ou qui en dépendent, soient prononcés, enregistrés et délivrés aux parties en langage maternel français et non autrement. »

adéquate des enseignants. D'où le deuxième type de mesures étatiques positives, concernant l'organisation de concours de recrutement d'enseignants en langue régionale. Il existe ainsi un CAPES de corse, de breton, de basque ou encore d'occitan. Par ailleurs, et c'est la troisième forme d'intervention de l'État en faveur des cultures régionales, une langue locale peut faire l'objet d'une épreuve orale ou écrite obligatoire au baccalauréat. Ainsi, parmi les langues acceptées on trouve : le basque, le breton, le corse, le catalan, la gallo (dialecte d'oïl de Bretagne orientale), l'occitan, le tahitien ou encore les dialectes alsacien-mosellans. On notera également qu'un décret du 23 octobre 1992 a ajouté à cette liste les langues mélanésiennes (ajië, drehu, nengone et paicî). Par ailleurs, depuis un arrêté du 23 juin 1994, les élèves des sections bilingues français-langue régionale peuvent choisir de passer l'épreuve d'histoire géographie du brevet des collèges en langue régionale. On franchit ainsi un pas supplémentaire dans l'usage des langues régionales dans la mesure où, jusqu'alors, la seule épreuve possible était précisément et uniquement celle relative à la langue elle-même. Enfin, pour mieux installer les langues régionales dans le système éducatif, une dernière série de mesures consiste à demander aux recteurs des académies concernées ¹ de bâtir des plans académiques de développement des langues et cultures régionales. Dans ce cadre, citons la convention triennale sur la promotion de la langue et de la culture occitane, signée le 5 juillet 1994 entre la région Midi-Pyrénées et le rectorat de l'académie ². [p. 342] Enfin, un élément fondamental a été apporté par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 relative au statut de la Corse. Notamment saisi de la conformité à la Constitution de l'alinéa 2 de l'article 53 de la loi portant statut particulier de la Corse, relatif à l'insertion de la langue et de la culture corse dans le temps scolaire, le Conseil affirma « que.... le fait pour le législateur d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à promouvoir l'enseignement de la langue et de la culture corse ne saurait être regardé comme portant atteinte à aucun principe de valeur constitutionnelle » ³. Il n'est donc pas exagéré, à la lumière de ce dispositif, d'évoquer un véritable *droit à la différence linguistique* en France. Ce droit n'en demeure pas moins un droit limité. Pour ouverte aux particularismes linguistiques qu'elle puisse être, la République française reste très fortement attachée à l'identité nationale telle qu'elle a été définie par le Conseil constitutionnel dans la décision précitée de 1991.

170 IDENTITÉ FRANÇAISE ET LANGUES RÉGIONALES. – Ce droit à la différence linguistique tend à refléter la réalité régionale française. Mais on se gardera de le concevoir comme une remise en cause de la position française de négation du pluralisme national. Bien au contraire, il en est une conséquence. Les

¹ Aix-Marseille, Antilles-Guyane, Bordeaux, Clermont-Ferrand, Corse, Grenoble, Lille, Limoges, Montpellier, Nancy-Metz, Nantes, Nice, Rennes, Réunion, Strasbourg, Toulouse.

² *Le Monde* du 7 juillet 1994.

³ *JO*, 14 mai 1991, p. 6350.

minorités linguistiques doivent se contenter des droits qui leur sont ponctuellement octroyés sans chercher à revendiquer un statut officiel au sein de la République une et indivisible. En effet, celle-ci ne connaissant qu'un seul peuple, le *peuple français*, elle ne peut admettre, par voie de conséquence, qu'il ne s'exprime qu'en une seule langue, la langue française.

C'est cette même logique de préservation de l'identité nationale qui inspire la modification de l'article 2 de la Constitution et qui aura conduit le législateur à adopter la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ¹. Certes, il s'agit encore une fois de défendre la langue française contre l'introduction massive de termes étrangers, mais il n'empêche que l'esprit de la réforme produit des effets qui dépassent ce cadre, convoquant pour la circonstance l'instrument linguistique non plus à la construction mais à la préservation [p. 343] de l'identité nationale française. C'est bien ce qu'il ressort de la circulaire du 12 avril 1994 ² relative à l'emploi de la langue française par les agents publics dans laquelle, commentant les dispositions de l'article 2 de la Constitution, le Premier ministre rappelle que « la langue française est un élément constitutif de l'identité, de l'histoire et de la culture nationale... elle est un élément important de la souveraineté nationale et un facteur de la cohésion nationale ». Ainsi et avant même l'adoption de la loi, était réaffirmée la volonté de préserver l'unité nationale. En formulant l'obligation d'utiliser le français dans les actes de la vie sociale, commerciale ou intellectuelle, la loi du 4 août 1994 s'inscrit dans la même logique. Certes, les langues régionales ne sont pas pour autant oubliées. Mais si l'article 21 précise que « les dispositions de la présente loi s'appliquent sans préjudice de la législation et de la réglementation relatives aux langues régionales de France et ne s'opposent pas à leur usage », le législateur ne s'écarte guère de la logique de négation officielle du pluralisme. Autrement dit, les cultures régionales sont préservées dans la seule mesure où elles participent de la liberté d'expression des individus. C'est, d'ailleurs, ce que semble indiquer le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994 relative à la loi sur l'emploi de la langue française ³. Interprétant les dispositions de l'article 2 de la Constitution, celui-ci pose le principe d'une nécessaire conciliation entre cette disposition et la liberté de communication et d'expression proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, laquelle « implique le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée ». Ce raisonnement a d'abord pour objet de refuser à l'État le droit d'imposer à des personnes privées l'usage d'un français qu'il codifierait lui-même. Il n'est pourtant pas interdit de voir dans ces limites imparties à la notion de langue officielle la consécration d'un espace de tolérance au profit des langues régionales et minoritaires.

¹ JO, 5 août 1994, p. 11392.

² JO, 20 avril 1994, p. 5773.

³ JO, 2 août 1994, p. 11240.

Il revient donc aux personnes qui le désirent d'user de leur droit à la différence linguistique, mais à la condition que leur démarche s'inscrive dans le cadre défini par la loi. Par contre, et le rejet de l'amendement indiquant que le français est la langue de la République dans [p. 344] le respect des langues régionales en est la traduction concrète, ce droit à la différence ne saurait aboutir à l'institution d'un statut officiel de reconnaissance des minorités, fussent-elles linguistiques.

Pour aller plus loin

171 SUR LES MINORITÉS EN GÉNÉRAL. – L'analyse du phénomène minoritaire se limite ici à l'examen de la situation française dans le cadre d'une problématique qui n'a pas pour objet de rendre compte de l'ensemble des questions soulevées par le concept de minorité. Aussi, pour une approche plus globale des minorités qui tienne compte à la fois des minorités sociologiques (minorités culturelles, linguistiques, religieuses...) et des minorités politiques (minorités nationales), plusieurs ouvrages ont été publiés qui sont autant de sources de renseignements : *Minorités et État*, ouvrage collectif sous la direction de P. Guillaume, Presses Universitaires de Bordeaux et Presses Universitaires de Laval, 1986 ; *Les minorités à l'âge de l'État-nation*, Paris, Fayard, 1985 ; *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989. On mentionnera encore le n° 69 de la revue *Actes* consacré aux minorités nationales, janvier 1990.

Pour une réflexion, également globale, sur le concept d'unité de l'État, cf. Thierry Michalon, *La République française, une fédération qui s'ignore ? RDP*, 1982, p. 623-688 ; Michel-Henry Fabre, *L'unité et l'indivisibilité de la République, Réalité ? Fiction ?*, *RDP*, 1982, p. 603-622.

Enfin, la même problématique que celle du présent chapitre est exposée, d'un point de vue anthropologique, par Norbert Rouland, *La tradition juridique française et la diversité culturelle, Droit et Société*, n° 27-1994, p. 381-419.

172 SUR LES SPÉCIFICITÉS TERRITORIALES ET PERSONNELLES. – La notion de « collectivité périphérique » est mise en avant par Jean-François Auby, *Droit des collectivités périphériques françaises*, Paris, PUF, 1992, 208 p. ; elle présente l'intérêt de rassembler sous une même terminologie l'ensemble des collectivités françaises qui, du fait de leur situation particulière, vivent d'une certaine manière en marge de l'organisation traditionnelle des collectivités territoriales. Il est ainsi possible d'y faire figurer les développements relatifs à la Corse.

S'agissant de cette dernière, voir Des réformes ! Quelles réformes institutionnelles pour la Corse ?, Actes du Colloque d'Ajaccio des 20 et 21 septembre 1990, *Revue française de science administrative de la Méditerranée occidentale (RSAMO)*, 1990, n° 29-30 ; Le nouveau statut de la Corse, quatre études par O. Olivesi, T. Michalon, J.-P. Pastorel et R. Romi, *RFDA*, 1991, p. 705 ; Louis Favoreu et François Luchaire, Dossier spécial décision du Conseil constitutionnel statut de la Corse, *RFDC*, 1991, n° 7, p. 475 à 507. Pour une analyse plus traditionnelle, François Luchaire, *Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer*, Paris, Economica, 1992, 198 p., dresse un bilan exhaustif de la situation de l'outre-mer français à travers l'analyse de leurs régimes politique, législatif et international. Voir également : Jacques Ziller, *Les DOM-TOM*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 1991, 197 p. ; François Miclo, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, 378 p. ; par ailleurs, on trouvera dans l'ouvrage

précité de Jean-François Auby une bibliographie détaillée d'ouvrages et d'articles de revues consacrés au droit de l'outre-mer.

[p. 345]

Pour ce qui concerne le droit local alsacien-mosellan, outre les contributions de Robert Hertzog, *Le droit local*, Encyclopédie Dalloz, Collectivités locales, fasc. 1958-1, et Jean-Marie Woehrling, Droit alsacien-mosellan, principes généraux, *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc. 122-1, on se reportera aux Actes du Colloque de Strasbourg des 16 et 17 février 1984, qui présentent un tableau complet (historique, sociologique et juridique) de cette législation spécifique : *La situation du droit local alsacien-mosellan*, Paris, LGDJ, 1985, 320 p. ; enfin, s'agissant plus précisément de la compatibilité des dispositions de droit local avec la Constitution, cf. Jean-François Flauss, Droit local alsacien-mosellan et Constitution, *RDP*, 1992, p. 1625-1685.

Sur la liberté religieuse et le statut personnel des musulmans de France, cf. S. Pierré-Caps, Les « nouveaux cultes » et le droit public, *RDP*, 1990, p. 1073-1119.

[p. 347]

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT DES PEUPLES AUTOCHTONES ¹

« Tout doit devenir désert, car voici que sont venus d'autres hommes sur la terre. Ils doivent aller partout, jusqu'aux confins de la terre, à main droite et à main gauche. Ils iront partout, jusqu'au rivage de la mer, et même au-delà, et alors il n'y aura plus qu'un seul chant, et non plus des chants nombreux comme les nôtres, mais un seul et unique chant. »

J. M. G. Le Clézio, *Relation de Michoacan*.

[Retour au sommaire](#)

173 LA QUESTION AUTOCHTONE AUJOURD'HUI. – Les peuples autochtones existent-ils ? Les réponses sont multiples, et ne se ressemblent pas. Les médias nous habituent à les classer parmi les groupes humains en voie de disparition ². Pourtant, ils comptent aujourd'hui environ trois cents millions d'individus (dont la moitié en Asie), répartis en approximativement quatre mille peuples, et sont globalement en progression démographique. L'histoire ne l'annonçait pas. Il y a cinq siècles, la conquête européenne étend sur le Nouveau-Monde un lourd manteau d'épines : peu d'Indiens y survivront. Aujourd'hui encore, notamment en Asie, des peuples entiers subissent des menaces similaires. Mais dans de nombreux États du Premier Monde au contraire, on s'inquiète de leur sort. On ressuscite d'anciens traités conclus aux temps de la conquête. Mais revivifiés par de nouvelles lectures : magie de l'interprétation juridique, qui transforme la spoliation en rédemption. On en noue aussi d'autres, auxquels s'ajoutent des jurisprudences parfois prudentes et souvent étonnantes. Le droit international

¹ Cette partie a été rédigée par N. Rouland.

² Cf., par exemple, E. Linden, Lost Tribes, Lost Knowledge, *Time International*, vol. 138, n° 12 (23 septembre 1991), p. 38-46.

participe à cette métamorphose. Les autochtones sont nés de la conquête : l'afflux de colons, l'exploitation des [p. 348] richesses naturelles, l'asservissement accessoire les ont transformés en cette catégorie souvent résiduelle. La conjonction de ces menaces aurait pu les anéantir. Ils échappèrent à ce sort, mais jusqu'à une époque récente, le droit international en faisait surtout des objets. À l'heure actuelle, nous les voyons en devenir des sujets, constitués par divers progrès normatifs.

174 LES INCERTITUDES. – Pourtant cette évolution est fragile, et peut-être même illusoire. Le nouveau droit autochtone n'est pas seulement dû aux mérites de la doctrine, à la sagacité des juges, et à la sagesse des gouvernants. Il procède aussi des luttes menées par les autochtones eux-mêmes à l'intérieur des souverainetés internes qui les contraignent, et dans les forums internationaux qu'ils investissent. Ils bénéficient aussi d'un effet de mode. On oublie que dans les années cinquante, les traits de l'autochtone étaient encore ceux du primitif, voire du « sauvage » ¹. La rédemption est récente, et s'opère avec la critique de la modernité. Elle ne durera peut-être pas. En Amérique du Nord, une fraction croissante de l'opinion publique est hostile aux « avantages » reconnus aux Amérindiens (la crise d'Oka survenue au Québec en 1990, qui a vu l'affrontement violent entre les Mohawks et les forces de l'ordre en est un symptôme) ².

D'autre part, même si les autochtones deviennent des sujets du droit international, celui-ci ne les définit point. Par souci de retenue des États. Mais aussi parce que cette qualification vise des groupes humains dont les statuts concrets et juridiques sont extrêmement variables. Certains États, comme la France, se refusent officiellement à en reconnaître l'existence sur leur territoire. Dans d'autres cas, leurs droits n'existent que sur le papier. Et même là où s'expriment des soucis plus authentiques, on peut s'interroger sur la permanence et le contenu des spécificités culturelles déclarées et protégées à grand renfort de textes. Une fois de plus, les peuples autochtones n'existeraient-ils que par la grâce de leurs inventeurs ? Car parmi les trois cents millions d'individus dont il est question, [p. 349] moins de cent mille ³ aujourd'hui n'ont pas été touchés, ou à peine effleurés par une modernité qui n'est plus seulement celle de l'homme blanc.

¹ Cf. C. Tennant, *Indigenous Peoples, International Institutions and the International Legal Literature from 1945 to 1993*, *Human Rights Quarterly*, 16 (1994), p. 1-57.

² Cf. *Recherches amérindiennes au Québec*, XXI, 1-2 (1991), p. 3-138.

³ Par exemple, en Amérique du Sud, les Aucas, Pakaas Noovos, Toroo Monos, Yaminahuas, Yanomani ; en Afrique : certains Pygmées, Dinka, Nuer, Mursi, Bushmen ; Asie : Negritos, Shompen, Punan, Kubu, Papous (Nouvelle-Guinée et Irian Jaya). Les quelques groupes humains restant encore à découvrir sont en général situés dans des régions difficiles d'accès et jugées – pour combien de temps ? – inutiles au développement économique auquel ont été sacrifiés tant de peuples autochtones, pour lesquels il ne rime nullement avec droits de l'Homme.

Pourtant, malgré ces incertitudes, on peut penser que les autochtones ne sont pas les créations virtuelles d'une illusion normative. Ils peuvent profiter des possibilités offertes par l'évolution juridique à condition qu'ils sachent se réinventer à partir de leurs traditions, sans les oublier ni s'y figer. Là où existe la liberté d'expression, c'est en tout cas en ces termes qu'ils formulent leurs souhaits. Être reconnus et autonomes. Être distingués – et non nécessairement séparés – des sociétés dominantes, et même d'autres groupes avec lesquels ils étaient autrefois confondus, telles les minorités. Comme on le sait, la démarche anthropologique consiste à prendre en compte le point de vue du sujet observé tout en ne s'y limitant pas. Sans oublier les contraintes du droit positif, ni négliger les processus qui l'engendrent, nous avons donc jugé que la spécificité dont se réclament aujourd'hui les peuples autochtones légitimait que nous leur consacrons au sein de ce manuel des développements distincts.

Nous avons dû cependant faire des choix. Leur diversité est telle que nous ne pouvions prétendre concentrer notre attention que sur une partie d'entre eux, ceux du Premier Monde, et principalement de l'Amérique du Nord. Non par ethnocentrisme. Nous n'oublions pas que la majorité des autochtones vivent aujourd'hui en Asie, dans des conditions extrêmement difficiles, qui peuvent aller jusqu'à l'anéantissement physique. Mais, pour des raisons historiques, c'est dans les pays occidentaux et grâce aux succès obtenus par les autochtones qui y demeurent que sont élaborés les statuts juridiques qui tranchent le plus avec les expériences passées. C'est du continent américain, des pays anglo-saxons et de Scandinavie que proviennent bien des initiatives tendant à faire évoluer le droit international. De plus, pour le lecteur de l'hémisphère Nord, les sources documentaires concernant ces pays sont beaucoup plus accessibles. Ajoutons enfin que la question autochtone ne progresse guère que là où la liberté d'expression est relativement assurée, possibilité qui, on le sait, n'est pas également répartie dans le monde actuel.

Dans un premier chapitre, à caractère historique¹, nous étudierons l'émergence historique des peuples autochtones. Puis nous ferons le bilan actuel des progrès normatifs les concernant. Après quoi, nous identifierons les énigmes du droit positif, avant de dire quels sont ses acteurs et ce qu'ils peuvent en attendre. Enfin, puisque ce manuel s'inscrit dans le cadre d'une réflexion destinée en premier lieu à des lecteurs français, nous consacrerons un dernier chapitre à l'étude de la question autochtone dans l'outre-mer français.

¹ Sur ce thème, on se reportera également aux développements de J. Poumarède, dans la première partie de cet ouvrage.

[p. 351]

Chapitre 1

L'émergence historique des peuples autochtones

[Retour au sommaire](#)

Les autochtones naissent avec la conquête, dans la mesure où ce terme fait référence à des situations historiques où ils se trouvent mis en présence de populations allogènes. L'appât du gain, les nécessités du commerce et les impératifs de l'émigration éprouvés par les natifs de l'Ancien Monde sont à l'origine de ces événements. Ils se traduiront dans l'immédiat par des saignées démographiques où se mêlent génocides et ethnocides, qui feront l'objet d'une première section. Mais ces violences ne furent pas définitives ni totales. De plus il fallait encore les légitimer par la poursuite de causes supérieures. Il revint donc aux juristes de mettre en œuvre leur sagacité pour justifier l'entreprise et l'armer d'une infrastructure institutionnelle. Cette captation juridique sera analysée dans une seconde section.

Section I

La conquête : génocides et ethnocides

175 L'HÉCATOMBE. – En octobre 1992 se tient à Quetzaltenango (au Guatemala, où les Indiens forment la majorité de la population) la deuxième Rencontre des peuples indiens d'Amérique. Elle se termine par un vœu formé à l'adresse des pays européens et du Vatican : renoncer à la célébration du cinq centième anniversaire de la [p. 352] découverte de Colomb, funeste événement pour les Amérindiens. En pure perte.

Pourtant, les témoignages sont accablants¹. En 1492, on estime que la population de l'Amérique latine comptait entre 70 et 88 millions d'habitants : il n'en reste plus que trois et demi cent cinquante ans plus tard. Les Aztèques passent de 15 à 2 millions en un siècle. Le Mexique central chute de 25 à 1 million d'habitants. Dans ce pays, on sait qu'au début de la conquête les franciscains devaient dire les messes sur le parvis des églises pour être vus des foules de fidèles. À la fin du XVI^e, les offices ne se célèbrent plus qu'à l'intérieur de simples chapelles². Les maladies apportées par les Européens et, plus tard, les esclaves africains, sont largement responsables de ces hécatombes. Mais elles n'expliquent pas tout. Les saignées sont aussi dues à des suicides collectifs, des guerres sans merci, au travail dans les mines. Objectera-t-on que dans les mentalités de l'époque, ces peuples n'étaient pour les Européens que des sauvages aux modes de vie rudimentaires dont l'asservissement ou la liquidation constituaient un moindre mal ? En 1537, le pape avait bien décrété leur humanité (*sunt vero homines*). Mais ces paroles étaient lointaines, et les Indiens ne vivaient-ils pas nus et dans l'horreur de l'anthropophagie ? L'argument ne peut convaincre. Car tous les Indiens ne peuvent passer pour des primitifs, même aux yeux des *conquistadores*, qui n'étaient pas les nôtres. En 1519, Fernand Cortez découvre Tenochtitlan, l'éclatante capitale aztèque peuplée de centaines de milliers d'habitants. Son chroniqueur s'exclame : « Lorsque nous vîmes tant de cités et de bourgs bâtis dans l'eau et sur la terre ferme, d'autres grandes villes (...) nous restâmes ébahis d'admiration (...) quelques-uns mêmes de nos soldats demandaient si cette vision n'était pas un rêve. » Autre exemple, rapporté par C. Lévi-Strauss : en 1541, une expédition espagnole s'engage sur l'Amazone. Son chroniqueur, Gaspar de Carvajal, relate que sur un parcours de 3 000 km, plusieurs villes faites de maisons à la blancheur éclatante se succèdent. Le génocide va commencer. Son ampleur est si grande qu'il explique un contresens commis par les explorateurs du XIX^e. Ces derniers ne trou- [p. 353] vent plus sur les lieux que des populations clairsemées, vivant de façon « primitive ». Ils en déduisent qu'ils ont devant les yeux un témoignage miraculeusement conservé des premiers âges de l'humanité : des archives animées. Profonde méprise. Ce sont « ... les derniers réchappés de ce cataclysme que furent pour leurs ancêtres la découverte et les envahissements qui suivirent »³.

Un peu partout les communautés indigènes s'étiolent ou disparaissent. Des terres deviennent disponibles, d'où la constitution des grands domaines, les *haciendas*. Il y faut de la main-d'œuvre. Aussi à partir du milieu du XVII^e, la masse indigène, à laquelle s'ajoutent les flux des « engagés », se reconstitue-t-elle au profit des maîtres espagnols. Mais ce n'est point suffisant : l'Afrique fournira les esclaves nécessaires. Pour mieux dénoncer l'esclavage, Montesquieu ironise : « Si j'avais à soutenir le droit que nous avons eu de rendre les nègres esclaves,

¹ Cf. les chiffres cités par J. Burger, *Report from the Frontier. The State of the World's Indigenous Peoples*, Londres, Zed Books, 1987, p. 36-40.

² Le fait est signalé par F. Braudel, *Le temps du monde*, Paris, A. Colin, 1979, p. 338

³ C. Lévi-Strauss, *Saudades do Brasil*, Paris, Plon, 1994, p. 15-16.

voici ce que je dirais. Les peuples d'Europe ayant exterminé ceux de l'Amérique, ils ont dû mettre en esclavage ceux de l'Afrique, pour s'en servir à défricher tant de terres. Le sucre serait trop cher si l'on ne faisait travailler la plante qui le produit par des esclaves. Ceux dont il s'agit sont noirs depuis les pieds jusqu'à la tête ; ils ont le nez si écrasé qu'il est presque impossible de les plaindre. On ne peut se mettre dans l'esprit que Dieu, qui est un être très sage, ait mis une âme, surtout une âme bonne, dans un corps tout noir [...] Il est impossible que nous supposions que ces gens-là soient des hommes ; parce que, si nous les supposions des hommes, on commencerait à croire que nous ne sommes pas nous-mêmes Chrétiens. » ¹ Texte mordant. Ne disait-on pas chez les colons qu'un nègre valait quatre Indiens ² ?

En Amérique du Nord, le choc est d'abord moins violent. Les Inuit (autrefois nommés Esquimaux) sont pour longtemps encore hors d'atteinte, et leurs territoires n'intéressent que quelques négociants en fourrure et baleiniers, sans que leur maîtrise soit nécessaire : le troc suffit. De plus, les Indiens sauront jouer avec les rivalités qui opposent les colonisateurs, notamment au Canada. Mais au XIX^e, ces espaces sont voués à un peuplement européen beaucoup [p. 354] plus massif : *Go West* devient le mot d'ordre. On estime qu'au début du XVI^e, la population indienne (d'Amérique du Nord) était d'environ 4 millions d'individus (dont 500 000 occupant le territoire qui constitue aujourd'hui le Canada). À la fin du XIX^e, il n'en reste que 200 000 ³. Prenons l'exemple de la Californie. Sa partie centrale était propice à l'agriculture, et attira nombre de chercheurs d'or malchanceux. Pour s'approprier les terres, il fallait en chasser les Indiens. En 1851, le gouverneur de l'État fixe le programme, et déclare devant la Chambre que « cette guerre d'extermination continuera jusqu'à ce que la race indienne soit frappée d'extinction » ⁴. La population autochtone tombera de 120 000 à 20 000 individus de cette date à 1880.

L'emploi du terme de génocide pour qualifier ces événements issus de la conquête n'est donc pas exagéré. On doit toutefois le combiner à celui d'ethnocide. Non seulement les hommes sont détruits dans leur existence physique, mais aussi leurs productions culturelles. À commencer par leurs croyances religieuses : dès le début, l'évangélisation est un des principaux arguments avancés pour légitimer la conquête. La victoire des missionnaires ne sera pas totale. En Amérique du Sud surtout s'élaborent des cultes syncrétiques, encore vivants de nos jours. Au Nord, les Indiens s'emploient actuellement à réhabiliter leurs anciennes croyances. Mais l'essentiel disparaît néanmoins.

Ajoutons qu'en Australie, le bilan est du même ordre. À la fin du XVIII^e, les Aborigènes sont 300 000. Un siècle après, il n'en reste plus que 60 000. Au début

¹ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, liv. XV, chap. V.

² Cf. F. Braudel, *op. cit.*, p. 341.

³ Cf. J. Rostkowski, *Le renouveau indien aux États-Unis*, Paris, L'Harmattan, 1986, p. 22.

⁴ Cité par E. Desveaux, Le génocide et l'amnésie ou les Indiens de Californie, *Ethnies*, vol. 7, n° 14 (1992-1993), p. 111.

du XIX^e, les juridictions australiennes ne condamnaient pas les colons blancs qui tuaient des Aborigènes¹. Ceux-ci n'étaient que des sauvages, mis dans des réserves au début du XX^e siècle, jusqu'aux années soixante-dix. Leur territoire était une *terra nullius*. Il fallut attendre 1992 pour que leurs droits fonciers soient reconnus par l'arrêt *Mabo*.

Face à ces agressions, les autochtones se sont-ils laissés subjugués sans résister ?

[p. 355]

176 LES RÉSISTANCES AUTOCHTONES. – Bien qu'à armes inégales, ceux-ci menèrent souvent des combats contre les envahisseurs. En Amérique latine, les Araucan (Argentine et sud du Chili) tinrent tête aux Espagnols et plus tard aux États indépendants jusqu'au milieu du XIX^e. À la fin du XVIII^e ont lieu au Pérou des tentatives pour restaurer l'empire Inca. Notons aussi que souvent les autochtones furent mobilisés dans des luttes internes aux États qui les avaient englobés (guerres contre l'Espagne au début du XIX^e, révolution de 1910-1917 au Mexique, révolution bolivienne de 1952, et à l'heure actuelle dans les troubles survenus au Chiapas). En Amérique du Nord, les Indiens Pueblo repoussent les Espagnols au XVII^e ; la confédération iroquoise limite les effets de la colonisation jusqu'à la fin du XVIII^e ; en 1876 les Sioux font subir aux soldats américains l'humiliante défaite de Little Big Horn River : un an après, toute résistance était écrasée. La France connut aussi en Océanie ces insurrections autochtones. Elle établit son protectorat sur une partie de la Polynésie (îles du Vent) – après avoir annexé les Marquises – en 1842. La révolte éclate à Tahiti en 1844. Elle durera trois ans avant que le dernier millier de guerriers polynésiens ne rende les armes. En 1853, la France prend possession de la Nouvelle-Calédonie. En raison de la pression foncière exercée par les colons, les Canaques se révoltent en 1878. Ils seront évidemment vaincus.

177 L'INFLEXION DES MYTHES. – Mais la résistance n'est pas qu'armée. De façon plus subtile, on peut en saisir certaines manifestations dans les innovations que provoque la conquête dans les récits mythologiques des populations agressées. Il faudra un jour en constituer le corpus. Car ces élaborations constituent le contre-feu allumé par les autochtones aux théories juridiques montées par les colonisateurs que nous étudierons plus loin. Elles n'ont pas moins de valeur, et seule l'insuffisance de la recherche actuelle sur ce point explique que nous ne puissions ici les traiter à part égale avec les raisonnements des juristes

¹ Cf. P. Johnson, *The Birth of the Modern World Society* (1815-1830), Londres, Weidenfeld & Nicholson, 1991, p. 263-264 ; R. Lafargue, La « Révolution Mabo », *Revue du droit public*, 5 (1994), p. 1329-1356.

européens. Signalons cependant que ces réinterprétations des mythes fondateurs peuvent continuer à s'opérer jusqu'à nos jours. En voici un exemple brésilien :

« L'humanité entière, aussi bien les Indiens que les Blancs, a la même origine. Quand la pirogue de transformation est arrivée aux rapides d'Ipanoré, sur le Rio Uaupés, les ancêtres de l'humanité ont [p. 356] commencé à en sortir. L'ancêtre des Blancs était aussi dans la pirogue. Il en sortit le dernier. *Yëbá ~ Goabĩ* ; le créateur, l'envoya alors en direction du sud, en lui disant qu'il devrait faire la guerre, qu'il devrait voler et attaquer les autres pour vivre. À nous, qui sommes les frères aînés de l'homme blanc, il donna l'ordre d'être calmes, d'être unis et de mener une vie pacifique.

À l'homme blanc, le demiurge avait donné l'ordre de faire sa vie par la violence, de guerroyer et de tuer. C'est pourquoi, quand les premiers Blancs arrivèrent dans notre région, nos aïeux savaient déjà ce qu'il adviendrait. Ils savaient car le Blanc était sorti le dernier de la pirogue de transformation et *Yëbá ~ Goabĩ* lui avait dit de faire sa vie par la violence. Mais, même en sachant ce qui devait se passer, ils n'ont pas réussi à repousser les Blancs. Nous sommes calmes, nous n'utilisons pas la violence, nous vivons pacifiquement. Au contraire, les Blancs aiment la guerre, ils aiment se battre, ils aiment tuer et s'appropriier les biens des autres par la force.

Cela se voit que l'homme blanc est voué à la violence. *Yëbá ~ Goabĩ* lui a donné comme arme le fusil. Le fusil est le pouvoir du Blanc. Avec cette arme, le demiurge lui a dit qu'il obtiendrait tout ce qu'il veut.

De la pirogue de transformation est sorti aussi, en même temps que le Blanc et le fusil, le missionnaire. Ils sont sortis au même moment. C'est pour cela que nos aïeux savaient déjà, lorsqu'ils ont vu arriver les Blancs pour la première fois, qu'ils seraient accompagnés par un missionnaire. Ils ne se sont pas trompés. Ils le savaient car c'est ce qu'avait dit *Yëbá ~ Goabĩ*. Au missionnaire le demiurge donna la Bible. Il lui dit qu'avec ce livre il pourrait faire sa vie. Nos ancêtres, quand ils virent pour la première fois le missionnaire avec son livre, comprirent que c'était là son arme et son pouvoir. Nous savons bien que l'arme du missionnaire, c'est son livre ! L'autre Blanc avait pour arme son fusil. Avec ce fusil il a commis toutes sortes de violences. Nous voyons bien que les paroles de *Yëbá ~ Goabĩ* sont vraies ! Il avait dit à l'homme blanc qu'il mènerait sa vie en faisant la guerre et en volant.

C'est bien ce que nous voyons encore aujourd'hui. Nous voyons les Blancs entrer sur nos terres pour chercher du minerai d'étain et de l'or. Ils viennent et se comportent avec violence avec l'idée de devenir les maîtres de toutes les richesses. À nous, frères aînés de l'homme blanc, *Yëbá ~ Goabĩ* a donné le pouvoir de la mémoire, la faculté de [p. 357] tout retenir dans notre mémoire : les chants, les cérémonies rituelles, les incantations pour soigner les maladies... Tout cela nous le gardons dans notre mémoire. Rien de ce que nous savons n'est dans les livres. *Yëbá ~ Goabĩ* a donné le pouvoir de l'écriture à l'homme blanc qui était le dernier dans la pirogue. Il lui a dit qu'avec les livres il obtiendrait tout ce qu'il

veut. C'est pourquoi les Blancs sont arrivés chez nous avec leur écriture et leurs livres. Le demiurge l'avait dit. » ¹

Cet exemple est contemporain. Il témoigne de la persistance de la question autochtone, que n'a pas ensevelie l'histoire.

À l'heure actuelle, les Amérindiens du continent américain comptent une quarantaine de millions d'individus : une minorité par rapport au peuplement au moment de la conquête, mais un nombre cependant non négligeable. En Amérique du Sud, les situations sont très diverses. Certains États où ont été institués des gouvernements démocratiques s'efforcent de mettre fin aux errements du passé. Mais celui-ci n'est pas mort. Certains groupes Yanomami sont toujours décimés par les maladies, ou victimes des *garimpeiros*, les chercheurs d'or. En Colombie, les Guahibo sont menacés de génocide, les colons organisant fréquemment des chasses à l'homme. Dans bien des États, les autochtones sont victimes de la pression foncière et des déboisements. En Amérique du Nord, des avantages juridiques et financiers indiscutables sont simultanés de processus de déculturation évidents : l'ethnocide continue. L'Asie enfin offre un tableau très souvent inquiétant. Les données documentaires sont malaisées à rassembler. Mais on sait que bien souvent les populations autochtones y sont victimes d'exactions physiques, leur sort n'étant que rarement envisagé sur le plan juridique. Bilan particulièrement négatif, si l'on se souvient que cette zone regroupe la majorité des individus appartenant aujourd'hui à des peuples autochtones.

Le poids du passé se fait donc toujours sentir, auquel s'ajoutent les exigences d'un développement économique dont les autochtones sont largement les laissés pour compte, au niveau des décisions comme à celui de leurs effets.

Comment les juristes européens ont-ils contribué à leur conquête, dont nous vivons encore aujourd'hui les conséquences ?

¹ Tolaman Kenhiri (Luis Gomes Lana), La bible et le fusil, *Ethnies*, vol. 7, n° 14 (1992-1993), p. 19-21.

[p. 358]

Section II

La captation juridique des autochtones

[Retour au sommaire](#)

À toute époque, le droit a ses penseurs dont des instruments prolongent ou infléchissent la réflexion. Car ses règles ont vocation à s'appliquer et sont soutenues par divers processus de contrainte ou apparaît plus souvent la puissance des dominants que la protection des faibles. Comment s'est établi pour les autochtones le partage entre ces forces concurrentes ?

I | LA PENSÉE : LES AMBIGUÏTÉS DE LA DOCTRINE DES INTERNATIONALISTES

La découverte du Nouveau Monde pose avec une ampleur nouvelle à l'Occident la question de l'altérité. Les interrogations sur l'humanité des sauvages ne sont pas feintes et ne constituent pas seulement des questions préliminaires à l'éventualité de la réduction en esclavage. Cependant, l'Europe avait déjà dans le passé été confrontée avec l'altérité. Il existe donc une infrastructure médiévale à la pensée classique élaborée à partir du XVI^e par les internationalistes.

A – L'infrastructure médiévale

178 LE MANDAT UNIVERSEL DU VICAIRE. – Peu de voyageurs se risquent au Moyen Âge à franchir les limites du monde chrétien : quelques commerçants et missionnaires tout au plus. La récurrence du thème tératologique dans la littérature de voyage témoigne de ce postulat : les limites de l'humanité tendent à se confondre avec celles de la chrétienté, ou au moins des monothéismes. Au-delà les monstres se multiplient, tels que les hommes à queue, acéphales, pygmées. Les Noirs sont la plupart du temps cités de façon péjorative, à la différence de la période antique. À cet ethnocentrisme se combine une vision propre au christianisme catholique, celle d'une Église unifiée et hiérarchisée sous la direction du Pape. Saint Paul avait déjà construit [p. 359] une allégorie mystique.

Le baptême fait de tout homme une partie du corps du Christ, strictement coordonnée aux autres ¹. Par ailleurs, Jésus avait placé Pierre à la tête de son Église ². Comme celle-ci souhaite conserver son autonomie dès l'Empire romain, le pape devient son garant vis-à-vis du pouvoir temporel, sur lequel il a eu prééminence dans les matières religieuses. Le pape Gélase l'affirme dès 494. Au XI^e siècle, la réforme grégorienne resserre autour du Vicaire les différentes Églises des royaumes chrétiens ³. Urbain II monte sur le trône de saint Pierre en 1088. C'est un fervent partisan des idées grégoriennes : le pape a en charge le destin des âmes, il peut intervenir dans les affaires séculières aussi loin que l'exigent les intérêts du christianisme. Les Turcs menacent Constantinople : l'empereur byzantin demande au pape de l'aider. Celui-ci proclame en 1095 à Clermont la première croisade. Certains de ses arguments annoncent ceux utilisés plus tard lors de la conquête du Nouveau Monde : « Partez pour le Saint-Sépulcre ; conquérez cette terre que les méchants occupent, et que Dieu avait donnée aux enfants d'Israël, cette terre qui comme le disent les Écritures est "de lait et de miel". »

Une vingtaine d'années plus tard, en 1209, le pape Innocent III publie une décrétale : *Quod super his*. Un de ses successeurs, Innocent IV, en fera un commentaire déterminant, qui l'identifie comme le premier grand auteur médiéval à théoriser le problème des relations avec les nations non chrétiennes. Il lui fallait légitimer les croisades en disant s'il était ou non licite d'envahir une terre appartenant à des infidèles. Les réponses apportées dépassent ce cadre et abordent un problème plus général : les sociétés non chrétiennes jouissent-elles de droits naturels à se gouverner elles-mêmes et maîtriser des territoires, ou leur paganisme autorise-t-il les chrétiens à les soumettre ? Pour Innocent, tous les hommes, même non chrétiens, ont les mêmes droits naturels à la souveraineté politique et territoriale. Mais le pape a reçu du Christ un mandat universel, qui concerne aussi les infidèles et les païens : il a donc juridiction sur ces derniers en tout ce qui touche directement ou indirectement au spirituel. Leur éventuel rejet du message papal ne peut que prouver leurs erreurs contraires à la raison naturelle, dont il [p. 360] convient de les faire sortir, au besoin *manu militari* : « [Si] les infidèles ne se soumettent pas on peut les y contraindre par le bras séculier et le Pape, et personne d'autre, peut déclarer la guerre contre eux. » En 1246, Innocent IV fait porter cette bonne parole par un franciscain au souverain mongol Guyak, petit-fils de Gengis Khan. Son immense empire s'étend jusqu'aux limites de l'Occident chrétien, et ses intentions belliqueuses inquiètent le pape. Guyak écoute son message, et lui fait répondre que s'il était le représentant de Dieu, celui-ci n'aurait certainement pas permis toutes les victoires des Mongols...

¹ Cf. Paul, l'Épître aux Corinthiens, 12, 12 ; Éphésiens, 4, 4-16, 25 ; 5, 30.

² Matthieu, 16, 19.

³ Cf. N. Rouland, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques*, Paris, Odile Jacob, 1995, 138-140.

Les autochtones du Nouveau Monde n'auront pas les moyens de tenir un tel langage. L'idéologie forgée à l'occasion des croisades va resservir.

B – La doctrine des internationalistes à l'époque classique

179 LES AUTOCHTONES ET LE DROIT NATUREL ¹. – Sur les fondements jetés au XIII^e s'élabore de la Renaissance au début du XIX^e une doctrine classique chez les internationalistes qu'intéresse le statut des populations du Nouveau Monde. Trois principes la dominent, *a priori* très favorables aux Amérindiens.

Le premier est celui de l'égalité juridique des autochtones avec tous les hommes, qui provient de leur rationalité. Vitoria (1480-1546) assure que les Indiens ne peuvent donc être dépouillés de leur propriété ou de leur liberté sans juste cause. Plus tard Grotius (1583-1645) réaffirme que Dieu est le créateur et père de toute l'humanité, et précise que les traités passés avec les peuples non chrétiens sont valides. Au siècle suivant, Vattel (1714-1767) s'exprimera dans le même sens. Montesquieu pour sa part rappelle que peuples autochtones et nations européennes sont soumis au droit des gens.

Le second principe est celui de l'universalité. Tous les peuples, y compris les non chrétiens, sont sujets du droit international, puisque leur accès à la Raison naturelle les investit des mêmes droits et devoirs. Vitoria affirme en conséquence qu'Espagnols et Indiens doivent observer respectivement leurs droits. Suarez (1548-1617) ajoute [361] que toutes les communautés humaines ont besoin d'entretenir des relations. La Raison naturelle les guide en ce sens, mais les coutumes qui se forment dans ces nations y contribuent également et forment du droit, point de vue repris par Grotius. Vattel établit quant à lui que si une nation se gouverne elle-même, *quelle que soit la forme de son régime politique*, elle est un sujet du droit international.

Le troisième principe est celui de l'autodétermination : même lorsque des peuples autochtones ont été conquis, ils conservent le droit de continuer à être régis par leurs propres lois. Montesquieu l'écrit clairement : « Dans ces conquêtes, il ne suffit pas de laisser à la nation vaincue ses lois ; il est peut-être plus nécessaire de lui laisser ses mœurs, parce qu'un peuple connaît, aime et défend toujours plus ses mœurs que ses lois. »² Vitoria affirme que les Indiens ont des structures politiques et des règles de vie en société qui démontrent leur caractère rationnel. Grotius concède que les peuples dépourvus de raison pourraient être

¹ Sur ces questions, cf. notamment : Commission nationale suisse pour l'Unesco, 1492 : *le choc de deux mondes*, Éd. La Différence, 1993, p. 193-260 ; M. Morin, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, à paraître.

² Montesquieu, *L'Esprit des lois*, liv. V, chap. XI.

dépouillés de leur souveraineté, mais doute qu'ils existent vraiment. Il ajoute que la guerre ne peut être justifiée par la différence de religion, le refus de se convertir, la polygamie ou le divorce, à l'exception de certains crimes contre la nature humaine (anthropophagie). Vattel proteste avec force que les nations européennes n'avaient pas le droit d'imposer leur domination aux Indiens sous le prétexte de les civiliser. Il affirme cependant que le droit naturel les oblige à se convertir à l'agriculture.

180 LA RÉALITÉ HISTORIQUE. – Tous ces principes sont si généreux qu'à l'heure actuelle les défenseurs des peuples autochtones relisent ces auteurs classiques afin d'argumenter leurs revendications. Confrontés à l'âpre et sanglante réalité historique, ils ne laissent cependant pas d'étonner. Que s'est-il donc passé pour que théorie et pratique divergent de façon si manifeste ?

Observons tout d'abord que la plupart des colons n'étaient pas pénétrés des opinions des docteurs : ils utilisaient comme bon leur semblait la main-d'œuvre mise à leur disposition. D'autre part tous ces textes pouvaient être soumis à l'infini modelage des interprétations. Certaines de leurs restrictions et conditions pouvaient être amplifiées ou atténuées selon les besoins de leurs commentateurs. [p. 362] Nous avons vu ¹ que Vitoria reconnaissait que la fragilité intellectuelle des autochtones laissait ouverte l'éventualité de leur mise sous tutelle, qu'on pouvait leur faire la guerre s'ils se refusaient à garantir aux Espagnols le droit naturel de communication commun à tout homme... Des théologiens comme Matias de Paz admettent par ailleurs que le *ius ad bellum* des Européens est établi lorsque dûment exhortés, les autochtones refusent de se convertir à la vraie foi ².

Même Montesquieu, si respectueux des droits des populations vaincues, reconnaît que leur réduction en servitude peut s'imposer : « On n'a le droit de réduire en servitude que lorsqu'elle est nécessaire pour la conservation de la conquête. L'objet de la conquête est la conservation : la servitude n'est jamais l'objet de la conquête ; mais il peut arriver qu'elle soit un moyen nécessaire pour aller à la conservation. » ³ Des interprétations restrictives sont donc possibles, sous la pression des intérêts des dominants.

On le voit clairement à partir du XIX^e siècle. La colonisation prend alors un autre rythme. Les autochtones ne peuvent plus jouer sur les rivalités entre les Européens, dont a décidé le sort des armes. L'immigration européenne grossit, les colons ont besoin des terres comme des richesses du sous-sol. L'évolutionnisme pèse de plus en plus dans les sciences sociales, qui accentue l'écart entre les primitifs et les civilisés : *exit* le Bon Sauvage, l'autochtone doit « évoluer » s'il veut survivre. À partir du XIX^e, la plupart des juristes occidentaux soutiennent que les seuls droits territoriaux valides sont ceux en vigueur au sein des sociétés

¹ Cf. *supra*, p. 116.

² Cf. *supra*, p. 112.

³ Montesquieu, *op. cit.*, liv. X, chap. III.

organisées selon les formes politiques modernes : celles de l'État. Les droits des autochtones peuvent donc être comptés pour rien. Jusqu'aux années soixante-dix, notre siècle n'a pas été épargné par les versions modernes de ces opinions péjoratives. Le développement économique devait emporter dans une commune ascension autochtones et sociétés dominantes confondus, sous les auspices des droits de l'Homme reconnus à tout individu. Il en alla autrement, au point qu'aujourd'hui les traités anciennement passés entre Européens et nations autochtones sont scrutés avec attention : les droits alors garantis pourraient bien resservir.

[p. 363]

II | LES INSTRUMENTS : COMPAGNIES ET TRAITÉS

181 LES GRANDES COMPAGNIES. – La gestion des populations et territoires conquis s'appuie sur un certain nombre d'instruments. Les premières colonies sont d'abord conçues comme des prolongements de la métropole, auxquelles elles doivent être assimilées. Mais l'éloignement va vite imposer des formules spécifiques et moins ambitieuses. Espagnols et Portugais organisent les colons en des sortes de clientèles féodales (*encomendiera*) coiffées par une administration calquée sur le modèle métropolitain et exercée par des officiers royaux (vice-rois et capitaines généraux, alcades, magistrats des *audiencias*) contrôlés par le Conseil des Indes.

Français, Anglais et Hollandais pratiquent plus volontiers le système des compagnies à charte. En France, Richelieu pense que l'État doit intervenir pour développer le commerce international. Il organise donc ces compagnies où État et investisseurs privés collaborent. Les particuliers réunissent leurs capitaux dans une association, qui reçoit de l'État un statut et des avantages considérables¹ : protection de la flotte de guerre, subventions, exemptions de droits de douane, monopole du commerce dans la zone où elle opère, anoblissement des bourgeois actionnaires, autorisation donnée aux nobles de pouvoir placer leurs capitaux dans la compagnie sans déroger. Mais celle-ci exerce d'autres pouvoirs. Ceux-ci peuvent nous paraître exorbitants. En fait, ils dérivent de la nature féodale du lien existant entre celle-ci et l'autorité royale : la concession des terres entraîne parallèlement celle de pouvoirs sur les hommes. Ce que nous avons tendance à disjoindre en termes d'appropriation privative et d'autorité politique est ici fusionné. En effet, le rôle de la compagnie ne se limite nullement à des activités strictement commerciales consistant dans le transport des marchandises et des esclaves. Elle reçoit du roi de vastes pouvoirs pour l'administration des territoires

¹ Cf. J. Ellul, *Histoire des institutions*, Paris, PUF, 1964, p. 414-416.

conquis. Elle en gère le peuplement par l'autorité qu'elle exerce sur les colons. Vassale du roi, elle est suzeraine des colons et leur concède contre redevance les terres dont elle a la maîtrise. Elle dispose de la force armée sous forme de [p. 364] milices et exerce la justice. La compagnie exerce en fait de vastes pouvoirs de nature politique par subrogation à l'autorité étatique.

Colbert reprend les idées de Richelieu et accentue encore le rôle joué par les compagnies en tant qu'administration coloniale. La Compagnie des Indes orientales est créée en 1664. Elle reçoit le monopole du commerce et de la navigation pour l'Orient et le contrôle de Madagascar, peut avoir une armée, une flotte de guerre, déclarer la guerre et signer la paix. La même année, la Compagnie des Indes occidentales reçoit pour quarante ans le monopole de l'exploitation d'un domaine américain (de la Louisiane à l'Acadie, Guyanes, Antilles) et africain (du Cap Vert au Cap de Bonne Espérance). En fait, elle dut être supprimée dès 1672 et relayée par le système de l'administration directe. Car de manière générale ces innovations ne furent pas un succès pour les colonisateurs. Frais élevés et manque de capitaux, multiplicité des compagnies, opposition entre les actionnaires qui recherchent leurs intérêts à court terme et l'État qui veut coloniser : tout cela rend leurs équilibres financiers fort précaires.

Mais l'organisation des colonies emprunta simultanément d'autres voies, notamment celle des traités passés avec les autochtones. Ils posent une question essentielle : ceux-ci constituaient-ils des « nations » souveraines, des peuples avec lesquels les États européens s'engageaient par des actes juridiques liant respectivement les parties qui y concourraient ? La question ne relève pas seulement de l'histoire du droit et peut s'inscrire dans l'actualité la plus immédiate. Ainsi le Canada a-t-il modifié en 1982 sa constitution en y incluant la disposition suivante : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones ¹ du Canada sont reconnus et confirmés » (art. 35, § 1). Certains droits (*existants*) reconnus dans d'anciens traités peuvent donc être invoqués par les autochtones à l'appui de leurs revendications. L'intérêt actuel de cette question mérite donc que nous lui accordions une place privilégiée ², d'autant plus qu'elle revêt une certaine complexité.

[p. 365]

182 TRAITÉS ET POLITIQUES COLONIALES. – Un premier facteur de diversité réside dans la variété des politiques suivies par les puissances coloniales.

¹ Le § 2 précise qu'il faut entendre par autochtones les Indiens, Inuit et métis.

² On se reportera tout particulièrement à : M. Miguel Alfonso Martinez, *Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones*, Premier rapport intérimaire, ONU, E/CN. 4/Sub. 2/1992/32, 25 août 1992.

C'est surtout en Amérique du Nord que celles-ci ont emprunté la voie des traités, le plus fréquemment conclus par les Anglo-Saxons : nous y consacrerons plus loin ¹ des développements spécifiques.

En Amérique du Sud, Espagnols et Portugais n'ont pas développé à l'égard des autochtones une politique de traités similaire, même si ceux-ci peuvent intervenir dans des cas relativement peu nombreux (paix de Quillan, signée au XVII^e avec les Mapuche). D'une part, comme on l'a vu, les autochtones d'Amérique du Sud sont lors de la conquête victimes d'un effondrement démographique. D'autre part, Espagnols et Portugais traitaient davantage avec la papauté qu'avec les autochtones pour le partage du Nouveau Monde. Au XIX^e, des gouvernements républicains remplacent les Espagnols : des documents contractuels sont alors signés avec des peuples autochtones, notamment en Argentine et au Chili.

Dans d'autres zones également les traités ne sont guère pratiqués : on n'en a pratiquement pas d'exemple en ce qui concerne l'Europe et l'Extrême-Orient septentrionaux, ainsi que l'ex-URSS. En Afrique en revanche, ils sont fréquemment conclus, mais de façon plus tardive qu'en Amérique du Nord, à la fin du XIX^e. Comme en Amérique, dans la période initiale de la conquête, ils servent surtout aux puissances européennes à justifier les revendications qu'elles expriment les unes vis-à-vis des autres en s'appuyant sur les clauses prévoyant des « cessions de territoires » et des « droits exclusifs ». Les autochtones ne sont donc plus les principaux destinataires de ces documents.

En Asie également les traités s'expliquent surtout par les nécessités éprouvées par les Européens de baliser le champ de leur concurrence. Les grandes compagnies en étaient fréquemment à l'origine. Ainsi la Compagnie hollandaise des Indes Orientales en signe-t-elle en 1642 avec le Sultan de Kedah (péninsule malaise), et avec diverses autorités d'Indonésie (Aceh en 1650, Mataram en 1677, Cheribon en 1681). Au XVIII^e elle fera de même au Bengale. À la fin du XIX^e, les Britanniques ont conclu avec des peuples autochtones de Birmanie des [p. 366] *sanads*, pactes consacrant un titre en faveur d'un chef local et précisant ses droits par rapport à ceux du Gouverneur général britannique. Mais à l'heure actuelle la recherche sur ces différents textes est rendue très difficile par leur caractère lacunaire, d'autant plus que la version européenne de ces instruments n'est pas toujours disponible.

On mesure par ces quelques exemples la diversité des situations. Mais aujourd'hui existe en ce qui concerne les droits des autochtones garantis par traités une nette différence entre l'hémisphère occidental et le monde afro-asiatique ² en raison du processus de décolonisation. À la suite des indépendances, des peuples jusqu'alors qualifiés d'autochtones et parties à des traités avec l'État conquérant sont devenus des États indépendants. Il n'en reste pas moins qu'à l'intérieur de ces

¹ Cf. *infra*, p. 366-371, 401-403.

² Cf. I. Schulte-Tenckhoff, L'étude des Nations Unies sur les traités entre peuples autochtones et États, *Recherches amérindiennes au Québec*, XXXIV-4 (1994), p. 25-26.

États subsistent *de facto* de nombreux peuples autochtones au sens actuel du terme, mais ceux-ci ne sont pas dans une relation de traité avec les nouvelles autorités souveraines. Alors qu'à l'Ouest la problématique des traités demeure un mode essentiel de relation entre autochtones et États, dans la mesure où les premiers continuent à être englobés par les seconds, et se présentent d'ailleurs comme les derniers peuples à devoir être décolonisés. L'évolution historique apparaît donc aussi comme un facteur déterminant, à côté de la variété des politiques coloniales.

183 L'HISTOIRE ET L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS. – Comme l'ont montré certains auteurs ¹ plusieurs solutions héritées de l'époque médiévale ont été avancées pour organiser les relations avec les autochtones d'Amérique : la découverte, la conquête, la « donation » papale, et les accords et cessions. Les traités s'inscrivent dans cette dernière formule. Si le contenu de chacune d'entre elles varie, toutes correspondent à une réalité déterminée : il s'agit moins d'établir des relations avec les autochtones que de délimiter des sphères d'influence entre puissances coloniales rivales. Car à cette époque, les usages internationaux sont tels que les États ne renoncent éventuelle- [p. 367] ment à leurs revendications vis-à-vis de leur concurrent que si celui-ci contrôle le territoire concerné ou justifie ses prétentions par des actes de cession consentis par les autochtones.

Les traités qui les réalisent sont évidemment de contenus divers. Mais en général la position de force du colonisateur engendrait une inégalité des prestations. Ce caractère inégal ne suffit cependant pas à en infirmer la valeur juridique : l'histoire interne de l'Europe en offre de multiples exemples. Comme le font remarquer certains auteurs ², le fait que des communautés politiquement organisées aient pu contracter avec des États prouve qu'elles sont dotées d'une existence juridique indépendante sur le plan international. En ce sens, il n'existe pas de contradiction insurmontable entre les théories de la doctrine internationale citées plus haut, et le contenu de ces traités souvent désavantageux pour les nations autochtones.

Bien entendu, ces appréciations sont de l'ordre de l'interprétation, qui peut varier suivant les contingences historiques. Aujourd'hui, le droit international et les droits internes des États occidentaux opèrent une réhabilitation des autochtones. Beaucoup de commentaires soulignent donc que l'étude de ces traités

¹ Cf. notamment Dorothy V. Jones, *License for Empire : Colonialism by Treaty in Early America*, Chicago/Londres, Univ. of Chicago Press, 1982 ; Howard R. Berman, *Perspectives on American Indian Sovereignty and International Law, 1600 to 1776*, in Oren R. Lyons, J. Mohawk (ed.), *Exile in the Land of the Free : Democracy, Indian Nation and the US Constitution*, Santa Fe, 1992.

² Cf. Charles H. Alexandrowicz, *An Introduction to the « Law of Nations » in the East Indies*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 149.

permet de conclure que les nations autochtones se considéraient comme des entités souveraines et étaient regardées ainsi par leurs cocontractants ¹.

Il n'en fut pas toujours ainsi. On sait bien que dans la pratique, les puissances européennes jouaient souvent un double jeu, et ne reconnaissaient en fait que peu de portée aux conventions qu'ils passaient. La politique suivie par la France au Canada vis-à-vis des autochtones en est un exemple ².

Partie avec retard dans la conquête coloniale, la France ne veut pas s'en laisser exclure par les autres puissances européennes. Dès 1541, le roi donne mandat à ses émissaires de « prendre possession et commander tous les pays de Canada » et d'y exercer les pouvoirs de « faire lois, édits, statuts et ordonnances politiques ». À partir du XVII^e, les mandats de colonisation sont liés aux monopoles dorénavant accordés aux marchands. L'autorité royale crée les grandes [p. 368] compagnies de navigation qui gèrent non seulement ses colonies américaines, mais les implantations réalisées dans d'autres parties du monde (Indes, Levant, Sénégal). Le Canada est confié à la Compagnie des Cent associés, créée en 1628 : elle gère les territoires riverains de l'Amérique septentrionale, de la Floride au Cercle polaire. La charte accordée par Louis XIII prévoit que la concession est opérée « à perpétuité, en toute propriété, justice et seigneurie », le monarque ne se réservant que « le ressort de la foi et l'hommage ». La compagnie peut accorder aux colons « titres, honneurs, droits, prérogatives qu'elle jugera à propos selon les conditions et mérites des personnes et telle charge, réserve et condition qui lui plaira », les associés s'engageant « à faire coloniser, habiter et désarter le pays, d'y faire passer des colons et des ecclésiastiques ». Pleins pouvoirs, donc, mais à charge de christianiser les Indiens. Ceux qui se convertiront seront considérés comme assimilés. La charte prévoit même avec un total irréalisme que « ... les sauvages qui seront amenés à la foi et en feront profession seront censés et réputés naturels français et comme tels pourront venir habiter en France quand bon leur semblera et y acquérir, tester, succéder et accepter donations et légats, tout ainsi que les vrais régnicoles et originaires français, sans être tenus de prendre aucune lettre de déclaration ni de naturalité ».

Mais la compagnie remporte peu de succès et le bilan commercial de son exploitation est bien maigre. Le caractère féodal de la propriété ne favorise pas la circulation des terres. La Compagnie des Indes occidentales lui succède en 1664, mais elle se désintéresse de la Nouvelle-France, qui passera sous administration royale directe à partir de 1674.

Sous la monarchie absolue, la colonisation française du Canada n'aboutit pas à un peuplement important, signe d'échec. En 1706, la population française en Amérique se monte à 16 412 individus, alors que 331 711 colons peuplent la Nouvelle-Angleterre... Il est donc d'autant plus nécessaire aux Français de

¹ Cf. M. A. Martinez, *Étude des traités...* (op. cit. supra, p. 364, n. 2), p. 26-31.

² Cf. l'étude (à paraître) d'A. Lajoie et P. Verville, *Les traités d'alliance entre les Français et les premières nations sous le régime français*.

chercher à s'entendre avec les autochtones. À partir de 1603, des alliances sont passées avec les Montagnais, Algonquins et Hurons. Elles sont conclues en des formes spécifiques des cultures autochtones : célébrations, échanges de souhaits, promesses parfois gravées sur des wampums (ceintures brodées de perles). Mais des malentendus se produisent : les Français croient [p. 369] que les autochtones acceptent de devenir sujets du roi, ce qui n'est nullement leur intention, pas plus que de céder leurs terres, qui sont inaliénables. Aujourd'hui encore, le débat juridique est ouvert. Au Québec, des jugements récents (1993) ont affirmé (sur la base de la décision rendue en 1887 par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *St. Catherine's Milling*) que la France n'avait jamais reconnu de droits territoriaux aux autochtones. En tout cas, aux États-Unis, les Indiens comprirent vite le danger. En 1787, Pachgantschilhilas, chef de guerre des Delaware, déclare : « J'admets qu'il y a de bons hommes blancs, mais leur nombre est sans comparaison avec celui des mauvais qui doivent être les plus forts puisqu'ils dominant. Ils font ce qui leur plaît. Ils asservissent ceux qui ne sont pas de leur couleur, bien qu'ils aient été créés par le même Grand Esprit que nous. Ils feraient de nous des esclaves s'ils le pouvaient. Comme ils n'y parviennent pas, ils nous tuent ! Aucune foi ne peut être accordée à leur parole. Ils ne sont pas comme les Indiens qui, ennemis pendant la guerre seulement, sont amis en temps de paix. Ils diront à l'Indien : "Mon ami, mon frère !". Ils lui prendront la main et, au même instant, le détruiront. Sous peu, ce sera votre tour [...]. Je connais les Longs Couteaux. On ne peut leur faire confiance. » En 1811, Sitting Bull fait état de la même amertume : « Quel traité le Blanc a-t-il respecté que l'homme rouge ait rompu ? Aucun. Quel traité l'homme blanc a-t-il jamais passé avec nous et respecté après ? Aucun. Quand j'étais enfant, les Sioux étaient maîtres du monde ; le soleil se levait et se couchait sur leurs terres. Ils menaient dix mille hommes au combat. Où sont les guerriers aujourd'hui ? Qui les a exterminés ? Où sont nos terres ? » ¹

Car les événements ont justifié les monitions de Pachgantschilhilas. La constitution américaine est élaborée l'année même de sa déclaration. Elle marque le début d'une politique suivie au niveau fédéral comme à celui des différents États visant à éteindre la souveraineté autochtone par le biais de diverses décisions et mesures législatives unilatérales le plus souvent contraires aux traités précédemment conclus.

[p. 370]

184 LES ÉTATS-UNIS AU XIX^e : LA PISTE DES LARMES. – En 1814, la fin définitive de la guerre avec la Grande-Bretagne consacre l'indépendance des États-Unis. Ceux-ci, comme les autres puissances européennes, infléchissent la politique des traités dans un sens dramatique pour les autochtones. L'objectif

¹ Ces deux textes sont cités par P. Jacquin, *La terre des Peaux-Rouges*, Paris, Gallimard, 1987, p. 146-147.

clairement poursuivi consiste à leur retirer leurs titres de propriété sur leurs territoires. La cession des titres fonciers prime désormais sur les relations commerciales et les alliances. Surtout à partir des années 1830, qui voient l'afflux des nouveaux colons et des spéculateurs. Plus de la moitié des quatre cents traités conclus entre les États-Unis et les Amérindiens l'ont été entre 1815 et 1860. On comprend la raison de cette intense activité « diplomatique », qui coïncide avec l'expansion vers l'Ouest et la déportation des Indiens, plus pudiquement qualifiée de « déplacement ».

En 1817 et 1819, les États-Unis passent des traités avec les Cherokee qui sont censés y adhérer mus par « leur fervent désir de se consacrer à l'agriculture et à une vie civilisée dans les pays qu'ils occupaient ». Le traité signé en 1820 avec les Choctaws contient des dispositions analogues. En fait ces instruments contiennent les prémisses des principes plus tard consacrés par la loi de 1830 sur les déplacements (*Removal Act*), et concrétisés par des traités subséquents avec divers peuples autochtones. La « Piste des larmes » est ouverte : de nombreux groupes doivent maintenant quitter leurs terres ancestrales. La plupart de ces traités ne laissaient guère qu'un seul choix aux autochtones. Soit ils acceptaient le morcellement de leurs terres en parcelles individuelles pour faire place aux colons et devaient se fondre dans la nouvelle société. Soit ils se déplaçaient vers l'ouest pour tenter de continuer à vivre entre eux. On comprend qu'aujourd'hui les droits territoriaux soient au cœur des revendications autochtones. Elles sont les conséquences des spoliations opérées à cette époque par les Occidentaux, et de nos jours par de nombreux États nouvellement indépendants.

La revendication actuelle du droit à l'autodétermination est aussi largement fondée sur cette phase historique. Car les spoliations foncières s'accompagnent d'une volonté simultanée de désorganiser les structures politiques et sociales autochtones (qu'on songe à l'acculturation qui se produisit dans les réserves, théoriquement « préservées »...). Et donc de vider de son sens toute affirmation de [p. 371] la souveraineté reconnue aux autochtones aux siècles précédents. D'ailleurs, au XX^e siècle, plusieurs décisions et sentences arbitrales internationales affirmeront que les autochtones n'ont d'existence juridique qu'en fonction du bon vouloir de l'État auquel ils appartiennent ¹.

¹ « Depuis la découverte de l'Amérique, les tribus indiennes ont été traitées comme étant sous la protection exclusive de la puissance qui, par conquête ou cession, détenait la terre que ces tribus occupaient [...]. Une tribu indienne n'existe, en tant qu'entité juridique, que parce qu'elle est reconnue comme telle par le droit interne de l'État sur le territoire duquel cette tribu est installée, et dans la mesure où ce droit lui reconnaît un tel statut » (Indiens Cayuga [Canada vs. US], 6 R. Int. '1 Arb. Awards 173, 309, 1926).

185 LES DESTINÉES DE LA DOCTRINE MARSHALL. – En droit interne, la jurisprudence américaine met en œuvre un grand luxe de distinctions pour parvenir à la mise sous tutelle des Indiens ¹. En 1823, un arrêt célèbre de la Cour suprême (*Johnson v. Mc Intosh*) permet au Chief Justice Marshall d'exposer des analyses par la suite très commentées. Il rattache au concept de découverte les droits des colonisateurs. Ceux-ci visent à exclure des territoires abordés les puissances européennes rivales, et non à fixer les relations des « inventeurs » avec les autochtones.

L'emploi du concept de découverte n'est pas innocent. Il postule que le territoire qui en est l'objet est quasiment vacant, vide de tout habitant, ce qui légitimerait le droit du premier occupant – donc le colonisateur – à s'en rendre maître. En réalité, il s'agissait évidemment d'une conquête, puisque l'Amérique comptait des millions d'indigènes. Mais la situation juridique en découlant était très différente : même vainqueur, le conquérant devait respecter le droit de propriété des habitants. Non sans une certaine incohérence, la décision va d'ailleurs également s'appuyer sur la notion de conquête. Mais de telle manière que les chevauchements entre ces deux concepts laisse intacte une certitude : les habitants du Nouveau Monde ne peuvent être placés sur le même pied que ceux de l'Ancien. Marshall précise qu'ils ne peuvent être sujets du droit international, lequel ne connaît que des nations civilisées, c'est-à-dire chrétiennes (à la fin du XIX^e en seront encore exclus la Chine, le Japon et la Perse). D'autres décisions [p. 372] diront qu'il s'agit de sauvages (*savages*) ², que les colonisateurs doivent éduquer et christianiser. Leur nomadisme et le caractère collectif de leur maîtrise du sol interdit d'y voir un droit de propriété permanent au sens européen de ces termes, et il appartient au Congrès de se prononcer sur la consistance de la propriété tribale (*tribal property*) ; (en 1955 encore, on jugera que les Indiens ne disposent que d'un droit d'occupation dont le souverain peut librement disposer ³).

L'organisation politique autochtone subit la même dévaluation. La Cour suprême constate que même avant la colonisation, les autochtones n'exerçaient pas de souveraineté comparable à celle des nations européennes, n'étant pas chrétiens et ne formant pas d'États. Mais ils constituaient des communautés autonomes ou indépendantes auxquelles les traités d'alliance avec les puissances européennes conféraient une certaine existence juridique internationale. Mais la

¹ Cf. F. Rigaux, L'autorité du juge constitutionnel : le droit fédéral des Indiens à la Cour suprême des États-Unis, dans C. Bontems (dir.), Le juge, figure d'autorité, Actes du I^{er} Congrès international de l'Association française d'anthropologie du droit, Paris, L'Harmattan, 1996.

² De tels préjugés n'ont pas forcément disparu. En 1990, le Président de la Cour suprême de Colombie britannique (Canada) affirmait : « Les ancêtres des plaignants ne possédaient pas de langue écrite, de chevaux ou de véhicules à roues, l'esclavage et la famine n'étaient pas rares, les guerres avec les peuples voisins étaient fréquentes et il ne fait pas de doute, pour citer Hobbes, que ces populations menaient dans le territoire une vie qui était, au mieux, difficile, brutale et courte » (cit. par M. A. Martinez, *op. cit.*, p. 25, § 130).

³ Tee-Hit-Ton Indians vs. United States, 348 US 272, 279 (1955).

Cour suprême y fixe une limite chronologique : la conclusion de la paix entre les États-Unis et la Grande-Bretagne. Dès lors ils ne peuvent plus être tenus pour des communautés étrangères à l'État fédéral pouvant invoquer le droit international. Ils deviennent, selon la formule de Marshall, des *domestic dependent communities*, jurisprudence définitivement adoptée par la suite ¹.

L'appartenance tribale et la citoyenneté sont considérées comme incompatibles. Malgré les efforts des ethnologues (Kroeber, Boas, Hewitt) qui tentent d'expliquer au grand public la richesse des cultures autochtones, le Bon Indien est celui qui manifeste clairement qu'il abandonne sa culture, prix de l'accession au statut supérieur qu'est la citoyenneté américaine. En se mariant : à partir de 1888 une femme indienne qui épouse un citoyen acquiert automatiquement la nationalité américaine. En combattant : les Indiens qui se portèrent volontaires lors du premier conflit mondial devinrent immédiatement citoyens (lors de la seconde guerre, 25 000 d'entre eux prirent part [p. 373] aux hostilités). Des rituels très explicites accompagnaient au XIX^e l'octroi de cette citoyenneté :

« ... chaque postulant devait abandonner son nom indien et on lui faisait tirer une dernière flèche pour bien marquer qu'il était fermement résolu à abandonner son mode de vie traditionnel. Les hommes devaient toucher une charrue, symbole de la vie laborieuse de fermier qui s'ouvrait devant eux. Quant aux femmes, elles recevaient un sac à ouvrage et un porte-monnaie, s'engageant par là même à économiser et à "se dévouer à leur foyer, comme les femmes blanches" » ².

On put bientôt croire que la page était définitivement tournée : l'Indien était prêt à se fondre dans le *melting pot*. Pour accélérer et consacrer le processus, l'*Indian Act* accorde en 1924 la nationalité américaine à tous les Indiens nés aux États-Unis, qu'ils soient ou non résidents des réserves. Mais une fois de plus, l'histoire allait réserver quelques surprises.

186 LA PERSISTANCE DE L'INDIANITÉ. – Le XX^e siècle verra les Amérindiens affirmer avec succès la revendication de leurs spécificités culturelles. Mais la politique suivie aux États-Unis à leur égard passera par plusieurs phases.

Dans les années trente, les États-Unis subissent le choc de la crise économique et connaissent le renouveau du *New Deal*, durant lequel peuvent s'affirmer des idées généreuses. John Collier, un idéaliste hostile à la politique d'assimilation, est Commissaire aux Affaires indiennes sous l'administration Roosevelt. Il inspire la rédaction de l'*Indian Reorganisation Act* qui, en 1934, change en effet la donne pour les Indiens. Ses dispositions visent à mettre fin au lotissement des terres indiennes et à mettre en place un système de gouvernement tribal situé à mi-

¹ Brendale vs. Confederated Yakima Indian Nation, 492 US 408, 451 (1989).

² J. Rostkowski, *op. cit.*, p. 32.

chemin entre l'organisation politique traditionnelle et les principes de la démocratie américaine (l'élection remplace la sélection par consensus ou hérédité ; les tribus peuvent se doter de constitutions écrites). Les terres communautaires tribales pouvaient être reconstituées à partir de terres excédentaires et de certains lopins déjà alloués. Cette politique suscita des oppositions et, fait notable, pas seulement chez les Blancs. Les Indiens engagés dans le processus [p. 374] d'assimilation et l'individualisation de la propriété ne voulaient pas de ce « retour en arrière ». Les traditionalistes au contraire dénonçaient le caractère mixte des nouvelles institutions politiques. Beaucoup jugeaient, non sans raison, que les nouveaux gouvernements indiens seraient trop dépendants du ministère de l'Intérieur par le biais de la supervision qu'exercerait sur eux le Bureau des Affaires indiennes qui avait dans le passé activement collaboré à la politique d'assimilation.

Cependant, la majorité des tribus suivirent Collier. De 1934 à 1936, 258 élections furent organisées et 181 tribus acceptèrent la réforme. Finalement, environ 75% des Indiens optèrent pour un système de gouvernement conforme aux vœux de Collier.

Mais dans les années cinquante la politique indienne subit un nouveau retournement : celui de la « Termination Policy », considérée comme « la solution définitive au problème indien ». Les idées du *New Deal* étaient fortement critiquées depuis 1940 ; on pense que les réserves sont le signe d'un échec flagrant du *melting pot* ; on estime que le « retard » économique des autochtones doit être rapidement comblé. Les idées dominantes – et pas seulement aux États-Unis – ne tendent nullement au maintien des spécificités. Bien au contraire, on pense que le développement économique aura un effet d'homogénéisation sur toutes les composantes des sociétés en marche vers le progrès. En 1953, plusieurs textes prévoient que le gouvernement fédéral abandonne sa juridiction sur les Indiens au profit des États. Ceux-ci peuvent mettre fin à l'autonomie judiciaire des réserves ; le fédéral cesse de garantir les droits des Indiens par rapport à eux, renonçant à ses obligations prévues par les traités. Les programmes fédéraux d'assistance aux tribus devaient être supprimés, ainsi que l'aide accordée individuellement aux Indiens des réserves. L'égalité de droit devenait la règle, même si en se superposant à une inégalité socio-économique des autochtones vis-à-vis des Blancs, elle ne faisait qu'accentuer cette dernière. Toutefois, la disparition des structures tribales et des réserves devait être progressive : certaines tribus étaient jugées plus que d'autres aptes à bénéficier de l'assimilation sans qu'il leur soit demandé leur avis. En 1953, la résolution 108 en dresse une première liste. De 1954 à 1960, 61 tribus sont l'objet de la « solution définitive » (l'expression était courante). Mais la résistance s'organise parmi les Indiens qui dénoncent les violations de leurs droits garantis [p. 375] par traités. L'opinion publique s'aperçut que « ... quand un Indien a vendu ses terres et dépensé son argent, il ne cesse pas d'être un Indien, il devient simplement un Indien sans terres »¹. En 1958, le

¹ D'Arcy Mac Nickle, *Native American Tribalism*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1973, p. 111.

ministère de l'Intérieur déclare que les tribus pourraient désormais refuser leur extinction : c'est la fin de la *Termination Policy*. Mais à cette date, les Indiens ne disposent plus que d'un territoire équivalent à 40% de ce qu'il était à la fin du XIX^e, alors qu'ils sont en augmentation démographique rapide.

Pour tenter de résoudre ce problème, et parallèlement à la « solution définitive », les Bureaux des Affaires indiennes avaient mis en œuvre dans les années cinquante un programme d'assistance à l'emploi visant à faire quitter les réserves par les Indiens pour les intégrer à la vie urbaine. L'Indien volontaire recevait une aide financière. En fait les résultats furent catastrophiques : les Indiens étaient engagés à de très bas salaires, très mal logés, et complètement inadaptés à la vie en milieu urbain. Près de la moitié de ceux qui étaient partis retournèrent dans les réserves.

Ces projets et leur échec aboutirent finalement au résultat inverse de celui qu'il visait. Non seulement l'assimilation avait échoué, mais les Indiens, en s'y opposant, avaient développé des liens entre leurs différents groupes et s'étaient fixé comme mot d'ordre le maintien et le renouveau de leur spécificités culturelles. La situation actuelle en est née, et ces événements expliquent aussi le rôle joué depuis par les Amérindiens dans les institutions internationales pour la promotion des droits des autochtones. Paradoxalement, les réserves furent souvent des conservatoires de ces combats, alors qu'un siècle auparavant elles faisaient plutôt figures de mouiroirs pour les cultures indiennes. Comment expliquer cette évolution ?

187 L'ÉVOLUTION DES RÉSERVES. – Au XVIII^e, les esprits éclairés pensent que pour protéger les autochtones des contacts avec la culture européenne qui risque de les corrompre, mieux vaut les en isoler. Ainsi naît l'idée des réserves qui initialement et pour certains n'est pas dépourvue de générosité. En 1763 les Catawbais de Caroline du Sud se voient garantir un vaste territoire interdit aux colons. Le XIX^e [p. 376] concrétisera cette idée d'une autre manière. Dans bien des cas, les réserves deviennent des lieux de déportation pour les Indiens dont les terres ancestrales sont occupées par les colons. Loin de constituer des sanctuaires, elles sont les laboratoires d'une intense acculturation où se déploie le zèle missionnaire.

Au début du XIX^e, on pense que les Blancs se concentreront dans les territoires de l'Est : une manière de résoudre le problème indien est donc de transférer à l'Ouest le maximum d'Indiens, solution qui convient à la fois aux philanthropes (les Indiens seront « protégés ») et aux colons (les terres seront « libérées »). Mais à partir des années 1850, on prend conscience que le peuplement blanc va s'étendre jusqu'au Pacifique. C'est la doctrine de la *Manifest Destiny* : les Européens sont voués par le destin à civiliser toute l'Amérique. Les réserves deviennent alors des enclaves indiennes entourées de Blancs, dans des territoires souvent défavorisés. Des mouiroirs, où la déchéance des corps accompagne l'ethnocide rampant. Cependant elles voient aussi s'instaurer des

processus de réélaboration culturelle, signe de ce qu'elles deviendront plus tard : des foyers de l'indianité. Devins et prophètes s'y succèdent. Vers 1890, Wowoka, un Piaïute, connaît un grand succès. Il promet le retour prochain du Grand Esprit, ainsi que celui des Indiens morts ; il favorise la « ghost dance », qui permet de communiquer avec les esprits, et préconise de façon générale le retour aux anciennes coutumes. Rites et cérémonies se perpétuent dans les réserves ; d'autres apparaissent, comme le culte du *peyotl*. Les Indiens pensent qu'à partir de préparations issues d'un cactus hallucinogène ils peuvent entrer en relation avec les puissances surnaturelles, qu'il s'agisse de Jésus ou de l'Oiseau-Tonnerre. Ce culte syncrétique aboutit en 1918 à la fondation de la *Native American Church*, qui préfigure les mouvements de défense de l'identité indienne.

En 1887, le *General Allotment Act* (loi de morcellement des terres indiennes) vise à briser les structures tribales en permettant l'attribution de lopins de terres individuels aux Indiens qui le souhaitent. En fait, les terres des réserves, déjà peu propices à l'agriculture, devinrent encore plus difficiles à exploiter là où ce fractionnement eut lieu. De plus le patrimoine collectif des Indiens fut sévèrement entamé : en 1887, les terres tribales regroupent 70 millions d'hectares ; en 1934, il n'en reste qu'un tiers.

[p. 377]

Aujourd'hui, les réserves occupent 25 millions d'hectares divisés en 300 unités de taille très variable. Près des trois quarts sont la propriété collective des tribus, le reste appartenant à des particuliers. La Cour suprême a souligné en 1959 que leur statut était plus élevé que celui des États. Cependant, ces « nations » sont subordonnées et dépendantes : le gouvernement américain a autorité sur elles en ce qui concerne le développement économique, le système éducatif, l'administration sanitaire et sociale. Mais la plupart des Indiens luttent aujourd'hui pour le maintien des réserves, qu'ils considèrent comme des foyers d'autonomie, et des lieux privilégiés pour la réélaboration de leur identité, qui conjuguerait le legs du passé et les exigences de la modernité. En ce sens, les réserves d'aujourd'hui rappelleraient les idées des esprits progressistes du XVIII^e, à la différence que les Indiens ne veulent pas seulement être « préservés » mais exercer tous leurs droits de citoyens pour participer sur un pied d'égalité avec les autres composantes de la population à la mise en œuvre de leur destin.

On pense en général que le système des réserves ne fut pratiqué en Amérique que par les gouvernements des États-Unis et du Canada¹. En fait, il existe toujours dans certains États d'Amérique du Sud, où il arrive que les autochtones (par exemple les Yanomami) réclament sa mise en œuvre effective dans l'espoir de pouvoir continuer à jouir de leurs territoires. En ce sens, les exemples calamiteux auxquels il a le plus souvent conduit (pas seulement en Amérique du Nord : qu'on se souvienne des Bantoustans d'Afrique du Sud) ne doivent pas cacher que, dans des cas extrêmes, il peut faire figure de mesure de sauvetage. On

¹ Pour le Canada, cf. *infra*, p. 384-388.

ignore également que la France, championne de l'assimilation, pratiqua pourtant ce système dans certaines parties de son empire colonial.

188 RÉSERVES À LA FRANÇAISE. – Les réserves françaises n'eurent pas l'ampleur de celles des États-Unis. On ne saura jamais ce qu'il fût advenu si la France n'avait pas dû quitter l'Amérique du Nord, dont les espaces permettaient la colonisation de peuplement qu'elle ne parvint pas à mettre en œuvre. En tout cas, celle-ci commence à instituer des réserves près des postes de traite au milieu du [p. 378] XVII^e ¹. D'abord pour les nécessités de l'évangélisation : les organisateurs en sont des Sulpiciens (en 1637, à La Prairie, près de Ville-Marie) et des Jésuites (à Sillery, près de Québec). Puis des réserves sont créées dans des lieux plus éloignés des établissements européens, dans d'autres buts. Aux « Sauvages » qui s'y installent on offre des présents et des armes, un prix « chrétien » (plus élevé que le « païen ») pour les produits de la traite. En échange, on leur demande un appui commercial et militaire. Beaucoup de Hurons, alliés des Français fuyant les Iroquois s'y installeront, même si leur conversion au christianisme est souvent très superficielle. Un siècle plus tard, à la fin du régime français, les réserves regrouperont la moitié des autochtones (dits « domiciliés ») de la Nouvelle-France (ceux-ci étaient 40 000 sur le territoire du Québec lors de la conquête ; il n'en restait plus que 9 000 quand la France quitte le Canada). Cependant elles ne sont guère comparables à celles créées au XIX^e siècle aux États-Unis. Il est vrai que pour les Jésuites, elles doivent aider à la sédentarisation et à la christianisation des indigènes. Mais pour les autorités coloniales, il n'est pas question de les contraindre à un enfermement dans des territoires délimités. Bien au contraire, les Indiens doivent pouvoir librement circuler afin que soient satisfaites les exigences de la traite, notamment des fourrures ².

À la fin du XIX^e, c'est en Nouvelle-Calédonie que la France délimite des réserves ³. Le contexte est très différent. Sur ce territoire beaucoup moins vaste une colonisation de peuplement est plus facilement envisageable. En 1927, un éminent spécialiste de droit colonial n'écrivait-il pas : « En Nouvelle-Calédonie, nous avons trouvé, sur une terre à peu près inculte, une population misérable et clairsemée qui d'ailleurs diminue progressivement. L'objectif [...] est de fixer dans ce pays un grand nombre de petits propriétaires français. » ⁴ Toutes les tribus indigènes doivent être mises en réserves. Les opérations de cantonnement commencent en 1898. Elles ne consistent pas nécessairement à fixer des [p. 379] Canaques sur leurs territoires ancestraux : certains doivent en déguerpir

¹ Pour plus de détails, voir A. Lajoie – P. Verville, *Les traités d'alliance entre les Français et les Premières Nations sous le régime français*, à paraître.

² Cf. A. Bissonnette, Le juge canadien et son interprétation des droits des peuples autochtones, dans C. Bontems (dir.), *op. cit.*, *supra* p. 371, n. 2.

³ Voir J. Dauphiné, *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie* (1853-1913), Paris, L'Harmattan, 1989, p. 200-220.

⁴ A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Sirey, 1927, p. 99.

moyennant des indemnités pour se regrouper ailleurs, laissant ainsi la place aux colons. Habilement, les fonctionnaires coloniaux qui n'ignorent nullement qu'il existe bien une propriété individuelle à l'intérieur du clan, qui réglemente l'accès aux terres, inventent le mythe d'une propriété collective placée sous l'autorité d'un chef de tribu. Il est dès lors plus facile de traiter avec un seul personnage, et au besoin de le circonvenir, que de respecter la hiérarchie réelle des titulaires de droits.

En 1900, le cantonnement de tous les indigènes de la Grande Terre est achevé : 78 réserves ont été créées, sur 123 195 ha où sont regroupés 20 233 Canaques. Les réserves et les centres de colonisation sont souvent entremêlés, de façon à faciliter le recrutement de la main-d'œuvre pour la récolte du café. Pour le gouverneur Feillet qui fait procéder aux cantonnements, ces mesures ne sont pas spoliatrices puisque les Canaques ne sont pas propriétaires de leurs terres, dont ils n'ont que la jouissance. Comme il l'affirme dans un discours en 1899, ils ont maintenant l'avantage de « posséder, comme ils disent, titres et papiers comme les Blancs ».

Instituées aux mêmes fins qu'en Amérique du Nord, les réserves connurent en Nouvelle-Calédonie un destin similaire. Elles existent toujours à l'heure actuelle et, comme l'écrit J. Dauphiné : « Les réserves, dont la mise en place s'est effectuée le plus souvent de façon arbitraire et brutale, n'étaient pas destinées à prévenir une possible disparition de la population autochtone. Au fil des années, pourtant, elles sont devenues le dernier bastion de l'espace foncier des canaques et le conservatoire de leurs coutumes et de leurs traditions : les indigènes de Nouvelle-Calédonie, ballottés et traumatisés par plusieurs décennies de colonisation, ont progressivement retrouvé un refuge, un havre de paix, sans que les divers clans aient pour autant oublié la terre de leurs ancêtres et l'emplacement de leurs terres. »

La Nouvelle-Calédonie représente le cas le plus net d'institution de réserves dans le système colonial français. On peut aussi citer d'autres mesures qui s'en rapprochent.

À Madagascar, des décrets de 1926 et 1927 établissent une distinction entre les biens du domaine privé de l'État non affectés aux services publics. Certains territoires sont réservés à la subsistance et aux besoins des indigènes. D'autres constituent des périmètres de colonisation, immatriculés avant toute aliénation. Ce partage entraîne des [p. 380] opérations de remembrement. On précise que : « Les indigènes, qui *doivent s'y soumettre* ¹, reçoivent une compensation territoriale ou une indemnité particulière. » ²

En Algérie et Tunisie, on notera d'intéressantes dispositions concernant le statut des terres collectives tribales (terres *arch* en droit musulman), en principe

¹ C'est nous qui soulignons.

² A. Girault, *op. cit.*, p. 147.

inaliénables¹. La France va appliquer en Algérie une politique dite du « cantonnement – ou encore : resserrement – des tribus », organisée par une loi du 16 juillet 1851 et un sénatus-consulte du 22 avril 1853. Elle a pour but de sédentariser les tribus, de dégager des territoires pour les colons européens, et de favoriser une exploitation « rationnelle » du sol par opposition aux pratiques agropastorales. En application d'un sénatus-consulte de 1863, les terres *arch* seront délimitées de façon résiduelle, une fois fixée l'étendue des espaces de parcours, des terres des colons et des propriétés privées des musulmans. Le solde est attribué en propriété collective à tous les membres du *douar*. Ce procédé aboutit à restreindre les tribus à l'occupation d'une partie seulement des leurs territoires. À la fin de 1870, les territoires de 372 tribus formant 667 *douars* sont délimités sur 6 800 000 ha, dont 1 500 000 seulement sont classés comme *arch*. Parallèlement, suivant un procédé bien connu, la législation pousse au développement de la propriété privée, qui peut disloquer les anciennes structures communautaires. En 1897, une loi permet à n'importe quel ayant droit de faire transformer son titre en un droit de propriété individuelle. En 1926, une autre loi confère au Gouverneur général la possibilité de partager les terres *arch* soit à la demande de la majorité des habitants d'un *douar*, soit si la moitié de ces terres a déjà été partagée dans un *douar*, soit pour n'importe quel motif d'intérêt public².

Ces divers exemples historiques montrent bien toute l'ambiguïté du système des réserves. Les colonisés ont souvent réussi à le subvertir, transformant ces ghettos en lieux de résistance culturelle.

[p. 381]

Aujourd'hui encore, de nombreux peuples autochtones dont l'existence est menacée y voient dans l'immédiat une sauvegarde. Chez les colonisateurs, plusieurs tendances se sont manifestées, et parfois enchevêtrées. Au XVIII^e, des esprits généreux conçoivent les réserves comme des sanctuaires pour les autochtones. Au XIX^e, face aux vagues plus massives de peuplements d'origine européenne, elles deviennent les instruments d'ethnocides conçus par ceux que gêne la présence d'autochtones. Mais contre toute attente, elles sont aussi des lieux de cristallisation identitaire. Des partisans des autochtones (comme Collier aux États-Unis) essaient alors de leur donner des formes nouvelles, mélangeant tradition et modernité. Puis, au milieu du XX^e, l'assimilation revient en force. Pour des motifs différents, partisans et adversaires des autochtones peuvent simultanément les défendre, les uns dans l'espoir qu'elles feront enfin parvenir les autochtones à l'égalité avec les Blancs, les autres comptant sur leur définitive absorption. Il en ira autrement, et aujourd'hui les spécificités culturelles sont à l'honneur. Des idées apparemment identiques peuvent donc servir à légitimer des

¹ Cf. F. Luchaire, *Manuel de droit d'outre-mer*, Paris, Sirey, 1949, p. 292 ; J.-L. Autin, La législation foncière en Algérie de 1830 à 1870, *Procès*, 18 (1987-1988), p. 90-97.

² Le lecteur intéressé par ces questions devra se reporter aux anciens manuels de droit colonial. Voir également : *Le régime foncier aux colonies*, II, Bibliothèque coloniale internationale de Bruxelles, 1899.

politiques en pratique radicalement différentes. Le droit à la différence peut aboutir à des solutions démocratiques dans des sociétés pluralistes comme aux perversions de différentes formes d'*apartheid* et autres cantonnements. L'assimilation, revendiquée par la tradition française, peut conduire à des réformes souhaitables, comme l'égalité civique et la suppression de l'indigène. Elle peut aussi servir des politiques délibérées d'ethnocide. C'est ce qu'écrivait à mots nullement couverts en 1927 un des meilleurs spécialistes de droit colonial, A. Girault, doyen de la faculté de droit de Poitiers, non sans réminiscences des vieilles théories du droit naturel élaborées au XVI^e : « La question est en effet de savoir si les Européens doivent se résigner à tous les maux qu'entraîne l'overpopulation pour permettre à quelques milliers de sauvages de se manger entre eux [...]. C'est un droit naturel et supérieur pour tous les hommes que celui de se procurer par le travail et par l'échange les produits de toute nature qui se rencontrent à la surface du globe. Or il y a des biens qui ne se trouvent que sous une certaine latitude. Il pourrait donc dépendre des peuplades qui habitent ces régions d'en priver à jamais l'humanité civilisée. Souvent, en effet, ces peuplades ne savent pas et, laissées à elles-mêmes, ne sauraient sans doute jamais tirer parti des richesses que le sol contient ou est susceptible de produire et pour lesquelles il [p. 382] a fréquemment un monopole naturel [...]. L'extinction progressive des races inférieures devant les races civilisées, [...] cet écrasement des faibles par les forts, est la condition même du progrès [...]. Voyez l'Australie : là où quelques milliers de sauvages végétaient misérablement, plusieurs millions d'Anglo-Saxons vivent dans l'abondance. Les nouveaux Australiens ont plus de bien-être que les anciens, ils sont plus civilisés et plus éclairés. Le résultat définitif est donc bon. » ¹

Plus personne ne le croit aujourd'hui ², et un constat s'impose : celui des succès remportés par les autochtones qui semblaient condamnés à disparaître. Sur le plan démographique, les peuples autochtones dans le monde entier sont globalement en expansion démographique. Aux États-Unis, les Indiens atteignent le total d'un million et demi d'individus, alors qu'ils n'en comptaient plus que 200 000 il y a un siècle. Sur le plan culturel, nombre de pays occidentaux s'attachent officiellement à réhabiliter et protéger leurs spécificités culturelles (même la France, hostile aux notions de minorités et d'autochtones, suit cette voie dans différentes parties de son outremer) ³. Le droit international en témoigne, qui incorpore ces progrès sous forme normative.

¹ A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Sirey, 1927, p. 31-33.

² De telles citations scandalisent. Mais souvenons-nous toujours qu'elles proviennent d'une époque où beaucoup d'idées communément acceptées par le public et la majorité des auteurs différaient largement des nôtres. Ce qui signifie qu'à cette date, la plupart d'entre nous auraient sans doute partagé les préjugés du doyen Girault... Dans seulement deux siècles, que penseront nos descendants d'idées qui nous paraissent aujourd'hui fort respectables et qui, peut-être, leur seront devenues odieuses ? Malheureusement, nous ne le saurons jamais.

³ Cf. *infra*, p. 507-548.

Mais les textes n'ont jamais pu contraindre entièrement la réalité, et beaucoup d'incertitudes subsistent. Les chapitres qui suivent témoignent de cette situation contrastée, où la part de l'histoire et de ses réinterprétations se fait puissamment sentir.

Pour aller plus loin

189 BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE. – Elle est pour l'essentiel rédigée en anglais, sauf en ce qui concerne les documents de l'ONU, disponibles également en français. On localisera tout d'abord les peuples autochtones dans le monde actuel à l'aide d'un ouvrage [p. 383] qui contient des cartes très éclairantes ; cf. Brain Goehring, *Indigenous peoples of the world*, Saskatoon, Purich Publishing, 1993.

Pour une première approche, d'ordre historique plus que littéraire, on se reportera à Olive P. Dickason, *Le mythe du sauvage*, Paris, Ed. du Félin, 1995. Le point de vue des autochtones est évidemment plus difficile à connaître. On peut en trouver des échos dans les diverses espèces de la jurisprudence nord-américaine, très abondante sur ces questions. On se reportera aussi utilement à des collections de textes reproduisant des déclarations ou récits émanant des autochtones et pris dans le passé lointain aussi bien que dans l'actualité : cf. R. Moody (éd.), *The Indigenous Voice*, 2 vol., Londres, Zed Books, 1988. Cf. également les textes cités dans : Chroniques d'une conquête, *Ethnies*, vol. 7, n° 14 (1992-1993). Pour une introduction à l'histoire des Amérindiens au Canada, cf. R. Dupuis, *La Question indienne au Canada*, Montréal, Éd. du Boréal, 1991, et, beaucoup plus juridique : M. Asch, *Home and Native Land. Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, New York/Londres, Methuen, 1984.

L'histoire des théories des juristes sur les Amérindiens depuis la Renaissance jusqu'au XIX^e est exposée de façon très complète par Robert A. Williams Jr., *The American Indian in Western Legal Thought*, New York/Oxford, Oxford Univ. Press, 1990, dont on consultera la précieuse bibliographie. Cet auteur a résumé une partie de sa pensée concernant la doctrine des internationalistes dans *The Rights and Status of Indigenous Peoples under International Law during the Classical Era Treaty Period (1600-1840)*, *Law and Anthropology*, 5 (1990), 239-255. Cf. également M. Morin, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, à par., et : Commission nationale suisse pour l'Unesco, 1492 : *le choc de deux mondes*, Éd. La Différence, 1993, 193-260. Cf. également, sur un plan général : W. J. Mommsen, J. A. De Moor (éd.), *European Expansion and Law*, Oxford-New York, Berg, 1992.

L'eurocentrisme est par ailleurs durablement manifeste chez les internationalistes : cf. A. Charvin, *Le droit international tel qu'il a été enseigné. Notes critiques de lecture des traités et des manuels (1850-1950)*, dans : Mél. C. Chaumont, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Paris, Pedone, 1984, 135-159.

Le lecteur francophone peut se reporter à Thomas R. Berger, *La sombre épopée. Valeurs européennes et droits ancestraux en Amérique* (1492-1992), Montréal, Boréal, 1993, où il trouvera quelques développements beaucoup plus succincts sur ces thèmes, et des chapitres à caractère monographique sur l'histoire de différents groupes dans les deux Amériques. On consultera aussi : J. Fisch, *Die europäische Expansion und dits Völkerrecht*, Stuttgart, Steiner, 1984. Cf. également Russel L. Barsh, *Indigenous North America and Contemporary International Law, 1600 to 1776*, dans Oren R. Lyons, J. Mohawk (ed.), *Exiled in the Land of the Free : Democracy, Indian Nations and the US Constitution* (Santa Fe, 1992) ; Dorothy V. Jones, *License for Empire : Colonialism by*

Treaty in Early America, Chicago/Londres, Univ. of Chicago Press, 1982. Le lecteur intéressé par les premiers contacts entretenus à travers les compagnies à charte avec les nations non européennes par les Espagnols, Portugais, Danois et Suédois consulteront L. Blusse, F. Gaastra (cd.), *Companies and Trade*, Leiden, 1981 (surtout les chap. VII et VIII) ; au sujet des compagnies françaises, cf. un ouvrage ancien : Cordier, *Les compagnies à charte et la politique coloniale sous le ministère de Colbert* (Paris, Rousseau, 1906). En ce qui concerne la question spécifique des traités conclus par les Européens avec les autochtones (principalement des Amériques), voir S. Grammond, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville, Québec, Éd. Yvon Blais, 1994 ; on consultera obligatoirement les documents rédigés sous le mandat de l'ONU par M. Alfonso Martinez : *Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones. Premier rapport intérimaire*, ONU, E/CN. 4/Sub. 2/1992/32, 25 août 1992. Le rapport final est dû en 1996 (ces lignes sont écrites en 1995). Pour un premier bilan, voir I. Schulte-Tenckhoff, [p. 384] L'étude des Nations-Unies sur les traités entre peuples autochtones et États, *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXIV, n° 4, 1994, 17-36.

Les relations de la France avec les autochtones du Canada sont abordées dans une série d'ouvrages et articles. On citera surtout : D. Delage, *L'alliance franco-amérindienne 1660-1701, Recherches amérindiennes au Québec*, XIX-1, 1989, 4 sq. ; *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Ouest, 1600-1664*, Montréal, Boréal Express, 1985 ; J. A. Dickinson, *La colonisation française en Amérique du Nord*, dans : L. R. Abenon, J. A. Dickinson (dit.), *Les Français en Amérique : histoire d'une colonisation*, Lyon, Presses Univ. de Lyon, 1993 ; W. J. Eccles, *France in America* (Markham, Ontario, Fitzhenry and Whiteside, 1990) ; G. Havard, *La grande paix de Montréal de 1701 : les voies de la diplomatie franco-amérindienne*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1992 ; Cornelius Jaenen, *French Sovereignty and Native Nationhood during the French Regime*, in J. R. Miller (ed.), *Sweet Promises : A Reader in Indian-White Relations in Canada* Toronto, Univ. of Toronto Press, 1991 ; *The role of Presents in French-Amerindian Trade*, in D. Cameron (ed.), *Exploration in Canadian Economic History*, Ottawa, Univ. of Ottawa Press, 1985 ; M. Ratelle, *L'application des lois et règlements français chez les autochtones de 1627 à 1760*, Québec, ministère de l'Énergie et des Ressources, Direction des Affaires autochtones, 1991 ; M. Trudel, *Histoire de la Nouvelle-France*, t. I : *Les vaines tentatives : 1524-1603*, Montréal, Fides, 1963-1966 ; A. Lajoie, P. Verville, *Les traités d'alliance entre les Français et les Premières Nations sous le régime français*, à paraître.

Au sujet des « réductions » établies par les Français afin de christianiser les Indiens et d'en faire des sujets du roi, cf. D. Delage, *Les Iroquois chrétiens des « réductions », 1667-1770, Recherches amérindiennes au Québec*, XXI, 1-2, 1991, 59-70.

Sur l'évolution des jurisprudences américaine et canadienne, on consultera avec profit : F. Rigaux, *Le droit fédéral des Indiens à la Cour suprême des États-Unis*, dans C. Bontems (dir.), *Le juge, figures d'autorité. Actes du 1^{er} Colloque international de l'Association française d'anthropologie du droit*, Paris, L'Harmattan, 1996, et *ibid.*, A. Bissonnette, *Le juge canadien et son interprétation des droits des peuples autochtones*.

Le statut des Indiens aux États-Unis a fait l'objet d'une littérature très abondante. Pour une introduction, voir Wilcomb E. Washburn, *Red Mans Land, White Mans Law*, New York, Charles Scribner's Sons, 1971 ; William C. Canby Jr., *American Indian Law*, St Paul, Minn., West Publishing Co., 1981. En ce qui concerne l'Alaska où en 1971 a été signé un grand traité avec les autochtones concernant le développement de cet État, voir Robert D. Arnold (ed.), *Alaska Native Land Claims*, Anchorage, The Alaska Native Foundation, 1976, David S. Case, *Alaska Natives and American Laws*, Fairbanks, Univ. of Alaska Press, 1984.

Le lecteur francophone dispose heureusement d'une série d'excellents ouvrages : la lecture de J. Rostkowski, *Le renouveau indien aux États-Unis*, Paris, L'Harmattan, 1986), est absolument indispensable. On consultera aussi avec profit : N. Delanoe, *L'entaille rouge*, Paris, Maspero, 1982 ; E. Marienstras, *La résistance indienne aux États-Unis*, Paris, Gallimard, 1980 ; P. Jacquin, *Histoire des Indiens d'Amérique du Nord*, Paris, Payot, 1976. Pour des résumés, cf. E. Navet (dir.), *Les Indiens d'Amérique du Nord*, Paris, La Documentation française, 448 (8 octobre 1982) ;

P. Villespy, L'évolution du droit des minorités aux États-Unis, *Les Petites Affiches* (5 août 1994), 30-35.

190 LE RETARD CANADIEN. – Comme on va le voir, des similitudes existent entre les solutions historiques apportées par les États-Unis et le Canada au problème autochtone. Rappelons cependant les spécificités du cas canadien.

Elles tiennent tout d'abord à l'histoire. Le Canada connaît un régime français, du XVI^e au Traité de Paris qui, en 1763, cède la Nouvelle-France à l'Angleterre. Alors que l'indépendance des États-Unis vis-à-vis de la Grande-Bretagne est consacrée entre 1787 et 1814, [p. 385] le régime anglais va durer au Canada jusqu'en 1837. Débute alors une période de troubles et de réformes constitutionnelles qui aboutit, en 1867, à l'*Acte de l'Amérique britannique du Nord*, accepté par la Grande-Bretagne. Il constitue la Confédération canadienne : c'est le début du Canada moderne.

D'autre part, le Canada actuel est caractérisé par l'importance de la population autochtone, proportionnellement plus forte qu'aux États-Unis. On estime ¹ qu'elle compte 840 000 individus (dont 25 000 Inuit), soit 3,5% de la population totale, contre seulement 0,5% aux États-Unis. La majorité des Indiens vivent en milieu urbain ; 65% d'entre eux sont domiciliés dans des réserves. Enfin le Canada se distingue par une politique progressiste vis-à-vis de ses populations autochtones. Si ceux-ci ne représentent que 0,3% de l'ensemble des autochtones dans le monde, il est clair que l'intérêt politique et juridique des solutions adoptées et des négociations en cours concernant leur statut dépasse de beaucoup le caractère marginal de ce taux. Elles pourraient constituer un modèle dans bien d'autres parties du monde. Cependant, comme nous allons le voir, le Canada n'adopta que tardivement la politique pluriculturelle qui le caractérise aujourd'hui.

Le premier texte important est la *Proclamation Royale* de 1763. Elle intervient quelques mois après la signature du traité de Paris par lequel la France cédait à l'Angleterre ses possessions en Amérique. Le vainqueur entreprend d'aménager l'administration des territoires conquis. Le roi d'Angleterre y pose des principes *a priori* favorables aux autochtones : « Nous estimons juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relation avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de nos possessions et territoires qui n'ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse. »

En fait, les mécanismes de l'interprétation vont jusqu'à nos jours (la Proclamation est toujours citée dans la jurisprudence actuelle) régler sa portée. La Proclamation confirme la politique de la Couronne à l'égard des Indiens : elle conserve le droit exclusif de négocier avec eux et d'acquérir leurs terres, cela par traités, suivant la tradition britannique.

Ces traités sont de nature différente suivant les régions. Jusqu'en 1862, l'Angleterre conclut des alliances avec divers groupes de l'est de l'Amérique du Nord. Ils n'ont pas pour objet l'extinction des droits territoriaux des Indiens, mais cherchent surtout à s'assurer de leur soumission sur le plan militaire. D'autres traités (île de Vancouver, Ontario) visent au contraire l'extinction de ces droits et empêchent pour l'avenir tout recours qui serait fondé sur eux. Il s'agit là, comme aux États-Unis, d'assurer une colonisation de peuplement. Ils prévoient donc aussi des réserves, « gardées et possédées » par les chefs de tribus, dans le respect de la « propriété de Sa Majesté ».

Ce système des réserves se généralise au Canada à partir de 1830, dans la même ambiguïté que nous avons déjà constatée. Certains le justifient par un souci de protection des Indiens ; d'autres pensent qu'au contraire il empêchera l'assimilation et ses vertus égalisatrices, même si elle

¹ Voir M. Asch, *Home and Native Land. Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, Londres/Toronto, Methuen, 1984, 3.

a pour prix l'abandon des activités traditionnelles. En 1858, les commissaires Talfourd, Warthinton et Pennefather concluent en faveur de la diversité des systèmes. Dans les régions développées, il faut intégrer les Indiens à la société européenne, et les séparer dans les espaces encore sauvages. En fait, comme aux États-Unis, la délimitation de réserves se traduisit concrètement par d'immenses amputations territoriales opérées au détriment des autochtones.

Par ailleurs, la nature juridique des traités est l'objet d'interprétations restrictives. La jurisprudence estime qu'ils ne possèdent pas la nature d'instruments internationaux. [p. 386] En 1985 encore la Cour suprême rappelait que : « Un traité avec les Indiens est unique ; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international. » D'autre part, les principes d'interprétation des traités varient suivant l'identité des parties. Longtemps le colonisateur a voulu seulement considérer le texte même du traité, les autochtones faisant valoir que le document écrit, rédigé dans une langue inconnue d'eux, n'avait qu'une importance secondaire. Les véritables engagements étaient ceux pris verbalement, par les déclarations qui avaient accompagné la conclusion des traités. Il fallut attendre les années 1980 pour que la Cour suprême admette la « preuve extrinsèque », permettant de tenir compte de l'histoire et des traditions orales, des circonstances concrètes des négociations pour décider de la validité du traité.

Le XIX^e siècle interpréta donc très restrictivement les principes de la *Proclamation Royale*. La constitution canadienne de 1867 ne contient d'ailleurs presque pas de dispositions visant les autochtones, sauf l'article 91.24 qui attribue au Parlement la compétence législative à l'égard des Indiens et des terres qui leur sont réservées. Celui-ci votera très vite (en 1868) la *Loi sur les Indiens*. Elle sera complétée par l'*Indian Act* de 1880, révisé en 1951, et est toujours en vigueur. La *Loi* définit les Indiens, mais le fait de façon restrictive : il y a moins d'Indiens « juridiques » que d'Indiens « réels ». Autre fait grave : les critères d'admissibilité au statut d'Indien ont été définis par le Parlement, en pratique mis en œuvre par les fonctionnaires, et non par les autochtones eux-mêmes ou leurs associations, ce qui explique qu'aujourd'hui la majorité d'entre eux y soit hostile. Sur la base de cette législation, on doit distinguer plusieurs catégories d'Indiens et assimilés (en 1939, dans l'arrêt *Re Eskimos*, la Cour suprême décida que l'Esquimau était juridiquement un Indien). Les deux premières concernent des Indiens « inscrits », dont le statut peut être défini par un traité ou une autre source. Les deux dernières, dont les membres sont exceptés du statut d'Indiens, sont les Indiens « non inscrits » et les Métis. On ajoutera qu'au XIX^e siècle, la politique gouvernementale incitait les Indiens à s'émanciper de leur statut afin de se « civiliser ».

Au XX^e siècle, la situation n'évolua que lentement. Ce n'est qu'en 1969 que le suffrage universel a été accordé dans l'ensemble du Canada, aux élections tant fédérales que provinciales, aux Indiens privés du droit de vote (soit ceux demeurant dans les réserves). De manière générale, on constate jusqu'aux années soixante-dix une grande continuité avec les principes hérités du XIX^e siècle ¹.

Une conviction domine : les autochtones sont « inférieurs », non pour des causes raciales et biologiques, mais en raison de leurs cultures, beaucoup moins avancées que celle des Européens. Il convient donc de les civiliser, mais progressivement. C'est la politique dite du « gradualisme ». Les traités ne prévoient donc le maintien de certaines de leurs spécificités qu'à titre transitoire. L'avenir des autochtones, pour leur plus grand bien, réside dans l'assimilation. En 1968, l'élection de Trudeau annonce même un changement de rythme : le gradualisme est jugé trop lent, il faut maintenant passer à l'assimilation rapide. Le Premier ministre déclare : « ... Je juge inconcevable que dans une société une partie de cette société ait des relations avec une autre partie réglées par un traité. Nous devons tous être égaux en vertu des mêmes lois, et ne pas signer de traités entre nous-mêmes [...]. Ils [les Indiens] doivent devenir des Canadiens comme les autres. » ²

¹ Cf. M. Asch, *op. cit.*, p. 59-64.

² Cité par P. Cumming et N. Mickenberg, *Native Rights in Canada*, Toronto, Indian-Eskimo Association of Canada and General Publishing, 1972, p. 331.

Cinq ans plus tard éclatait le coup de tonnerre de l'arrêt *Calder* qui ouvrait une tout autre voie dans l'histoire des relations des autochtones avec le Canada. Il sera suivi d'autres décisions, formant une jurisprudence qui continue à évoluer aujourd'hui encore. Il faut d'ailleurs observer que la cause des autochtones doit beaucoup, au Canada, à l'action des [p. 387] tribunaux depuis les années soixante-dix. Les Amérindiens se servent d'ailleurs constamment de ces décisions dans la poursuite de leurs intérêts. En 1973, à la Cour suprême, trois juges sur sept affirment dans l'arrêt *Calder* l'existence et la persistance du « titre indien » sur les territoires Nishgas, sans qu'il soit nécessaire de le prouver en produisant des documents, actes ou lois du Parlement, ou d'une autre autorité : « ... il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien et en l'appelant "droit personnel de la nature d'un usufruit", la solution du problème n'en devient pas plus facile. Ils [Les Nishgas] affirment dans la présente action qu'ils avaient le droit de continuer à vivre sur leur terre comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint. »

Bien que ces avis n'aient pas rassemblé la majorité des juges dans l'affaire citée, l'arrêt *Calder* marque le début ¹ d'un *aggiornamento* chez les juristes canadiens : nombre de lois antérieures et de traités seront réinterprétés à partir de sa lecture. Sans lui, les modifications concernant les autochtones dans la Loi constitutionnelle de 1982 ne se seraient probablement pas produites. Observons d'abord que, conformément à une de leurs revendications constantes ², le nouveau texte constitutionnel entérine la distinction entre minorités et autochtones, puisqu'il en traite séparément ³. D'autre part, son article 35.1 affirme expressément que : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. » Ces droits ainsi garantis sont de nature collective : les autochtones constituent des entités constitutionnelles distinctes. Elles ne sont pas fondées sur la race, mais sur les règles déterminées par chaque groupe visé définissant des critères d'appartenance, où peuvent entrer la résidence, l'autodéfinition, la condition adoptive, etc. *A priori*, un Blanc pourrait donc être considéré comme autochtone, s'il remplit les conditions exigées.

Par la suite, des arrêts (*Sparrow* et *Sioui*, en 1990) ont précisé les limites de ces droits, en commentant le terme « existants ». D'autre part, beaucoup de juristes pensent que les droits « ancestraux » comprennent le droit à l'autonomie gouvernementale. Ce droit était qualifié d'*inhérent* par l'Accord de Charlottetown (1992), repoussé par référendum (pour des raisons qui tenaient beaucoup plus au statut du Québec dans le Canada qu'à la question autochtone : le concept a donc survécu à l'Accord). Il s'agirait d'un droit préexistant, qui ne pourrait être que reconnu, et non pas créé. D'autre part, il ne pourrait conduire à la sécession, devant être exercé dans le cadre de la Confédération canadienne. Enfin, l'arrêt *Sparrow* posant que les droits ancestraux et issus de traités sont censés être à l'abri des empiétements législatifs, les lois qui pourraient être prises par de futurs gouvernements autochtones l'emporteraient sur les autres, à condition toutefois qu'elles ne contreviennent pas à une norme constitutionnelle fondamentale.

L'introduction de ce droit dans un projet d'Accord témoigne d'une autre voie qu'à côté des recours judiciaires les autochtones canadiens surent utiliser : celle des traités modernes, plutôt qualifiés d'*Ententes*, *Conventions*, ou *Accords*. Ils ont pour but de clarifier la question des droits territoriaux des autochtones ainsi que celle de leurs pouvoirs de gestion des affaires locales, et prévoient le versement d'indemnités financières. Le gouvernement canadien est favorable à ce

¹ La même année, au Québec, le jugement *Malouf* – infirmé en 1974 par la cour d'appel du Québec – suspendait les travaux d'aménagement hydroélectrique de la Baie James en se fondant sur l'occupation de leurs territoires par les autochtones « depuis des temps immémoriaux » (cf. N. Rouland, *Les Inuit du Nouveau-Québec et la Convention de la baie James*, Québec, Université Laval, 1978, p. 32-37).

² Cf. *infra*, p. 434-437.

³ Art. 15, 16, 23 et 29 pour les minorités ; 25, 35, 37 pour les autochtones.

qu'ils comportent des clauses d'extinction des droits ancestraux, mais ce point est contesté par les autochtones.

[p. 388]

Tous les groupes autochtones n'ont pas signé de tels accords. Mais certains, très importants, sont déjà acquis : Convention de la baie James (1976), concernant le nord-ouest de la baie d'Hudson ; Accord *Inuvialuit* (nord-ouest du Canada). On signalera tout particulièrement l'Accord du *Nunavut*, situé dans les Territoires du Nord-Ouest, signé en 1993 et entrant en vigueur en 1999, qui porte sur 2,2 millions de kilomètres carrés (soit le cinquième du Canada). Il entraînera le transfert des titres de propriété à 18 000 Inuit sur près de 400 000 km² de terres et des droits au sous-sol du dixième de cette surface environ. Les Inuit recevront en outre un milliard de dollars. En contrepartie, ils devront renoncer à leurs revendications territoriales ancestrales sur le reste du *Nunavut* (« Notre Terre »), qui restera propriété du gouvernement fédéral.

L'ensemble de ces processus n'a pas pour but d'annuler les effets de la conquête, irréversibles, ni de rendre aux autochtones l'intégralité de leurs droits et territoires. Le contenu de la jurisprudence et des accords montre qu'il s'agit d'établir un compromis acceptable pour toutes les parties. Les résultats déjà acquis étaient difficilement concevables il y a moins de trente ans : le Canada a bien rattrapé son retard.

La bibliographie sur ce sujet est très importante, et celle concernant le Québec d'accès facile pour le lecteur francophone. On se bornera ici à indiquer quelques titres.

Un bon résumé – mais qui date déjà de 1988 – est donné par : Les droits des autochtones au Canada : du défi à l'action, *Rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur les droits des autochtones au Canada*, Association du Barreau canadien, Ottawa, Ontario, 1988. On le complétera obligatoirement par la lecture du *Rapport final* (prévu pour l'été 1995) de la *Commission royale sur les peuples autochtones*, créée à la suite des événements d'Oka, qui envisage l'ensemble des rapports entre les autochtones et la société canadienne. On suivra également les revues *Recherches amérindiennes au Québec* (6742, rue Saint-Denis, Montréal) et *Études Inuit* (Université Laval, Québec). Au sujet des traités modernes, cf. N. Rouland, *Les Inuit du Nouveau Québec et la Convention de la Baie James*, Québec, 1978 ; S. Vincent – G. Bowers, *Baie James et Nord québécois : dix ans après*, *Recherches amérindiennes au Québec*, 1988 ; M. Jacot, La revanche des Indiens du Canada, *Le Monde*, 25 janvier 1992, 1, 6 ; P. Bovet, Que faire des « premières nations » ?, *Le Monde diplomatique*, juillet 1995, 8. Au sujet de la jurisprudence récente, cf. A. Bissonnette, Le juge canadien et son interprétation des droits des peuples autochtones, dans C. Bontems, *op. cit.*, *supra*, p. 371, n. 2.

[p. 389]

Chapitre 2

Les progrès normatifs

[Retour au sommaire](#)

Les normes sont un des enjeux des dynamiques juridiques. Sans adhérer à la position des positivistes, qui y identifient exclusivement le droit, on procédera dans ce chapitre à un état des lieux concernant dans ce domaine les peuples autochtones, les développements suivants traitant davantage des pratiques et de leurs acteurs.

Depuis une vingtaine d'années se forme progressivement un droit spécifique des peuples autochtones, distinct de celui des minorités, même si ces deux domaines juridiques se recoupent fréquemment. En Europe, berceau des minorités, ce droit est d'apparition récente et d'un volume encore réduit. En revanche, le phénomène est moins neuf en droit international. Il mérite donc davantage de développements. Droit européen et droit international constitueront en conséquence la matière des deux sections de ce chapitre.

Section I

Le droit européen

191 UN CHIFFRAGE DIFFICILE. – L'Europe n'est pas considérée dans le monde actuel comme une zone de peuplement autochtone, alors qu'elle compte de nombreuses minorités. Ce contraste s'explique largement par l'histoire mouvementée de ce continent, où les déplacements de populations ont été nombreux et les conflits fréquents. Certains groupes que nous considérerions comme autoch-
[p. 390] tones ont aujourd'hui disparu ; d'autres ont été déterritorialisés et forment plutôt des minorités : les brassages de populations ont

été fréquents. De plus, le statut de certaines collectivités est contesté : les Basques, les Bretons, les Gallois et Écossais sont-ils des autochtones, des minorités, ou les éléments indivis d'un même peuple (sans parler des Tziganes, que le Groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones inclurait volontiers parmi les autochtones) ?

Pour s'en tenir aux catégories communément admises, on énumérera certaines populations indéniablement autochtones. En premier lieu, les Saames (autrefois appelés Lapons) du nord de l'Europe. Environ 60 000 individus (40 000 en Norvège, 15 000 en Suède, 4 000 en Finlande, 2 000 en Russie). Ensuite des peuples appartenant à l'outre-mer de certains États, ex-territoires coloniaux : 45 000 Inuits du Groenland, (10 000 Danois y résident de surcroît) de souveraineté danoise ; les divers autochtones de l'outre-mer français ¹ (dont 80 000 Canaques en Nouvelle-Calédonie et 4 000 Amérindiens de Guyane). Enfin, bien qu'elle ne fasse pas institutionnellement partie d'une Europe dont elle cherche cependant à se rapprocher, on peut aussi évoquer le cas de la Russie (depuis 1990, elle participe aux travaux du Groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones) qui, dans sa seule zone nordique, compte 26 peuples autochtones regroupant 184 000 individus.

Comme on le voit, il est difficile de chiffrer le nombre des autochtones européens : les proportions varient beaucoup suivant qu'on s'en tient ou non aux catégories juridiques les attestant ou niant. Plusieurs centaines de milliers d'individus sont cependant concernés par un droit à l'état embryonnaire.

Par ailleurs, les institutions européennes ne bornent nullement leurs initiatives aux autochtones vivant en Europe. Comme nous allons le voir, elles s'intéressent surtout à des populations disséminées dans le monde entier. Enfin la CSCE a elle aussi marqué son attention aux autochtones. Nous étudierons successivement l'action des institutions européennes, et le rôle joué par la CSCE.

¹ Cette qualification d'autochtones n'est pas officiellement reconnue par l'État français qui, par principe, ne reconnaît aucune minorité ou autochtones sur son sol. L'ONU cependant qualifie ainsi les Amérindiens de Guyane française, ainsi que les Canaques de Nouvelle-Calédonie : E/CNA/Sub. 2/476/Add. 1 du 16 juillet 1981 ; résolution 47/26 du 29 novembre 1992 de l'Assemblée générale. Pour notre part, nous comptons comme autochtones de l'outre-mer français les Canaques, Amérindiens, Polynésiens, Wallisiens, Mahorais. Sur les débats sur ce thème et la justification de notre position, cf. *infra*, p. 440, n. 4, et 518-520.

[p. 391]

I | LES INSTITUTIONS EUROPÉENNES

Jusqu'au début de cette décennie, on pensait en Europe que le droit des minorités suffirait à protéger les peuples autochtones. De plus, les États européens considéraient que le statut des autochtones était une question purement interne. Mais à partir de 1990 ces points de vue ont évolué. Depuis 1993, la Communauté européenne a augmenté le montant des fonds consacrés aux projets concernant les autochtones. On constate d'autre part que, suivant le même processus que nous identifierons en droit international, la spécificité du statut des autochtones est prise en compte par les institutions européennes. Nous étudierons ici les initiatives de trois d'entre elles : le Parlement, le Conseil des ministres de l'Union européenne, la Commission européenne.

192 LE PARLEMENT. – Les membres du Parlement sont élus tous les cinq ans par 318 millions d'électeurs européens (342 depuis la réunification de l'Allemagne). Il joue un rôle plus politique que juridique : il n'a pas de pouvoir d'initiative sur le plan législatif et ne peut qu'amender la législation européenne, qui est essentiellement l'œuvre de la Commission. Ses recommandations et résolutions n'ont pas de force contraignante : point déterminant, car c'est essentiellement cette forme qu'ont prise ses initiatives en faveur des peuples autochtones. Il comprend dix-neuf commissions, dont certaines sont plus spécifiquement concernées par les questions autochtones (Commission aux affaires étrangères, au développement, à l'environnement). Mais les organes les plus impliqués sont la Sous-Commission des droits de l'homme et l'Intergroupe parlementaire pour les peuples autochtones. Celui-ci a été créé en 1993. Ses membres se réunissent au moins une fois par mois et sont en relation avec diverses organisations internationales autochtones ; ils appartiennent à diverses tendances politiques (les Intergroupes n'ont pas de pouvoirs de décision ; chaque membre du Parlement peut prendre l'initiative d'en fonder un).

Les initiatives du Parlement ont pris trois formes : rapports, résolutions, questions écrites et orales.

[p. 392]

Les *rapports* sont rédigés avec la collaboration des associations autochtones et de diverses autres organisations, qui peuvent faire parvenir documents et suggestions au Rapporteur. Après un travail d'élaboration, le texte définitif donne lieu à un projet de résolution qui est ensuite soumis au vote du Parlement. Le premier rapport fut commandé en 1987, et conduisit l'année suivante à l'adoption

d'une résolution sur le statut des Indiens ¹. En mars 1992, la Commission des affaires étrangères nomma un Rapporteur chargé d'étudier les effets du droit international sur l'environnement et les droits des peuples autochtones. Celui-ci a recommandé la création d'une délégation interparlementaire comprenant des membres du Parlement européen et des représentants des peuples autochtones ².

Les *résolutions* prises par le Parlement concernant les autochtones se montent, entre 1988 et 1993, à 28 textes ³. La plupart d'entre eux concernent des groupes autochtones situés hors d'Europe : Malaisie (Penan, Kelabit, Kayan), Inde (Naga), Birmanie (Karen), Bangladesh (autochtones des Chittagong Hill Tracts), Afrique (Soudan : Nuba, Mali et Niger : Touareg), Amérique du Sud (Brésil : Yanomami et Awa Guaja, diverses populations d'Équateur ; Colombie : Indiens Paez ; Canada (Inuit et Mohawk). On remarquera avec intérêt que le Parlement semble surtout préoccupé par les zones du monde où les autochtones se trouvent particulièrement en danger. Globalement, ses résolutions portent sur trois thèmes : la violation des droits de l'homme ; les programmes de développement (une attention particulière est consacrée à la déforestation de certaines zones, comme en Amazonie et en Malaisie) ; l'environnement. On notera qu'en 1994, une résolution (prise à l'initiative des écologistes) reconnaît aux autochtones « le droit de déterminer leur destin en choisissant leurs institutions, leur statut politique et le statut de leur territoire » ⁴, et recommande aux États de respecter les traités passés avec eux.

Un certain nombre de *questions écrites ou orales*, avec ou sans [p. 393] débat, concernent également les peuples autochtones (Aborigènes d'Australie, Yanomami du Brésil, certains peuples sibériens, Indiens du Surinam). Une de ces questions ⁵ concernait la destruction en Guyane française de la forêt tropicale et les droits des Indiens Galibi.

Les initiatives du Parlement portent donc souvent sur l'environnement : cette liaison entre les peuples autochtones et la préservation du milieu naturel a également été effectuée par le Sommet de Rio ⁶. Le Parlement est à l'origine des textes européens les plus nombreux concernant les autochtones. Ceux-ci n'ont qu'une portée politique. Cependant leurs conséquences ne sont pas négligeables. Chaque résolution donne le plus souvent lieu à des réponses des représentants de la Commission et du Conseil des ministres. Par ailleurs, le Parlement a des pouvoirs importants concernant les programmes de coopération avec des États-

¹ Doc. A 2 44/89, OJC 120, 14 avril 1989.

² Résolution A 3-0059/93, 9 février 1994, § 14.

³ Le contenu en est donné dans L. Van De Fliert (ed.), *Indigenous Peoples and International organisations*, Nottingham, Spokesman, 1994, p. 163-173.

⁴ *Union européenne, Parlement européen, Résolution sur les mesures internationales nécessaires à une protection effective des peuples indigènes* (A 3-0059/94, 9 février 1994, § 6, p. 2).

⁵ H-045392.

⁶ Cf. *infra*, p. 418-419.

tiers, dont il peut conditionner l'acceptation en exigeant le respect des droits des autochtones.

193 LES INITIATIVES DU CONSEIL DES MINISTRES ET DE LA COMMISSION EUROPÉENNE. – Le *Conseil des ministres* de l'Union européenne est le principal organe législatif européen. Il est composé de ministres des 15 États-membres et a le pouvoir d'adopter la législation qui lui est soumise par la Commission. En réponse aux résolutions du Parlement et aux propositions de la Commission, il a adopté depuis 1990 plusieurs textes concernant les autochtones, essentiellement dans les domaines des Droits de l'homme et de l'environnement (déforestation). Les sanctions et incitations sont souvent d'ordre financier. Le Conseil avertit que des violations des spécificités culturelles et des Droits de l'homme des autochtones (qualifiés de « minorités ethniques ») d'Asie et d'Afrique¹ peuvent entraîner la discrimination ou la suppression des aides prévues dans les programmes de coopération. Par ailleurs, dans le prolongement du Sommet de Rio, le Conseil a décidé le versement de subventions importantes aux pays en voie de développement dans le cadre des mesures prévues par l'*Agenda 21*².

La *Commission européenne* est la structure administrative de la [p. 394] Communauté. Ses attributions sont importantes. Elle propose au Conseil des ministres et au Parlement des mesures d'application des politiques communautaires, établit ces politiques sur la base des décisions du Conseil des ministres, administre des budgets et négocie les accords entre la Communauté et les États-tiers. L'organe de la Commission qui traite le plus souvent des questions concernant les autochtones est le Département des droits de l'homme, dépendant de la Direction générale des relations politiques étrangères. La Commission a soumis au Conseil et au Parlement diverses propositions les concernant portant sur les droits de l'homme, les politiques de développement, la protection de l'environnement (déforestation), principalement à partir de 1991. Des sommes importantes ont été débloquées pour favoriser la coopération avec les États tiers dans ce domaine³, et depuis 1993 deux postes concernent spécifiquement les autochtones dans le budget communautaire.

Comme on le voit, les diverses institutions européennes font preuve d'un intérêt croissant envers les autochtones. Celui-ci est trop récent – moins de dix ans – pour que des conclusions s'imposent. Tout au plus peut-on procéder à quelques remarques. D'une part, l'Europe parle peu des autochtones... européens, concentrant son attention sur ceux du Tiers Monde, là où dans bien des cas le danger est le plus grave. D'autre part, les diverses institutions européennes

¹ Cf. L. Van de Fliert, *op. cit.*, p. 31-32.

² Cf. *infra*, p. 418.

³ Cf. L. « Van de Fliert, *op. cit.*, p. 174-180 : Annexe II. European Commission Involvement in Indigenous People's Projects.

coordonnent leurs actions dans trois champs bien définis : les droits de l'homme (ce qui confirme la complémentarité que nous constaterons en droit international entre ceux-ci et les droits des peuples autochtones) ; le développement durable, dans la ligne du Sommet de Rio et des théories de l'ethno-développement ; la protection de l'environnement (notamment la limitation de la déforestation). Enfin, on notera que le coefficient de juridicité de la plupart de ces textes est en général assez faible. Ils ne sont pas pour autant seulement incantatoires, dans la mesure où leurs principes conditionnent souvent l'octroi ou le refus d'aides financières qui peuvent être importantes.

Les décisions de la CSCE n'ont pas non plus de caractère juridiquement contraignant. Mais elles aussi possèdent un poids politique non négligeable.

[p. 396]

II | LES DÉCISIONS DE LA CSCE

194 L'APPARITION DES AUTOCHTONES DANS LA CSCE. – En 1991, le Canada suggère que la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE, devenue en 1995 *Organisation* : OSCE) traite spécifiquement du sort des autochtones des États-membres. En 1992, le Groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones effectue la même recommandation. La même année, l'article 12 de la Déclaration du Sommet d'Helsinki les concerne indirectement : « Il reste beaucoup à faire pour édifier des sociétés démocratiques et pluralistes, telles que la diversité soit protégée et respectée pleinement dans la pratique. » L'article 29 des Décisions les vise explicitement : « [Les États participants] Notant que les personnes appartenant à des populations autochtones peuvent rencontrer des problèmes particuliers dans l'exercice de leurs droits, conviennent que les engagements auxquels ils ont souscrit dans le cadre de la CSCE s'agissant des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'appliquent pleinement et sans discrimination à ces personnes. »

Cette mention constitue sans nul doute un progrès, mais ses limites à cette heure sont nombreuses.

Tout d'abord, on remarquera qu'à la différence des procédures adoptées à l'ONU, les peuples autochtones ne bénéficient pas de la possibilité de participer directement au processus de négociation¹. Les États scandinaves et la Russie avaient proposé qu'ils y soient associés, mais cette initiative fut bloquée par la France. Ils peuvent seulement avoir des consultations informelles avec les États participants et leur soumettre des rapports écrits.

¹ Cf. R. L. Barsh, *Indigenous Peoples in the 1990's*, *Harvard Human Rights Journal*, 7 (1994), p. 73-74.

D'autre part les documents de la CSCE ne définissent pas plus les minorités nationales objet de leur attention que les autochtones. Chaque État participant peut donc ne pas s'estimer concerné par les dispositions les concernant ¹, arguant que de tels groupes n'existent pas sur son territoire. Ce que ne manquent pas de faire la France, la [p. 396] Grèce, la Turquie et la Bulgarie. De plus on remarquera que le texte cité plus haut emploie des formulations prudentes : les droits visés sont ceux des « personnes » et n'ont donc qu'un caractère individuel n'emportant aucune reconnaissance des groupes autochtones en tant qu'entités ; ceux-ci sont qualifiés non pas de peuples, mais de « populations », ce qui rend plus difficile une éventuelle revendication du droit à l'autodétermination.

Enfin les textes émanant de la CSCE ne constituent pas pour les États des engagements juridiques conventionnels, et échappent au droit des traités, même si leur poids politique n'est nullement négligeable.

Malgré ces diverses restrictions, il reste que les autochtones ont fait leur apparition sur le théâtre de la CSCE. Cette innovation est en soi significative de l'évolution des esprits, l'avenir en fixera la mesure. Il dépend en partie des équilibres internes aux États. On peut par exemple noter que les autochtones sont très influents au Comité des nationalités du Parlement de Russie, et peuvent conduire cet État à accentuer sa pression sur l'OSCE. Cela d'autant plus que dans un forum regroupant une soixantaine d'États, le poids de la Russie et des États-Unis peut être plus déterminant que celui des pays d'Europe de l'Ouest.

Il est donc bien trop tôt pour déterminer ce que sera le statut des autochtones d'Europe. On peut penser qu'il dépendra largement du règlement pacifique du problème minoritaire sur ce continent. Plus celui-ci sera long et difficile, plus les États seront réticents à prendre le risque d'ouvrir un second front sur le terrain autochtone. Et inversement.

Le droit international offre davantage de repères.

¹ En 1990, le document de Copenhague (art. 33), repris en 1991 par celui de Genève, précisait que : « Les États participants protégeront l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse des minorités nationales sur leur territoire et créeront des conditions favorables à promouvoir cette identité. »

Section II

Le droit international

[Retour au sommaire](#)

Un droit spécifique des autochtones est en cours d'élaboration depuis une vingtaine d'années. Il provient de réflexions doctrinales et de l'activité normative d'institutions pour la plupart reliées à l'ONU.

[p. 397]

I | LA DOCTRINE

Comme dans toute matière juridique, la doctrine est constituée par les réflexions d'un certain nombre d'auteurs. Ils sont essentiellement anglophones, le sujet ayant suscité peu d'intérêt en France, dont la tradition est hostile à ces considérations. On la trouve aussi dans les résultats d'enquêtes commanditées par l'ONU, qui retiendront ici notre attention : le rapport Cobo et l'étude de M. A. Martinez.

A – Le rapport Coho sur les discriminations à l'encontre des populations autochtones

195 L'ÉLABORATION DU RAPPORT. – En 1971, le Conseil économique et social de l'ONU mandate la Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités afin qu'elle entreprenne « une étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones ». Sa rédaction est confiée à José R. Martinez Cobo ¹. Elle durera plus de dix ans. Les débuts sont difficiles, car le projet suscite peu d'intérêt de la part des membres de la Sous-Commission. Mais trois conférences internationales d'ONG autochtones vont lui donner un élan décisif. En 1977 se tient la première conférence internationale des ONG à l'ONU sur « la discrimination à l'encontre des populations autochtones des Amériques » (60 nations autochtones du continent y participent, sous la houlette de l'*International Indian Treaty Council*). Elle pose bien des questions qui seront traitées dans le rapport. Ensuite la Conférence de Genève de 1978 sur le racisme et la discrimination raciale, à laquelle participent

¹ Le lecteur francophone pourra se référer à ce sujet à F. Morin, Vers une déclaration universelle des droits des peuples autochtones, dans : H. Giordan (dir.), *Les minorités en Europe*, Paris, Kimé, 1992, p. 498-502.

33 des 37 États qui collaborent au rapport. Sa déclaration finale vise explicitement les autochtones en souscrivant « au droit des peuples indigènes de conserver leurs structures traditionnelles, économiques et culturelles, y compris leur propre langue, et [elle] reconnaît également la relation spécifique des peuples indigènes à leur terre en [p. 398] insistant pour que celle-ci et les droits territoriaux des autochtones ne soient pas spoliés ». Enfin, en 1981, une conférence est tenue par un sous-comité des ONG à l'ONU sur les peuples autochtones et leur rapport à la terre. Les participants réclament notamment la création à l'ONU d'un groupe de travail permanent sur les populations autochtones. Le rapport Cobo a donc bénéficié d'une occurrence historique : les premiers succès des organisations autochtones en Amérique du Nord et sur la scène internationale.

196 LE CONTENU DU RAPPORT. – Bien que la majorité des États-membres de l'ONU n'ait pas répondu aux demandes d'informations de J. R. M. Cobo ¹, son contenu est fondamental pour la formation d'un droit international spécifique des autochtones ². Le rapport est basé sur les informations collectées auprès des États, des ONG, organisations autochtones et experts. Il contient tout d'abord une importante partie descriptive qui s'efforce de dresser un état des lieux : chiffrage des populations ³ ; données concernant des secteurs très divers (santé, logement, enseignement, emploi, langue, religion, droits territoriaux et politiques, organisation judiciaire, etc.) ; établissement des discriminations, etc. On dispose donc là d'une véritable bible, incontournable pour le chercheur. Pour autant, ces données doivent être soumises à une analyse critique. D'une part, ces rensei-[p.

¹ 37 États ont répondu : Argentine, Australie, Bangladesh, Birmanie, Bolivie, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Danemark (pour le Groenland), Équateur, États-Unis, Finlande, Guatemala, Guyane, Honduras, Inde, Indonésie, Japon, Laos, Malaisie, Mexique, Nicaragua, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Panama, Paraguay, Pérou, Philippines, Salvador, Sri Lanka, Suède, Surinam, Venezuela. La France appartient à cette liste dans la mesure où, interrogée sur le cas des Amérindiens de Guyane, elle a répondu... mais de façon négative. On notera également que beaucoup d'États ayant sur leur territoire des populations autochtones n'ont pas répondu. Le peu d'États africains qui se sont manifestés ont soit répondu qu'ils n'avaient pas d'autochtones, soit que tous leurs groupes de population étaient autochtones. Le fait qu'un État ait répondu ne signifie pas nécessairement qu'il établisse une protection spécifique et suffisante des autochtones sur son territoire : beaucoup d'exemples négatifs de cette liste (Indonésie, Australie, Mexique à l'époque du rapport, etc.) le prouvent.

² Le rapport Cobo comprend cinq volumes. Pour une première approche, le lecteur pourra se référer au cinquième, qui synthétise les précédents et formule un certain nombre de propositions : cf. José R. Martínez Cobo, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, vol. V : *Conclusions, propositions et recommandations*, E/CNA/Sub. 2/1986/7/Add. 4 (les cotes de chaque chapitre de l'ensemble de l'étude sont indiquées à la p. 1 de ce dernier volume).

³ E/CNA/Sub. 2/476/Add. V, p. 3-7. Ce chiffrage – 109 656 045 – est très inférieur au total estimé aujourd'hui à 300 millions d'individus. Cette différence provient du fait que ces estimations sont fournies principalement par les États : certains préfèrent minorer le nombre de leurs autochtones ou en nier l'existence, sans oublier que la majorité d'entre eux n'ont pas répondu à J.M. Cobo.

399] gnements émanent en partie des États (et plus exactement d'une minorité d'entre eux), ce qui pose le problème du contrôle de leur véracité ; d'autre part ils ont été recueillis il y a maintenant près de vingt ans, d'où leur nécessaire actualisation.

Le rapport Cobo contient par ailleurs une partie proprement doctrinale, où sont abordées des questions qui, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, sont aujourd'hui au cœur de la problématique des droits autochtones : définition des populations autochtones, droit à l'autodétermination, droits linguistiques et territoriaux, etc. Le rapport distingue notamment six types de politiques suivies par les États vis-à-vis des autochtones ¹. La *ségrégation*, reposant en général sur la croyance en une hiérarchie des cultures : elle revêt souvent la forme inadmissible de l'apartheid et des réserves-ghettos. L'*assimilation* repose également sur l'idée de hiérarchie : l'autre est accepté... à condition qu'il abandonne ses spécificités en faveur de la société dominante. L'*intégration* (voie française à l'heure actuelle, l'assimilation ayant – officiellement – été préférée dans le passé) représenterait une voie moyenne : elle n'implique que la suppression des spécificités qui, dans *chaque culture*, constituent des obstacles à l'unité de l'ensemble. Elle repose sur l'élimination des clivages purement ethniques, l'égalité juridique de tous les citoyens, à quelque groupe qu'ils appartiennent. Mais on peut observer que, dans la pratique, l'intégration est soumise à des rapports de force (les cultures en présence sont rarement sur un pied d'égalité *in concreto*), et a donc tendance à se muer en forme plus progressive d'assimilation. La *fusion*, « processus en vertu duquel deux cultures au moins s'associent pour en produire une autre qui diffère de façon marquée de chacune des cultures initiales, mais qui comprend des éléments de chacune d'entre elles, ainsi que de nouveaux éléments produits par le contact... » ². Ce fut le cas du *melting pot* aux États-Unis, qui cependant ne s'appliqua guère en ce qui concerne les Amérindiens. Le *pluralisme*, quant à lui, « ... vise à unir différents groupes ethniques dans un rapport d'interdépendance, de respect mutuel et d'égalité, tout en leur permettant de maintenir et de développer leur mode de vie propre. Il peut comporter une séparation physique, mais le plus souvent ce n'est pas le cas. Toute séparation existante est choisie volontairement : elle [p. 400] n'est pas imposée » ³. Intellectuellement séduisante, cette conception repose sur une vision positive des particularismes ethniques et correspond aux vœux de nombreux groupes autochtones, comme aux théories de la démocratie associative. Mais en pratique elle suppose un grand esprit d'ouverture, une politique de soutien économique important aux groupes *a priori* défavorisés. Elle n'est guère pratiquée qu'en Europe du Nord. Enfin l'*autonomie*, corollaire fréquent de l'orientation précédente. Elle ne se confond pas avec la sécession, mais peut s'identifier à une autogestion interne des groupes autochtones. La plupart d'entre eux insistent sur le caractère déterminant des facteurs culturels dans le développement économique ;

¹ Chap. IX : « Politique fondamentale », Doc. E/CNA/Sub. 2/1983/21/Add. 1, p. 4-10.

² *Ibid.*, § 22, p. 6.

³ *Ibid.*, § 28, p. 8.

la nécessité de la reconnaissance juridique du caractère collectif de la propriété des terres (on a vu que souvent, au contraire, les gouvernements ont mis en œuvre des politiques de lotissement individuel des terres tribales) ; la mise en œuvre d'une autonomie politique. Le total de ces innovations constitue un nouveau concept, l'« ethno-développement », adapté au cas des populations autochtones. Notons que l'autonomie repose elle aussi sur une appréciation favorable de l'ethnicité : « Dans l'autogestion, toute conscience politique passera par la reconnaissance de l'originalité ethnique ¹ [...] le groupe ethnique doit être une unité politique et administrative exerçant une autorité sur son propre territoire et dotée d'un pouvoir de décision dans les domaines qui font l'objet de son plan de développement dans le cadre d'un processus d'autonomie et d'autogestion croissantes. » ²

Enfin, le rapport Cobo se termine sur un certain nombre de recommandations dont la plupart ³ ont été aujourd'hui mises en œuvre ou achevées (révision de la Convention 107 de l'OIT, proclamation d'une Année internationale des populations autochtones, rédaction d'une Déclaration des droits et libertés des populations autochtones). Parmi elles, la rédaction d'une étude sur les traités conclus entre les États et les nations autochtones : même sous une version préliminaire, elle constitue aujourd'hui un apport majeur de la doctrine à la théorie des droits autochtones, sous le nom d'étude Martinez.

[p. 401]

B – L'étude Martinez sur les traités entre les États et les populations autochtones

197 L'ÉLABORATION DE L'ÉTUDE. – Outre le rapport Cobo, l'étude de M. A. Martinez trouve sa source dans le projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones, en cours d'élaboration. Son article 36 stipule que « les peuples autochtones ont le droit d'exiger que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus, honorés, respectés et appliqués par les États conformément à leur esprit et à leur but originels » ⁴. Formellement, le mandat de l'étude a été confié à M. A. Martinez (par ailleurs membre du Groupe de travail sur les populations autochtones) en 1987 par la Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires, et la Commission des droits de l'homme. D'une à l'autre instance, on remarquera qu'afin de ménager la susceptibilité des États, certaines limitations ont été ajoutées : le terme « peuples » a été remplacé par celui de « populations » ;

¹ *Ibid.*, § 28, p. 8.

² *Ibid.*, § 29, p. 9.

³ Malheureusement, l'étude spéciale sur les populations autochtones d'Afrique recommandée par le rapport n'a pas abouti à ce jour.

⁴ Doc. E/CNA/Sub. 2/1993/29, 23 août 1993, Annexe I.

la commission prévoit que le rapporteur devra « tenir compte des réalités socio-économiques des États et de l'inviolabilité de leur souveraineté et de leur intégrité territoriale... » ¹.

À l'heure actuelle, la rédaction de l'étude est en cours ², mais on dispose depuis 1992 d'un premier rapport intérimaire ³.

L'étude est basée sur des questionnaires, distribués aux États et [p. 402] aux organisations autochtones. Il semble que le taux de réponses ait été assez faible, au moins entre 1990 et 1992. L'étude devrait comporter trois parties. La première, d'ordre historique, traite des modalités de conclusion des traités entre groupes autochtones et États. La deuxième (probablement celle présentée en 1996) étudiera la manière dont *aujourd'hui* ces textes historiques peuvent être sollicités pour régler les relations entre États et autochtones au sein des divers droits *internes*. La troisième devrait surtout aborder le futur de ces relations.

Outre les traités et accords ⁴, l'étude envisagera sous la qualification d'« arrangements constructifs » « tous les textes législatifs et autres documents témoignant de l'établissement, par consensus, de liens juridiques ou quasi juridiques entre toutes les parties ». Les autochtones peuvent n'être visés par ces textes qu'en tant que tiers. Interprétant son mandat de façon très extensive, le Rapporteur précise en outre que ne seront pas exclus de son étude les autochtones non directement concernés par ces instruments, dans la mesure où « ... sans un tel examen, il ne serait pas en mesure de déterminer si les futurs traités, accords ou arrangements constructifs pourraient ou non contribuer de façon déterminante à améliorer leur situation actuelle » ⁵.

¹ Résolution 1988/56 ; cf. Commission des droits de l'homme, Rapport de la 44^e session, Doc. E/1988/12, p. 126-127.

² Cf. Miguel Alfonso Martinez :

- Plan de l'Étude sur les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus entre les États et les populations autochtones ; Nations Unies, Doc. E/CNA/Sub. 2/1988/24/Add. 1.
- Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones, Rapport préliminaire ; Nations Unies, Doc. E/CNA/Sub. 2/1991/33.
- Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones, Premier rapport intérimaire ; Nations Unies, Doc. E/CNA/Sub. 2/1992/32, qui constitue à ce jour le document le plus important.

Le second rapport intérimaire a été présenté à la Sous-Commission en août 1995 ; le rapport final est dû en 1996. Ayant rédigé ces lignes en juin 1995, nous ne pouvons malheureusement pas tenir compte de ces derniers textes. On notera seulement que le second rapport (E/CNA/Sub. 2/1995/27) insiste de nouveau sur la nécessité d'une approche d'anthropologie juridique ; étudie la distinction entre peuples autochtones et minorités (chap. II) et contient des études plus particulières sur l'Asie et l'Océanie.

³ Pour un premier bilan, voir I. Schulte-Tenckhoff, L'étude des Nations Unies sur les traités entre peuples autochtones et États, *Recherches amérindiennes au Québec*, XXIV-4 (1994), p. 17-27.

⁴ Les accords peuvent viser d'autres entités que les États, par exemple les Compagnies à charte.

⁵ Doc. CN.4/Sub. 2/1992/32, § 352.

À la lecture des documents préliminaires, il apparaît par ailleurs clairement que celui-ci compte faire une large place à l'anthropologie.

198. LE RECOURS À L'APPROCHE ANTHROPOLOGIQUE. – Le Rapporteur insiste plusieurs fois sur la nécessité de recourir à l'anthropologie ¹, qu'elle soit sociale, politique et tout spécialement juridique ², citant même dans cette dernière branche les travaux de l'école française ³. Bien que des critiques aient été formulées par des partisans de la conception traditionaliste du droit international, cette approche, comme l'écrit I. Schulte-Tenckhoff : « ... assure à l'étude des traités une certaine originalité par comparaison avec d'autres travaux issus de la Sous-Commission, prisonniers des évidences trompeuses de la rationalité dominante. Du point de vue juridique proprement dit, une [p. 403] double remise en cause s'avère ainsi nécessaire : la reconnaissance d'une pluralité des systèmes juridiques va de pair avec une historiographie non eurocentrique du "droit des gens". » ⁴

Le rapporteur dénonce ainsi l'évolutionnisme, qui aboutit à une hiérarchisation des cultures défavorable aux autochtones. Il insiste sur la nécessité de prendre en compte les représentations juridiques des autochtones. Pour lui, il faut revenir sur le concept classique de prééminence du texte écrit pour apprécier la validité des traités, étant donné l'oralité de la plupart des cultures autochtones. Après avoir fait l'historique des théories anthropologiques, il se déclare en faveur des thèses du pluralisme juridique ⁵. Le droit officiel, celui de l'État, n'est pas le seul ordre juridique existant : il existe aussi des systèmes juridiques autochtones, à l'aune desquels il convient de réinterpréter les traités pour mieux tenir compte du sens que leur prêtaient les autochtones quand ils les ont conclus.

L'objectif est assurément ambitieux et on ne doute pas que sa réalisation se heurtera à bien des scepticismes. Pourtant, c'est bien ainsi à notre sens que toute réflexion actuelle sur les droits autochtones doit être élaborée ⁶. Les instruments internationaux ne fourmillent-ils pas de dispositions valorisant le respect des particularismes culturels des autochtones ?

¹ *Ibid.*, § 35, 43.

² *Ibid.*, § 63, 68 sq.

³ *Ibid.*, § 75 et notes 21, 24, 25.

⁴ I. Schulte-Tenckhoff, *op. cit.*, p. 22.

⁵ *Ibid.*, § 73 sq. Nous avons résumé ces théories dans notre *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 74-97.

⁶ À cet infléchissement positif de la doctrine il faudrait que s'ajoutent, dans la formation des étudiants, des enseignements juridiques portant sur les autochtones. Au Canada, en 1988, de tels enseignements existaient dans une dizaine d'universités (dont deux au Québec) : voir Association du Barreau canadien : *Rapport du comité, Les droits des autochtones au Canada*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1988, p. 95-97.

II | LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

199 PRÉLUDE AUX DROITS AUTOCHTONES. – L'émergence d'un corpus spécialisé les concernant ne signifie pas qu'ils se trouvaient dans un vide juridique. À cette époque, et comme aujourd'hui, les autochtones peuvent se prévaloir de toutes les dispositions contenues dans les instruments internationaux visant les droits de l'homme [p. 404] et ceux des minorités. D'ailleurs, les institutions onusiennes où s'élabore la réflexion les concernant sont rattachées à la Commission des droits de l'homme.

En 1948, la Bolivie avait proposé à l'Assemblée générale de l'ONU que le Conseil économique et social crée une sous-commission chargée d'étudier la situation des Amérindiens. Cette idée n'eut guère de suites immédiates. L'Assemblée demanda seulement au Conseil d'étudier leurs problèmes en concertation avec des institutions spécialisées. Après quoi, le Conseil vota une résolution recommandant d'améliorer le niveau de vie de ces populations. Par ailleurs, lors de la préparation de la Déclaration universelle des droits de l'homme (adoptée en 1948), l'URSS et la Yougoslavie avaient proposé d'y inclure des articles sur les minorités, protégeant notamment les droits linguistiques autochtones¹. Sans succès. Les États latino-américains arguèrent que les minorités ne posaient chez eux aucun problème ; les États-Unis, alors attachés au *melting pot*, soutenaient que l'avenir des minorités résidait dans leur assimilation² et prônaient une version individualiste des droits de l'homme.

En 1957, l'OIT adopte une Convention (n° 107) qui vise explicitement les populations autochtones, mais dans l'optique de leur assimilation. En 1966, l'article 27 du Pacte international (ONU) relatif aux droits civils et politiques protège la langue, la culture et la religion des minorités ethniques, religieuses et linguistiques³. La France adhérera tardivement au Pacte (en 1980) et prendra soin de poser une réserve sur cet article 27, ne s'estimant pas concernée. Dans les années soixante, de nombreux ethnologues et des organisations humanitaires autochtones dénoncèrent les exactions commises à l'égard des Indiens dans plusieurs États d'Amérique latine. En 1971, le Conseil économique et social mandatait la Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires afin qu'elle effectue une étude sur les populations autochtones : le rapport Cobo allait en naître. On notera enfin que les deux conférences mondiales de la [p. 405]

¹ Voir F. Morin, *op. cit.*, p. 494 ; G. Johnson-J. Symonides, *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris, UNESCO/L'Harmattan, 1991, p. 75-76.

² On se souvient (cf. *supra*, p. 374-375) que l'essai de « solution définitive » du problème indien date de ces années.

³ Les autochtones ne sont pas visés explicitement, mais à une époque où ils sont quasiment absents des instruments internationaux, l'article 27 pouvait être invoqué à leur bénéfice.

lutte contre le racisme et la discrimination raciale (tenues à Genève en 1978 et 1983) ont traité quelques problèmes visant directement les autochtones.

Le cheminement fut donc très long, et, comme on le voit, le tournant s'amorce au moment où en Amérique du Nord les revendications autochtones commencent à prendre de l'ampleur.

L'activité normative des institutions internationales produit ses premiers résultats à partir des années quatre-vingt. On citera principalement ici la Convention 169 de l'OIT (adoptée en 1989), le projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones (toujours en cours de rédaction), et divers autres instruments internationaux (dont la Convention sur les droits de l'enfant, adoptée par l'ONU en 1989). On objectera que, mise à part la Convention 169, le résultat paraît décevant : ces textes n'ont qu'une valeur déclarative, et n'entraînent pas de contrainte juridique pour les États. L'argument n'est cependant pas déterminant. D'une part, leur seule existence possède une valeur symbolique, après un quasi-silence d'une quarantaine d'années. D'autre part, ils ont un poids politique important dans les débats internationaux et les luttes internes : la preuve en est que les États cherchent à les truffer de dispositions limitant l'ampleur des droits déclarés. Enfin, on observe que souvent tout ou partie des textes de cette nature, suivant leur impact politique, peuvent se retrouver dans des textes conventionnels, qui ont une force contraignante pour les États qui y adhèrent.

A – Les Conventions de l'OIT

200 UNE LONGUE TRADITION. – L'OIT et le BIT portent depuis longtemps une attention particulière aux peuples autochtones ¹. L'OIT est une des institutions créées pour assurer un nouvel ordre international après le premier conflit mondial. La SDN avait en charge la gestion de la paix sur les plans politique et militaire, la justice sociale revenant à l'OIT, dans la mesure où l'on pensait que l'une ne pouvait aller sans l'autre. Durant l'entre-deux guerres, elle s'occu-[p. 406] pera donc spécifiquement des *travailleurs* autochtones. Après la deuxième guerre, elle élargira son mandat aux peuples autochtones en tant que tels.

Dès 1921, le BIT effectue une série d'études sur les travailleurs autochtones dans les pays indépendants. En 1926, l'OIT crée un Comité d'experts du travail des autochtones dont les réflexions conduisent à l'adoption d'une série de conventions et de recommandations ². Les *travailleurs indigènes* sont définis par

¹ Cf. le rapport Cabo, Doc. E/CNA/Sub. 2/1982/2 Add. 1, § 31-63.

² Convention n° 29 concernant le travail forcé (1930) ; Recommandation n° 35 concernant la contrainte indirecte au travail ; Recommandation n° 36 concernant la réglementation du travail forcé (1930) ; Convention n° 50 concernant le recrutement des travailleurs indigènes (1936) ; Recommandation n° 46 concernant l'élimination du recrutement (1936) ; Convention n° 64 concernant les contrats de travail (travailleurs indigènes) (1939) ; Convention n° 65 concernant

la Convention 50 comme « des travailleurs appartenant, ou assimilés, à la population indigène des territoires dépendants des membres de l'organisation, ainsi que les travailleurs appartenant, ou assimilés, à la population indigène non indépendante des territoires métropolitains des membres de l'organisation ». À partir de 1945, on distinguera entre les pays indépendants et les territoires non autonomes. Entre 1939 et 1949, l'OIT et les États d'Amérique latine prennent plusieurs initiatives concernant les autochtones de ces pays. En 1951 se tient à La Paz la première session de la Commission d'experts de l'OIT pour le travail des autochtones¹. Elle adopte des résolutions dont l'esprit tend à protéger les autochtones en les faisant bénéficier du régime juridique appliqué au reste de la population. L'idée est généreuse, mais identifie la protection à l'assimilation. Enfin, en 1953, le BIT publie un ouvrage (*Les populations autochtones : conditions de vie et de travail des populations autochtones des pays indépendants*) qui est le premier document de référence sur les conditions de vie des autochtones sur le plan mondial.

L'intérêt de l'OIT pour les autochtones se manifestera par la suite sous la forme de deux textes majeurs. Rédigées à trente-deux ans de distance, les Conventions 107 et 169 opèrent un passage de l'assimilation au pluralisme. De plus, à la différence du projet de Déclaration universelle de l'ONU, elles entendent concerner non seulement les indi-[p. 407] gènes mais aussi les peuples tribaux, afin de garantir les droits de populations que certains États (notamment en Asie) ne reconnaissent pas comme autochtones.

201 LA CONVENTION 107 : L'ASSIMILATION. – En juin 1957, la Conférence internationale du travail adopte deux textes : la Convention 107 concernant la protection et l'intégration des populations indigènes et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants ; la Recommandation 104, visant les mêmes groupes. En 1981, 27 États avaient ratifié la Convention².

Son inspiration réside dans l'idée que le meilleur moyen d'abolir les inégalités dont sont victimes les autochtones est leur assimilation, notamment réalisée grâce à l'uniformisation juridique. Il faut donc assurer « leur intégration progressive dans leurs communautés nationales respectives ». D'ailleurs, la Convention parle de « populations », et non de « peuples », et ne fait aucune allusion à leur éventuelle autonomie, en fait contraire à la méthode préconisée. Aux États revient en priorité la tâche de mettre en œuvre cette intégration (art. 2, § 1) (en 1973, le

les sanctions pénales (travailleurs indigènes ;) (1939) ; Recommandation n° 58 concernant les contrats de travail (travailleurs indigènes) (1939) ; Recommandation n° 59 concernant l'inspection du travail (travailleurs indigènes) (1939).

¹ Ses membres sont originaires des pays suivants : Bolivie, Brésil, Canada, Équateur, États-Unis, Guatemala, Inde, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Philippines.

² Angola, Argentine, Bangladesh, Belgique, Bolivie, Brésil, Chine, Colombie, Costa Rica, Cuba, Égypte, Équateur, Ghana, Guinée-Bissau, Haïti, Inde, Malawi, Mexique, Pakistan, Panama, Paraguay, Pérou, Portugal, Salvador, Syrie, République dominicaine, Tunisie.

BIT jugera que la création de réserves pour les Aborigènes contrevient à l'esprit de la Convention). En fait, la Convention repose sur un préjugé évolutionniste, alors fréquemment partagé : les autochtones sont « en retard » par rapport aux sociétés dominantes. L'article 1 précise bien qu'elle s'applique : « Aux membres des populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants, dont les conditions sociales et économiques *correspondent à un stade moins avancé* ¹ que le stade atteint par les autres secteurs de la communauté nationale... ».

Il faut lire ce texte en fonction des mentalités de l'époque. On jugeait alors que les politiques séparatistes empêchaient l'accès des autochtones à l'égalité. Opinion légitime dans bien des cas, car les abus dont ils étaient victimes provenaient de distinctions de fait ou de droit *négligentes* qu'ils subissaient. Par ailleurs, certaines dispositions de la Convention prévoyaient des garde-fous à des processus trop brutaux d'assimilation : les coutumes et valeurs des autochtones devaient être prises en considération (art. 2, 4, 7, 8, 9) ; étaient exclues [p. 408] toutes les mesures d'assimilation forcée ou artificielle (art. 2[4], 2[2]). Mais comme on le sait, un texte s'interprète, et la tendance générale de la Convention s'exerçait à l'inverse du pluralisme.

Une trentaine d'années plus tard, on devait constater que les politiques d'assimilation-intégration n'avaient pas empêché, dans bien des cas, la dégradation du statut des autochtones et ne correspondaient plus à leurs vœux : le temps du pluralisme était venu.

202 LA CONVENTION 169 : LE PLURALISME CONDITIONNEL. – Dans les années quatre-vingt l'ambiance a changé. En Amérique du Nord, les Amérindiens ont réussi d'importantes percées ; le *melting pot* a cédé la place au multiculturalisme et à la politique de discriminations positives de l'*Affirmative Action*. Dans les milieux intellectuels, l'anthropologie a gagné du terrain ; l'ampleur nouvelle revêtue par les mouvements identitaires entraîne une désaffection vis-à-vis de l'assimilation. L'influence de la décolonisation est plus ambiguë. D'une part, avec elle finit une certaine idée de la supériorité de l'Occident ; d'autre part, dans beaucoup d'États nouvellement indépendants – dont les vertus démocratiques sont plutôt discrètes – les mots d'ordre sont l'unité nationale et le développement économique, qui ont donné lieu à des politiques dont les autochtones furent souvent victimes. Pour eux, Droits de l'homme et développement économique furent rarement associés, le développement tournant à leur spoliation, notamment territoriale.

La *Convention 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* entend y remédier. Adoptée en 1989, entrée en vigueur en

¹ C'est nous qui soulignons.

septembre 1991, elle a été ratifiée jusqu'en 1994 par seulement huit États¹. Les États qui ont ratifié la Convention 157 y demeurent liés tant qu'ils n'ont pas ratifié la Convention 169. Mais depuis l'entrée en vigueur de cette dernière, la Convention 157 n'est plus soumise à ratification : aucun État ne peut donc plus y adhérer. La Convention 169 se présente comme coordonnée aux instruments concernant les droits de l'homme (Déclaration universelle de 1948, Pactes de 1966 notamment), ce qui confirme la complémentarité souhaitée entre ces textes et le droit spécifique des autochtones.

[p. 409] Le changement de cap est manifeste par rapport à la Convention 107. Les principes qui l'animaient sont en effet condamnés par les experts de l'OIT : « [L'] intégration est devenue un concept destructeur, en raison notamment de l'interprétation qu'en ont fait les gouvernements. Elle s'est traduite concrètement par la disparition de modes de vie qui différaient de ceux de la société nationale. Les implications de ce principe ont également découragé les organisations indigènes et tribales de tirer pleinement profit des solides protections que leur garantit, par ailleurs, la Convention, dans la mesure où elles ont suscité chez elles une certaine méfiance à l'égard de cet instrument. En outre, ceux qui ont commenté la Convention ces dernières années ont presque tous déclaré que sa conception intégrationniste de même que le postulat implicite de l'infériorité culturelle de ces groupes qui lui est inhérent en font un instrument entièrement dépassé qui ne peut plus servir de base aux politiques nationales. »²

Dès lors apparaissent des différences significatives. Le terme de « populations » est remplacé par celui de « peuples », qualification dont les effets sont toutefois soigneusement limités³. Dans la définition de ces peuples il n'est plus fait mention d'un stade de développement « moins avancé ». Par ailleurs, l'esprit de nombreuses dispositions est nettement inspiré par des analyses pluralistes. Fondamentalement, il revient aux autochtones eux-mêmes de décider le degré de spécificité dont ils entendent jouir. Toutes les options sont donc théoriquement possibles, mais, compte tenu des vœux maintes fois exprimés par les organisations autochtones, on se doute que les solutions pluralistes seront préférées à l'assimilation. Par ailleurs, la Convention insiste sur le fait que les autochtones doivent participer aux décisions les concernant élaborées par les États. Les mesures visant leur protection et celle de leur culture ne peuvent être contraires à leurs désirs librement exprimés (art. 4[1-2]). Les autochtones passent donc du statut d'objets à celui de sujets de droit. Ce que confirme l'art. 1[2] insistant sur l'importance du critère de volonté dans l'autodéfinition des autochtones : « Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être

¹ Bolivie, Colombie, Costa Rica, Mexique, Norvège, Paraguay, Pérou, Honduras. Celle du Danemark est attendue. Pourraient également ratifier la Convention : le Guatemala, la Fédération de Russie, les Philippines et le Sri Lanka.

² Bureau international du travail, *Révision partielle de la Convention n° 107 relative aux populations indigènes et tribales*, 1957, Rapport VI(l), Genève, Conférence internationale du travail, 75, session, 1988, p. 20.

³ Cf. *infra*, p. 411.

considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les disposi-[p. 410] tions de la présente Convention. » La Convention ne se réfère pas explicitement aux notions d'autodétermination ou d'autonomie, mais semble y aboutir, étant donné ses nombreuses dispositions garantissant le respect des institutions indigènes.

Au total, elle confère donc aux peuples autochtones une capacité de production normative importante, soit qu'elle résulte de la prise en compte de leurs traditions, soit qu'elle provienne de leur collaboration avec les autorités étatiques. Ce qui pose inévitablement le problème des éventuels conflits de normes. Sans même évoquer les contradictions les plus flagrantes avec les systèmes juridiques des États modernes (peines physiques, infanticide, statut de la femme, etc.), on peut penser à des particularismes coutumiers qui peuvent poser des difficultés (système d'attribution des noms, polygamie, droits fonciers, etc.). L'article 8 [1-2] affirme clairement le principe d'une hiérarchie des normes :

« 1. En appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leur droit coutumier.

« 2. Les peuples intéressés doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international. Des procédures doivent être établies, en tant que de besoin, pour résoudre les conflits éventuellement soulevés par l'application de ce principe. »

Ces dispositions ne signifient pas que les droits interne et international ont systématiquement le pas sur les normes autochtones, mais que celles-ci ne disposent que d'une autonomie relative dès lors que les droits fondamentaux sont en cause. De plus, on peut faire remarquer que le respect des traditions culturelles ne veut pas nécessairement dire que doivent être conservées dans leur intégralité toutes les coutumes existant avant le contact avec la civilisation moderne. Beaucoup de celles-ci ont déjà disparu, et il revient aux autochtones eux-mêmes de réélaborer leurs propres traditions. Nous verrons d'ailleurs ¹ que c'est à tort que le concept de coutume est habituellement associé à celui de traditions « immémoriales » : sa plasticité permet en fait bien des adaptations.

[p. 411]

Il reste que ce principe de hiérarchie constitue une incontestable limite. Il y en a d'autres. La Convention précise que « l'emploi du terme « peuples » [...] ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du

¹ Cf. *infra*, p. 531-532.

droit international » (art. 1 [3]). Très souvent les obligations à la charge des États sont affectées d'un coefficient réducteur par des termes mentionnant qu'ils n'y sont tenus qu'« autant que possible »... ici encore, l'interprétation remodelera sans doute profondément le contenu de la Convention. D'où un accueil mitigé de la part des organisations autochtones. Certaines la considèrent comme un seuil minimal, d'autres la jugent profondément insatisfaisante. On constate d'ailleurs un clivage entre les différentes associations ¹. Celles des pays développés sont les plus critiques et bénéficient d'une expérience dans la pratique de ce type de débats ; les autres pensent – à juste titre – que l'application de la Convention dans leurs États constituerait déjà un progrès notable.

Quelles que soient les divergences d'appréciations que suscite ce texte, il reste qu'actuellement les Conventions 107 et 169 constituent les seuls instruments de droit positif concernant globalement les peuples autochtones et tribaux, possédant de surcroît une force contraignante pour les États qui ont choisi de les ratifier.

Le projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones va plus loin que la Convention 169 sur certains points, mais n'a qu'une valeur déclarative.

B – Le projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones

203 PRÉSENTATION. – En 1977 des délégations amérindiennes arrivent à Genève où se tient une conférence internationale des ONG sur « la discrimination à l'encontre des populations autochtones d'Amérique ». Les Hopi et les Iroquois sont munis de passe-[p. 412] ports tribaux... confectionnés à domicile. Après avoir hésité, les douaniers les admettent en Suisse. Cette conférence marque un tournant. Pour la première fois, les Amérindiens revendiquent la qualité de peuples, et non plus de minorités ethniques. Ils réclament la création d'un Groupe de travail à l'ONU et proposent la rédaction d'une *Déclaration des principes pour la défense des Nations et peuples autochtones du monde occidental*. Le Groupe est créé en 1982 ² et prend en charge la rédaction d'une *Déclaration universelle des droits des peuples autochtones*. La première version en est établie en 1988 ; elle sera l'objet de modifications successives ³.

¹ Voir L. Swepston, The Adoption of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (n° 169), *Law and Anthropology*, 5 (1990), p. 226.

² Cf. *infra*, p. 486-489.

³ Le lecteur doit donc se référer à la dernière version. Il trouvera le texte de celle de 1993 (Doc. E/CNA/Sub. 2/1993/29, 23, août 1993, Annexe 1, p. 56-67) dans : *Recherches amérindiennes au Québec*, XXIV-4 (1994), p. 71-83. C'est à partir de cette version que sont rédigées les lignes qui suivent. Par ailleurs, le texte de la Convention 169 de l'OIT se trouve notamment dans : A. Fenet (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 355.

À ce jour, ce projet comprend 45 articles, divisés en neuf parties précédées d'un préambule. Celui-ci affirme que « les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples en dignité et en droits, tout en reconnaissant le droit de tous les individus et de tous les groupes à la différence, à s'estimer différents et n'être respectés en tant que tels ». La première partie rappelle que les autochtones peuvent invoquer à leur bénéfice le droit international des droits de l'homme (art. 1) et pose le principe de leur autodétermination : « Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel » (art. 3), étant entendu qu'ils « ont le droit de maintenir et de renforcer leurs spécificités d'ordre politique, économique, social et culturel, ainsi que leurs systèmes juridiques » (art. 4). La deuxième partie vise notamment les mesures de protection contre « l'ethnocide ou le génocide culturel »¹ (art. 7). La troisième concerne la perpétuation des coutumes et cultures traditionnelles, notamment les droits intellectuels sur leur patrimoine. La quatrième se réfère à l'enseignement. La cinquième a trait au principe de codécision avec les États des mesures concernant les autochtones : « Les peuples [p. 413] autochtones ont le droit de participer, s'ils le souhaitent, pleinement et à tous les niveaux, à la prise de décisions pouvant avoir des incidences sur leurs droits, leur mode de vie et leur avenir, par l'intermédiaire de représentants qu'ils auront choisis conformément à leurs propres procédures » (art. 19). Par ailleurs, avant d'adopter des mesures concernant les autochtones, « les États doivent obtenir le consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause, des peuples intéressés » (art. 20). La sixième partie concerne les droits territoriaux et l'environnement. La septième développe le principe de l'autonomie interne : « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à disposer d'eux-mêmes sous une forme qui leur est propre, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires intérieures et locales » (art. 31). Il est précisé qu'au cas où ils jouissent d'une citoyenneté autochtone, ils doivent également être citoyens de l'État où ils résident (art. 32). La huitième partie rappelle le devoir des États et de l'ONU de participer à la mise en œuvre des droits déclarés. La neuvième conclut que tous ces droits s'appliquent également aux hommes et aux femmes (art. 43) et doivent être mis en œuvre conformément à la Charte de l'ONU (art. 45).

204 PROBLÉMATIQUE. – Plusieurs points méritent d'être soulignés. Tout d'abord, le droit à l'autodétermination. Sa formulation a une histoire conflictuelle. Les autochtones souhaitaient qu'il soit défini de façon la plus large possible, les États (à l'exception du Canada) n'étant prêts à accepter que sa version interne, excluant toute sécession. Finalement, le point de vue des autochtones l'emporta en

¹ D'après le Groupe de travail, le « génocide culturel » consiste dans la destruction des aspects physiques d'une culture, l'ethnocide étant la destruction d'une ethnie ou d'un peuple » (E/CN.4/Sub. 2/1993/29, § 48).

juillet 1993. La rédaction de l'article 3 utilise des termes semblables à ceux de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale de l'ONU portant sur l'octroi de l'indépendance aux peuples coloniaux, et se réfère également aux Pactes de 1966. Cet article 3 n'exclut évidemment pas l'autonomie interne, dont l'article 31 fixe les modalités, et on notera par ailleurs que le droit à la sécession n'est nulle part explicitement affirmé.

D'autre part, plusieurs droits sont expressément qualifiés de collectifs : le droit d'exister en tant que peuples distincts (art. 6), droit de choisir leur citoyenneté (art. 32), droit de déterminer les responsabilités des individus envers leurs communautés (art. 34). Ou encore simultanément d'individuels et collectifs : protection contre l'ethnocide ou le génocide culturel (art. 7) ; droit de conserver leurs identités distinctes (art. 8), d'appartenir à une communauté ou à une nation autochtone conformément à leurs traditions (art. 9).

On remarquera par ailleurs que le projet n'a jamais contenu de définition des autochtones. Toutefois, à plusieurs reprises¹, les membres du Groupe de travail ont indiqué que dans leurs travaux, ils se référaient à la définition donnée par le rapport Cobo². Mais tout laisse à penser que, dans sa version définitive, la Déclaration ne comportera pas de définition, un consensus ne pouvant être atteint par rapport à la multiplicité des situations.

Car le processus de rédaction n'est pas achevé. Il n'est nullement certain qu'à son issue l'article 3 portant sur le droit à l'autodétermination soit conservé sous sa forme actuelle. Le Brésil, l'Inde et la majorité des États asiatiques y sont opposés ; l'Australie, le Canada, les pays scandinaves et quelques États d'Amérique latine souhaitent que soit exclue toute possibilité de sécession. Cette réserve des États se cumule avec le fait que la procédure d'adoption du texte par l'ONU cantonne les autochtones dans un rôle largement passif. La Commission des droits de l'homme a discuté le projet du 30 janvier au 6 mars 1995. Elle a prévu de composer un Groupe technique au sein de la Commission (résolution 1995/32, du 3 mars 1995) chargé d'élaborer un projet de Déclaration. Par dérogation aux règles en usage, et sur proposition du Canada et du Brésil, il paraît probable que des organisations autochtones participeront à ces travaux³. Mais le dernier mot reviendra aux États,

¹ Doc. E/CN.4/Sub. 2/1993/23 (23 août 1993), p. 17, § 44 ; E/CN.4/Sub. 2/1994/2 (5 avril 1994), p. 3-4, § 9-12 ; E/CN.4/Sub. 2/1994/30 (17 août 1994), p. 17, § 57.

² Sur le problème de la définition des peuples autochtones, cf. *infra*, p. 430-443.

³ Cf. R. L. Barsh, *op. cit.*, p. 75, n. 202. Sous la pression de certains États (notamment d'Asie), la Commission a en fait dessaisi le Groupe de travail de la rédaction du projet de Déclaration, considérant que plusieurs des représentants autochtones participant à ses séances n'étaient pas reconnus par les États qui les englobent. Le Groupe technique créé à cette occasion s'est réuni en novembre 1995 à Genève. 45 organisations autochtones ont été admises à participer à ses travaux. Dans son bulletin (*Update*) de mars-juin 1995, p. 9-10, le DOCIP (14, av. Tremblay, 1209 Genève) précise la position prise en ces circonstances par les principaux États à l'égard des droits des autochtones.

et on peut penser que ceux-ci imposeront une formule associant l'autodétermination à l'autonomie interne, en retrait par rapport aux vœux des autochtones ¹.

[p. 415]

Observons enfin que la France est absente de tous ces débats, par lesquels elle ne s'estime pas concernée. Comme l'affirma en 1989 un de ses représentants, elle n'est « constituée que de citoyens et n'a donc pas de populations autochtones » ². Ce qui est conforme à sa tradition ³ maintes fois réaffirmée ⁴. Elle a fait preuve de la même réserve vis-à-vis des dispositions de la Convention sur les droits de l'enfant visant les autochtones. Car si jusqu'ici nous avons envisagé des textes qui visaient globalement les autochtones, d'autres instruments internationaux existent qui les concernent également, mais de manière plus partielle. Il nous faut maintenant les examiner.

¹ *Ibid.*, p. 76.

² Cit. par F. Morin, *op. cit.*, p. 505.

³ Cf. N. Rouland, La tradition juridique française et la diversité culturelle, *Droit et société*, 27 (1994), p. 381-419 ; L'inscription juridique des identités, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2 (avril-juin 1994), p. 287-320 ; *L'État français et le pluralisme*, Paris, Odile Jacob, 1995.

⁴ Plusieurs témoignages peuvent être cités en ce sens :

– « Le peuple français [...] n'admet aucune distinction établie sur des caractères ethniques, et écarte par là même toute notion de minorité » (lettre de la Mission permanente de France au directeur de la division des droits de l'homme de l'ONU le 16 septembre 1976, cit. par J. Deschênes, Qu'est-ce qu'une minorité ?, *Les Cahiers de droit*, Univ. Laval, Québec, mars 1986, p. 286.

– « [La France] ne peut connaître l'existence de groupes ethniques, qu'il s'agisse ou non de minorités. En ce qui concerne les religions et les langues – autres que la langue nationale – le gouvernement français estime que ces deux domaines relèvent non du droit public, mais de l'exercice privé des libertés publiques reconnues aux citoyens. Le rôle du gouvernement se limite à garantir aux citoyens l'exercice libre et complet de ces libertés dans le cadre défini par la loi et le respect des droits de l'individu » (cit. dans F. Capotorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, ONU, New York, 1991, p. 13).

– À l'occasion des débats parlementaires relatifs à la ratification par la France de la Convention relative aux droits de l'enfant (la France refusait de se voir appliquer l'art. 30 de cette Convention, prévoyant une protection spécifique des droits des enfants appartenant à des minorités ethniques, ou d'origine autochtone), H. Dorlhac déclarait au nom du gouvernement français : « Notre constitution, très complète, reconnaît les droits individuels, bien sûr, mais ne fait pas de notre pays un état fédéral, et nous ne souhaitons pas qu'il le devienne » (Sénat, 21 juin 1990, *JO déb.*, p. 2152).

– « Conformément à son ordre constitutionnel, la France a été amenée à préciser, chaque fois que de besoin, qu'il n'existait pas de minorités juridiquement reconnues sur son territoire [...] La France intervient en outre toujours fermement pour faire préciser que seuls les individus sont détenteurs de droits et d'obligations (souligné dans le texte) et non les groupes de personnes [...] D'une manière générale, il conviendrait d'écarter toute référence aux droits collectifs des minorités » (*Rapport du ministère des Affaires étrangères françaises*, cit. dans : Commission nationale consultative des droits de l'homme, 1991, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Paris, La Documentation française, 1992, p. 208-209, p. 346.

C – Les autres instruments internationaux

On peut citer quatre séries d'initiatives qui, à des degrés divers, ont donné lieu à la rédaction d'instruments internationaux : les mesures prises par l'OEA, la protection des droits de l'enfant par l'ONU, le Sommet de Rio, la protection des droits intellectuels des autochtones.

[p. 416]

205 LES INITIATIVES DE L'OEA. – Dans les États d'Amérique centrale et du Sud vivent environ 33 millions d'individus appartenant à des peuples autochtones¹. Dans certains d'entre eux (Guatemala, Pérou), ils forment la majorité de la population. On comprend donc que nombre d'initiatives aient été prises dans cette zone². En 1948, la Charte de l'OEA et la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme contiennent des dispositions interdisant les discriminations négatives, dont peuvent se réclamer les autochtones. La même année, la Charte internationale américaine des garanties sociales (résolution XXXIX) les vise explicitement, affirmant la nécessité de les protéger, ainsi que leur patrimoine. À partir de 1971, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, organe consultatif de l'OEA, prend une série de décisions visant à réunir des informations sur la situation (notamment juridique) des autochtones et les violations des droits de l'homme dont ils sont victimes affirmant même que leur protection « constitue un devoir sacré des États »³. On notera que la Commission insiste à plusieurs reprises sur la formation des fonctionnaires chargés des autochtones, et sur le péril que représente pour eux l'invasion de leurs terres. En 1981, les rapports sur la Colombie et le Guatemala expriment de vives inquiétudes. D'autres rapports suivront : Paraguay (1978, 1987) ; Nicaragua (1978, 1981) ; Guatemala (1983, 1985, 1993) ; Bolivie (1981) ; Surinam (1983, 1985) ; Miskito du Nicaragua (1983).

D'autre part la Commission a mené une première série de consultations visant la rédaction d'un *Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones*. Peu d'États membres de l'OEA ont à ce jour répondu à l'envoi de questionnaires : dix sur trente-cinq. Les États-Unis se sont, quant à eux, cantonnés dans une position purement attentiste. Les réponses fournies permettent un constat : les États sont disposés à garantir les droits et libertés... que leur droit interne consacre déjà, d'où une variété de positions. Sur plusieurs problèmes

¹ Estimation donnée par L. T. Softesad, *Indigene Völker und die vereinten Nationen*, dans P. R. Gerber (ed.), *500 Jahre danach*, Zürich, 1993, p. 336.

² Cf. les données du rapport Cobo : Doc. E/CN.4/Sub. 2/1982/2/Add. 2, 5 mai 1982, p. 1-21.

³ *Ibid.*, § 14.

importants, tels que la définition des peuples autochtones, le contenu du droit à l'autodétermination, la portée des traités, les avis des États peuvent être différents. De plus la plupart privilégient [p. 417] la déclaration de droits individuels, alors que les associations autochtones visent des droits collectifs. Il faut ajouter qu'à l'heure actuelle, on n'a pas arrêté la nature juridique de l'instrument projeté. *A priori*, une Convention serait plus contraignante qu'une Déclaration, car justiciable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, mais les États-parties ne seraient pas forcés de reconnaître la compétence de la Cour, et pourraient donc échapper à sa sanction.

L'Institut interaméricain des affaires indigènes existe depuis 1940. Basé à Mexico, il est depuis 1953 un organisme spécialisé de l'OEA. Un de ses soucis principaux est l'amélioration de la formation des [p. cadres appelés à s'occuper des affaires autochtones.

Il faut enfin citer les mesures prises par la Conférence interaméricaine des affaires indigènes, également organe de l'OEA. Elles concernent des secteurs très divers, de l'anthropologie appliquée à la santé publique, mais insistent particulièrement sur la nécessité des réformes agraires en faveur des Indiens.

206 LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT. – Cette Convention a été adoptée par l'ONU le 20 novembre 1989. Elle vise les droits de l'enfant d'une manière générale, les enfants autochtones pouvant naturellement les invoquer à leur bénéfice. Cependant, ceux-ci sont expressément visés par deux articles. L'article 17, § *d* (partie I) prévoit que « [Les États-parties] encouragent les médias à tenir particulièrement compte des besoins linguistiques des enfants autochtones ou appartenant à un groupe minoritaire ». L'article 30 (partie I) est le plus important : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe. » Toutefois, l'intérêt de l'enfant prime certaines coutumes : « Les États-parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants » (art. 24, § 3, partie I). On peut évidemment penser à l'excision. La France ratifia le texte le 26 janvier 1990... en précisant par une réserve que son article 30 n'avait pas lieu de s'appliquer en ce qui la concernait, en raison de l'article 2 de la constitution assurant « l'éga-[p. 418] lité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Position classique, mais moins logique qu'il n'y paraît dans la mesure où la constitution entend surtout prévenir des discriminations négatives, alors que l'article 30 vise des discriminations positives ¹. D'autre part le laconisme de la

¹ Lors des débats à l'Assemblée nationale, seul un député du groupe communiste critiqua cette réserve, prenant comme exemple la nécessité de défendre les droits des enfants bretons et

formule (« [l'article 30] n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République »), la construction particulière de sa tournure négative (que ne rend pas la traduction anglaise : « ... *is not applicable so far as the Republic is concerned* ») ne peuvent que laisser le lecteur insatisfait.

207 LE SOMMET DE RIO. – Le Sommet de Rio, auquel assistaient 178 délégations nationales, se tint du 3 au 14 juin 1992. Il était essentiellement consacré aux problèmes démographiques et à l'environnement, mais visa en plusieurs points les peuples autochtones en les reliant à la notion centrale de « développement durable » (*sustainable development*). On jugea en effet que leur expérience pluriséculaire du milieu naturel devait leur faire jouer un rôle important dans la mise en œuvre de ce concept. Le Sommet donna lieu à plusieurs textes.

La *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* recommande aux États de promouvoir l'identité et les cultures des peuples autochtones afin de mieux les associer au développement durable (Principe 22).

L'Agenda 21 est un programme d'action pour le XXI^e siècle. Il fait des recommandations plus précises aux États. Ceux-ci doivent accéder aux revendications territoriales des peuples autochtones, les protéger des activités qui menacent leur environnement, assurer la perpétuation de leurs coutumes et pratiques. *L'Agenda 21* insiste aussi sur le rôle que peuvent jouer les autochtones en faveur de la bio-diversité (qui a fait l'objet d'une convention à Rio). Malheureusement, le Sommet se termina sur un semi-échec en ce qui concerne la gestion des ressources forestières. On avait d'abord pensé à une convention, instrument contraignant, pour la réglementer. Mais les pays à fort potentiel forestier (Brésil, Malaisie, Indonésie) s'y opposèrent. On dut [p. 419] donc se contenter d'une simple déclaration (*Summits Statement of Principles on Forests*), où l'on retrouve les peuples autochtones : « Les politiques nationales doivent reconnaître en y apportant un appui suffisant l'identité, la culture et les droits des peuples indigènes... » Propos d'autant plus justifiés qu'en bien des endroits du monde, des groupes autochtones disparaissent en même temps que les forêts où ils vivent, sous la pression des intérêts des grands propriétaires (Yanomami d'Amazonie) ou des multinationales alliées aux États (Dayaks de Bornéo, Papous d'Irian Jaya, etc.)¹.

Les instruments du Sommet contiennent aussi des dispositions ponctuelles concernant les droits intellectuels des autochtones. Ce thème est aujourd'hui l'objet d'une attention toute particulière, comme nous allons le voir.

provençaux à parler leurs langues régionales (*JO*, Débats parlementaires de l'AN, comptes rendus, 2^e séance du 13 juin 1990, p. 2399).

¹ Cf. V. Tardieu, *Forêts des hommes*, Paris, R. Laffont, 1992.

208 LA DÉCLARATION DE MATAATUA SUR LES DROITS INTELLECTUELS. – En juin 1993 se tient à Mataatua, en Nouvelle-Zélande, la première *Conférence sur les droits de propriété intellectuels et culturels des peuples autochtones*, qui se termina par la proclamation d'une Déclaration dite de Mataatua¹. Elle relie ces droits au droit à l'autodétermination, les qualifie de droits collectifs et individuels (art. 2.5), les attribue en priorité aux descendants directs de ceux qui ont su assurer la transmission des savoirs traditionnels. Elle précise en outre qu'ils sont inséparables des revendications des autochtones touchant à leurs droits territoriaux (art. 2.6), que les restes humains et les objets funéraires que détiennent les musées doivent leur être restitués² (art. 2.12) ainsi que les objets à caractère culturel ; appelle à un arrêt immédiat du programme de recherche sur le génome humain tant que les peuples autochtones ne l'auront pas discuté et approuvé (art. 3.5).

En fait la Déclaration est une des étapes d'un processus antérieur, qui se poursuit actuellement. En 1981 la Conférence de l'Unesco sur l'ethnocide et l'ethno-développement, tenue à San José (Costa Rica) avait insisté sur la nécessité pour les autochtones de préserver et déve-[p. 420] lopper leur propre patrimoine culturel. En 1991, la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires (ONU) charge Mme E. I. Daes, présidente du Groupe de travail sur les populations autochtones, d'accomplir une étude sur la propriété intellectuelle et les biens culturels des peuples autochtones³.

Les droits visés dans cette démarche peuvent revêtir des formes très variées. Leur aspect économique est loin d'être négligeable. On estime ainsi⁴ que le commerce des produits pharmaceutiques dérivés des plantes médicinales découvertes par les autochtones rapporte aux multinationales 43 milliards de dollars par an pour les seuls États-Unis. Certains auteurs pensent que dans les vingt ans à venir la commercialisation des produits de ce type en provenance de la seule Amazonie représentera un marché de 15 milliards de dollars par an⁵. Dans ces conditions, les autochtones pourraient facilement autofinancer leurs besoins si leur était reconnue une participation aux bénéfices nés de cette exploitation. Mais les droits intellectuels portent sur d'autres objets à caractère plus abstrait. Par exemple ce que nous nommons le « folklore ». Certains États en voie de développement (Kenya, Tunisie, Chili, Bolivie) ont adopté des législations spécifiques sur les droits d'auteur le concernant. Des instruments internationaux

¹ On en trouvera le texte dans Doc. E/CN.4/Sub. 2/AI. 4/1993/CRPS, 26 juillet 1993.

² En Australie, une loi interdit depuis 1983 d'exposer en public des restes humains et des négociations furent entreprises avec les Aborigènes du détroit de Torres pour qu'ils puissent récupérer les restes de leurs ancêtres (Doc. E/CN.4/Sub. 2/1993/29, 23 août 1993, p. 41, § 171).

³ Rapport définitif du rapporteur spécial Mme Erica I. Daes, *Étude sur la protection du patrimoine des peuples autochtones*, E/CN.4/Sub. 2/1995/26.

⁴ *Ibid.*, p. 4, § 11.

⁵ Cf. E. Linden, *Lost Tribes, Lost Knowledge*, *Time International*, vol. 138, n° 12 (23 septembre 1991), p. 44.

sont également intervenus. En 1970, l'Unesco a adopté une convention prohibant l'acquisition illicite et le trafic des biens culturels. En 1985, cette organisation a élaboré des dispositions types de législation nationale qui constituent autant de cadres souples proposés aux États en voie de développement¹. Elles protègent notamment les « expressions du folklore », productions se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine traditionnel développé et perpétué par une communauté, tels que contes, poésies, expressions musicales, danses, rituels, etc. Cependant, des lacunes existent. Rien n'est prévu dans ces dispositions types quant à la restitution de leurs biens culturels aux autochtones : c'est pourquoi la Déclaration de Mataatua y insiste. De même, il est nécessaire que les ethnologues, lors de leurs enquêtes [p. 421] auprès des autochtones, observent un code de bonne conduite² prévoyant au minimum que ces recherches sont accomplies avec le consentement des populations intéressées, qu'elles portent sur un échantillon représentatif et que les résultats de ces enquêtes leur seront communiqués. Enfin, ainsi que la Déclaration en fournit l'exemple, la mise en œuvre des droits intellectuels peut donner lieu à certaines actions préventives, comme celle visant le génome humain³. Considérant que plusieurs groupes autochtones étaient en voie de disparition, des scientifiques américains ont proposé en 1991 de prélever divers échantillons organiques (sang, cheveux...) afin de stocker leur patrimoine héréditaire, qui pourra être étudié en laboratoire longtemps après l'extinction de ces peuples. La Déclaration n'interdit pas une telle recherche, mais subordonne sa mise en œuvre à l'accord préalable des populations intéressées, exigence qui paraît légitime. D'autant plus que certains dérapages sont toujours possibles. En 1988, les autorités australiennes avaient proposé de définir des critères biologiques susceptibles d'identifier les « vrais » Aborigènes pour leur réserver le bénéfice des aides sociales et éliminer les fraudeurs. En 1983, la Funai, organisme en charge des Indiens au Brésil, avait déjà manifesté des intentions similaires. La vigilance s'impose donc, notamment par le biais d'un encadrement juridique de ces recherches.

209 L'ÉVOLUTION DE LA BANQUE MONDIALE. – Il faut enfin évoquer le rôle joué par la Banque mondiale par rapport aux autochtones. Cette institution est une des agences spécialisées de l'ONU dans le domaine financier. Elle doit contribuer à l'élévation du niveau de vie dans le monde en favorisant les investissements visant à augmenter la productivité des pays pauvres, et en les associant aux prises de décision concernant leur développement. En 1991, elle a donné sa propre définition des peuples autochtones : « Les peuples autochtones (*Indigenous Peoples*) sont identifiés dans des zones géographiques particulières par l'existence

¹ Unesco/OMPI/WG. 1/Folk/2/Add., 1985.

² Pour un exemple de code de ce genre, cf. Code d'éthique en matière de recherche, dans Commission royale sur les peuples autochtones (Canada), *Plan de recherche intégrée*, Ottawa, 1993, p. 39-42.

³ Cf. G. Charrier, Leurs gènes nous intéressent, *Sciences et Avenir*, 20 (décembre 1992-janvier 1993), p. 32-35.

à des degrés variables des caractéristiques suivantes : *a*) le ferme attachement aux territoires ancestraux et aux ressources naturelles de ces zones ; *b*) l'auto-identi-[p. 422] fication et l'identification par les autres comme des membres d'un groupe culturellement distinct ; *c*) une langue autochtone (*indigenous language*), souvent différente de la langue nationale ; *d*) l'existence d'institutions sociales et politiques coutumières, et *e*) un mode de production principalement orienté vers la subsistance. » Ce texte constitue l'un des symptômes d'une évolution importante qu'a connue la Banque en une décennie.

En effet, en 1982, elle avait défini sa politique envers les groupes qu'elle appelait alors les « populations tribales » (*tribal people*)¹. Sa philosophie était proche de celle qui animait la Convention 107 de l'OIT : les projets de développement ayant un impact sur les populations tribales devaient être assez progressifs pour permettre leur acculturation « lente et graduelle ». En 1986, la Banque dressa un premier bilan des projets auxquels elle avait participé : ceux-ci avaient surtout concerné des petits groupes isolés (Pygmées, Bushmen), et les autochtones n'avaient été que très peu impliqués dans leur conception et gestion. En 1989, l'OIT, comme on le sait², adopta une nouvelle Convention (169) abandonnant l'assimilation au profit du pluralisme. Dans cette ligne, la Banque prit deux ans plus tard la directive opérationnelle 4.20³. Celle-ci vise des « peuples autochtones » qu'elle définit de façon plus large que le texte de 1982⁴. Il n'est plus fait mention de l'inéluctabilité de l'acculturation. On parle davantage de la nécessité de protéger les autochtones contre les projets de développement qui pourraient leur nuire, tout en leur permettant, *s'ils le désirent*, de s'associer aux plans qui leur conviennent. Des plans de développement spéciaux concernant les peuples autochtones doivent être mis au point chaque fois qu'un projet utilisant des fonds de la Banque est susceptible d'affecter les terres, les ressources et les cultures des autochtones. Plusieurs projets de ce type (Inde, Égypte, Colombie) ont été mis en œuvre et prévoient la participation des autochtones.

[p. 423]

En 1990, la Banque interaméricaine de développement avait manifesté son désir de ne pas soutenir des projets impliquant des empiétements par ailleurs évitables sur des territoires occupés par des populations tribales, ou les affectant. En 1991, la Banque asiatique de développement a exprimé un souci identique, et son acceptation des standards de la Convention 169.

¹ OMS (Operational Manual Statement) 2.34, février 1982.

² Cf. *supra*, p. 408-411.

³ On en trouvera le texte dans Shelton H. Davis, *The World Bank and Indigenous Peoples*, in L. Van de Fliert (éd.), *op. cit.*, p. 83-88.

⁴ *World Bank Operational Manual, Operational Directive 4.20*, septembre 1991. Dans le même texte, la Banque précise que : « Les termes de *peuples autochtones*, *minorités ethniques autochtones*, *groupes tribaux* et *tribus énumérées* désignent des groupes sociaux ayant une identité sociale et culturelle différente de celle de la société dominante, qui les rend susceptibles d'être désavantagés dans le processus de développement. »

Si elles sont suivies d'effet, de telles résolutions auront une importance certaine, étant donné le rôle joué par ces institutions bancaires dans les projets de développement.

210 UNE IMPOSSIBLE CONCLUSION. – Les lignes qui précèdent auront montré au lecteur le caractère rien moins qu'achevé des droits européen et international des peuples autochtones. Ce sont des ensembles normatifs nouveaux, qui s'édifient devant nos yeux. On ne peut donc conclure, mais simplement procéder à quelques remarques.

On soulignera tout d'abord leur aspect dialectique. Ces normes reflètent des compromis – peut-être précaires – entre des États hantés par le péril de leur divisibilité, et des peuples auxquels l'histoire ouvre un avenir dont rien n'augurait il y a un demi-siècle. Mais qu'entendre par l'histoire ? Tout d'abord la volonté de ces peuples de ne pas disparaître. On a vu combien le rôle des associations autochtones, de leurs ONG, a été déterminant dans ces processus. Tout spécialement celui des autochtones d'Amérique du Nord : les premiers subjugués sont aussi ceux qui, à la fin de notre siècle, ont obtenu le plus de succès. D'où une possible illusion d'optique, dont il convient de se garder. Les Amérindiens ne constituent pas la majorité des autochtones. La plupart sont en Asie, et leur sort se règle souvent par des instruments plus triviaux que les traités. Difficulté supplémentaire, la documentation les concernant est difficilement accessible à un chercheur occidental. Pourtant, ce sont eux qui auraient davantage besoin des protections envisagées par les divers instruments internationaux.

Notons enfin que dans l'hémisphère nord, les progrès des autochtones, au moins sur le plan juridique, peuvent se conjuguer avec certaines avancées de la théorie du droit. Les représentations pluralistes chères à l'anthropologie juridique peuvent constituer pour eux autant d'outils, dans la mesure où elles relativisent les prétentions des États à monopoliser la production du droit. Si les coutumes et traditions des peuples autochtones peuvent être qualifiées non seulement [p. 424] d'« usages » mais d'authentiques systèmes juridiques, la légitimité de leur protection s'en trouve accrue d'autant.

Cependant, les débats actuellement en cours au sujet de certains de ces droits montrent bien que nous ne sommes qu'au début d'un long processus. Nous allons le constater dans le chapitre suivant.

Pour aller plus loin

211 BIBLIOGRAPHIE SUR LE DROIT EUROPÉEN. – Elle est très réduite en raison du caractère embryonnaire de ce droit. On trouvera beaucoup de renseignements utiles dans l'ouvrage de L. Van de Fliert (ed.), *Indigenous Peoples and International Organisations*, Nottingham, Spokesman, 1994. Cf. notamment : L. Van de Fliert, *The Institutions of the European Union and Indigenous Peoples*, *ibid.*, p. 11-53. Par ailleurs, l'*Alliance européenne avec les peuples indigènes*, Keltenlaan 20, 1040 Bruxelles, publie un guide pratique (*Guide des institutions de l'Union Européenne à l'usage des peuples indigènes*) sur les activités de la Communauté européenne concernant les autochtones. On notera également l'adresse du Groupe interparlementaire du Parlement européen pour les peuples autochtones : MAE 411, rue Belliard 97-113, B1047 Bruxelles, Belgique. On se reportera aussi à R. L. Barsh, *Indigenous Peoples in 1990's : from Object to Subject of International Law ?*, *Harvard Human Rights Journal*, 7 (1994), p. 72-74 ; E. Decaux, *Sécurité et coopération en Europe. Les textes officiels du processus de Helsinki (1973-1992)*, Paris, La Documentation française, 1992 ; du même auteur : *Le droit international et les populations autochtones*, *Études Inuit*, 16 (1-2) (1992), p. 298 ; A. Bredimas, *Les droits des minorités nationales*, dans E. Decaux – L. A. Sicilianos (dir.), *La CSCE : dimension humaine et règlement des différends*, Paris, Monchrestien, 1993, p. 61-87. On notera par ailleurs que le Conseil de l'Europe semble favorable aux options pluralistes : cf. A. Perotti, *Plaidoyer pour l'interculturel*, Conseil de la Coopération culturelle, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 1993.

On trouvera un tableau général des autochtones européens dans J. Burger, *Report from the Frontier*, Londres, Zed Books, 1987 ; et pour le Nord et l'Arctique : *Polar Peoples. Self-determination and Development*, Londres, Minority Rights Publications, 1994.

Enfin on notera la création en 1991 de l'*Alliance européenne avec les peuples indigènes* (adresse ci-dessus), qui fait office de réseau européen de soutien aux peuples indigènes. Elle entend informer les membres du Parlement européen et des autres institutions européennes des problèmes concernant les peuples indigènes et les pousser à intégrer les questions autochtones dans les politiques de l'Union européenne.

212 BIBLIOGRAPHIE SUR LE DROIT INTERNATIONAL. – Elle est la plupart du temps rédigée en anglais. Assez souvent, les développements sur les autochtones interviennent au sein d'ouvrages principalement consacrés aux minorités, ce qui traduit la force centripète qu'exerce encore sur eux ce concept.

Nous ne réénumérerons pas ici les cotes des documents de l'ONU que nous avons déjà cités dans les notes infra-paginales du texte de ce chapitre. Rappelons seulement que le rapport de José R. Martinez Cobo sur la discrimination à l'encontre des populations autochtones se révèle d'une lecture absolument indispensable (cf. notamment le vol. 5, qui regroupe ses conclusions : Doc. E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add. 4), d'autant plus que l'ONU en a publié une version rédigée en français. On recommandera aussi au lecteur de [p. 425] veiller à la parution, annoncée pour 1996, de l'étude sur les traités commandée par l'ONU à M. A. Martinez. Les deux premiers rapports intérimaires sont déjà parus (E/CN.4/Sub. 2/1992/32 ; E/CN.4/Sub. 2/1995/27).

On dispose par ailleurs d'un certain nombre de textes à caractère de synthèse. Cf. C. M. Brölmann – M. Y. A. Zieck, *Indigenous Peoples*, in C. Brölmann – R. Lefebvre – M. Zieck (ed.), *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff ; 1993, p. 187-220 ; C. Tennant, *The Rights of Indigenous Peoples in International Law*, *Harvard*

International Law Journal, 33 (1993), pp. 277-384 ; Indigenous Peoples, International Institutions and the International Legal Literature (1945-1994), *Human Rights Quarterly*, 16 (1994), p. 1-57 ; Les développements récents en droit international public au sujet des peuples autochtones, à paraître dans *Recherches amérindiennes au Québec* ; R. Falk, The Rights of Peoples (in particular indigenous peoples), in J. Crawford, (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 17-37 ; R. Stavenhagen, *The Ethnic Question*, United Nations University Press, 1990, p. 93-120 ; L. T. Softesad, Indigene Völker und die vereinten Nationen, in P. R. Gerber (ed.), *500 Jahre danach*, Zürich, 1993, S. Marquardt, International Law and Indigenous Peoples, *International Journal on Group Rights*, vol. 3, n° 1 (1995), p. 47-76. En français : F. Morin, Vers une déclaration universelle des droits des peuples autochtones, dans H. Giordan (dir.), *Les minorités en Europe*, Paris, Kimé, 1992, p. 493-507 ; A. Bissonnette, Les droits des peuples autochtones : d'hier à demain, *Étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones* (juin 1992) ; N. Rouland, Les fondements anthropologiques des droits de l'homme, *Revue générale de droit* (Faculté de droit d'Ottawa), 25 (1994), p. 5-47 ; Le développement devrait-il tuer la culture ?, *Le Monde diplomatique*, juin 1993, p. 16-17. La revue *Recherches amérindiennes au Québec* a par ailleurs entrepris de publier une série d'articles consacrés au droit international des peuples autochtones : le premier volume est déjà paru (vol. XXIV-n° 4, hiver 1994-1995) ; le second sera publié quelques mois plus tard. On signalera par ailleurs tout particulièrement un article récent de R. L. Barsh, plus spécialisé, mais qui contient de nombreuses données originales sur ces questions ; voir R. L. Barsh, Indigenous Peoples in the 1990's: from Object to Subject of International Law, *Harvard Human Rights Journal*, 7 (1994), p. 33-86.

Sur le statut des autochtones dans les pays développés, on consultera : M. Asch, *Home and Native Land. Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, New York-Londres, Methuen, 1984, et le n° XIX-4 (1989-1990) de *Recherches amérindiennes au Québec*, consacré aux droits des peuples autochtones dans le cadre constitutionnel ; pour le Canada, l'Australie et la Norvège : N. Dyck (éd.), *Indigenous Peoples and the Nation-State*, Institute of Social and Economic Research, Memorial University of Newfoundland, St John's, Newfoundland, Canada, 1985 ; et, plus généralement, R. Motta, *L'addomesticamento degli etno-diritti*, Milano, Unicopli, 1994, p. 193-251.

En raison de son caractère unique, la Convention n° 169 de l'OIT a fait l'objet de plusieurs publications : voir L. Swepston, The Adoption of the Indigenous and Tribal Peoples Convention 1989 (n° 169), *Law and Anthropology*, 5 (1990), p. 221-235 ; La Convention sur les peuples indigènes et tribaux, 1989 (n° 169) : un bilan, cinq ans après, à paraître dans *Recherches amérindiennes au Québec*, XXV-3 (1995) ; R. L. Barsh, An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples, *Oklahoma City University Law Review*, 15 (1990), p. 209-236 ; L. Swepston – M. Tomeo, The ILO and Indigenous and Tribal Peoples, in L. Van de Fliert (ed.), *op. cit.*, supra, p. 56-64 ; M. Tomei – L. Swepston, *A Guide to ILO Convention, n° 169 on Indigenous and Tribal Peoples*, 1995, qui peut être obtenu à : Service d'égalité et de coordination des droits de l'homme, Organisation internationale du travail, 4, route des Morillons, 1211 Genève, 22, Suisse. La première convention de l'OIT relative aux autochtones (n° 107) est par ailleurs étudiée par M. O. Hinz, ILO Convention 107 : Legal and Anthropological Remarks, *Law and Anthropology*, 5 (1990), p. 201-220. Sur le [p. 426] projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones, cf. C. Hilling, Les peuples autochtones et la Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Recherches amérindiennes au Québec*, XXIV-4 (1994), p. 48-53. Cf. également : Felipe Sanchez Rodriguez – Denise Gilman, Human Rights Protection for the Indigenous Peoples in the Inter-American System, in L. Van de Fliert (ed.), *op. cit.*, p. 125-130.

L'Unesco s'est également intéressée aux autochtones : cf. B. Ischinger, *Unesco, ibid.*, p. 111-112. Depuis 1992, Amnesty International leur prête une attention particulière : cf. Tracy Ulltveit-Moe, *Amnesty International, ibid.*, p. 153-160.

On notera qu'il est très intéressant et relativement facile – notamment pour des étudiants – d'assister aux réunions du Groupe de travail sur les populations autochtones qui se tiennent chaque

année au mois de juillet à Genève. On peut se renseigner auprès du Service international des droits de l'homme (Case postale 16, 1, rue de Varembé, 1211 Genève, 20 CIC, Suisse) et consulter le *Manuel d'orientation de la Commission des droits de l'homme et de sa Sous-Commission*, distribué par cet organisme.

Enfin on se tiendra au courant de l'actualité en consultant régulièrement le *Bulletin de l'ICRA* (International Commission for the Rights of Aboriginal Peoples) (236, av. V.-Hugo, 94120 Fontenay-sous-Bois), et les documents du DOCIP (Centre de documentation sur les peuples indigènes, 14, avenue de Trembley, 1209 Genève).

[p. 427]

Chapitre 3

Les énigmes du droit positif

[Retour au sommaire](#)

Les reconnaissances et déclarations de droits auxquelles nous assistons ne figent pas le statut des autochtones. Elles posent plutôt les jalons normatifs d'un processus en cours, dont l'issue ne sera pas perceptible avant longtemps. Loin d'ailleurs de procéder à une codification définitive de leur situation, elles laissent subsister un certain nombre d'inconnues qui donnent au droit positif un caractère encore largement énigmatique. En témoignent certains débats dont les lignes qui suivent voudraient rendre compte.

Les uns portent sur la qualification des autochtones en tant que sujet du droit international : ils feront l'objet d'une première section. Les autres ont trait aux spécificités qui leur sont juridiquement reconnues : une seconde section leur sera consacrée.

Section I

La qualification du sujet de droit

La détermination sociologique d'un groupe humain et sa qualification juridique sont deux processus de nature différente. L'une procède de son identification à partir d'un certain nombre de données. L'autre conduit à lui attribuer, reconnaître, nier ou retirer un certain nombre d'attributs – des droits et des devoirs – à partir d'hypothèses faites sur sa nature, dont la validation décide de la viabilité juridique.

[p. 428] Depuis la conquête, les autochtones ont surtout été des objets de droit : les thèses des internationalistes de l'époque classique ont plutôt mal résisté à la pratique des États. Depuis une vingtaine d'années, ils tendent à devenir des sujets, dans la mesure où une capacité d'initiative leur est de plus en plus

reconnue. Mais de quels sujets s'agit-il ? Le débat est aujourd'hui vif sur ce thème. Car ses conséquences ne sont pas qu'académiques : la reconnaissance du droit des autochtones à l'autodétermination en dépend largement.

I | LE COMBAT DES DÉFINITIONS

On sait depuis longtemps que nommer un être ou une chose coïncide avec l'affirmation d'un certain type de pouvoir sur eux, et revient à leur assigner une place dans un ensemble préexistant. Or nous allons constater qu'il n'existe pas de terme scientifique unique ni de définition juridique globale servant à qualifier les autochtones. Cette indétermination est le signe des difficultés qu'entoure encore leur construction en tant que sujets d'un nouveau droit.

213 LES NOMINATIONS SCIENTIFIQUES. – Le vocabulaire employé est la plupart du temps d'origine anglophone, ce qui rend d'autant plus délicate son analyse en français. Plusieurs appellations peuvent cependant être signalées. Le terme *natif* (*Native*) vise la naissance d'un individu ou son origine, inscrites dans un lieu territorialisé. Le terme *autochtone* est issu de la géologie¹. Les terrains autochtones sont ceux restés sur place, par opposition aux nappes de charriage, venues d'ailleurs ; les parautochtones ne sont stabilisés que depuis peu de temps ; les allochtones sont instables. Les peuples autochtones sont donc ceux installés sur un territoire depuis des temps immémoriaux ou (la restriction est importante) considérés comme tels. Le formant principal du mot signifie en effet en grec « la terre ». Il est entré dans notre langue vers 1560, peu après la colonisation des Amériques. Il renvoie à un trait essentiel et général des peuples ainsi qualifiés : leur lien originel à un territoire, base d'un très [p. 429] grand nombre de leurs revendications. Il constitue dans notre langue leur dénomination la plus fréquente.

Dans le monde anglo-saxon, on emploie plus fréquemment le terme *Indigènes* (*Indigenous*). Il possède en français (étymologiquement, celui *qui est né aux Indes*) une connotation péjorative, par référence au statut négatif de l'indigénat durant la période coloniale. Il n'en va pas de même en anglais, où il donne une dimension collective au qualificatif de natif et désigne les premiers habitants d'une terre. Cependant, sa portée juridique et revendicative est faible, dans la mesure où il fait seulement allusion à une antériorité d'une origine historique que l'histoire a ensevelie, celle des communautés humaines et territoriales qui préexistaient à la formation des États, au moins en Europe. C'est pourquoi, dans le monde anglophone, les autochtones lui préfèrent l'emploi du terme *Aboriginal*, dont l'équivalent français (*Aborigène*) est peu utilisé chez nous. Le terme

¹ Cf. R. Motta, *L'addomesticamento degli etnodiritti*, Milano, Unicopli, 1994, p. 197.

aborigène qualifie plus particulièrement la situation d'un peuple indigène dont les revendications identitaires se basent sur le fait qu'il est en situation de dépendance de type colonial vis-à-vis d'un État, même si l'annexion ou l'occupation datent de plusieurs siècles et ne prennent pas la forme juridique *stricto sensu* de la colonisation. En Amérique du Nord, le terme de *Premières Nations* (*First Nations*) est souvent employé de façon synonyme. On remarquera que la Convention 169 de l'OIT (adoptée en 1989) vise les peuples *indigènes* et *tribaux* dans les pays indépendants, mais n'emploie pas le terme *d'autochtone* ¹.

Enfin, le terme *d'ethnie* ou le qualificatif *ethnique* méritent une attention spéciale. Comme on le sait ², il est source de beaucoup de malentendus. En France, il possède une coloration négative, car on a tendance à l'employer comme substitut au terme de *race*, par ailleurs plus facilement admis chez les Anglo-Saxons. Pourtant, dans les sciences humaines, le terme *d'ethnie* vise surtout des éléments culturels, plutôt que biologiques. C'est pourquoi il est fréquent dans le vocabulaire des revendications autochtones. La polysémie des termes et de leurs emplois correspond donc très souvent à des stratégies des acteurs. Il en va de même des définitions.

[p. 430]

214 LES DÉFINITIONS TRADITIONNELLES. – La spécificité d'un droit des autochtones doit logiquement être fondée sur des particularismes les identifiant comme tels. Toutes les définitions les concernant insistent donc sur leurs spécificités, en les associant avec d'autres traits, tels que le lien territorial et l'ascendance historique. Parmi les plus utilisées par la doctrine, on citera celle de J. Burger : « Un peuple autochtone peut réunir toutes les caractéristiques suivantes, ou seulement certaines d'entre elles. Les peuples autochtones sont :

- 1 / les descendants des premiers habitants d'un territoire acquis par la conquête ;
- 2 / des peuples nomades et semi-nomades, tels que des agriculteurs itinérants, des pasteurs, chasseurs et collecteurs qui pratiquent une agriculture à forte intensité de travail produisant peu de surplus et requérant peu de ressources énergétiques ;
- 3 / ils n'ont pas d'institutions politiques centralisées, ont une forme communautaire d'organisation et prennent les décisions sur une base consensuelle ;
- 4 / ils ont tous les caractères d'une minorité nationale : ils partagent les mêmes langue, religion, culture et autres traits caractéristiques ainsi qu'un

¹ Cf. *supra*, p. 408-411.

² Cf. *supra*, p. 23-26 ; et *infra*, p. 514-516, 541-546.

lien à un territoire spécifique, mais sont infériorisés par une culture et une société dominantes ;

- 5 / ils ont une vision globale du monde différente, consistant dans une attitude non matérialiste et protectrice vis-à-vis de la terre et des ressources matérielles, et veulent continuer à se développer suivant des processus différents de ceux proposés par les sociétés dominantes ;
- 6 / ils sont formés par des individus qui se considèrent subjectivement comme autochtones, et sont acceptés comme tels par le groupe. » ¹

L'abondance de traits peut poser ici problème (l'auteur souligne d'ailleurs que leur totalité n'est pas requise) : comment associer le dernier critère – subjectif – à ceux touchant à la descendance ou au lien territorial ?

De plus, l'écologisme « naturel » des autochtones peut procéder [p. 431] d'une idéalisation occidentale : certains exemples montrent que les sociétés traditionnelles n'ont pas toujours été inoffensives pour leur environnement ². Plus grave, plusieurs des points énumérés pourraient conduire à enfermer les autochtones dans des modes de vie disparus ou leur rendant plus difficile la maîtrise de leur destin. Ceux d'entre eux qui ne les pratiqueraient plus (seuls 10% des Saame – Lapons – sont aujourd'hui des éleveurs nomades) ne seraient-ils plus des autochtones ? D'autre part nous verrons ³ qu'à notre époque les autochtones qui ont obtenu les statuts juridiques les plus avantageux sont ceux qui ont su maîtriser le langage et les institutions de la modernité. Enfin, la plupart des autochtones sont aujourd'hui opposés à la qualification de minorité, nationale ou non.

215 LA CRITIQUE DES ÉLÉMENTS CANONIQUES. – Les mouvements autochtones fondent aujourd'hui leurs revendications sur certains éléments canoniques : l'antériorité et le lien territorial, qui serviraient notamment à les distinguer des minorités. Ceux-ci ne sont pas vains, mais d'un maniement plus délicat qu'on ne pourrait le croire de prime abord.

L'ethnologie peut confirmer l'importance du lien territorial ⁴. L'autochtone se conçoit comme l'enfant de la terre, figure maternelle. Chez les Dogon, l'autochtone a le Ciel pour père et la Terre pour mère ; chez les Canaques, il naît du mariage de deux arbres sexués. À l'intérieur du clan, des droits sur la terre

¹ J. Burger, *Report from the Frontier. The State of the World's Indigenous Peoples*, Londres, Zed Books, 1987, p. 9.

² Cf. Roy F. Ellen, *What Black Elf Left Unsaid : On the Illusory Images of Green Primitivism*, *Anthropology Today*, 2-6 (1986), p. 8-12.

³ Cf. *infra*, p. 491-496.

⁴ Cf. R. Verdier, *Autochtonie : mythe, religion, droit*, Communication au Colloque *L'autochtonie, approches interdisciplinaires*, Paris, 19-20 mai 1995, à paraître.

peuvent se transmettre, mais elle n'est pas aliénable en dehors de lui : c'est l'exo-intransmissibilité de la terre lignagère.

La phrase suivante est souvent rapportée au sein de populations très diverses : « La terre ne nous appartient pas, c'est nous qui appartenons à la terre. » Mais nous ne sommes plus aux temps de la conquête. À l'heure actuelle, beaucoup d'autochtones ont été de gré ou de force déplacés de leurs territoires traditionnels, occupés ensuite par d'autres : l'occupation effective a été interrompue. Cessent-ils pour autant d'être autochtones ? Les instruments internationaux pré-[p. 432] voient en général que ces territoires doivent leur être restitués ou qu'à défaut une indemnité doit leur être versée. Même au Canada, les droits ancestraux reconnus par la Constitution aux Amérindiens sont seulement ceux actuellement existants. De plus, les délais peuvent poser problème, surtout quand les mêmes territoires ont connu des peuplements successifs : non seulement plusieurs ont pu se succéder avant que ne se fixe, en termes actuels, une société dominante, mais les phénomènes de coexistence ont la plupart du temps débouché sur des métissages. Dans ces situations complexes, le critère territorial atteint vite ses limites.

Le critère chronologique n'est pas toujours sûr. Il existe certes des cas évidents : les Amérindiens étaient en Amérique bien avant les Européens. Mais ailleurs, notamment en Afrique, mais aussi en Asie, il en va fréquemment autrement. Les récits de fondation, auxquels se réfèrent souvent les autochtones pour légitimer leur antériorité ¹ peuvent être des armes à double tranchant, car ils postulent des migrations fondatrices qui n'ont pu que rarement se produire dans des espaces vides d'hommes : *l'autochtone d'aujourd'hui peut être aussi le conquérant d'autrefois*.

D'autre part, certains exemples montrent que des États peuvent retourner le critère chronologique contre les autochtones. Comme on le sait ² la Convention 169 de l'OIT distingue le cas des peuples tribaux de celui des « indigènes ». En fait il s'agirait là du résultat de pressions exercées par certains États nouvellement indépendants (Inde, Indonésie, Pakistan, Bangladesh) ³. Craignant pour leur unité nationale relativement neuve, ils auraient imposé le qualificatif de « tribal » afin de récuser celui d'« indigène », dans la mesure où celui-ci, dans sa dimension historique, pouvait fonder des revendications séparatistes. En fait, les groupes visés constitueraient bien des autochtones. Mais ce n'est pas en tant que tels que leurs spécificités sont reconnues.

Un des moyens de contourner les difficultés inhérentes à ces critères « objectifs » consiste à recourir à un critère subjectif : l'autodéfi-[p. 433] nition des autochtones, souvent affirmée dans les instruments internationaux.

¹ Cf. H. Guillorel, Autochtonie, migration, territoire et ethnogenèse : essai de typologie, *ibid*.

² Art. 1, § a-b de la Convention.

³ Cf. les développements que consacre P. Karpe à la situation des peuples tribaux par rapport aux peuples autochtones dans sa thèse en cours de préparation (Univ. de Nancy), *Les collectivités autochtones*.

216 L'AUTODÉFINITION. – Le principe d'autodéfinition peut revêtir deux significations non contradictoires. Soit on entend par là les définitions que donnent d'eux-mêmes les autochtones à travers leurs différentes associations ¹. Soit on veut dire que le critère subjectif (autodésignation de l'individu) doit être déterminant dans la définition d'un autochtone. Dans sa première acception, le principe d'auto-définition est un aspect fondamental du droit à l'autodétermination. En son absence, il est très facile aux États de refuser de définir leurs peuples autochtones, ou de le faire en utilisant de tels critères qui leur nient en fait tout droit.

Le rapport Cobo a donc insisté sur ce principe dans ses deux acceptions, même s'il n'en fait pas le critère unique de définition des autochtones :

- « Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui [...] se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires. » ²
- « Il faut utiliser dans toute la mesure possible les critères taxinomiques acceptés par les populations autochtones elles-mêmes... » ³
- « Du point de vue de l'individu, l'autochtone est la personne qui appartient à une population autochtone par auto-identification (conscience de groupe) et qui est reconnue et acceptée par cette population en tant que l'un de ses membres (acceptation par le groupe). Cela laisse aux communautés autochtones le droit et le pouvoir souverain de décider quels sont leurs membres, sans ingérence extérieure. » ⁴

Le droit positif a repris cette orientation. Lors de la préparation de la Convention 169 de l'OIT, les représentants de l'Argentine et de l'Australie se déclarèrent partisans de l'autodéfinition, à laquelle étaient opposés ceux de l'Inde et du Brésil. Finalement, la Convention utilisa conjointement critères objectifs et subjectifs, soulignant [p. 434] que : « Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente Convention » (art. 1, § 2).

Ces consécration du principe d'autodéfinition sont particulièrement importantes. D'une part, celui-ci permet aux autochtones de devenir des sujets de droit en s'identifiant eux-mêmes. D'autre part, il leur confère implicitement la

¹ Cf. les exemples cités par le rapport Cobo : Doc. E/CN.4/Sub. 2/1982/2/Add. 6, p. 3.

² Doc. E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, p. 31, § 379.

³ *Ibid.*, p. 5, § 23.

⁴ *Ibid.*, p. 32, § 391-392.

possibilité de réinterpréter leurs propres traditions. De plus, il leur permet d'éviter l'accusation d'« ethnisme » : la personne qui se veut autochtone et est reconnue comme telle peut fort bien être un Blanc parmi les Indiens... Enfin, cette capacité permet aux autochtones de se distinguer de groupes auxquels ils furent longtemps assimilés : les minorités.

217 LA DISTINCTION ENTRE AUTOCHTONES ET MINORITÉS. – La volonté des autochtones de se distinguer des minorités peut étonner. Elle possède cependant de solides arguments historiques et correspond à une stratégie politique.

Comme on l'a vu dans les parties précédentes, le droit des minorités a pris naissance dans l'histoire européenne, des guerres de religion aux modifications de frontières survenues après les deux conflits mondiaux. Cette spécificité ne recouvre guère celle de la situation des peuples autochtones. Non seulement leurs origines historiques et ethniques les distinguent plus profondément des sociétés dominantes, mais il en va souvent ainsi de leurs traits culturels (l'Europe a en revanche été cimentée par de communes références à la culture antique et à la religion chrétienne).

Rappelons cependant que, globalement, tout le droit international et européen des minorités est applicable aux autochtones s'ils souhaitent s'en prévaloir, de même que le droit international et européen des droits de l'homme. Ainsi un autochtone européen ¹ (Saame de Scandinavie, Amérindien de Guyane française, Canaque de Nouvelle-Calédonie, etc.) pourra-t-il invoquer la Convention européenne des droits de l'homme et ses mécanismes de justiciabilité. Mais cela à titre [p. 435] individuel, et non pas à titre de sanction de droits reconnus à une collectivité autochtone. Les autochtones ont donc intérêt à se voir reconnaître des droits spécifiques ². Pour se distinguer des minorités, ils insistent sur l'ancienneté de leur occupation d'un territoire, et n'entendent pas être mis sur le même pied que des groupes d'immigrants arrivés plus tard. Un jugement rendu par le tribunal de Waitangi (Nouvelle-Zélande) se réfère à cette position : « Nous refusons que les Maori ne soient rien d'autre qu'une des minorités ethniques de notre communauté. On doit se souvenir que, parmi tous les groupes minoritaires, seuls les Maori ont été parties à un traité passé solennellement avec la Couronne [...] Le traité passé

¹ La Russie comporte beaucoup de peuples autochtones. Si un jour cet État devient membre de l'Europe, ses autochtones pourront recourir aux mécanismes protecteurs de la Cour, mais en l'état actuel du droit, ceux-ci ne concernent que des droits individuels, et non pas collectifs.

² Des leaders des associations autochtones représentées dans le Groupe de travail sur les populations de l'ONU se sont plaints en 1994 de ce que leurs « gouvernements utilisaient l'absence de définition des peuples autochtones en droit international comme un prétexte pour les qualifier de "Minorités nationales" et leur refuser le statut politique et les droits de peuples autochtones » (E/CN.4/Sub. 2/1994/30, p. 17, § 57).

avec les Maori de Nouvelle-Zélande occupe une place particulière qui souligne, si besoin est, leur place historique en tant qu'habitants originels... » ¹

De plus, l'assimilation aux minorités comporte un autre danger pour les autochtones, dans la mesure où les droits reconnus aux minorités sont essentiellement des droits individuels. En effet, pour la plupart des États européens, leur mode de formation historique a mis fin à l'existence collective des entités territoriales et humaines à partir desquelles ils se sont constitués. En conséquence ceux qui se réclament des persistances contemporaines de ces unités constitutives ne peuvent invoquer que des droits individuels. Il pourrait en aller autrement des autochtones ² qui correspondent souvent à des groupes colonisés postérieurement par les Européens, dont une partie de la doctrine internationale a très vite reconnu qu'ils étaient des nations souveraines ³ quitte à faire une interprétation de plus en plus restrictive de ces notions. Ils sont en conséquence mieux placés que les minorités pour revendiquer des droits collectifs et la qualité de peuples, afin de pouvoir invoquer le droit à l'autodétermination. Leur stratégie peut donc s'articuler en des tactiques différentes, mais simultanées. Sur le terrain politique, ils peuvent se présenter comme peu-[p. 436] ples, ce qui n'est pas sans impact (on parle au Canada d'un droit « inhérent » – c'est-à-dire préexistant – des autochtones à l'autonomie gouvernementale). Le droit positif leur permet par ailleurs d'invoquer les droits garantis aux membres des minorités reconnues par les instruments internationaux (art. 27 du pacte de l'ONU de 1966 sur les droits civils et politiques qui, dans l'affaire *Sandra Lovelace* (1981), a permis à une Indienne d'être réintégrée dans son statut et a eu pour conséquence la modification de la Loi canadienne sur les Indiens ; Déclaration de l'ONU de 1992 sur les droits des personnes appartenant à des minorités).

Les États répondent souvent à ces pressions en employant le terme de « population » qui est beaucoup plus vague, et présente pour eux l'avantage de pouvoir englober des groupes autochtones aussi bien que non autochtones. Cependant, l'exemple canadien où en 1982 ont été constitutionnalisés les droits des Indiens, Inuit et Métis, en termes de « peuples » (*aboriginal peoples*, dans la version anglaise) montre que cette qualification ne conduit pas fatalement à l'affrontement « ethnique » et à la sécession.

On doit enfin noter une autre différence importante entre minorités et autochtones. Au moins dans les États développés, ces derniers doivent une partie de leurs succès au choix de leur tactique. Il arrive que les minorités ne reculent pas devant l'emploi de la force et même du terrorisme (Basques, armée

¹ Cit. par J. Crawford, *The Aborigine in Comparative Law*, *Law and Anthropology*, 2 (1987), 10.

² Cf. G. F. A. Werther, *Self-Determination in Western Democracies*, Londres-Wesport, Greenwood Press, 1992, p. 23-24.

³ Cf. R. A. Williams Jr., *The Rights and Status of Indigenous Peoples under International Law during the Classical Era Treaty Period (1600-1840)*, *Law and Anthropology*, 5 (1990), p. 237-255.

républicaine irlandaise). De tels cas sont exceptionnels chez les autochtones de ces États, et lorsqu'ils se produisent se traduisent en termes de déficit politique au sein de l'opinion publique (crise d'Oka au Québec en 1990, où les autorités québécoises et les Indiens Mohawk sont entrés en conflit de façon violente¹). Il en va évidemment autrement dans les États autoritaires, où les autochtones peuvent recourir à la lutte armée. C'est souvent le cas en Asie et en Amérique du Sud. En Birmanie, les Karen ont constitué une armée de 20 000 soldats et un gouvernement. En Irian Jaya, le *Mouvement pour une Papouasie libre* (DPM) dit regrouper 30 000 combattants. Au Guatemala, les Indiens Maya, dépossédés de leurs terres, se sont mobilisés depuis les années soixante-dix, et se sont alliés au prolétariat rural non indien, souvent avec l'appui de religieux progressistes. Ils ont mené des opérations de guérilla, sanctionnées par le massacre de communautés entières perpétré par l'armée gouvernementale (la période de dictature du président Rios Montt, de 1982 à 1983, a été celle d'une politique délibérée d'ethnocide). En 1992, le Mexique a opéré une modification de sa constitution (l'art. 4 reconnaît désormais l'existence de « peuples indiens ») qui en fait une nation multi-ethnique et pluriculturelle. Sans doute bien tard, car dans les premiers mois de 1994, une insurrection des paysans indiens de l'État de Chiapas se déclenche, motivée par une autre modification de la Constitution (art. 27) qui a pour effet d'arrêter la distribution des terres et d'avantager les latifundistes par rapport aux paysans pauvres. Dans cet État où l'on entend fréquemment dire qu'« une vache vaut plus qu'un Indien », le mouvement compte des cadres politiques indiens et est dirigé par le *Comité clandestin révolutionnaire indigène*. L'idéologie proclamée est celle d'une culture indienne, adaptée à la modernité. Son ampleur surprend : son armée compte plus de 3 000 hommes, appuyés par 10 000 miliciens ; plusieurs centres administratifs sont pris. Une trêve s'instaure, mais la situation demeure tendue², et en 1995 l'armée investit les territoires rebelles.

Le contexte est différent pour les autochtones du Premier Monde. La plupart du temps, ceux-ci trouvent dans les mécanismes de l'État de droit assez de ressources pour mettre en œuvre des « révolutions tranquilles » qui, par le recours aux voies légales et judiciaires, peuvent leur assurer de substantiels succès. Ils peuvent aussi recourir aux définitions du droit international.

218 LES DÉFINITIONS DU DROIT INTERNATIONAL. – On se référera ici au rapport Cobo, qui a guidé les rédacteurs du projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones et à la Convention 169 de l'OIT³.

¹ Cf. le numéro de *Recherches amérindiennes au Québec* (XXI, 1-2, 1991) consacré à cette affaire.

² Pour plus de détails, voir A. Monod (dir.), *Feu Maya. Le soulèvement au Chiapas, Ethnies*, p. 16-17 (1994) ; Y. Le Bot, *Violence de la modernité en Amérique latine*, Paris, Karthala, 1994.

³ On y ajoutera la définition, largement similaire, donnée en 1991 par la Banque mondiale : cf. *supra*, p. 421-422.

Jusqu'ici, l'ONU n'a pas donné de définition officielle des peuples autochtones. On peut cependant la déduire de la conjonction entre des éléments élaborés par le Groupe de travail et le rapport Cobo. En 1982, lors de la première session, le Groupe cite un certain nombre de [p. 438] traits à titre d'indications préliminaires : l'existence de systèmes différents ou concurrents correspondant à des modes de pensée, des cultures, des religions différentes ; des éléments subjectifs tels que l'auto-identification de l'individu et du groupe et l'acceptation de l'individu par le groupe ; des éléments objectifs tels que la continuité historique ; la conformité aux principes économiques, sociaux, culturels et institutionnels des groupes autochtones, y compris les attitudes écologiques, l'absence de pouvoir au sein du système et des institutions du pays. Enfin, la lecture des documents de l'ONU pourrait suggérer la nécessité de distinguer les autochtones des pays indépendants de ceux des pays dépendants, ces derniers ayant moins de droits (notamment à l'autodétermination) que les premiers¹. On retrouve ces traits dans la définition du rapport Cobo, dont on sait que le Groupe de travail a fait sa référence dans ses travaux ultérieurs :

« Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société, et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques.

Cette continuité historique peut consister dans le maintien, pendant une longue période jusqu'ici ininterrompue, de l'un des facteurs suivants ou de plusieurs :

- a) l'occupation des terres ancestrales ou au moins d'une partie de ces terres ;
- b) l'ascendance commune avec les premiers occupants de ces terres ;
- c) la culture en général ou sous certaines de ses manifestations (telles que religion, vie en système tribal, appartenance à une communauté autochtone, costume, moyens d'existence, mode de vie, etc.) ;

[p. 439]

- d) la langue (qu'elle soit utilisée comme langue unique, comme langue maternelle, comme moyen habituel de communication au foyer ou dans la famille, ou comme langue principale, préférée, habituelle, générale ou normale) ;

¹ L'hypothèse est formulée par P. Karpe (cf. *supra*, n. 3, p. 432).

- e) l'implantation dans certaines parties du pays ou dans certaines régions du monde ;
- f) d'autres facteurs pertinents.

Du point de vue de l'individu, l'autochtone est la personne qui appartient à une population autochtone par auto-identification (conscience de groupe) et qui est reconnue et acceptée par cette population en tant que l'un de ses membres (acceptation par le groupe). » ¹

On peut résumer cette définition en quatre points. La *différence culturelle* et la *situation de domination* sont des critères communs aux autochtones et aux minorités. La *continuité historique* et l'*auto-identification* spécifient en revanche davantage les premiers.

Il reste que le nombre des traits cités ainsi que le caractère alternatif de la définition (« l'un des facteurs suivants ou de plusieurs ») donne une grande extension à la notion de peuples autochtones, d'où le caractère approximatif de tout chiffrage. De plus, le degré d'interférence entre les éléments objectifs et le principe d'auto-identification (même restreint à l'identification individuelle) n'est pas fixe : en cas de contrariété, quel critère l'emportera-t-il ? Par ailleurs on remarquera que le texte pose une définition large des autochtones, puisqu'il entend par là à la fois les sociétés qui ont subi « l'invasion » (c'est-à-dire la conquête) et celles qui se trouvent aujourd'hui isolées (les « sociétés précoloniales ») du fait de migrations d'autres populations sur leurs territoires.

On peut donc s'interroger sur le contenu du champ d'application territorial de ces définitions ² On retrouve ici le clivage entre les pays d'Asie et les États occidentaux. Lors de la réunion de 1983 du Groupe de travail, les représentants de l'Inde et du Bangladesh soutiennent que les définitions ne s'appliquent qu'aux « pays de l'hémisphère occidental, et de l'Australasie, où des populations colonisatrices d'une autre race venues d'outre-mer avaient établi des colonies de [p. 440] peuplement et étaient entrées en conflit avec les populations de ces pays ». Ce qui revient à se décharger à bon compte sur le seul Occident des atteintes portées aux peuples autochtones. Lors de la réunion de l'année suivante, les États-Unis, le Canada et la Nouvelle-Zélande soutiendront à juste titre que les autochtones se trouvent dans le monde entier, notamment en Asie. Il semble bien que divers organes de l'ONU se soient ralliés à cette dernière hypothèse. On peut le déduire de formules utilisées par ceux-ci qui visent la situation des autochtones dans les diverses parties du monde, sans imposer *a priori* de délimitation territoriale ³. Par ailleurs, à l'occasion de l'Année internationale des peuples

¹ Doc. E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, p. 31-32, § 379-381.

² Cf. P. Karpe, *op. cit.*, *supra*, n. 3, p. 432.

³ En 1992, le président du Groupe de travail a ouvert sa réunion en citant les « autochtones d'Asie, du Pacifique, d'Europe et d'Afrique » ; le Groupe a visé les autochtones du monde quand il a préparé l'Armée internationale des populations autochtones. Des qualifications

autochtones (1993), le Centre des droits de l'homme de l'ONU à Genève a publié une carte ¹ situant de manière non exhaustive les régions du monde où vivent des autochtones. Elle dut être retirée de la distribution, des États d'Asie jugeant que l'identification de peuples autochtones sur leurs territoires n'était pas de la compétence des organes de l'ONU ni de toute organisation intergouvernementale, et « portait atteinte à la souveraineté, à l'intégrité territoriale et à l'unité des États membres » ². Le contenu de cette liste n'en montre pas moins que toutes les parties du monde sont concernées par le problème autochtone ³.

visant aussi globalement les autochtones du *monde* sont utilisées par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires (al. 9 du préambule de la Résolution 1992/33 adoptée le 27 août 1992), la Commission des droits de l'homme (al. 3 du dispositif de la Résolution 1985/21 adoptée le 11 mars 1985), le Conseil économique et social (al. 2 du dispositif de la Résolution 1982/34 adoptée le 7 mai 1982, al. 4 de la Résolution 1988/37 adoptée le 27 mai 1988), l'Assemblée générale (§ 3 de l'al. de la Résolution 40/131 adoptée le 13 décembre 1985 ; al. 1 du § B de l'Annexe de la Résolution 46/128 adoptée le 17 décembre 1991).

¹ “Where Indigenous Peoples Live” (document coté DPI/1316).

² Doc. E/CN.4/1994/36/Add. 1.

³ Où vivent les peuples indigènes ? carte publiée par les Nations Unies, Département de l'information publique, DPI/1316-93295-Nov. 1992-9M : 1. Arctique : Aleut, Chipewyan, Inuit, Saami ; 2. Subarctique : Cree, Dene, Naskapi, Ojibwa ; – Amérique du Nord : 3. Est : Algonquin, Haudenosaunee (Six Nations), Huron, Micmac, Potawatomi, Shawnee ; 4. Sud-Est : Cherokee, Chickasaw, Creek, Seminole ; 5. Grandes Plaines : Arapaho, Cheyenne, Pawnee, Sioux ; 6. Plateau du Nord-Ouest : Nez Perce, Wasco, Yakima ; 7 et 8. Californie et région proche : Cahuilla, Pomo, Serrano, Shoshone, Ute ; 9. Sud-Ouest : Apache, Dine (Hopi), Navajo, Zuni ; 10. Côte Pacifique Nord-Ouest : Bella Coola, Chinook, Haida, Kwakiutl, Salish, Tlingit ; 11. Amérique centrale : Bribri, Cakchiquel, Chol, Chuj, Cora, Guaymi, Huichol, Ixil, Kekchi, Kuria, Lacandon, Lenca, Maya (descendants), Miskito, Nahua, Pipile, Quiche, Rama, Seri, Sumu, Tarahumara, Yaqui, Yucatec, Zapotec ; 12. Caraïbes : Akawaio, Bari (Motilonas), Choque, Guajiro, Karina, Kogi, Otomac, Paez, Yarawato, Yukpa ; – Amérique du Sud : 13. Amazonie : Aguarana, Amarakaeri, Amuesha, Arara, Arawak, Ashaninka, [p. 441] Asurini, Gavião, Kayapo, Kreen-Akarore, Matsigenka, Mundurucu, Nambikwara, Parakana, Quichua (Oriental), Sanema, Secoya, Shipibo, Shuar (Jivaro), Tukano, Ufaina, Waimiri-Atroari, Waorani (Auca), Wayana, Xavante, Yagua, Yanomami ; 14. Mato Grosso : Bororo, Botocudo, Ge (Central), Guato, Kaduveo, Kaingang, Karaja, Kayapo (Sud), Tupi ; 15. Gran Chaco : Ache, Ayoreo, Chamacoco, Chiriguano, Guana, Mataco, Mbaya, Toba-Maskoy ; 16. Andes (Basses-Terres) : Cayapas, Colorados ; 17. Andes (Hautes-Terres) : Aymara, Huancas, Kolla, Mojo, Otavalo, Quechua, Salasaca, Uros ; 18. Patagonie, Pampas : Aracuans, Mapuche, Ranquel, Tehuelche ; – Asie : 19~ Nord et Centre : Ainu, Hui, Manchu, Miao, Mongols, Aborigènes de Taiwan, Tibétains, Uighours, Yi, Zhuang ; 20. Sud : Bhils, Chenchus, Dafflas, Dandami, Gadabas, Garos, Gond, Hos, Irula Kurumbas, Juangs, Kadrass, Kameng, Khassis, Khonds, Kolis, Lohit, Mundas, Naga, Oraons, Pathan, Santal, Savaras, Sholegas, Toda Kotas, Vedda ; 21. Peuples des Chittagong Hill Tract : Chakma, Marma, Tripura ; 22. Sud-Est : Chin, Hinong, Kachin, Karen, Kedang, Lisu, Semai, Shan ; – Afrique : 23. Sahara, Sahel : Fulani, Touareg ; 24. Sud-Soudan : Dinka, Hamar, Kawahla, Lotuko, Mondari, Nuba, Nuer, Rashaida, Shilluk, Zande ; 25. Corne de l'Afrique et partie Est : Barabaig, Eriteran, Massai, Oromo, Somali, Tigrayan ; 26. Désert du Kalahari : San ; 27. Forêts d'Ituri ; Efe, Lese, Mbuti ; 28. Australie et Pacifique : Aborigènes, Arapesh, Asmat, Bangsa, Bontoc, Chamorro, Dani, Dayak, Hanunoo, Hawaïens, Iban, Ifugao, Kalinga, *Kanak*, Kayan, Kedang, Mae-Enga, Maori, Mundugumur, Penan, Rapa Nui, Tahitiens, Torres Strait Islanders, Tsembaga.

[p. 441]

La Convention 169 de l'OIT utilise-t-elle la même démarche ? Aux termes de cet instrument (partie 1, art. 1, § 1-2), il s'applique à deux types de peuples résidant dans des États indépendants :

« a) Aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques, et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale.

« b) Aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habi-[p. 442] taient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles.

« Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention. »

On retrouve trois des quatre éléments principaux caractérisant la définition citée plus haut donnée par le rapport Cobo au sujet des peuples autochtones : le

On remarquera que la France est visée dans cette liste, dans la mesure où des Indiens de Guyane française (n° 13) et les Canaques de Nouvelle-Calédonie (n° 28, c'est nous qui soulignons) y sont compris. Cependant, on remarquera que le rapport Cobo ne retient la France qu'au titre de la Guyane (Doc. E/CN.4/Sub. 2/476, 30 juillet 1981, p. 4, n° 16). En effet, le Rapporteur a choisi de citer les États uniquement en fonction des territoires sur lesquels il estimait disposer de données pertinentes (Doc. E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, p. 5, § 19). De plus la responsabilité de l'identification de ces États revient au Rapporteur, et non aux États. Le fait que la France, pour la Guyane ou tout autre territoire, figure dans ce type de documents ne signifie nullement qu'elle reconnaît l'existence d'autochtones en son sein. Il n'y a donc pas contradiction entre les dénégations officielles, maintes fois répétées par ses représentants, et le fait qu'elle apparaisse implicitement dans cette carte, et explicitement dans le rapport Cobo.

On notera d'ailleurs qu'en dépit des réponses négatives ou de l'absence de réponse des gouvernants des États qui la composent, l'Afrique figure également sur cette carte (n° 23 à 27). 'autre part, à partir de cette énumération, on peut dresser comme suit la liste non exhaustive des États où, d'après ce document, vivent des autochtones : – Afrique : Cap-Vert, Centrafrique, Kenya, Mali, Namibie, Ouganda, Rwanda, Soudan, Tanzanie et Zaïre ; – Amérique : Argentine, Belize – Bolivie, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Dominique, El Salvador, Équateur, États-Unis d'Amérique, Guatemala, Guyane, Honduras, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, Surinam et Venezuela ; – Asie : Bangladesh, Cambodge, Chine, Inde, Indonésie, Japon, Laos, Malaisie, Myanmar, Népal, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines, Sri Lanka, Taiwan et Thaïlande ; – Europe : Danemark (Groenland seulement), Finlande, France, Norvège, Russie et Suède ; Pacifique : Australie, Nouvelle-Zélande, Vanuatu.

lien historique, la différence culturelle, l'auto-identification. La situation de domination n'est pas explicitement citée. Toutefois, l'ensemble du texte a justement pour objet de remédier à ses effets. En ce qui concerne la distinction formulée entre peuples tribaux et indigènes, on sait qu'elle possède un caractère largement artificiel, et a été introduite sous la pression de certains États asiatiques qui voulaient éviter de voir étendre la qualification d'« autochtones » à certaines de leurs populations¹. Enfin, il convient de noter que les catégories d'« autochtones » et « non-autochtones » possèdent une certaine fluidité.

D'une part, les droits internes des États prévoient fréquemment des transitions², spécialement ceux qui favorisent l'assimilation : dans ces cas, la catégorie d'autochtones est appelée à devenir résiduelle. On sait qu'à l'époque de la « Termination Policy », les États-Unis ont retiré par une série d'actes législatifs (*Termination Acts*) la reconnaissance fédérale à certaines tribus indiennes nommément désignées. Le passage du statut de non-autochtone à celui d'autochtone est également possible. Au Canada, une Blanche épousant un Indien et se faisant inscrire sur le registre des Indiens acquiert le statut d'Indienne. En Malaisie, un non-aborigène devient aborigène s'il a été adopté par des aborigènes et élevé comme eux, parle leur langue, mène leur mode de vie et est considéré comme aborigène par la communauté.

Plus généralement, le principe d'auto-identification postule ces transitions. Il est particulièrement important dans la mesure où il [p. 443] sauvegarde les droits des individus : chacun doit se voir reconnaître le droit d'appartenir ou non à la communauté de son choix, d'en choisir une différente de sa communauté d'origine. Car l'utilisation des seuls critères « objectifs » peut conduire à toutes les dérives : l'appartenance communautaire doit être équilibrée par la volonté individuelle de conserver ou non, d'acquérir ou pas un certain nombre de spécificités.

Un choix positif opéré en faveur de celles-ci est un des motifs pour lesquels les peuples autochtones réclament aujourd'hui de se voir reconnaître le droit à l'autodétermination. Mais sont-ils juridiquement des peuples ?

II | LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION

La qualification de peuple est un des motifs principaux qui poussent les autochtones à se distinguer des minorités : s'ils sont des peuples, ils jouissent d'un droit à l'autodétermination. Mais en supposant résolue cette première question, une deuxième se pose aussitôt : que faut-il entendre par autodétermination ?

Nous allons essayer de répondre à ces deux interrogations.

¹ Cf. *supra*, p. 432.

² Doc. E/CN.4/Sub. 2/1982/2/Add. 6, p. 57-67, § 325-374.

A – La qualification de peuples

Celle-ci pose d'abord un problème de traduction. Souvent le terme anglais *people* est traduit en français par *population*, mot beaucoup plus neutre, désignant un fait (le rassemblement d'un certain nombre d'individus) beaucoup plus qu'une entité collective susceptible d'une existence juridique. L'utilisation du terme anglais n'est pas pour autant exempte d'incertitudes, dont jouent les protagonistes des débats concernant les autochtones. En fait, trois questions se posent : les autochtones constituent-ils des peuples au sens fort du terme ? Dans l'affirmative, forment-ils des peuples justiciables du droit à l'autodétermination tel que l'a construit l'ONU ? Dans quel sens le seul instrument de droit positif (avec la Convention 107) concernant aujourd'hui globalement les autochtones – la Convention 169 de l'OIT – a-t-il tranché ?

[p. 444]

219 LA BATAILLE DU « S ». – Le terme *people*, employé dans sa forme singulière mais pour désigner l'ensemble – ou un grand nombre – des groupes autochtones, correspond plutôt au mot français *population* conçu comme l'addition d'individus. Le terme *peoples*, employé au pluriel, trouve davantage son équivalent dans le mot *peuple*. On devine que les États les plus méfiants envers les autochtones préfèrent *people* à *peoples*, les autochtones faisant le choix inverse. D'où le terme de « bataille du s », assez fréquemment employé pour décrire ces stratégies opposées. Dans ce contexte, plusieurs observations sont possibles.

Le Groupe de travail de l'ONU s'intitule « Working Group on Indigenous Populations ». Mais depuis 1988, ses rapports visent les pratiques discriminatoires à l'encontre des « indigenous peoples ». La préparation de l'Année internationale posa aussi ce type de problèmes¹. Les autochtones réclamaient l'emploi du terme *peoples*. La Résolution 45/164 lui préféra celui de *people* (la traduction française de la Résolution parle pour sa part des « populations autochtones »). Notons aussi que l'ONU a intitulé la décennie 1995-2005 comme celle des *Indigenous People*. Le problème rebondit à Vienne en 1993, où se tenait la Conférence mondiale de l'ONU sur les droits de l'homme. Un premier texte préparatoire du document final appelait les États à promouvoir l'égalité des autochtones avec les autres membres de la population, les qualifiant de *people*. Ceux-ci protestèrent durant la Conférence en revendiquant la forme plurielle et reçurent l'appui d'une majorité

¹ Cf. R. L. Barsh, *Indigenous Peoples in the 1990's*, *Harvard Human Rights Journal*, 7 (1994), 49-52.

d'États ¹. Seuls la France, le Burundi et l'Inde manifestèrent explicitement leur opposition.

On voit donc que si une évolution existe, elle reste limitée. De plus, on remarquera que ces variations sémantiques ont une signification plus politique que juridique : *stricto sensu*, l'emploi ou le non-emploi d'un terme ne suffit pas à créer ou dénier des droits. Il a seulement valeur indicative. D'autre part, on sait qu'il n'existe pas à l'heure actuelle en droit international de définition du terme « peuple », même si les instruments internationaux citent souvent des droits des peuples. Tout au plus peut-on relever que différentes insti-[p. 445] tutions internationales ont défini communautés, peuples ou nations comme des groupes humains partageant un certain nombre de spécificités ou souhaitant les maintenir ², et que *dans la pratique* la reconnaissance par la collectivité internationale d'un peuple titulaire du droit à l'autodétermination ne se fait pas par l'auto-élection, mais par la désignation effectuée par un organe tiers (Assemblée générale de l'ONU ou diverses organisations régionales, telle l'OUA) ³.

Et l'on sait que le droit à l'autodétermination est un des enjeux majeurs des revendications autochtones. Mais peuvent-ils y prétendre ?

220 LES PEUPLES BÉNÉFICIAIRES DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION. – Retournons à la Conférence de Vienne de 1993. Les autochtones souhaitaient que la déclaration finale reprenne en les leur appliquant les termes de la Résolution 1514 (XV) de l'ONU sur la décolonisation : « Tous les peuples ont le droit à l'autodétermination. » L'Autriche et plusieurs pays d'Europe de l'Est suggérèrent que l'exercice de ce droit concerne aussi les peuples appartenant à des États issus de la décolonisation... ce qui suscita une vive opposition de la part des autres pays. Le Pakistan tenta une solution de compromis : le droit à l'autodétermination s'appliquerait « particulièrement » aux situations coloniales, mais pas exclusivement. Finalement, les positions conservatrices l'emportèrent : l'autodétermination ne devait pas remettre en cause l'intégrité territoriale et l'unité politique des États.

Le débat possède un caractère historique : le droit à l'autodétermination doit-il être ou non cantonné aux cas où jusqu'ici il a été appliqué, c'est-à-dire les situations coloniales ?

¹ Australie, Norvège, Chili, Colombie, Cuba, Équateur, Estonie, Finlande, Mexique, Russie, Suède. Le Canada, l'Argentine, le Brésil, le Royaume-Uni et le Venezuela gardèrent quant à eux le silence.

² Pour quelques exemples, cf. S. Marquardt, *International Law and Indigenous Peoples, International Journal on Group Rights*, 3-1 (1995), p. 67-68. Pour la définition du peuple en droit international, cf. également S. Pierré-Caps, *Nation et peuples dans les constitutions modernes*, vol. II, Nancy, Presses Univ. de Nancy, 1987, p. 485-493.

³ Cf. P. M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1993, p. 97.

La Charte de l'ONU contient plusieurs références à ce droit et à l'égalité des droits des peuples. Les pactes de 1966 sur les droits de l'homme réitèrent le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes. Mais ce sont les Résolutions de l'Assemblée générale qui ont appliqué spécifiquement ce droit à la décolonisation. On citera à cet égard la [p. 446] Résolution 1514 (XV), ou « déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux peuples et pays coloniaux », et la Résolution 2625 (XXV) (1970), ou « déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies ». Le peuple non autonome ou sous tutelle peut obtenir son indépendance, y compris en recourant à la lutte armée. Il peut déterminer librement son destin, soit en devenant un État indépendant souverain, soit en s'associant librement à un État indépendant, soit en s'intégrant à un État indépendant, aux termes de la Résolution 1541 de l'ONU, adoptée... le lendemain de la Résolution 1514.

Ces Résolutions sont des textes en eux-mêmes dépourvus de portée obligatoire, mais leur importance politique a provoqué une formation de coutumes internationales qui en fait des références de droit positif.

La majorité de la doctrine estime que ce droit ne peut s'appliquer aux minorités nationales et peuples autochtones en dehors des peuples soumis à la domination coloniale, même si une tendance se dessine depuis le conflit yougoslave visant à reconnaître aux peuples minoritaires « ... le droit à l'identité culturelle ainsi qu'à un ensemble de droits collectifs y attenant et s'inscrivant dans le cadre des droits de l'homme à dimension collective »¹. Cette dissociation du droit des peuples et du principe d'autodétermination hors les cas de domination coloniale est généralement bien vue par les internationalistes, car censée « éviter les phénomènes de pullulement étatique »² multipliant les risques de conflits. Elle est aussi soutenue par les États face aux revendications des peuples autochtones. Cette question est d'importance majeure. Peu de peuples sont encore l'objet de la colonisation au sens classique du terme, qui ne caractérise pas la situation de la très grande majorité des autochtones à l'heure actuelle. Que deviendraient à ce titre les Kurdes, Saraouis, Tibétains, Papous d'Irian Jaya, etc. ? Si la thèse classique devait être maintenue, ils auraient peu à attendre du droit international.

Un débat est cependant en cours. Certains auteurs³ développent [p. 447] une analyse différente. La Résolution 2625 ne restreint pas *explicitement* le droit à l'autodétermination aux peuples sous domination coloniale. De plus, en 1975, la Cour internationale de justice statuant sur le cas du Sahara occidental a utilisé une approche anthropologique et reconnu dans un avis consultatif qu'on ne pouvait qualifier de *terra nullius* des territoires habités par des populations dont les critères d'organisation sociopolitiques, s'ils diffèrent de ceux des sociétés

¹ *Ibid.*, p. 95.

² *Ibid.*

³ Cf. par exemple S. Marquardt, *op. cit.*, *supra*, n. 1, p. 445, p. 63-65 ; R. Stavenhagen, *The Ethnic Question*, United Nations Univ. Press, Tokyo, 1990, p. 65-70.

étatiques, n'en existent pas moins, et ne les disqualifient pas pour l'exercice d'un droit à l'autodétermination. On fait par ailleurs remarquer que ce droit est affirmé dans les pactes de l'ONU de 1966. Il est donc incorporé au système universel de protection des droits de l'homme, ce qui semble étendre sa portée au-delà de la situation coloniale. Par ailleurs, s'il est vrai que la Résolution 2625 (XXV) protège le droit des États à leur intégrité territoriale et à leur unité politique, on peut soutenir qu'elle n'interdit pas expressément que le droit à l'autodétermination puisse jouer en dehors des situations coloniales, dans la mesure où elle ne dit rien des États divisés par des clivages ethniques majeurs¹ et de ceux où persiste une domination de type colonial sous les apparences de l'unité politique² : certains silences pourraient être interprétés en faveur des peuples autochtones. Par ailleurs, le texte même de la Déclaration peut être invoqué par les autochtones. Celle-ci protège l'intégrité des États possédant « ... un gouvernement représentant la population entière (*whole people*) du territoire sans distinction de race, de croyance, ou de couleur ». On pourrait *a contrario* en déduire que cette garantie ne s'exerce pas lorsque ces conditions ne sont pas réunies. Or l'on sait qu'aujourd'hui encore nombre de peuples autochtones tombent sous le coup de discriminations négatives qui peuvent être fondées sur ces critères.

Ces thèses « révisionnistes » doivent être considérées avec d'autant plus d'attention qu'elles correspondent certainement à une réalité historique. Comme nous avons tenté de le montrer ailleurs³, la domination *de type* colonial à l'égard des peuples autochtones peut se mani-[p. 448] fester à l'intérieur d'États qui sont eux-mêmes sortis de la situation coloniale⁴. La Convention 169 apporte-t-elle une lumière supplémentaire dans ce débat ?

221 L'AMBIGUÏTÉ DE LA CONVENTION 169. – En 1957, la Convention 107 de l'OIT employait le terme de « populations » pour définir son champ d'application. La Convention 169 utilise celui de « peuples », mais l'entoure d'une restriction importante : « L'emploi du terme "peuples" dans la présente convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en

¹ Cf. Emerson, *The Fate of Human Rights in the Third World*, *World Politics*, 27 (1975), p. 201-207 ; Delbrück, *International Protection of Human Rights and State Sovereignty*, *Indiana Law Journal*, 57 (1982), p. 567-571.

² Cf. Gros-Espiel, *The Right to Self-Determination. Implementation of United Nations Resolutions*, Doc E/CN.4/Sub. 2/405/Rev. 1 (1979), § 57.

³ Cf. N. Rouland, *Les colonisations juridiques : de l'Arctique à l'Afrique noire*, *Journal of Legal Pluralism*, 29 (1990), p. 39-136.

⁴ « ... les processus par lesquels une société dominante instaure la suprématie de ses systèmes juridiques sur celui des groupes ethniques résidant sur son territoire – cas des minorités ethniques – ou à l'extérieur de leur territoire – cas des colonies – se caractérisent par des mécanismes largement similaires, et cette similitude n'est pas affectée de façon déterminante par la distance géographique et l'écart chronologique, quelles que soient les exceptions qu'on ne manquera pas de trouver à ces lois de tendance » (*ibid.*, 90).

vertu du droit international » (partie I, art. 1, § 3). Lors de la préparation du texte, les représentants des États avaient en effet manifesté leur réticence à l'emploi du terme « peuples », craignant que par le biais du droit à l'autodétermination, il ne débouche sur un droit à la sécession, malgré les assurances que cherchaient à leur donner les représentants des autochtones. Ceux-ci opposaient par ailleurs que le refus de les qualifier de « peuples » procédait de distinctions de type raciste. Finalement, l'OIT choisit de faire figurer la clause restrictive citée plus haut. Son secrétariat déclara qu'elle ne pouvait être interprétée comme une prise de position pour ou contre les peuples autochtones, la détermination de leur nature juridique se situant hors de sa compétence et devant être décidée par d'autres institutions de l'ONU¹. Cette position n'en entraîna pas moins les protestations des dirigeants de certaines associations autochtones², même si la Convention peut être envisagée comme une étape d'un processus qu'elle n'a pas pour objet de figer.

Il reste que ces atermoiements ne sont pas dépourvus d'ambiguïté. [p. 449] Ils signifient que l'issue du débat juridique dépend largement du combat que mènent les autochtones sur le plan politique.

Quelle est leur opinion sur le contenu du droit à l'autodétermination qu'ils réclament ?

B - L'autodétermination selon les autochtones

Les peuples autochtones ont pris une part de plus en plus active à l'interprétation des distinctions les concernant dans les textes de l'ONU, que ce soit au niveau de leur définition ou du contenu des conséquences du droit à l'autodétermination.

222 LES INTERPRÉTATIONS AUTOCHTONES DES TEXTES DE L'ONU³. – La Résolution 1541 circonscrit son champ d'application à tout territoire qui est « géographiquement séparé et est distinct sur les plans ethnique et/ou culturel de l'État administrant ». Les autochtones estiment, à bon droit, satisfaire aux critères ethnique et culturel. Le critère géographique, conjointement exigé, ne semble pas en revanche pouvoir s'appliquer à la plupart d'entre eux. Cependant, dans certains

¹ Partial Revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (n. 107), Report IV (2A), 12, International Labour Conference, 76th Session, Genève, 1989.

² La représentante du Groupe de travail sur les peuples autochtones déclara ainsi : « ... Il est injuste et racialement discriminatoire de limiter nos droits en tant que peuples au niveau du droit international. Nous avons droit aux mêmes droits que les autres peuples et tout double standard à ce sujet doit être éliminé sans aucune hésitation » (ILO : Provisional Record, n° 31, p. 31-37, International Labour Conference, 76th Session, Genève, 1989).

³ Cf. R. L. Barsh, *op. cit.* (Indigenous Peoples in the 1990's), 34-40.

cas, les autochtones résident majoritairement dans certaines parties du territoire de l'État. D'autre part, les événements yougoslaves ont montré que la communauté internationale – à tort ou à raison – peut reconnaître la fragmentation d'un État en entités différentes. D'autre part, lors de la préparation de la Déclaration 2625 de l'ONU, la France elle-même précisa que ce texte visait à prévenir la sécession, mais non à l'exclure totalement. Par ailleurs, plusieurs déclarations de personnalités liées à la défense des droits autochtones (dont la présidente du Groupe de travail) convergent dans le même sens. Le droit à l'autodétermination, sauf en ultime ressort, ne peut être interprété comme un droit à la sécession. Il s'agit davantage, pour les autochtones, d'un droit à coexister pacifiquement à l'intérieur d'un État avec le reste de la population, et à codécider avec les autorités de l'État de leur destin par l'intermédiaire de leurs représentants. Plus précisément, il y aurait dorénavant deux types de décolonisation. La décolonisation *externe*, seule prise en compte jusqu'ici, visant les territoires dépendants et aboutissant normalement à [p. 450] leur indépendance. La décolonisation *interne*, concept nouveau, pourrait s'appliquer aujourd'hui aux peuples autochtones. Elle concerne les territoires indépendants (décolonisés, au sens ancien du terme), n'aboutit normalement qu'à une autodétermination interne, sans sécession (auto-administration pour les questions touchant spécifiquement les populations concernées ; participation avec l'État aux décisions les visant à l'échelon national ; participation aux décisions et à la vie politiques de l'État tout entier) ; elle est placée sous les auspices du Groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones. En 1993, sa présidente a d'ailleurs posé les principes d'interprétation du droit à l'autodétermination retenus par cette institution : « En théorie au moins, il est possible de faire une distinction entre l'autodétermination "externe", qui signifie l'acte par lequel un peuple détermine son futur statut au niveau international et se libère lui-même du joug de l'"étranger", et, de l'autre, l'autodétermination "interne", qui a trait essentiellement au choix du système politique et administratif, et à la nature profonde du régime choisi. [...]. La meilleure façon d'envisager le droit à "l'autodétermination interne" est de le considérer comme le droit d'un peuple de choisir son propre régime politique, d'influer sur l'ordre politique de la région dans laquelle il vit, et de sauvegarder son identité culturelle, ethnique, historique ou territoriale [...]. Dès lors qu'un État indépendant a été créé et reconnu, les peuples qui le constituent doivent essayer d'exprimer leurs aspirations par l'intermédiaire du système politique national, et non en créant de nouveaux États, sauf si le système politique national devenait si exclusif et si peu démocratique qu'on ne pourrait plus le considérer comme "représentant l'ensemble du peuple". À ce stade, et si toutes les mesures prises au niveau international et diplomatique étaient impuissantes à protéger les peuples de l'État en question, ils auraient sans doute raison de créer un nouvel État pour assurer leur sécurité [...]. La communauté internationale et l'auteur de ce présent document dissuadent (*discourage*) les peuples de recourir à la sécession pour remédier à la violation de leurs droits fondamentaux, mais comme le montrent des

événements survenus de par le monde, le recours à la sécession ne peut être entièrement écarté. » ¹

[p. 451]

Cette distinction s'insère évidemment dans le cadre d'une stratégie. L'assimilation de l'autodétermination à la sécession par les autochtones se heurterait à une résistance opiniâtre des États. Mieux vaut donc pour eux tenter de contourner ainsi cette difficulté. Mais il faut être réaliste. Il n'est pas exclu que, dans le futur, et au moins dans certains cas (car de nombreux groupes autochtones ne possèdent pas assez de membres pour s'engager dans un tel processus), cette autodétermination interne ne constitue un tremplin vers les zones plus élevées de l'indépendance souveraine, ce qui montre bien les risques de cette distinction chère à la doctrine anglo-saxonne.

Cependant, à l'heure actuelle, cette stratégie connaît certains succès. Certains États admettent que l'autodétermination peut servir à la « réconciliation nationale » (Australie), qu'elle n'est pas synonyme de sécession (Papouasie-Nouvelle-Guinée). Au Canada, les débats sur le « droit à l'autonomie gouvernementale » des autochtones s'inscrivent aussi dans cette ligne. En 1993, lors de la réunion du Groupe de travail de l'ONU, certains États admirent sans restrictions le droit à l'autodétermination des autochtones (Australie, Finlande, Russie), d'autres le subordonnant à une forme exclusivement interne (Danemark, Nouvelle-Zélande, États-Unis). Le Groupe retint finalement une définition large, inscrite dans la version de 1993 (art. 3) du projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones :

« Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. » ² Certains États (Brésil, Inde, Suède, États-Unis) réitérèrent leurs objections ; d'autres – à part approximativement égale – acceptèrent cette définition (Danemark, Finlande, Norvège, Chili, Colombie).

Les succès politiques de la liaison effectuée par les autochtones (sur la base d'une orientation nette de la doctrine anglo-saxonne) entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et la déclinaison en [p. 452] deux cas de l'autodétermination laissent cependant intact le problème de sa validité juridique, qu'il nous faut maintenant aborder.

223 LE DROIT DES PEUPLES À DISPOSER D'EUX-MÊMES DANS LA PENSÉE JURIDIQUE OCCIDENTALE. – Ce droit est déjà implicitement présent dans la pensée des Lumières. Pour Voltaire, l'essence de l'homme réside dans la raison,

¹ E. I. Daes, notice explicative concernant le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, Doc. E/CN.4/Sub. 2/1993/26/Add. 1, 19 juillet 1993, § 17, p. 19, 21, 23.

² Doc. E/CN.4/Sub. 2/1993/29, 23 août 1993, Annexe 1.

pouvoir de séparer le vrai du faux, dont l'exercice nécessite la liberté. Sur le plan politique, le pouvoir doit donc garantir cette liberté, expression du droit naturel. Le 4 juillet 1776, la Déclaration de l'indépendance des États-Unis fonde sur ce droit naturel le droit des peuples à la sécession : « Lorsque dans le cours des événements humains, il devient nécessaire pour un peuple de dissoudre les liens politiques qui l'ont attaché à un autre et de prendre, parmi les puissances de la terre, la place séparée et égale à laquelle les lois de la nature et du Dieu de la nature lui donnent droit, le respect dû à l'opinion de l'humanité l'oblige à déclarer les causes qui le déterminent à la séparation. » En 1789, la Déclaration française des droits de l'homme précise que : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces Droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » (art. 2). Le 19 novembre 1792, la Convention décide d'« accorder fraternité et secours à tous les peuples qui voudront recouvrer leur liberté ». C'est le début du principe des nationalités. À *chacun son État national*, condition pour chaque peuple ou nation d'accès à sa liberté politique. On pourrait donc croire que se trouve ainsi justifiée une assimilation du droit à l'autodétermination au droit de sécession. En fait, il disparaît une fois constitué l'État-nation, rempart dressé par celui-ci contre le péril de sa dissociation : « ... Le droit des peuples, procès obligé d'accession à la société nationale étatique, s'évanouit avec l'apparition de l'État-nation [...], disparaît une fois le peuple transformé en État [...] Auquel cas le droit des peuples ne sert plus à rien, à moins de considérer que seule une révolution réussie est une bonne révolution... »¹ L'interprétation posée par les autochtones du droit à l'autodétermination vise à contourner cet obstacle en posant la sécession comme choix extrême au sein d'une alternative où serait préférée une liberté interne. Mais ce faisant, [p. 453] *volens nolens*, elle se situe toujours à l'intérieur d'une logique qui est celle de l'identification ultime du droit à l'autodétermination à l'indépendance étatique qui pourrait tendre ainsi à une multiplication étatique indéfinie et périlleuse. Alors que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme l'indiquent la Résolution 1541 (XV) de l'ONU en 1960 et un avis consultatif de la Cour internationale de justice sur le Sahara occidental en 1975², implique *ab initio* une pluralité d'options (indépendance étatique, mais tout autant libre association et intégration à un État indépendant). Ces remarques recourent d'ailleurs les théories de K. Renner sur l'État multinational, avancées dès 1899, longtemps oubliées, et aujourd'hui redécouvertes face à la résurgence des problèmes minoritaires en Europe. Pour cet auteur, en effet, le principe des nationalités ne devrait pas être celui de l'identification d'une nation à un État, mais la forme d'organisation interne des États multinationaux. Peut-être la prise en

¹ S. Pierré-Caps, *La Multination*, Paris, O. Jacob, 1995, p. 58-63.

² Cf. les analyses des « contradictions du droit des peuples » opérées par S. Pierré-Caps dans la deuxième partie de cet ouvrage, ainsi que, du même auteur : *Nation et peuples dans les constitutions modernes*, vol. II, Nancy, Presses Univ. de Nancy, 1987, p. 505-519 ; Karl Renner et l'État multinational, *Droit et société*, 27 (1994), p. 428-429 ; *La Multination*, *op. cit.*, *supra*, n. 1, p. 452, p. 148-155.

compte par les autochtones de ce type de théorie leur permettrait-elle de donner une armature constitutionnelle à la revendication de leurs spécificités juridiques susceptible de diminuer les réticences de nombreux États.

Section II

Les spécificités juridiques des peuples autochtones

[Retour au sommaire](#)

Les spécificités dont se réclament aujourd'hui les peuples autochtones pourraient faire l'objet d'une longue liste, probablement inexacte, dans la mesure où les textes juridiques les désignent sous les termes les plus génériques (sociales, culturelles, politiques, etc.). Plutôt que de les décliner, il nous a paru plus opportun de les traiter sous le concept englobant de droit à la différence. Nous examinerons d'abord les formes sous lesquelles il s'exprime. D'autre part, on observe que de façon constante les autochtones relient leur identité à leurs droits territoriaux : nous les étudierons ensuite.

[p. 454]

I | LE DROIT À LA DIFFÉRENCE

Celui-ci est fondé sur certains principes, et s'exprime par divers contenus.

A – *Les principes*

Même si, dans son histoire, la France connut une longue tradition pluraliste ¹, le droit à la différence n'appartient pas à l'héritage républicain. La situation est très différente en ce qui concerne le droit international positif.

224 UNITÉ ET UNIFORMITÉ. – Le principe du droit à la différence a été affirmé par l'UNESCO en 1978 dans un texte à portée générale, la *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux* (art. 1) :

« 1. Tous les êtres humains appartiennent à la même espèce et proviennent de la même souche. Ils naissent égaux en dignité et en droits et font tous partie intégrante de l'humanité.

« 2. Tous les individus et tous les groupes ont le droit d'être différents, de se concevoir et d'être perçus comme tels. Toutefois, la diversité des formes de vie et

¹ Cf. N. Rouland, *L'État français et le pluralisme*, Paris, O. Jacob, 1995, qui en fait l'histoire.

le droit à la différence ne peuvent en aucun cas servir de prétexte aux préjugés raciaux ; ils ne peuvent légitimer ni en droit ni en fait quelque pratique discriminatoire que ce soit, ni fonder la politique de l'apartheid qui constitue la forme extrême du racisme.

« 3. L'identité d'origine n'affecte en rien la faculté pour les êtres humains de vivre différemment, ni les différences fondées sur la diversité des cultures, du milieu et de l'histoire, ni le droit de maintenir l'identité culturelle. »

On remarquera que les groupes sont visés comme les individus. Par ailleurs si le texte condamne toute discrimination, il est clair qu'il vise en fait les discriminations négatives, la proclamation du droit à la différence postulant l'éventualité (mais non le caractère obligatoire) [p. 455] des positives. Ces dernières apparaissent plus nettement dans la reprise du droit à la différence effectuée par le rapport Cobo, qui vise les autochtones : « [Le] droit d'être différent n'est pas le moins du monde incompatible avec le droit de participer pleinement au développement dans l'égalité avec les autres membres de la société, encore qu'il y ait parfois lieu de prendre des mesures spéciales pour assurer une réelle égalité des chances à cet égard et sans que cela se fasse au détriment des caractéristiques auxquelles tient par dessus tout chaque groupe concerné ¹. [...] Sans une participation réelle des populations autochtones et sans quelques mesures spéciales propres à compenser les déséquilibres, le concept de l'égalité devant la loi risque fort de jouer au détriment des populations autochtones fort mal informées des lois et de leur application. » ² S'appuyant sur la Déclaration de San José (proclamée en 1981 au Costa Rica par un groupe d'experts ibéro-américains), le Rapporteur pose une distinction cardinale entre unité et uniformité : « La diversité en soi n'est pas contraire à l'unité. Et l'uniformité en soi n'engendre pas nécessairement non plus l'unité désirée. En effet, il peut y avoir de la faiblesse et de l'hostilité dans une uniformité artificiellement produite et, au contraire, de la force dans une diversité coordonnée au sein d'un tout harmonieux, mais à multiples facettes, fondé sur le respect de la spécificité de chacun de ses éléments. » ³

225 LES MESURES DISCRIMINATOIRES. – Mais le droit à la différence ne peut pour autant être absolu : la Convention 169 de l'OIT et le projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones prévoient que la préservation des particularismes doit être compatible avec les droits fondamentaux du système juridique national (art. 8, § 2, de la Convention) et/ou la Charte des Nations Unies et les droits de l'homme (art. 33 et 45 du projet de Déclaration).

¹ Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1983/21/Add. 1, p. 51, § 374.

² *Ibid.*, p. 14, § 49.

³ *Ibid.*, p. 56, § 402.

Le droit à la différence ne doit donc pas déboucher sur des discriminations basées sur des critères inadmissibles (la race) ou entraînant des injustices par rapport à la partie non autochtone de la population. Le rôle de l'interprétation est ici capital, et dépend largement [p. 456] des traditions juridiques nationales : ce qui est possible en Amérique du Nord ou certains pays européens (Pays-Bas, Scandinavie) ne le sera pas toujours en France. Dans la plupart des cas, il revient aux tribunaux de fixer la mesure des dispositions différentielles. Mais le rôle de la doctrine n'est pas négligeable. On peut à cet égard citer les analyses de I. Brownlie¹. Pour cet auteur, la référence à la race ne constitue pas en soi une discrimination prohibée. L'art. 1, § 4, de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* précise que :

« Les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient. »

Les mesures visées ne peuvent donc avoir qu'un caractère transitoire. Cependant, il est clair que leur succès peut demander beaucoup de temps, d'où un risque certain de ségrégation. Pour I. Brownlie, on peut l'éviter si la référence à la race s'appuie sur un fondement objectif (il se trouve que ce sont les droits de tel groupe qui doivent être garantis) et vise une finalité raisonnable et légitime (les autochtones doivent par exemple pouvoir participer à l'exploitation des richesses de leurs propres territoires). Au demeurant, on observera que le débat sur le caractère « racial » des mesures prises en faveur des autochtones a été artificiellement monté par leurs adversaires. Les autochtones s'appuient sur leurs spécificités ethniques (qui ne se confondent pas avec la race)² ; les critères de distinction utilisés sont soit objectifs (antériorité historique, occupation du territoire), soit subjectifs (auto-identification). Mais on ne doit pas pour autant dissimuler qu'en [p. 457] Amérique du Nord, une partie croissante de l'opinion publique s'élève contre les « privilèges » (notamment fiscaux, dans le cadre des réserves, ou les droits de chasse et de pêche) dont jouiraient les autochtones, au point qu'ils seraient discriminatoires à l'égard des non-autochtones. Pour I. Brownlie, les modalités d'exercice du traitement différent ne doivent pas être disproportionnées par rapport à l'objectif visé, ni engendrer une forme d'injustice envers les autres groupes pouvant être affectés par ces mesures. Par exemple, la

¹ Cf. I. Brownlie, *The Rights of Peoples in Modern International Law*, in J. Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 1-16 ; I. Brownlie est professeur de droit international public à Oxford. Cf. également A. Bissonnette, *Le droit des peuples autochtones : d'hier à demain*, étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones, juin 1992.

² Cf. *supra*, p. 24-26.

reconnaissance de droits territoriaux aux autochtones ne doit pas restreindre exagérément la liberté de circulation des autres citoyens. Le droit à la différence ne confère donc qu'une autonomie relative à ceux qui en sont investis : solution qui paraît en effet la seule viable, et que reprend le droit positif dans la Convention 169. Plusieurs articles reconnaissent aux autochtones le droit de contrôler leur développement et de conserver leurs coutumes et institutions ¹. Non pour créer un régime d'apartheid, mais afin que ces peuples puissent effectivement jouir des droits de l'homme, d'une part, suivant la méthode classique, en leur accordant les mêmes droits qu'à tous les autres membres de la population ² ; d'autre part en adoptant des « mesures spéciales [...] en vue de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés » ³. On remarquera enfin que les définitions données par la Convention des peuples indigènes et tribaux ne mentionnent nullement des critères biologiques.

Sous ces formes aujourd'hui déclarées, on peut donc penser que le droit à la différence des autochtones n'est pas discriminatoire, au sens négatif du terme. Cependant, un débat peut s'élever sur un autre point : le droit à la différence concerne-t-il des individus ou des collectivités ?

226 LE CARACTÈRE COLLECTIF DES DROITS AUTOCHTONES. – Comme on le sait, la France s'est toujours opposée à la reconnaissance de droits collectifs aux minorités et autochtones dans les forums internationaux ⁴. On retrouve la même méfiance chez certains [p. 458] de ses meilleurs auteurs. P. A. Taguieff, théoricien de l'antiracisme et démocrate convaincu, écrit ainsi : « [...] il est légitime d'affirmer le droit à la différence, mais des limites doivent être assignées aux prétentions différentialistes, c'est-à-dire aux droits que s'accordent les identités différentielles [...]. Le droit à la différence ne doit pas être compris comme un droit collectif, un "droit des communautés", mais comme un "droit du sujet à l'insertion communautaire" : chaque sujet a droit à sa culture, aucune culture n'a de droit sur le sujet il faut penser les droits culturels comme des droits individuels. » ⁵

Parallèlement, le grand juriste J. Rivero nous met en garde contre les possibles perversions des droits des groupes : « Lorsqu'il s'agit de collectivités qui ne reposent pas sur l'adhésion volontaire, le danger augmente, à la mesure de leur puissance et de leurs ambitions. Face aux intérêts du groupe, les droits de l'homme pèsent peu [...]. Que le groupe cherche son unité dans une idéologie, et le goulag s'ouvre pour ceux qui la refusent. Que cette idéologie soit la supériorité de

¹ Art. 7, al. 1, 8 al. 2, 3.

² Art 2, al. 2.

³ Art. 4, al. 1.

⁴ Cf. n. 2, p. 415 du chapitre précédent.

⁵ P. A. Taguieff, *Le nouveau racisme de la différence*, dans M. Bettati, B. Kouchner (dir.), *Le devoir d'ingérence*, Paris, Denoël, 1987, p. 261.

la race, et le droit de l'ethnie aryenne à imposer au monde sa juste domination légitime Dachau, Auschwitz et Maydanek. Sur les droits des collectivités, la fumée des fours crématoires projette la plus grande des menaces, car leur reconnaissance risque de donner le sceau de la justice à la domination du fort sur le faible. » ¹

Ces critiques ne sont pas sans pertinence. On doit éviter de substituer l'aliénation de l'individu par le groupe à son isolement dans une société comprise comme la somme d'individualités : dans les deux cas, la personne se trouve niée. Cependant, le refus de tout caractère collectif nous paraît excessif. Car *dans certains cas et sous réserve de certaines conditions*, la collectivisation des droits peut être la condition de leur effectivité.

À notre sens, il existe un lien indissoluble – qui peut être dialectique – entre les définitions collectives et individuelles. L'homme a des droits en tant qu'être humain, mais il ne les réalise, dans toute société, qu'au sein et en fonction de groupes, dans un jeu de droits et obligations réciproques entre la personne et les groupes auxquels elle appartient. Les droits collectifs sont inséparables de la dimension [p. 459] sociale de l'homme et lui sont bénéfiques, à condition qu'ils ne détruisent pas la personne. Nous souscrivons ainsi volontiers à la formule de J. Rivero : « Les droits des groupes ne sont pas autre chose que le droit de l'homme à recevoir des groupes les moyens nécessaires à son épanouissement. » ²

On peut donc reconnaître une dimension collective, à condition de la définir dans un cadre propre à empêcher d'éventuelles dérives (il est bien évident qu'aucun droit culturel ne peut légitimer les pratiques de purification ethnique). Pour notre part, nous pensons indispensables au moins trois conditions :

- les droits collectifs doivent reposer sur la participation volontaire des membres du groupe à celui-ci et ses valeurs : l'individu doit avoir le droit de choisir (ou ne pas choisir) ses groupes d'appartenance, et éventuellement de s'en retirer ;
- les droits collectifs doivent s'insérer dans une hiérarchie des normes juridiques : leur contenu ne doit pas être contraire aux énoncés des libertés et droits fondamentaux. Aucun droit collectif, fût-il culturel, ne peut légitimer l'infanticide, l'esclavage, etc. ;
- le processus d'élaboration des droits collectifs est aussi important que la détermination de leur contenu. Un groupe a certainement des droits collectifs, mais on doit s'assurer de la représentativité de ceux qui s'en présentent comme les véhicules ou les interprètes. La question « Qui parle

¹ J. Rivero, Les droits de l'homme : droits individuels ou droits collectifs ?, dans A. Fenet (dir.), *Les droits de l'homme : droits collectifs ou droits individuels ?* Paris, PUF, 1982, p. 23.

² J. Rivero, *ibid.*, p. 24.

au nom de qui ? » doit demeurer toujours posée, de même que l'interrogation : « Qui a le pouvoir de nommer qui ? ».

Si ces conditions minimales sont respectées, la collectivisation des droits de l'homme peut dans beaucoup de cas être un moyen privilégié de les rendre effectifs. C'est particulièrement vrai dans le cas des minorités et des peuples autochtones. Jusqu'à ces dernières années, de crainte que ces groupes ne puissent porter atteinte à l'unité des États, le principe dominant était que leurs membres avaient pleinement droit à se voir reconnaître tous les droits de l'homme, mais que ces droits ne pouvaient être reconnus à ces groupes en tant que tels.

Une évolution s'est cependant produite en sens inverse, dont on peut indiquer quelques jalons. D'une part, l'article 27 du pacte inter-[p. 460] national relatif aux droits civils et politiques (ONU, 1966) ne reconnaît pas de droits accordés aux groupes minoritaires en tant que tels. Cependant, on a admis que certains droits ne pouvaient être exercés que par des individus en tant que membres de minorités : droits d'avoir une vie culturelle propre, de confesser et pratiquer une religion propre, d'employer une langue propre. D'autre part, la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* (adoptée en décembre 1992 par l'ONU) admet que certains droits ne peuvent être exercés que collectivement par les minorités, et donc les reconnaissent aux minorités *en tant que groupes* : droit au respect et au développement de l'identité culturelle, religieuse et linguistique sans aucune discrimination (art. 1^{er} § 1), ce qui fonde le droit des minorités par rapport notamment aux États ; droit à la protection contre toutes les activités « qui peuvent menacer leur existence ou leur identité, et entraver le développement de leurs propres particularités » ; droit de « participer effectivement aux affaires de l'État et aux décisions concernant les régions dans lesquelles elles vivent (par l'intermédiaire d'institutions nationales et, lorsque cela est possible, d'institutions régionales) ».

De plus, certains instruments internationaux concernant les droits de l'homme les ont attribués non seulement aux individus, mais aussi à des groupes et à des peuples. Ainsi en est-il de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (art. 19-24).

Les textes visant les autochtones confirment cette tendance. On a vu ¹ que le projet de Déclaration universelle cite plusieurs droits à caractère collectif, ou individuel *et* collectif. La Convention 169 cite les groupes (art. 1, § 2, 28, § 1), utilise plus souvent l'expression de « peuples » que « les membres des peuples », insiste sur le caractère collectif de la relation qu'entretiennent les autochtones avec la terre (art. 13, § 1).

¹ Cf. *supra*, p. 413-414.

Comme on le voit, le droit à la différence des peuples autochtones comporte encore, et sans doute pour longtemps, de vastes zones d'incertitude quant à ses caractères et à la détermination de son titulaire. Il en va de même de son contenu.

[p. 461]

B – Le contenu : les droits culturels

Sur un plan général, aucun des droits des peuples autochtones n'est exclu du droit à la différence, puisque tout l'effort actuel du droit international consiste à préserver leurs spécificités tout en les aménageant de manière à ce qu'elles restent tolérables par les États et les sociétés dominantes. Cependant, une notion paraît particulièrement importante, celle de droits culturels, dans la mesure où les autochtones revendiquent prioritairement le respect de leurs cultures, au sens anthropologique du terme¹, exigence constamment réaffirmée dans les instruments internationaux. Mais ici encore, les difficultés surviennent vite. Une fois proclamé le principe, on s'aperçoit que la référence aux traditions et coutumes contenues dans les cultures pose de manière délicate le problème de leur rapport au temps.

227 LA NOTION DE DROITS CULTURELS. – Les droits culturels sont restés les moins définis dans les démocraties occidentales, alors que le droit à la culture est un droit foncièrement démocratique. Les instruments internationaux des droits de l'homme ne les ont d'abord visés qu'incidemment². Il a fallu attendre les années quatre-vingt pour que les références s'y multiplient³, et qu'ils soient

¹ Soit la définition canonique donnée en 1871 par E. B. Tylor : « Ensemble complexe incluant les savoirs, les croyances, l'art, les mœurs, le droit, les coutumes, ainsi que toute disposition ou usage acquis, par l'homme vivant en société. » Cette conception large a été récemment critiquée par J.-L. Harouel, *Culture et contre-cultures*, Paris, PUF, 1994.

² Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 26-27) (1948) ; Convention culturelle européenne (1954) ; pactes de l'ONU sur les droits économiques, sociaux et culturels (art. 13-15), et sur les droits civils et politiques (art. 27) (1966) ; Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (art. 5) (1960) ; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (art. 5, 7) (1965) ; Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle (Unesco, 1976) ; Déclaration sur les droits culturels en tant que droits de l'homme (Unesco, 1970).

³ Déclaration sur le droit au développement (art. 1) (1986) ; Convention sur les droits de l'enfant (art. 31) (1989) ; Protocole de San Salvador, Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 13-14) ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 17) (1981) ; Déclaration des devoirs fondamentaux des peuples et des États asiatiques (art. VIII) (1983) ; Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles (Unesco, 1982) ; Nouvelles réflexions sur le concept des droits des peuples (Unesco, 1989) ; (rapport SHS-89/Conf. 602/7, 22/02/1990) ; CSCE : extraits du document du Colloque de Cracovie sur le patrimoine culturel des États participant à la CSCE juin 1951). On trouvera des extraits de tous ces textes dans *Les droits culturels : une catégorie sous-développée des droits de l'homme*,

assimilés à des droits à l'identité. Ces droits ont été longtemps négligés pour deux [p. 462] raisons. D'une part, comme ils peuvent servir de vecteurs au droit à la différence, ils suscitent la méfiance des États-nations. D'autre part, ils ont constitué un des aspects du conflit entre les États socialistes et occidentaux. Les premiers souhaitaient les voir valorisés, dans la mesure où ils les interprétaient comme l'expression de la suprématie des droits de la collectivité sur ceux de l'individu. Les autres préféraient faire silence sur eux pour les mêmes raisons. Les choses ont aujourd'hui changé.

La Commission interaméricaine des droits de l'homme a insisté dès 1980 sur la protection des droits culturels en relation avec celle des peuples autochtones ¹, à l'occasion de la violation par le Chili des droits culturels des Mapuche. Plus tard elle a critiqué les politiques des gouvernements brésilien et guatémaltèque en assimilant à des violations des droits culturels des autochtones l'invasion de leurs terres par des colons ou leur déplacement forcé.

La Convention 169 de l'OIT prévoit que les gouvernements doivent faciliter les contacts transfrontaliers entre peuples indigènes et tribaux dans le domaine culturel (art. 32). Les articles 26 à 30 insistent sur l'éducation des enfants et l'usage des langues indigènes ; l'article 31 explicite le devoir des gouvernements de donner aux non-autochtones une information objective sur les peuples tribaux et indigènes « ... afin d'éliminer les préjugés qu'ils pourraient nourrir à l'égard de ces peuples ».

Le projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones contient quant à lui de nombreux articles concernant les droits culturels ². L'article 15 reconnaît aux autochtones le droit d'éduquer leurs enfants dans leurs propres langues. L'article 13 prévoit que « les peuples autochtones ont [...] le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser et de contrôler les objets rituels et le droit au rapatriement des restes humains. Les États doivent, en collaboration avec les peuples autochtones concernés, prendre les mesures qui s'imposent pour faire en sorte que les lieux sacrés, dont les lieux de sépulture, soient protégés et respectés ». Ce ne sont pas là des clauses de style : de plus en plus [p. 463] souvent des conflits avec les autochtones éclatent à l'occasion d'opérations d'urbanisme ou de voirie touchant à leurs droits territoriaux.

Plus largement, on peut considérer que l'affirmation de ces droits culturels, individuels ou collectifs rejoint les préoccupations essentielles de l'anthropologie juridique, qu'expriment notamment les théories du pluralisme juridique. En effet, le sous-développement des droits culturels n'est pas un hasard. Il est lié aux insuffisances des définitions juridiques du peuple et à la logique propre aux

Cahiers du Centre interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme, Fribourg, Suisse, 7-1 (1991), p. 54-74.

¹ Cf. Dan O'Donnell, *Les droits culturels dans le système interaméricain*, in : *Les droits culturels*, op. cit., supra, n. 3, p. 461, p. 28-29.

² Art. 4, 7, 12, 14, 16, 17, 29.

organisations étatiques, même dans le cadre des États démocratiques. En effet, la logique étatique est unitaire et administrative, alors que celle des droits culturels est plurielle et innovatrice. Par ailleurs, la notion de droits culturels rejoint la théorie de la démocratie associative. Sauf dans certaines mythologies juridiques, le peuple n'est pas un collectif d'individus. Ceux-ci sont assemblés en groupes, dont le jeu, à base d'alliances et d'antagonismes, définit des contenus culturels, d'ailleurs plus ou moins stables. Les systèmes politiques modernes pourraient les reconnaître davantage, et devenir ainsi des démocraties culturelles. Cela d'autant plus que, comme nous allons le voir, les références aux traditions et aux coutumes ne procèdent pas d'une démarche passéiste.

228 LE MODE COUTUMIER DE PRODUCTION DU DROIT. – Traditions et coutumes ne constituent pas pour la modernité les sources du droit privilégiées. En 1804 la loi introductive du Code civil leur fit perdre en France toute valeur juridique ; dans les années soixante, bien des États nouvellement indépendants, conseillés par des juristes européens, les disqualifièrent également ¹. Nul ne peut d'ailleurs nier que les droits issus des systèmes juridiques autochtones ne s'harmonisent pas spontanément, ni intégralement avec les institutions modernes ². On a pu ainsi montrer que la transposition de plusieurs traits des systèmes judiciaires autochtones anciens dans la réalité canadienne actuelle était devenue impossible (existence de preuves irrationnelles, inefficacité actuelle de certaines sanctions comme le bannissement, oubli des règles anciennes, etc.) ³.

[p. 464]

Dès lors on pourrait se montrer perplexe devant l'insistance avec laquelle les instruments internationaux proclament le respect des coutumes et traditions autochtones, sans par ailleurs définir leur contenu. Ne s'agirait-il en fin de compte que d'une vaste illusion, d'autant plus que les peuples autochtones les plus actifs dans les mouvements revendicatifs sont aussi le plus souvent ceux le plus touchés par la modernité ?

La réponse à cette question passe par une autre interrogation : qu'est-ce que la tradition ?

L'anthropologie juridique est ici d'un grand secours ⁴. Elle nous fournit d'utiles indications sur deux points : les représentations de la coutume, les mécanismes de son évolution.

¹ Cf. N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 360-364.

² Cf. Association Henri-Capitant, *Droit civil et droits autochtones : confrontation ou complémentarité ?* Québec, 1992.

³ Cf. Marianne O. Nielsen, Criminal Justice and Native Self-Government in Canada : Is the Incorporation of Traditional Justice Practices Feasible? *Law and Anthropology*, 6 (1991), p. 7-24.

⁴ Cf. N. Rouland, La coutume et le droit, dans P. de Deckker (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, 19-49, p. 297-302 ; G.

La coutume est entourée de représentations qui ne correspondent pas nécessairement à sa réalité : elles dépendent en fait d'un choix effectué *a priori* sur sa nature et sur son rôle. Veut-on la légitimer ? On invoque son ancienneté, sa répétitivité, en bref sa fiabilité. L'immutabilité constitue alors son image dominante : la coutume persiste en survivant. Souhaite-t-on la sauvegarder ? On insistera sur son harmonisation avec les besoins du groupe qui l'engendre, sur ses infinies capacités d'adaptation. À l'immutabilité se substitue la souplesse (« *Coutume se remue* » disaient déjà les juristes du Moyen Âge) ; son soubassement chronologique, essentiel dans les définitions classiques, peut même quasiment s'évanouir. À notre sens, chacune de ces représentations n'est ni vraie ni fausse : tout dépend du contexte dans lequel est saisie la coutume, et surtout de ce qu'on veut lui faire dire.

La coutume appartient à l'univers chatoyant des « signifiants flottants », et il faut reposer les pertinentes questions de J. Combacau : « Un soupçon naît alors : et si, sous ces mots uniformes, se cachaient des réalités dissemblables ? Si l'apparente homogénéité du processus coutumier, avec son couple inusable – la pratique, l'*opinio iuris* –, n'était qu'une façade dissimulant des modes variés de formation du droit ? Si même enfin la qualification en termes de coutume rendait improprement compte de certains procédés dans lesquels n'apparais-[p. 465] sent ni le temps, ni la répétition, ni rien de ce qui la caractérise dans le langage commun ? » ¹

Le fait est que, comme la loi, la coutume subit la force d'attraction de représentations dominantes rendant *a priori* irrévérencieuses de telles observations. Celles-ci sont souvent archaïques.

Des termes du grand partage opéré au XIX^e siècle par A. Comte entre l'ethnologie, discipline attachée à l'étude des peuples primitifs, et la sociologie, vouée aux sociétés civilisées, la majorité des juristes a déduit une série d'oppositions binaires où la coutume se trouve systématiquement dévalorisée.

On peut en dresser une typologie sommaire :

Coutume	Loi
Pré-droit	Droit
Oral	Écrit
Empirique	Rationnel
Archaïque	Moderne

Lenclud, Qu'est-ce que la tradition ?, dans M. Détienné (dir.), *Transcrire les mythologies*, Paris, Albin Michel, 1994, p. 25-44.

¹ J. Combacau, Ouverture : de la régularité à la règle, *Droits*, 3 (1986), p. 8.

À l'ethnologie juridique, sorte d'histoire ancillaire des droits exotiques, était assignée l'étude de la coutume, les vrais juristes buvant à des sources plus pures. Ainsi se trouvait injustement minorée l'importance de la coutume orale et écrite au sein même des systèmes juridiques occidentaux modernes. Dans la même ligne, et durant les années trente, l'École du folklore juridique, créée par Maunier dans le sillage de ses études de droit colonial à l'Université d'Alger, s'efforçait de rechercher dans les usages ruraux français les survivances d'anciens systèmes de normes et comportements juridiques. Là encore, la coutume se trouvait définie en termes archaïsants.

Parallèlement, l'anthropologie sociale a été dominée au XIX^e siècle par les Anglo-Saxons, et les diverses modalités du fonctionnalisme qui privilégie une vision exagérément stable des sociétés traditionnelles, renforçant l'archétype de l'immutabilité de la coutume et des [p. 466] mythes. G. Balandier dresse l'inventaire de ces représentations de la société traditionnelle pour mieux les critiquer :

« *a*) C'est une société conforme aux modèles impliqués par la charte mythique (les "traditions"), obéissant à la conception première et maintenue de l'ordre du monde et de l'ordre des hommes [...]

« *b*) C'est une société de la conformité et du consensus qui ne laisse pas de place (ou peu) au dissentiment, et donc à la contestation. Elle dispose de mécanismes efficaces de résolution des conflits, qui lui permettent de réduire tous les facteurs de dissension [...]

« *c*) C'est une société répétitive, reproduisant de génération en génération et sans variations significatives ses structures. Cette reproduction pure et simple est expliquée par la nature et le fonctionnement régulier des instruments sociaux auxquels recourent la tradition et ses agents, et par l'impossibilité de concevoir une alternative, des formes différentes d'agencement de la société [...]

« *d*) C'est une société située hors de l'histoire ou en marge de celle-ci, une "société froide", restée au degré zéro de température historique. » ¹

Tout cela a changé : on met aujourd'hui l'accent sur les processus de construction de l'identité coutumière.

Inventorions rapidement quelques-unes de ces mutations.

L'école dynamiste, l'ethno-histoire ont montré que les sociétés traditionnelles n'étaient pas des entités immuables et closes sur elles-mêmes et insisté sur l'irréversibilité des acculturations déclenchées par la colonisation. Les indépendances ne les ont nullement interrompues : si les coutumes ont pu être

¹ G. Balandier, *Anthropo-logiques*, Librairie générale française, 1985, p. 250-251.

invoquées comme thème mobilisateur dans les luttes anticoloniales, les dirigeants des nouveaux États les ont vite inhumées.

De plus l'anthropologie juridique française est née dans les années soixante. Ses théoriciens ont entendu mettre fin au vieux découpage évolutionniste. L'anthropologie inclut dans son champ d'observation les sociétés modernes. Nous pensons pour notre part, à la suite de C. Lévi-Strauss, qu'il n'y a pas une pensée des sauvages et une pensée des civilisés. La pensée sauvage et la pensée civilisée existent, à des degrés divers, dans toutes les formes d'humanité : la rationalité n'est [p. 467] pas notre privilège, pas plus que la coutume n'appartient exclusivement aux sociétés exotiques ; celle-ci peut être tout aussi « moderne » que la loi.

En fait, nous pensons qu'il faudrait substituer à la notion de coutume, flétrie par trop d'usages et de représentations abusives, celle de « mode coutumier de production du droit ». En ce sens, la coutume désignerait des modes autonomes d'engendrement du droit, permettant tout autant la reprise, la réinterprétation, la combinaison d'éléments anciens (les *traditions*) avec des éléments nouveaux, que leur élimination partielle, ou totale. En bref, la coutume n'est pas pour nous nécessairement contrainte par le passé. Elle se définit par son degré d'autonomie, plus que par son ancienneté. Au point que, comme le note J. Pouillon, le fait même de devoir l'institutionnaliser risque de signifier son obsolescence ¹.

Car dans le dévoilement de ces mécanismes intervient une autre donnée : celle des formes sous lesquelles sont mémorisées traditions et coutumes. Depuis les travaux de J. Goody ², on connaît mieux les conséquences de deux formes de remémoration, l'une basée sur l'oralité, l'autre sur l'écriture. La première, qualifiée de « générative » ou « constructive », est dépourvue de support exact et intégral : on entend une parole qui s'élabore à partir d'une structure et de points de repères, d'où la flexibilité des versions d'un même mythe. Le récitant brode sur un motif. Ainsi la coutume évolue-t-elle dans les sociétés traditionnelles. En revanche l'écriture permet l'établissement d'une version de référence précise. On voit un texte ; la remémoration est alors « exacte » ou « mécanique ». La possibilité du changement existe aussi. Elle s'opère à partir de l'accumulation chronologique d'interprétations de textes qu'on réorganise, notamment par les compilations et codifications, entre lesquelles il faut choisir. Mais elle suppose souvent une rupture plus affirmée et plus consciente du modèle [p. 468] initial : une loi – *a fortiori* une constitution – est plus difficile à modifier qu'une coutume orale. De

¹ « Ce paradoxe renvoie à celui de la tradition elle-même : elle ne vit qu'ignorée de ceux qui la suivent [...]. Quand, en effet, parle-t-on de tradition ? [...] On ne se pose cette question qu'à partir du moment où précisément cela ne va plus de soi [...]. D'une tradition vivante, on ne parle pas [...]. La tradition dont on a conscience, c'est celle qu'on ne respecte plus, ou du moins dont on est près de se détacher » (J. Pouillon, sub v° « Tradition », dans P. Bonte, M. Izard (dir.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF, 1991, p. 712.

² Cf. J. Goody, *Mémoire et apprentissage dans les sociétés avec et sans écriture : la transmission du Bagré*, *L'Homme*, 17-1 (1977), p. 29-52 ; *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage*, Paris, Éd. de Minuit, 1979.

plus, les opérateurs du changement ne sont plus les mêmes. Les coutumes rédigées continuent à évoluer, mais sous l'influence des légistes et des pouvoirs qu'ils servent : elles s'éloignent de ceux censés les observer.

Tout ceci montre que les coutumes ont toujours pu évoluer. En ce sens, leur valorisation n'est nullement un obstacle à leur adaptation aux nécessités du présent et aux attentes de l'avenir. Il est clair qu'il revient aux autochtones non d'opérer l'impossible résurrection d'un passé révolu, mais d'innover à partir de ce passé. En réalité, la fonction des textes normatifs garantissant leurs identités coutumières revient à garantir cette capacité créatrice, qui peut aller jusqu'à l'invention pure et simple de règles « anciennes » qui n'ont en fait jamais existé. Ce remodelage du passé a d'autant plus de chances de s'effectuer de façon souple et progressive que les instruments internationaux ne définiront pas le contenu de ces coutumes, et que celles-ci resteront largement de tradition orale. Leur gel dans l'écrit ne les figerait pas pour l'éternité, mais imposerait des ruptures souvent plus difficiles à opérer.

La réappropriation des traditions est certes le fruit d'un processus long et difficile. Celle des droits territoriaux n'apparaît pas moins périlleuse.

II | L'ANCRAGE DU DROIT À LA DIFFÉRENCE : LES DROITS TERRITORIAUX

229 LA NATURE DU LIEN TERRITORIAL. – L'ancrage du droit à la différence : cet intitulé n'est pas un effet de style. Les sociétés de la modernité ont tendance à concevoir les rapports entre l'homme et les choses – qualifiées de biens – à partir du moment où elles ont une valeur économique – de façon purement instrumentale. Dès le XVI^e, F. Bacon affirmait : « La nature est une femme publique ; nous devons la mater, pénétrer ses secrets et l'enchaîner selon nos désirs. » Il faudra attendre longtemps avant que l'écologie ne redonne à la nature une certaine autonomie par rapport à l'homme. Une nature dont nous sommes coupés par l'abondance d'artefacts élaborés pour [p. 469] mieux la subjuguer, ou s'en protéger. De plus notre mode d'occupation du territoire est différent. Pour la plupart, nous vivons en milieu urbain, dans des lieux qui associent l'isolement des familles conjugales à la collectivisation de l'habitat, dont la nature végétale et animale est absente (si ce n'est sous la forme des plantes en pots et des animaux de compagnie).

Il en va autrement dans les sociétés traditionnelles. Non pas que, comme on le croit souvent, l'homme y soit d'emblée en osmose avec la nature¹. Celle-ci n'est nulle part constamment maternelle et aimable. Comme l'écrit J. Poirier : « ...

¹ Cf. N. Rouland, *Aux confins du droit*, Paris, O. Jacob, 1991, p. 237-294.

L'homme dans la nature n'est pas "chez lui" : il est un occupant précaire qui fonde son existence sur une alliance conclue avec les esprits chthoniens, génies du terroir. La nature est un ensemble sacralisé, un complexe de forces qui s'équilibrent et dans lequel l'homme ne peut s'aventurer [...] qu'au prix de multiples précautions. »¹ La fragilité originelle de l'homme par rapport au milieu naturel l'a conduit à humaniser la nature, à l'intégrer à son existence par un jeu de fictions. Ainsi dans notre droit médiéval la terre peut-elle imprimer à son occupant sa propre qualité : sous certaines conditions, l'homme libre qui réside sur une terre servile devient lui-même serf. La nature est un interlocuteur. Dans de très nombreuses sociétés, franchir un cours d'eau revient à perturber le dessin du paysage : le traverser à gué et *a fortiori* y jeter un pont exigent des rituels propitiatoires (prières ou offrandes, telles que pièces de monnaie), constitutifs d'un dialogue et visant l'apaisement. La coupure entre les êtres et les choses, le sujet et l'objet, nous paraît naturelle. Elle procède en réalité d'une évolution tardive dans l'histoire de l'humanité, pour l'essentiel manifestée à partir de la découverte de l'*ego* par Descartes, qui assignait à l'homme la mission de dominer la nature (il écrit dans la VI^e partie du *Discours de la méthode* : « ... connaissant la force et les actions du feu, de l'eau, de l'air, des astres, des cieux, et de tous les autres corps qui nous environnent [...] nous les pourrions employer en même façon à tous les usages auxquels ils sont propres et ainsi nous rendre comme maîtres et possesseurs de la Nature. ») Bientôt suivra le développement de la [p. 470] technologie qui, tout en nous asservissant la nature, nous en séparera, au point que nous éprouvons aujourd'hui la nostalgie des anciennes alliances.

À l'heure actuelle, surtout dans le Premier Monde, la plupart des autochtones se situent entre ces deux stades de la mutation. D'une part, ils subissent profondément l'empreinte de la modernité : au Canada, la majorité d'entre eux vit en milieu urbain. D'autre part, ils valorisent le lien territorial comme élément essentiel de leur définition, en l'entourant de représentations où la terre, loin d'être un simple objet de maîtrise, leur est consubstantielle. En 1985, le *Conseil mondial des Peuples autochtones* le rappelait en ces termes : « La Terre est le fondement des peuples autochtones. Elle est le siège de notre spiritualité, le terreau sur lequel fleurissent nos cultures et nos langages. La Terre est notre histoire, la mémoire des événements, l'abri des os de nos prédécesseurs. La Terre nous donne la nourriture, les médicaments, nous abrite et nous nourrit. Elle est la source de notre indépendance ; elle est notre Mère. Nous ne La dominons pas : nous devons être en harmonie avec Elle. Si l'on veut éliminer les peuples autochtones, le meilleur moyen de nous tuer est de nous séparer de la part de nous-mêmes qui appartient à la Terre. »²

¹ J. Poirier, L'homme, l'objet et la chose, dans J. Poirier (dir.), *Histoire des mœurs*, I, Paris, Gallimard, 1990, p. 921.

² Doc. E/CN.4/Sub. 2/AC. 4/1985/WP. 4, p. 5.

On aurait tort de n'accorder qu'un caractère littéraire à ces métaphores : au Brésil, 25% des Indiens Xingu moururent après leur déplacement ¹.

Les instruments internationaux prennent donc en compte cette spécificité du lien territorial. Les articles 13 à 19 de la Convention 169 s'y réfèrent ; le projet de Déclaration universelle vise explicitement la double nature, spirituelle et matérielle, du lien territorial : « Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer les liens particuliers, spirituels et matériels, qui les unissent à leurs terres, à leurs territoires, à leurs eaux fluviales et côtières... » (art. 25). Une Résolution du Parlement européen déclare que « les peuples indigènes ont droit à la propriété communautaire de leurs terres traditionnelles en surface et en qualité suffisante pour la conservation et le développement de leurs qualités particulières de vie ; ces terres seront mises gra-[p. 471] tuitement à leur disposition ; elles seront alors indivisibles, intransférables, imprescriptibles et ne pourront être louées » (A 3-0059/94, 9 février 1994, § 6, 7).

Tout ceci ne signifie pas pour autant que les autochtones d'aujourd'hui considèrent que la terre est intangible et inexploitable suivant la technologie moderne. Pas plus qu'ils n'oublient que la nature peut être inamicale. Mais ils utilisent ces représentations, qui correspondent à une partie de leur passé et à nos nostalgies, pour mieux contrôler leur présent et leur avenir. Déclarer aujourd'hui que la terre est inaliénable dans les conceptions traditionnelles ne revient pas à la laisser vierge pour l'éternité. Il s'agit en fait d'une instrumentalisation des catégories traditionnelles visant à assurer la maîtrise de leurs territoires et une participation aux bénéfices de l'éventuelle mise en exploitation de leurs richesses. C'est le sens des déclarations de droits des instruments internationaux, et des clauses de nombreux traités récents et à venir. Ceci confirme en outre les développements qui précèdent sur les mécanismes de réinterprétation des traditions en fonction des besoins présents : elles deviennent un instrument dans les négociations actuelles. Cela d'autant plus qu'aujourd'hui encore les peuples autochtones sont victimes de spoliations foncières.

230 LES SPOLIATIONS FONCIÈRES. – Celles-ci sont anciennes : en général, le conquérant soutenait que les terres étaient inoccupées (*terra nullius*), ou que les indigènes les exploitaient d'une manière ne correspondant pas aux exigences d'une mise en valeur rationnelle. Les formes juridiques des dépossessions résultant de ces postulats furent très diverses ². En Amérique du Nord, les traités entraînèrent la cession de droits territoriaux, et l'on sait quels furent les effets de la création de réserves ³. En Amérique du Sud, la monarchie espagnole s'attribua la propriété du territoire, la rétrocédant à l'Église et aux colons et, en dernier lieu, aux

¹ Cf. Indigenous Peoples. A Global Quest for Justice, *A Report for the Independent Commission on International Humanitarian Issues*, 1987, p. 85.

² Cf. R. Stavenhagen, *op. cit.*, 100-105 ; R. Plant, *Land Rights and Minorities*, Londres, Minority Rights Group, 1994, p. 8-9.

³ Cf. *supra*, p. 366-369, 375-382.

communautés indigènes. Au XIX^e, les nouvelles républiques de cette partie du monde adoptèrent des codes civils basés sur le système de la propriété privée. En Inde, les Britanniques développèrent un système de protection des [p. 472] territoires des peuples tribaux confié à des chefs qu'ils désignaient. À l'heure actuelle, la situation est très diverse¹. En Amérique du Sud, certains États ont adopté des législations protégeant les communautés indigènes, qui déclarent leurs terres inaliénables et imprescriptibles (en 1961 et 1968 en Colombie, 1969 au Pérou, 1973 en Équateur). Elles n'ont guère été respectées. Aux États-Unis et au Canada, diverses mesures législatives et traités permettent aux autochtones de participer aux bénéfices provenant de l'exploitation des richesses du sous-sol. En Australie, depuis le récent arrêt Mabo (1992), les Aborigènes se sont vu reconnaître certains droits territoriaux². Il en va de même des Saames dans les États scandinaves³.

Mais ces données positives concernent surtout le Premier Monde. Ailleurs, où vivent la majorité des autochtones, les méthodes n'ont souvent guère changé par rapport au XIX^e siècle : la « Piste des Larmes » est ouverte sous d'autres cieux, notamment par les États devenus récemment indépendants, soucieux d'imposer à tout prix leurs conceptions du développement économique, et de préserver leur unité nationale. Cependant la situation demeure très variable : dans certains cas, la protection juridique n'existe pas ; dans d'autres, elle n'est que très récente ; ailleurs son existence n'a eu que peu d'influence sur des pratiques empreintes de la plus grande brutalité. Quelques exemples illustreront cette diversité.

En Asie, l'existence d'une protection juridique des territoires tribaux est souvent un legs de la colonisation britannique ; comme au Bangladesh, en Inde, en Malaisie et au Pakistan, où certaines terres furent affectées à l'usage exclusif des peuples indigènes et tribaux. En Indonésie, les Hollandais se fondèrent sur des critères ethniques, voire raciaux. Les terres appropriées par les colons étaient soumises au Code civil, celles des Indonésiens au droit coutumier (*adat*). À l'heure actuelle, les Philippines sont l'État asiatique qui, depuis la chute du régime Marcos, offre les meilleures garanties aux droits territoriaux des autochtones, constitutionnalisés en 1987. Au Vietnam, [p. 473] depuis 1989, la politique gouvernementale leur semble favorable, mais est néanmoins orientée vers la suppression progressive du nomadisme et de l'agriculture itinérante. En Inde, la Constitution prévoit que les peuples tribaux devront bénéficier de mesures spéciales de protection, mais les droits territoriaux sont essentiellement de la compétence des États, d'où une grande variété de situations. 50 millions

¹ Cf. R. Plant, *op. cit.*, *supra*, n. 1, p. 471, 13-30.

² Cf. R. Lafargue, « La Révolution Mabo » ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des Aborigènes d'Australie, *RDP*, 5 (1994), p. 1329-1356.

³ Cf. B. Melkevik, Autochtones et droit : le nouveau droit norvégien des Samés (Lapons), *Les Cahiers de droit*, 32-1 (mars 1991), p. 33-57 ; L'organisation de l'autonomie politique autochtone : l'exemple des Samés (Lapons) de Norvège, *Revue de droit manitobaine*, 21-3 (1992), p. 406-425 ; J.-P. Airut, Les Lapons à l'assaut de la bonne conscience de leurs voisins, *Le Monde diplomatique* (avril 1994), p. 8-9.

d'autochtones vivent dans les zones forestières, et en dépit des protections légales ont vu leurs droits violés à maintes reprises. En Malaisie, le statut des autochtones est constitutionnalisé ; les droits territoriaux y sont aussi de la compétence des États. Néanmoins, la déforestation massive dans bien des zones (au Sarawak, partie Nord-Ouest de Bornéo, 60% de la forêt sont sous contrôle des sociétés commerciales qui l'exploitent). Au Bangladesh, la situation des peuples indigènes des Chittagong Hills Tracts est particulièrement inquiétante en raison de l'immigration bengalie massive : des non-autochtones occupent maintenant la plupart des terres fertiles, et constituent 40% de la population totale. En Indonésie, les programmes de « transmigration » (en fait des déplacements de population souvent peu volontaires opérés en vue de remédier à la saturation démographique de l'île de Java) aboutissent à la liquidation parfois physique des Papous d'Irian Jaya et à leur « déplacement », sans compter les programmes d'exploitation de la forêt et des richesses du sous-sol.

La situation en Asie est donc variable, mais largement préoccupante : le fait qu'à ce jour aucun État asiatique n'ait ratifié la Convention 169 l'atteste. En dépit des législations protectrices, la tendance des gouvernements à centraliser la gestion des terres et des forêts sans s'embarrasser des vœux et droits des autochtones est certaine. Elle est accentuée par l'importance croissante prise par les multinationales dans la gestion du « développement ». Celles-ci traitent directement avec ces gouvernements qui leur concèdent une large autonomie de décision, rappelant par certains aspects celle dont disposaient les compagnies à charte au Nouveau Monde (ce processus ne concerne pas que l'Asie : au cours de ces dernières décennies, le Brésil a cédé aux multinationales de vastes parties des territoires des Indiens d'Amazonie).

Mais les multinationales ne sont pas seules en causes : les forces armées sont aussi largement responsables des spoliations dont sont victimes les autochtones. Souvent ceux-ci résident près des frontières [p. 474] ou dans des zones de concentration de « ressources stratégiques ». Les militaires en exigent donc la responsabilité administrative et le contrôle sur le terrain. Il s'ensuit souvent des déplacements de populations, leur militarisation, quand certaines communautés ne sont pas considérées comme des ennemis potentiels. On l'a constaté en Inde, aux Philippines, dans toute l'Asie du Sud-Est, en Indonésie. Mais aussi en Amérique du Sud : au Brésil, Nicaragua, Honduras, Guatemala.

En Amérique du Sud, les communautés autochtones étaient souvent en principe protégées par des législations spécifiques reconnaissant le caractère collectif de leurs droits. Dans la pratique, elles eurent bien peu d'effets : la majorité des Indiens n'ont pas ou trop peu de terres. Pour apprécier la situation actuelle, il convient de distinguer entre les peuples de la forêt et les agriculteurs (en majorité).

Le statut des premiers est variable. Beaucoup d'États n'ont pas de législation spécifique les concernant, ou n'en ont adopté que récemment (c'est le cas depuis les années quatre-vingt de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie et du Paraguay).

Dans plusieurs cas, on tendit dans le passé à mettre en œuvre une politique de réserves pour les autochtones, administrées par des organismes d'État. Ainsi au Brésil en 1967, la Constitution prévoyait que les terres des autochtones de la forêt seraient inaliénables et que ceux-ci en avaient la possession permanente ainsi qu'un droit exclusif à leurs ressources. Mais les Indiens étaient considérés comme des mineurs incapables de gérer leurs terres, en pratique contrôlées par l'État. Le courant indigéniste, né à la fin du XIX^e, entendait les protéger, mais était orienté vers leur intégration, leur « archaïsme » étant considéré comme contraire au développement.

Le Pérou fut dans les années soixante-dix parmi les premiers États à reconnaître les droits des communautés indigènes sur les forêts (loi sur les communautés autochtones, 1974), mais la démarcation des territoires indiens se heurta à de vives résistances. En 1991, la Constitution colombienne a reconnu les droits territoriaux des peuples autochtones, ainsi que leur droit à l'autonomie interne et à la gestion de leurs ressources. Les territoires autochtones constituent des collectivités locales, gouvernées par des conseils constitués suivant les principes du droit coutumier. En Bolivie, depuis 1989, on a reconnu la nécessité d'attribuer officiellement aux [p. 475] Indiens d'Amazonie leurs territoires traditionnels, et d'interdire leur démembrement en faveur des colons, des propriétaires de grands domaines ou de la déforestation. Une « pause écologique » a été déclarée en 1990. Ces dispositions ont été prises sous la pression très active des associations autochtones.

Les mesures prises par les États à l'égard des autochtones agriculteurs n'ont pas été moins changeantes. Jusqu'aux années soixante, on tenta à plusieurs reprises d'abolir les législations qui les protégeaient, les discriminations négatives étant de fait monnaie courante. Puis intervinrent des réformes agraires, dont ils ne tirèrent pas un grand bénéfice, dans la mesure où elles visaient à stimuler les secteurs les plus « productifs » des économies rurales. À partir des années quatre-vingt la violence marqua de plus en plus les rapports entre les indigènes et ceux qui empiétaient sur leurs territoires. Parallèlement, certains États prirent des mesures visant à protéger leurs terres (loi fédérale de 1985 en Argentine ; constitution guatémaltèque de 1985). En 1991 et 1992 furent adoptées au Mexique diverses dispositions visant à réformer le régime des terres. Une révolte éclata en 1994 au Chiapas, les paysans craignant qu'elles ne mettent fin aux dispositions protégeant leurs formes traditionnelles d'usage du sol, et réclamant une redistribution des terres. De manière générale, les autochtones se sont joints aux mouvements insurrectionnels lorsqu'ils n'ont pu obtenir de garanties suffisantes de leurs droits territoriaux (principalement au Guatemala et au Pérou, à un moindre degré en Bolivie et en Équateur).

En Europe, la disparition de l'URSS et du régime communiste a eu des conséquences très importantes sur le sort des autochtones de Russie. En 1957, le gouvernement soviétique n'avait pas jugé utile de ratifier la Convention 107 de l'OIT. Lors de la session de la Conférence internationale du travail tenue à Genève la même année, son représentant avait déclaré : « Nous avons liquidé cet

état d'arriération [...] dans notre pays, les anciennes populations arriérées ont progressé dans tous les domaines et, en particulier, dans le domaine culturel. » On sait ce qu'il advint de l'homo sovieticus. En 1990, dans les derniers temps du régime, on en était venu à l'idée que les territoires des minorités nationales et ethniques requerraient un statut particulier. La conversion aux lois du marché dans leur aspect le plus brutal qui allait suivre provoqua beaucoup d'inquiétude chez les autochtones du [p. 476] nord de la Russie, qui demandèrent à ce que leurs territoires traditionnels soient protégés et que leur gestion leur soit remise. Beaucoup d'associations sont aujourd'hui d'avis que cette protection prenne la forme de réserves¹. Les revendications touchant au contrôle par les autochtones du développement de leurs territoires constituent les traits majeurs des « *Fondements du statut juridique des peuples autochtones du nord de la Russie* », adoptés en 1993 par l'Assemblée des députés.

Dans les États nordiques, la situation des Saame (Lapons) s'est améliorée grâce à la création de Parlements (*Sametings*) qui leur sont spécifiques en Norvège, Suède et Finlande. Mais seule une petite minorité d'entre eux vit encore de l'élevage des rennes. Beaucoup ont émigré vers les zones urbanisées du sud. Leurs revendications visent la maîtrise du développement de leurs territoires traditionnels².

Le Groenland est un territoire danois, mais jouit d'une large autonomie interne (*Home Rule*) depuis 1979. Il est peuplé de 55 000 Groenlandais, dont 10 000 Danois. En 1989, le Danemark a transféré aux autorités groenlandaises les compétences touchant à la gestion de l'environnement, devenue un des axes majeurs de la politique.

Comme on le voit, l'hétérogénéité est le caractère majeur des statuts des droits territoriaux des peuples autochtones dans le monde. De plus, ces droits sont en général définis à partir des concepts du droit privé (usufruit, usage, propriété, possession), plutôt que des notions de droit public (autonomie) mettant en question la souveraineté des États. Ceux-ci ont, par ailleurs, conservé en général la maîtrise des droits sur le sous-sol. D'où l'intérêt des autochtones pour les garanties que peut leur offrir le droit international.

231 LES GARANTIES DU DROIT INTERNATIONAL. – Elles sont contenues dans les conventions de l'OIT, et envisagées par le projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones.

¹ Cf. N. Vakhtin, Native Peoples of the Russian Far-North, dans ; *Polar Peoples : Self-Determination and Development*, Londres, Minority Rights Group, 1994, p. 29-80.

² Cf. H. Beach, The Saami of Lapland, *ibid.*, 147-205 ; L. Müller-Wille, The Saami Parliament in Finland : A Model for Ethnic Minority Management ? *Études Inuit*, 3-2 (1979), p. 63-72.

Comme nous le savons, les deux textes de l'OIT sont les jalons [p. 477] d'une importante évolution¹. En 1957, la Convention 107 procédait d'une volonté d'intégration : les autochtones doivent se voir garantir leurs droits territoriaux tant qu'ils restent distincts de la société dominante, mais ces droits seront appelés à disparaître quand l'assimilation sera achevée. De plus la Convention bornait cette protection aux terres traditionnellement occupées, sans prévoir les cas où l'occupation avait pris fin soit spontanément, soit par force, soit par expropriation, situations nullement exceptionnelles en raison des spoliations foncières que nous venons de signaler. La Convention 169 (1989) s'inspire d'une tout autre philosophie, qui tend à reconnaître et préserver les spécificités autochtones.

Tout d'abord, l'article 14 précise que « les droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés ». Le terme de *reconnaissance* suppose une préexistence de ces droits, qui ne sont donc pas octroyés. D'autre part, lors de la procédure de rédaction, les autochtones avaient demandé que le terme de *land* (terres) soit remplacé par celui de *territoire*, beaucoup moins restrictif. Mais les États s'y opposaient, craignant qu'on ne puisse déduire des conséquences politiques menaçant leur souveraineté. Si l'article 14 emploie le terme de *terres*, l'article 13, § 1, vise la relation qu'entretiennent les peuples autochtones « avec les terres ou territoires, ou avec les deux », et les « aspects collectifs de cette relation ». De plus, l'article 13, § 2, précise que l'emploi du terme « terres » dans les articles 15 et 16 « comprend le concept de territoires, qui recouvre la totalité de l'environnement ». Or ces articles 15 et 16 traitent de questions essentielles : les droits des autochtones sur les ressources naturelles, les procédures de déplacement et de restitution des territoires. Par ailleurs, l'article 14 cité plus haut conjoint les notions de propriété et de possession, ce qui pose le problème de la nature juridique des droits territoriaux. Les États (notamment le Canada, la Norvège, le Brésil, l'URSS) souhaitaient que la propriété, l'usage et la possession soient mis sur un pied d'égalité et énumérés de façon alternative (avec la préposition *ou* et non *et*). Les autochtones soutenaient que leurs droits devraient être reconnus dans [p. 478] leur acception la plus forte, celle de la propriété. La formulation de l'article 14 se rapproche davantage de leurs vœux, d'autant plus qu'elle s'accompagne (§ 2-3) de l'obligation faite aux États d'identifier les terres des autochtones, de prendre des mesures pour rendre effective leur protection et d'instituer des procédures permettant l'expression de leurs revendications.

Par ailleurs, l'article 16 traite assez largement de la question dramatique et toujours actuelle du déplacement des autochtones et de la restitution de leurs territoires. Ce déplacement ne peut être qu'exceptionnel et donne lieu à des indemnités ; quand il advient, il n'éteint pas le droit au retour des populations quand les raisons qui l'ont motivé cessent d'exister. S'il est impossible à mettre en

¹ Cf. L. Swepston, The Adoption of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (n° 169), *Law and Anthropology*, p. 229-233 ; R. L. Barsh, An Advocate's Guide... (*op. cit.*, *supra*), p. 223-229 ; R. Plant, *op. cit.*, *supra*, n. 1, p. 471, p. 8-12.

œuvre, les autochtones doivent recevoir, à leur choix, des terres équivalentes ou des indemnités. Les causes possibles du déplacement ne sont pas évoquées : les participants ont jugé que les énumérer aurait pu revenir à les valider. On peut penser que les moins admissibles tiennent aux nécessités du « développement national », tant on a d'exemples qu'elles ont servi à justifier des spoliations. Mais l'article 16 ne constitue nullement une garantie absolue. Son paragraphe 2 envisage la possibilité que les autochtones soient déplacés sans leur consentement en demandant simplement qu'ils soient représentés efficacement au cours des procédures conduisant à cette issue. D'autre part, le droit au retour, l'octroi de terres de remplacement de valeur et qualité égales à celles dont ils ont été dépossédés ne s'imposent pas absolument aux États : la Convention se borne à les y obliger chaque fois que c'est possible, dans toute la mesure possible... Ce qui leur laisse une marge d'initiative considérable. De même, elle ne pose nullement le principe selon lequel, *a priori*, les autochtones devraient avoir droit à la propriété du sous-sol : au contraire, la situation où c'est l'État qui la détient est davantage retenue (art. 15, § 2).

Le projet de Déclaration universelle emploie lui aussi conjointement les termes de terres et territoires. L'article 7 interdit tout acte visant à déposséder les autochtones de leurs terres, tout transfert visant à porter atteinte à leurs droits. Mais l'article 10 paraît plus respectueux de ces droits que l'article 16 de la Convention 169, dans la mesure où il prévoit que « les peuples autochtones ne peuvent être contraints de quitter leurs terres et territoires » sans évoquer la possibilité qu'en certains cas on puisse passer outre ce consentement. L'article 27 prévoit que leur soient restitués les territoires confisqués ou, à défaut, que leur soit versée une indemnité. D'autre part la Déclaration fait beaucoup moins usage que la Convention de formules potestatives. La Déclaration paraît donc ménager davantage les droits des autochtones. Mais on se souvient que contrairement à la Convention, elle n'a de valeur que déclarative.

Il reste que les droits territoriaux constituent aujourd'hui l'aune à laquelle on peut le mieux mesurer les intentions des États à l'égard des peuples autochtones : ils leur donnent l'occasion de traduire concrètement les droits par ailleurs reconnus. On ne doit donc pas s'étonner de l'importance qu'ils revêtent pour les autochtones et de la prudence avec laquelle les considèrent les États. Des compromis sont nécessaires ici plus qu'ailleurs. Les autochtones ne peuvent espérer récupérer la totalité des territoires qu'ils ont occupés depuis des siècles : l'histoire a fait son œuvre. Mais les États ne peuvent se plier aux nouvelles exigences du droit international concernant l'identité de ces peuples sans leur donner une dimension concrète, d'autant plus qu'elle touche à l'âme de ces peuples.

D'autre part les déclarations de droits ne suffisent pas à rendre compte des processus dont elles procèdent. Elles n'auraient jamais vu le jour sans que se soient déroulés un certain nombre de processus de nature politique, dont la mise en œuvre continue. Les normes sont créées par des acteurs qui ont des stratégies,

et en attendent une certaine efficacité. C'est à eux et aux moyens dont ils disposent que sera consacré le chapitre suivant.

Pour aller plus loin

232 BIBLIOGRAPHIE. – On se reportera principalement aux titres déjà cités dans le « Pour aller plus loin » du chapitre précédent, ainsi qu'aux notes infrapaginales de ce chapitre. De manière générale, on consultera les rapports (tous rédigés en anglais) du Minority Rights Group (379, Brixton Road, Londres, SW 97 DE) qui paraissent régulièrement et traitent sous forme concise des minorités et des peuples autochtones dans le monde entier, chaque rapport portant sur un de ces groupes, ou étant de caractère thématique (par ex. celui de R. Plant, *Land Rights and Minorities*, 1994, très utile pour une vue d'ensemble des droits territoriaux). Au sujet des réformes récemment intervenues dans certains États [p. 480] d'Amérique latine, cf. M. Léger (dir.), *Des peuples enfin reconnus. La quête de l'autonomie dans les Amériques*, Montréal, Éd. Ecosociété, 1994.

Cf. également : J. Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988. Sur la distinction entre minorités et peuples autochtones, cf. B. Cortez, Les enjeux politiques d'une définition juridique des peuples autochtones, *Droit et Cultures*, 25 (1993), p. 69-90. Sur cet important problème, on consultera également le deuxième chapitre du *Second rapport Martinez sur l'étude des traités, accords et autres arrangements constructifs* (E/CN.4/Sub. 2/1995/27). On y trouvera une étude des facteurs qui ont contribué à la confusion entre ces deux concepts. Sur les droits collectifs, cf. le numéro du *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, IV-2 (1991), qui leur est consacré.

Sur l'autodétermination, cf. T. S. Rama Rao, The Right of Self-Determination : Its Status and Role in International Law, *Jahrbuch internationale Recht und Diplomatie*, Cologne, 1968 ; Mél. C. Chaumont, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Paris, Pedone, 1984 (notamment : J. Charpentier, Autodétermination et colonisation, 117-133) ; A. Cristescu, *Le droit à l'autodétermination*, New York, Nations Unies, 1991 ; I. Brownlie, The Rights of Peoples in Modern International Law, in J. Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 1-16 ; C. Tennant, A Case Study of Indigenous Peoples : Genocide, Ethnocide and Self-Determination, *Nordic Journal of International Law*, 60 (1991), p. 287-319 ; C. Iorns, Indigenous Peoples and Self-Determination, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 24 (1992), p. 199-348 ; M. Wilhelm, *Autodétermination et culture*, thèse Univ. Genève, 1992.

[p. 481]

Chapitre 4

Les règles du jeu

[Retour au sommaire](#)

Les règles du jeu entre les peuples autochtones et les États ne se réduisent pas aux seules normes. L'anthropologie juridique nous apprend qu'elles n'épuisent pas le monde du droit. Elles sont mises en branle et interprétées par des acteurs qui en ont des représentations différentes ; et leur effectivité n'est jamais le reflet exact de leur énoncé. Le droit des peuples autochtones n'échappe pas à cette dramaturgie.

Derrière le voile normatif, il nous faut donc identifier les acteurs et leurs stratégies : ce sera l'objet d'une première section. Puis nous verrons comment les autochtones peuvent faire sanctionner les droits qui leur sont reconnus : une deuxième section traitera de la justiciabilité des instruments internationaux les concernant.

Section I

Acteurs et stratégies

Nous avons vu qu'avec les Amérindiens la partie commença il y a longtemps ¹. Il nous faudra d'abord en résumer les épisodes les plus proches. Puis nous étudierons les supports dont bénéficient aujourd'hui les autochtones au sein de l'ONU. Enfin nous envisagerons les stratégies qu'ils déploient.

¹ Cf. le premier chapitre, consacré à l'émergence historique des peuples autochtones.

[p. 482]

I | LES LUTTES DES AMÉRINDIENS

233 RED POWER. – La fin des années cinquante voit la disparition de la « Termination Policy »¹. La décennie suivante est marquée par l'activisme des minorités aux États-Unis, notamment par le militantisme noir. Au *Black Power* on associe bientôt le *Red Power*² favorable à une renaissance du tribalisme et au renforcement de l'autonomie des réserves, et dénonçant lui aussi le racisme. Cependant beaucoup d'Indiens (notamment un de leurs principaux mouvements, le *Conseil national de la jeunesse indienne*) ne souhaitent pas trop s'identifier à ces luttes, tenant déjà à distinguer les notions de peuple autochtone et de minorité. Les Indiens, en tant que nations, avaient signé des traités avec les Blancs. Les Indiens refusent de s'associer au *Civil Rights Act de 1964*, craignant que l'égalité civique ne puisse être interprétée comme l'extinction de leur droit à la différence. Une partie d'entre eux prend également ses distances par rapport à la démarche de M. L. King, visant à constituer un front commun de tous les défavorisés au-delà des critères ethniques. À la fin des années soixante, un nouveau groupe, l'*American Indian Movement* (AIM) donne à la résistance indienne un caractère beaucoup plus intransigeant, toujours axé sur la souveraineté tribale et l'autodétermination. Des manifestations spectaculaires se déroulent : occupation d'Alcatraz (1969), du Bureau des affaires indiennes (1972), de Wounded Knee (1973) ; organisation en 1978 de la « Plus longue marche » à travers les États-Unis, rappel des migrations provoquées par l'occupation du sol par les colons blancs au XIX^e. Celle-ci n'a qu'un succès mitigé, mais elle renforce la tendance des mouvements indiens à internationaliser leurs luttes (puisque l'issue du combat sur le plan interne est incertaine), d'autant plus que l'AIM affirme sa solidarité avec les peuples du Tiers Monde.

234 L'INTERNATIONALISATION DE LA QUESTION AUTOCHTONE. – Cette tendance a des précédents. En 1923, une partie des Iroquois (Canada) et leur chef Deskaheh s'étaient déjà adressés à la SdN [p. 483] et à la Cour internationale de Justice pour faire reconnaître qu'ils constituaient bien un État : la requête fut déclarée irrecevable. Deskaheh mourut deux ans plus tard, mais les Iroquois continuèrent à se manifester auprès de la SdN, en changeant cependant de tactique : ils ne se présentaient plus comme *États* ou *Nations*, mais *minorités* ou *groupes ethniques* ou *autochtones*. Sans succès. Après la création de l'ONU, une

¹ Cf. *supra*, p. 374-375.

² Il y eut même des *Red Muslims* (par parallélisme avec les *Black Muslims*), les Indiens n'étant cependant nullement musulmans...

autre tactique fut alors élaborée : les Indiens du Canada et des États-Unis devaient faire front commun. Ce fut le sens de la lutte menée par un groupe canadien, le *North American Indian Brotherhood* (NAIB). Elle devait cette fois produire des effets déterminants, surtout à partir des années soixante-dix. Au début de cette décennie, on commença à critiquer dans les instances onusiennes la Convention 107 de l'OIT, basée sur l'assimilation des autochtones. En 1974, le NAIB obtint le statut d'ONG, qui lui donnait un rôle consultatif auprès du Conseil économique et social ; en 1977 ce fut le tour de l'*Indian Treaty Council*, puis en 1981 des juristes de l'*Indian Law Resource Center*. Une dynamique était lancée, assurant la participation des Amérindiens, fer de lance des luttes autochtones sur le plan mondial, aux instances de l'ONU. La Commission des droits de l'homme allait évoluer vers une politique pluraliste. 1977 est une date importante. Cette année-là se tient à Genève la *Conférence des ONG sur la discrimination contre les peuples indigènes des pays d'Amérique*, organisée dans le cadre de la *Décennie des Nations Unies contre le racisme et la discrimination raciale* (1973-1982). Elle a un grand retentissement. Ses recommandations mettent l'accent sur le respect du droit international, les relations entre les peuples autochtones et la terre, le contrôle du développement de leurs territoires. En 1981, la *Conférence des ONG sur les peuples autochtones et la terre* étend l'internationalisation du problème autochtone : elle ne concerne plus seulement les peuples autochtones d'Amérique, mais ceux du monde entier. Elle demande la création à l'ONU d'un Groupe de travail permanent chargé de la question des populations indigènes. Chose faite en août 1982. Comme nous le verrons, le Groupe est aujourd'hui la principale institution représentative des autochtones au niveau de l'ONU ¹.

Simultanément, à partir des années quatre-vingt, les Amérindiens [p. 484] développent leur audience auprès de l'Unesco qui, dans le cadre de sa *Division des droits de l'homme et de la paix*, met en œuvre une politique favorable aux thèses pluralistes et à la maîtrise du développement par les autochtones à partir de leurs propres cultures (ethno-développement). En 1992, l'ancien secrétaire général de l'ONU, Javier Perez de Cuellar, annonce que désormais les facteurs culturels seront considérés comme déterminants dans les stratégies de développement ². Une approche anthropologique devrait donc maintenant se substituer à l'économisme des années soixante.

Parallèlement le tribunal Russell, siégeant à Rotterdam en 1980 prenait position en faveur des autochtones ³ : il affirmait qu'il s'agissait bien de peuples, et qu'ils disposaient du droit à l'autodétermination visé dans la Charte internationale des droits de l'homme de l'ONU. Il condamnait toute violation de leurs droits territoriaux reconnus par les traités. Naturellement les avis de ce

¹ Cf. *infra*, p. 486-489.

² Cf. J. Perez de Cuellar, *Le Contrat*, *Le Monde* (12 décembre 1992).

³ Cf. Fourth Russell Tribunal, *Report on the Right of the Indians of the Americas. Conclusions*, Amsterdam, Work Group Indian Project, 1980, 4 sq. ; R. Dupuis, *La question indienne au Canada*, Montréal, Boréal, 1991, p. 105-107.

tribunal d'opinion n'ont pas de valeur juridique. Ils n'en sont pas moins symptomatiques des succès obtenus par les Amérindiens dans la défense de la cause autochtone depuis 1970.

235 LES INCERTITUDES ACTUELLES. – Les observations que l'on peut faire au sujet de la dernière décennie sont plus nuancées. Les chapitres précédents témoignent d'incontestables progrès normatifs, largement dus à l'appui du Groupe de travail, du Centre pour les droits de l'homme de l'ONU, et de l'OIT. De plus, sur le plan mondial, le problème autochtone paraissait moins préoccupant que celui des minorités. Cependant, en Amérique du Nord, d'où est parti le mouvement d'internationalisation de la cause autochtone, l'hostilité à la cause autochtone s'est parallèlement développée. Au Canada, la crise d'Oka en a détourné une partie de l'opinion publique. Aux États-Unis, cette tendance est plus ancienne. En 1975, le *Congrès international pour l'Égalité des droits et des responsabilités* militait déjà sous le couvert de l'égalité civique pour l'extinction des droits particuliers reconnus aux Amérindiens. Depuis, leurs avantages fiscaux sont de plus en plus souvent dénoncés, le contexte de crise économique [p. 485] jouant le rôle de facteur aggravant. La tendance actuelle au discrédit des mesures de discrimination positives, en partie causé par les exagérations du mouvement « Politically Correct », ne leur est pas non plus favorable. De plus, l'aggravation des conflits liés au statut des minorités en Europe et en Russie fait craindre aux États une contagion des mouvements autochtones, d'où l'accusation d'« ethnisme » – pourtant peu justifiée – lancée de plus en plus souvent à leur encontre. Dans les Amériques, une tendance historique semble même en partie s'inverser. Au nord, les opinions conservatrices gagnent du terrain. Au sud, longtemps oppressif pour les autochtones, les nouveaux régimes démocratiques apparus dans certains États leur sont plus favorables.

Par ailleurs, l'internationalisation de la question autochtone, *a priori* gage de succès pour ces peuples, comporte simultanément un danger tenant à leur grande diversité : celui des divisions internes, déjà très perceptibles. Les Amérindiens d'Amérique du Sud se plaignent de jouer à l'ONU un rôle très restreint par rapport aux Indiens d'Amérique du Nord, et de disposer de beaucoup moins de facilités financières. Un autre clivage surgit, opposant les autochtones des Amériques à ceux d'Asie. Ces derniers sont souvent dans une position dramatique et urgente. À la différence des autres, ils portent moins d'attention aux problèmes juridiques qu'à l'amélioration concrète de leur sort, et n'éprouvent guère de confiance – à juste titre – envers les États qui les subjuguent. Le problème des définitions des peuples autochtones n'en devient que plus sensible¹. En effet, comme nous l'avons vu, les rapports de l'ONU et la Convention 169 de l'OIT accordent une grande importance au critère d'auto-identification, également reçu dans la pratique par le Groupe de travail. Or depuis le début de cette décennie, les minorités

¹ Cf. *supra*, p. 428-443.

européennes et les peuples asiatiques que leurs gouvernements préfèrent qualifier de « tribaux » sont plus actifs dans les instances onusiennes. D'où un dilemme pour les organisations autochtones d'Amérique qui jusqu'ici y ont largement dominé la représentation autochtone. Soit ils doivent choisir d'exclure ces groupes et de ne plus guère représenter qu'eux-mêmes, alors que la majorité des peuples autochtones vit en Asie. Soit ils se déci-[p. 486] dent à les inclure, prenant le risque que beaucoup d'États, qui jusqu'ici ne se sentaient pas concernés par leurs débats, y prennent part pour contrecarrer leurs aspirations. Par ailleurs, on peut penser que la hiérarchie des statuts que semble confirmer l'évolution récente du droit international va encore aggraver ce problème des définitions. Il est en effet plus avantageux d'être qualifié d'autochtones que de minorités, comme le révèle la comparaison entre la Convention 169 de l'OIT et le projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones d'une part, et d'autre part la Déclaration de l'ONU de 1992 sur les personnes appartenant à des minorités, largement dominée par l'expression individuelle des droits et marquée par l'absence de toute procédure de sanction¹. Les choix politiques et juridiques qu'aura à faire dans les années à venir le Groupe de travail de l'ONU seront donc d'une importance décisive. D'où l'intérêt de l'étude de cette institution, à laquelle il faut maintenant procéder.

II | LES AUTOCHTONES À L'ONU

Le Groupe de travail est le principal forum autochtone, mais il faut ajouter à ses initiatives celles des ONG autochtones.

236. LE GROUPE DE TRAVAIL SUR LES POPULATIONS AUTOCHTONES. – Nous avons constaté à plusieurs reprises la part déterminante qu'il a prise dans les progrès normatifs enregistrés par les autochtones². Créé en 1982, il dépend de la *Commission des droits de l'homme et de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités*. Il se réunit chaque année à Genève et, d'accès très libre, constitue le forum le plus important où les autochtones puissent se rencontrer. Ses pouvoirs ne sont pas juridictionnels, mais consultatifs. Il est composé de cinq experts élus pour [p. 487] deux ans qui représentent les cinq régions des Nations Unies (Afrique, Asie, Europe de l'Est, Amérique latine, et « Europe de l'Ouest et autres », soit les États-Unis, le Canada,

¹ Ce qui n'est pas le cas pour la Convention 169 : cf. *infra*, p. 499-501.

² Pour plus de détails, cf. F. Morin, Vers une déclaration universelle des droits des peuples autochtones, dans H. Giordan (dir.), *Les minorités en Europe*, Paris, Kimé, 1992, p. 493-507 ; F. Morin, B. Saladin d'Anglure, Le « développement » politique des « peuples » autochtones dans les États-nations, dans G. Gosselin, A. Van Naeht (dir.), *La réinvention de la démocratie*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 189-202.

l'Australie et la Nouvelle-Zélande). Il est présidé jusqu'à ce jour ¹ par Mme Erica Daes, professeur de droit international et représentante de la Grèce à la Sous-Commission. Le Groupe de travail est bien une création des États, et ses membres des agents officiels de l'ONU, ainsi que des représentants des États-membres. Mais ils sont autant que possible à l'abri des pressions politiques, et nommés en tant qu'« experts indépendants ». Le dialogue avec les représentants des autochtones se déroule dans de bonnes conditions. Il y est souvent fait droit aux revendications de ces derniers. Ce qui explique une participation des autochtones de plus en plus importante. Ceux-ci étaient une cinquantaine en 1982 et d'origine américaine ; ce nombre est monté à 400 en 1989, regroupant des autochtones venus d'Australie, Inde, Sud-Est asiatique, Philippines, Sibérie (à partir de 1990), Taïwan (depuis 1991). Outre ses activités dont nous avons déjà rendu compte, le Groupe de travail a collaboré à l'organisation de l'Année internationale des populations autochtones (ouverte le 10 décembre 1992) et de la Décennie internationale des mêmes populations (elle a commencé en janvier 1995). L'Année internationale fut décidée par la Sous-Commission. D'abord surtout vouée à des problèmes juridiques, elle fut utilisée par les autochtones à des fins plus politiques. Lors de différentes réunions préparatoires, ils firent valoir qu'ils devaient être davantage associés aux décisions les concernant dans les institutions internationales, recevoir une assistance financière par la création de fonds, et réclamèrent que l'ONU crée un Conseil permanent des peuples indigènes, où seraient représentés à titre égal tous les peuples autochtones. Les Amérindiens du Canada jouèrent dans ce débat un rôle particulièrement actif. Mais les résultats concrets de l'Année furent assez modestes, en raison du manque de moyens financiers et de personnel.

Lors de la Conférence de Vienne sur les droits de l'homme de 1993, Rigoberta Menchu, indienne Quiché-Maya lauréate du prix Nobel, proposa l'institution d'une Décennie internationale des peuples autochtones et d'un forum permanent à eux consacré. Malgré des réactions peu favorables ou dilatoires de certains États (Brésil, Colombie, Mexique, Kenya, Inde), la Décennie s'ouvrit un an plus tard ². L'Assemblée générale de l'ONU recommanda que ses activités impliquent davantage les associations autochtones et le Groupe de travail. Mais en fin de compte, ce sont les États, représentés dans la Sous-Commission, qui choisiront parmi les projets proposés ceux qui seront réalisés. De plus, autre signe inquiétant, la gestion de la Décennie a été confiée à des employés du Centre des droits de l'homme à Genève, alors que c'est à New York que se tiennent les réunions de planification des institutions spécialisées d'aide. De surcroît, l'ancienneté des données du rapport Cobo rend malaisées des actions concrètes pour aider les peuples autochtones, et il n'existe à l'heure actuelle aucun organisme international dont le travail consisterait à publier des données

¹ Ces lignes sont écrites en juin 1995.

² Cf. R. L. Barsh, La décennie internationale des peuples autochtones, *Recherches amérindiennes au Québec*, XXIV-4 (1994), p. 5-16.

d'ensemble sur les peuples autochtones du monde¹. Par ailleurs la Décennie devrait voir se résoudre le problème de la création d'une instance permanente des peuples autochtones au sein de l'ONU. On ne sait pas à l'heure actuelle s'il s'agirait seulement d'un comité d'experts – souhait de beaucoup d'États – ou d'un Conseil représentatif des peuples autochtones, doté de pouvoirs de décision, et pas seulement consultatifs – vœu des organisations autochtones. Sur le plan financier un fonds de contributions volontaires pour la Décennie a été prévu ; il en existait un pour l'Année internationale, d'un volume modique ; un autre, le Fonds des contributions volontaires des Nations Unies pour les populations autochtones, aide les représentants des autochtones à assister à Genève aux réunions du Groupe de travail. Notons d'autre part que la Décennie verra peut-être la rédaction d'une convention sur les droits des peuples autochtones rédigée à partir du projet de Déclaration : le Groupe a en tout cas évoqué cette question en 1994². De plus, en 1995, l'Assemblée générale de l'ONU a décidé que chaque année le 9 août serait [p. 489] une Journée internationale des populations autochtones (Résolution 49/214).

Les souhaits des autochtones visant à participer sur un pied d'égalité avec les représentants des États à l'ONU ont connu depuis 1989 un début de concrétisation, plusieurs réunions d'experts les y ayant associés³. D'autre part, dans certains cas, les autochtones ont obtenu une participation directe à des programmes internationaux d'aide (OIT ; Programme de Développement des Nations Unies). Ces initiatives devraient voir les ONG autochtones jouer un rôle toujours plus actif.

237 LES ASSOCIATIONS AUTOCHTONES TRANSNATIONALES. – Il existe dans le monde des centaines d'organisations autochtones de tailles extrêmement diverses⁴. Les plus importantes se situent en Amérique du Nord, alors que l'Asie en est largement dépourvue. Elles sont d'autant plus utiles que les peuples autochtones sont non seulement souvent minoritaires au sein d'un État, mais fréquemment dispersés entre plusieurs États. Ainsi des Inuit, incorporés dans des États aussi divers que le Danemark, le Canada, les États-Unis et la Russie. Afin de

¹ Cependant, à la demande du Groupe de travail, des rapports préliminaires ont été publiés en 1991, 92 et 94 sur les Amériques et l'Asie par la Division des sociétés transnationales et de la gestion, remplaçant le Centre du même nom. Cf. notamment le rapport final sur les sociétés transnationales : *Investissement et opérations des sociétés transnationales sur les terres des peuples autochtones*, E/CN.4/Sub. 2/1994/40.

² Doc. E/CN.4/Sub. 2/1994/17 août 1994, p. 29, § 117.

³ Séminaire international sur le racisme et la discrimination raciale à l'encontre des populations autochtones (Genève, 1989) ; Réunion sur l'autonomie (Nuuk, Groenland, 1991) ; Réunion sur l'environnement et le développement auto-entretenu (Chili, 1992), préliminaire au Sommet de Rio ; Séminaire d'experts sur les droits fonciers des populations autochtones.

⁴ On en trouvera une sélection très utile (mentionnant les adresses) opérée en 1987 dans J. Burger, *Report from the Frontier*, Londres, Zed Books, 1987, p. 284-292. Une liste plus récente et très précise se trouve dans L. Van de Fliert (éd.), *Indigenous Peoples and International Organisations*, Nottingham, Spokesman, 1994, p. 197-200.

mieux se connaître et de regrouper leurs forces, les autochtones ont à partir des années soixante-dix créé diverses institutions internationales ¹ : *International Work Group for Indigenous Affairs* (organisation humanitaire créée en 1968), *Survival International* (autre organisation humanitaire, fondée en 1969), *International Indian Treaty Council* (créé aux États-Unis en 1974, et devenu ONG en 1977) ; *Indian Law Ressource Center* (créé aux États-Unis en 1978, il est très actif auprès du Comité des droits de l'homme de l'ONU) ; *World Council of Indigenous Peoples* (créé en 1975 aux États-Unis, il représentait déjà lors de sa première session 35 millions d'individus) ; *South American Indian Council* (créé en 1980 à Cuzco, Pérou) ; *Federation of Land Councils* et *National Organization for Aboriginal and Islander Legal Services* (Australie), etc.

[p. 490]

Le cas de la *Conférence Inuit Circumpolaire (Inuit Circumpolar Conférence : ICC)* est exemplaire ². Créée en 1977 pour faire face aux grands projets de développement des terres arctiques entrepris par les États et les multinationales à la suite de la crise de l'énergie ³, elle représente les Inuit d'Alaska, du Groenland et du Canada, et, depuis 1989, de la Russie. L'ICC a pris une part active à une conférence internationale tenue à Genève en 1981 sur le thème des *Peuples autochtones et la terre* et fait de ses relations avec l'ONU une priorité car elle considère que le souci de défense de la langue et de la culture inuit doit se traduire en termes politiques : droit à l'autonomie régionale, au contrôle du développement, à la maîtrise de la terre. En 1983, l'ONU lui accorde le statut d'ONG à titre consultatif, et l'ICC prend une part importante aux activités du *Groupe de travail*.

Il faut également citer *l'Organisation des peuples et nations non représentés (Unrepresented Nations and Peoples Organization : UNPO)*, créée en 1991 à La Haye ⁴. Elle fait figure d'« ONU alternative ». Réunissant 39 membres (à la date de janvier 1993), elle se donne pour mission la défense des autochtones et minorités non représentés à l'ONU ⁵, par des voies légales et non violentes. Elle entend développer son action devant les instances internationales (notamment le Comité des droits de l'homme de l'ONU), créer une juridiction qui recevra les plaintes en matière de Droits de l'homme et d'exercice du droit à l'autodétermination, et constituer un Conseil juridique dont le rôle sera de

¹ Cf. F. Sudre, *ibid.*, p. 58-61.

² Cf. B. Saladin d'Anglure, La Conférence inuit circumpolaire et la protection des droits collectifs des peuples, dans H. Giordan (dir.), *Les minorités en Europe*, Paris, Kimé, 1992, p. 523-536.

³ Cf. par exemple N. Rouland, *Les Inuit du Nouveau-Québec et la Convention de la baie James*, Québec, Univ. Laval, 1978.

⁴ Cf. M. C. Van Walt van Praag, The Position of UNPO in the International Legal Order, in C. Brölmann et al, *op. cit.*, p. 313-329.

⁵ Pour l'UNPO, il existe dans le monde actuel environ 5 000 peuples et nations, dont seulement 159 sont représentés à l'ONU.

conseiller les membres sur les aspects légaux du droit à l'autodétermination, et de les aider lorsqu'ils sont victimes de violences.

La plupart des mouvements autochtones ont choisi les voies légales pour faire valoir leurs revendications, non sans succès. Ils empruntent souvent parmi ces voies celle du droit et des institutions internationales qui leur fournissent un forum et des chambres d'écho dont, à défaut d'une telle stratégie, ils seraient privés en raison de leur absence de souveraineté étatique. Mais l'arbre ne doit pas cacher la [p. 491] forêt. Ces divers groupes de pression sont surtout nés dans le Premier Monde, en Amérique du Nord ; et au cours de la décennie soixante-dix, qui a vu croître l'influence de nombreux courants intellectuels libertaires, conjuguée au fait que la crise de l'énergie a obligé de nombreux gouvernements occidentaux à négocier avec les autochtones pour pouvoir accéder aux ressources de leurs territoires, dans le cadre des procédures prévues par les mécanismes de l'État de droit. Une telle conjonction n'a malheureusement pas concerné la majorité des peuples autochtones dans le monde qui vit en Asie, où les scrupules juridiques ne sont pas forcément monnaie courante. C'est pourquoi ces peuples sont souvent absents, ou peu représentés dans les associations que nous avons évoquées.

Par ailleurs, une minorité de ces organisations – seulement douze – est dotée du statut consultatif auprès du Conseil économique et social de l'ONU ¹ et regroupe majoritairement des Amérindiens du continent nord-américain ². Un tel clivage procède du constat maintes fois observé d'un processus historique où les autochtones d'Amérique du Nord jouent un rôle moteur. Ceux-ci ont mis au point des stratégies auxquelles il convient de prêter maintenant attention.

III | LES STRATÉGIES AUTOCHTONES

238 L'ACCULTURATION. – Dans le Premier Monde au moins, les autochtones ont au cours de ces vingt dernières années remporté d'indéniables succès : cession de droits territoriaux, octroi d'indemnités, autonomie interne, etc. Résultats d'autant plus étonnants qu'ils avaient à compter avec plusieurs facteurs défavorables. Leurs effectifs : beaucoup moins nombreux que la société dominante, ils ne disposaient que d'un faible potentiel électoral. Leurs divisions : malgré les efforts unificateurs de certaines associations, ils étaient – et [p. 492]

¹ Doc. E/CN.4/Sub. 2/AC. 4/1993/8, 15 juillet 1993.

² Parmi elles, certaines associent des pays différents : Conseil international des Traités indiens ; Conseil mondial des peuples indigènes, Conférence circumpolaire Inuit, Conseil indien d'Amérique du Sud, Conseil Sami, Conseil des quatre points cardinaux. Les autres ont une dimension nationale ou régionale : Indian Law Resource Center (cabinet d'avocats américains spécialisé dans le droit autochtone) ; Conseil national de la jeunesse indienne (États-Unis) ; National Aboriginal and Islanders Legal Services Secretariat (Australie), Grand Conseil des Cree au Québec.

sont – traversés par des différences et divergences tenant à la spécificité de l'histoire de chaque groupe, aux choix politiques effectués par leurs organisations. De plus les États disposent de moyens de contrôles puissants : l'octroi d'aides matérielles (beaucoup d'associations autochtones reçoivent d'importantes subventions); la reconnaissance de la représentativité des associations, indispensable au fonctionnement des processus de négociation¹. Cette qualité est le fruit d'un processus complexe. Tout d'abord, les gouvernements peuvent avoir tendance à ne reconnaître et subventionner que les associations qu'ils estiment être des « interlocuteurs valables ». D'autre part, celles-ci doivent au moins en partie refléter la composition et les tendances des autochtones qu'elles sont censées représenter, sous peine de voir leurs politiques et décisions contestées. Enfin, elles doivent adapter leurs structures, leurs tactiques et la formulation de leurs revendications aux institutions, usages et langage des administrations gouvernementales, ainsi qu'aux concepts juridiques employés par les tribunaux auxquels elles peuvent faire appel si elles désirent avoir quelque chance de succès. Ceci signifie notamment que l'utilisation du processus électif est fréquent, alors que les sociétés traditionnelles recourraient plutôt au consensus et à l'hérédité. La notion de représentativité est donc une des instances où s'effectue une double acculturation. Celle des autochtones, qui doivent s'adapter à une modernité dont certains aspects leur sont encore étrangers. Celle des autorités gouvernementales et judiciaires, qui doivent tenir compte des revendications identitaires de leurs partenaires, souvent difficiles à insérer dans les dispositifs idéologiques et judiciaires de l'État-nation moderne.

239 LE CHEVAL DE TROIE AUTOCHTONE. – Car les autochtones ne sont pas désarmés alors qu'ils semblent *a priori* en position d'infériorité manifeste. Ils compensent leur faiblesse électorale en accentuant leurs revendications identitaires, axées sur l'idée qu'ils constituent des entités distinctes, en s'assurant l'appui d'une partie des non-autochtones (notamment des intellectuels et leaders d'opinion). Ils s'efforcent de substituer à l'image de citoyens minoritaires et défavorisés (ce que révèlent à plus d'un titre les indicateurs socio-économiques) celle de peuples fondateurs. Ils jouent sur les divisions administratives et politiques des gouvernements de tutelle. Dans la plupart des cas, ils s'efforcent d'éviter le recours à la violence, qui pèse si lourdement ailleurs, notamment en Europe, sur l'image des minorités. Leur recours croissant aux instances internationales leur permet de faire pression sur leurs gouvernements, en général sensibles à leur image dans ces instances.

Par ailleurs, ils ont appris à instrumentaliser les catégories idéologiques et juridiques des occidentaux. En effet, le droit n'a pas la rigidité que lui prêtent

¹ Cf. Sally M. Weaver, Political Representativity and Indigenous Minorities in Canada and Australia, in N. Dick (ed.), *Indigenous Peoples and the Nation-State*, St John's, Newfoundland, Canada ; Institute of Social and Economic Research, Memorial University of Newfoundland, 1989, p. 113-150.

facilement ceux qui n'en sont pas familiers. Bien au contraire, une modalité très importante de son évolution consiste dans ses réinterprétations, opérées par les acteurs juridiques (on sait qu'au XIX^e siècle, le romaniste allemand Iehring résolut des problèmes posés par l'installation des voies ferrées en se référant aux seuls textes du *Corpus Iuris Civilis* de Justinien, rédigé... en 530 apr. J.-C.). Les autochtones du Premier Monde ont appris à parler la langue des Européens et à s'en servir pour la poursuite de leurs intérêts. Ce langage peut être celui du mythe. Ainsi les Occidentaux font-ils souvent des autochtones les premiers écologistes. Non sans quelque exagération, car l'archéologie et l'histoire nous ont apporté la preuve de massacres cynégétiques sans commune mesure avec les besoins de ces populations. Mais les autochtones d'aujourd'hui savent les Occidentaux sensibles à l'argument les décrivant comme en perpétuelle symbiose avec la nature. C'est pourquoi très souvent ils leur opposent qu'ils n'ont pu ou ne peuvent leur céder leurs terres en raison de la permanence de leurs conceptions traditionnelles. Ainsi il y a une quinzaine d'années un leader Kalinga répondait-il à un fonctionnaire philippin : « Vous me demandez si nous possédons ces terres et vous vous moquez de nous en nous demandant : "Où est votre titre de propriété ?" [...] Quelle arrogance de parler de possession de terre alors que c'est la terre qui nous possède ! Comment peut-on posséder ce qui vous survivra ? »¹ De telles affirmations ne sont [p. 494] pas abusives : elles peuvent reposer sur une référence exacte au système juridique traditionnel où l'appropriation privative de la terre, ou du moins son exo-aliénabilité, sont en effet impossibles. Mais l'utilisation de cet argument dans un contexte donné en fait l'élément d'une stratégie. Encore s'agit-il là du remploi d'un particularisme traditionnel dans un contexte moderne. Mais très souvent les autochtones font preuve d'une ingéniosité remarquable en détournant à leur profit le sens de termes et catégories appartenant au langage juridique des Européens. Pour G. F. A. Werther², leurs stratégies sont différentes suivant que le régime imposé par le colonisateur comporte ou non un système de réserves. Dans la négative, ils doivent s'intégrer au système politique global, notamment en fondant des partis politiques autochtones, et en utilisant des groupes de pression. Ils sont obligés d'utiliser des institutions qui n'ont pas de spécificité autochtone. Dans l'affirmative, la stratégie est tout autre. Elle consiste à utiliser les institutions chargées de gérer leurs spécificités – institutions *créées par les Occidentaux* – à leur profit, à les transformer en vecteurs de leurs revendications. Les diverses bandes, conseils, gouvernements locaux, institutions judiciaires et codes spécifiques, au lieu de continuer à être des moyens de contrôle de l'État, vont devenir les organes des autochtones eux-mêmes. Plus profondément, le succès des autochtones est aussi basé sur l'utilisation de

¹ Propos rapportés dans *Le Monde diplomatique*, juin 1989, p. 18. On remarquera que cette stratégie peut être utilisée au cœur de nos propres sociétés. Lors des violentes campagnes anti-TGV qui se sont déroulées en Provence, il n'était pas exceptionnel que les agriculteurs riverains des futures voies ferrées répondent aux propositions d'indemnisation ou de rachat de la SNCF que la Terre était sacrée, et qu'on ne la vendait pas...

² Cf. G. F. A. Werther, *Self Determination in Western Democracies*, Westport-Londres, Greenwood Press, 1992, p. 56 sq.

l'idéologie de l'État de droit. Ceux-ci sont parvenus à changer les paradigmes du discours politique, et à imposer la notion de garanties de leurs spécificités – y compris constitutionnelles, comme aux États-Unis et au Canada – qui doivent notamment s'exprimer dans des discriminations positives. Car si l'État est démocratique, il peut être sollicité d'accepter de reconnaître en son sein la pluralité des cultures et des sociétés quand celle-ci existe, et la diversité des statuts juridiques qui en résulte.

Enfin, le succès des revendications autochtones peut aussi dépendre d'un facteur matériel : le degré d'isolement géographique par rapport à la société dominante. Dans bien des cas, plus celui-ci est élevé, plus l'État sera disposé à faire droit à ces réclamations.

C'est le cas du Groenland, qui bénéficie depuis 1979 d'un régime d'autonomie très large par rapport au Danemark. De même les Inuit [p. 495] d'Amérique du Nord ont-ils joui d'une plus grande indépendance que les Indiens durant longtemps, en raison des difficultés d'accès de leur territoire (au Canada, la zone arctique fut longtemps qualifiée de « Terre de Caïn »). À l'heure actuelle, peu d'autochtones, – quelques dizaines de milliers – n'ont que peu ou pas de contacts avec la modernité occidentale ou non. *A contrario*, on observe que là où les autochtones et les autres groupes de la société vivent à proximité ou sont mélangés, les réactions d'hostilité aux discriminations positives dont peuvent jouir les premiers sont plus fréquentes. Au Canada, les avantages fiscaux attribués aux autochtones vivant dans des réserves – qui peuvent constituer des quartiers de grandes villes, comme à Québec ou Montréal – sont de plus en plus impopulaires chez les Européens. Aux États-Unis, le mouvement « anti-traité » gagne du terrain. Au nom de l'égalité juridique de tous les citoyens, ses partisans refusent que les Indiens puissent jouir hors de leurs réserves de droits particuliers en matière de chasse et pêche.

Cependant ce rapport à l'isolement géographique ne joue pas de façon uniforme. Ses effets dépendent aussi largement du caractère démocratique des États considérés. En Amérique du Nord, les Amérindiens ont souvent obtenu satisfaction en recourant à la justice ou en concluant des ententes. Ailleurs, l'isolement géographique ne suffit pas à protéger les autochtones des convoitises des États auxquels ils appartiennent si ceux-ci entendent exploiter les richesses de leurs territoires. C'est ainsi que l'Indonésie poursuit la déforestation de Bornéo, et qu'elle fait de l'Irian Jaya une colonie de peuplement.

Quoi qu'il en soit, on pourrait penser qu'au moins dans la partie occidentale du monde, les autochtones sont parvenus à se donner les moyens juridiques de leurs succès en utilisant la tactique du Cheval de Troie. Mais qui est dans le cheval ? Car il est évident que ces peuples autochtones sont aussi, dans le monde, les plus

acculturés¹. En revanche ceux qui, notamment en Asie, sont plus proches d'un mode de vie traditionnel, ne bénéficient pas des mêmes acquis, et sont souvent victimes d'exactions physiques. On est donc fondé à se demander si la reconnaissance affichée des particularismes, le système des [p. 496] discriminations positives, la pluralité des statuts, etc., n'aboutiront pas en fait à une intégration toujours plus poussée, voire à l'assimilation. Les élites autochtones que contribuent à former les processus d'autodétermination ne sont pas nécessairement représentatives de la « tradition » (au sens classique du terme)², qui pourrait n'être qu'un argument politique, un instrument dans une stratégie de conquête du pouvoir politique. Entre la momification muséologique et la dissolution dans l'économie de marché, l'avenir est incertain au-delà des conquêtes juridiques. Cela d'autant plus que minorités et autochtones se trouvent dans des conditions difficiles lorsqu'ils entendent faire sanctionner de façon concrète les droits reconnus dans les instruments internationaux.

Section II

La justiciabilité du droit international des autochtones

[Retour au sommaire](#)

Le droit international et le droit européen se font de plus en plus réceptifs aux revendications des autochtones. Mais un écart très important demeure entre l'ampleur des droits déclarés et leur faible degré de justiciabilité. Concrètement, les autochtones, comme les minorités, ne disposent que de peu de moyens pour faire sanctionner leurs droits tout neufs. Toutes les procédures qu'ils peuvent utiliser sont contraintes par une condition objective : les acteurs de la vie internationale sont principalement les États, et ceux-ci n'entendent pas consentir de trop larges abandons de souveraineté au profit des minorités et autochtones. Ce constat s'impose au sujet des recours que peuvent exercer les autochtones aussi bien dans le cadre du droit des minorités que dans celui du droit qui leur est spécifique.

¹ En Norvège, seuls 10% des Saame (ou Lapons) vivent encore de l'élevage des rennes. Cf. B. Melkevik, Autochtones et droit : le nouveau droit norvégien des Samé, *Les Cahiers du droit*, 32-1 (1991), p. 33-57.

² On observe actuellement dans l'outre-mer français que la décentralisation, la reconnaissance des particularismes dans certains TOM (Nouvelle-Calédonie), la participation des associations d'autochtones aux mécanismes du commerce et de la finance modernes ont affaibli les tendances indépendantistes, et qu'on commence à parler de la « bourgeoisie kanake en R25 ». Cf. F. Bobin *et al*, Les indépendantistes d'outre-mer se muent en gestionnaires, *Le Monde* (Heures locales), 30-31 octobre 1994, I et V.

[p. 497]

I | LE RECOURS AUX SANCTIONS DU DROIT DES MINORITÉS

Comme on le sait, le fait pour les autochtones de disposer d'un droit de plus en plus spécifique ne les empêche nullement d'utiliser les procédures de sanction des Droits de l'homme et des minorités.

240 LA JUSTICIABILITÉ RESTREINTE DES DROITS DE L'HOMME ET DES MINORITÉS. – Les textes protégeant spécifiquement les droits des minorités ou des autochtones sont souvent purement déclaratoires, sans effet juridique contraignant¹. Ils ne prévoient pas d'instruments de contrôle particuliers (Déclaration de 1992 de l'ONU sur les droits des personnes appartenant à des minorités ; projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones de l'ONU). Minorités et autochtones ont cependant accès à des mécanismes de sanction des droits de l'homme. Mais ceux-ci prohibent surtout les discriminations au nom de l'égalité juridique et ne comportent que beaucoup plus rarement des dispositions relatives aux droits des minorités (art. 27 du pacte de 1966 de l'ONU). Certains de ces mécanismes ont un caractère juridictionnel, ou constituent une première étape en vue de la saisine d'une juridiction. La Cour internationale de justice n'a jamais été saisie d'affaires concernant les minorités et de droits des peuples (sauf dans le cadre de la décolonisation), et seuls les États peuvent de toute façon y recourir. Au niveau européen, plusieurs recours sont possibles, mais d'une part les textes européens visent rarement les minorités, dont ils ne conçoivent les droits qu'en termes individuels, d'autre part les autochtones européens sont moins nombreux que les autres. La réunion d'Helsinki de 1992 de la CSCE a créé la fonction de Haut-Commissaire aux minorités : celui-ci pourra s'adresser à la Commission européenne des droits de l'homme. Un projet de protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme portera sur les droits individuels dans le domaine culturel : les personnes appartenant à des minorités pourront s'y référer devant la Cour européenne des droits de l'homme. En revanche, la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour

¹ Cf. A. M. De Zayas, *The International Judicial Protection of Peoples and Minorities*, in C. Brölmann *et al*, *Peoples and Minorities in International Law*, Pays-Bas, Kluwer Academic Press, 1993, p. 253-287. De manière générale, on se référera aux développements que consacre S. Pierré-Caps à la justiciabilité des droits des minorités dans la deuxième partie de cet ouvrage. Il convient de prêter une attention particulière à la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale (cf. *supra*, § 93 à 95, p. 187-195). Elle rendit une série d'avis consultatifs et d'arrêts concernant l'application des traités sur les minorités. Créée en même temps que la SdN, elle disparut avec elle, mais il se pourrait que sa jurisprudence conserve une valeur coutumière.

la protection des minorités nationales (novembre 1994) n'est pas justiciable : les personnes appartenant à des minorités ne pourront s'en prévaloir devant cette juridiction. En Amérique, la Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969) ne mentionne pas les minorités... et n'a pas été ratifiée par les États-Unis ni le Canada. D'autres mécanismes de contrôle ne présentent pas d'aspect réellement juridictionnel. Les personnes appartenant à des minorités ou des autochtones peuvent déposer des plaintes auprès du Comité des droits de l'homme de l'ONU (ce qu'ont fait les Indiens du Canada, les Saames de Suède et de Finlande, et les Bretons), du Comité pour l'élimination des discriminations raciales. Mais les décisions de ces instances n'ont pas d'effets juridiquement contraignants. En Afrique, dans le prolongement de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, placée auprès de l'OUA, peut examiner des plaintes individuelles. Mais les conditions de saisine sont très restrictives, et seule la Conférence des chefs d'État de l'OUA décide en dernier ressort de la suite à donner aux recommandations de la Commission, qui ne peut les adresser directement à l'État concerné.

Comme on le voit, ces procédures sont d'un emploi complexe pour les individus appartenant à des minorités ou les autochtones. Elles sont d'ailleurs peu utilisées par ceux-ci, signe de leur inadaptation : les conditions concrètes de l'accès à la justice sont ici déterminantes. On notera par exemple que si les mécanismes européens de sanction des droits de l'homme constituent aujourd'hui le système le plus efficace, ils n'en demandent pas moins au justiciable beaucoup de persévérance (et ne sont de toute façon pas accessibles à la majorité des autochtones, qui vivent pour la plupart hors d'Europe). La règle de subsidiarité impose que les voies de recours internes aient été épuisées préalablement à la saisine de la Commission ; la Commission exerce un sévère effet de filtrage puisqu'elle a déclaré recevables moins de 4% des requêtes déposées devant elle ¹ (tous motifs confondus).

[p. 499]

Les autochtones peuvent-ils attendre davantage de la sanction des droits que leur reconnaissent des instruments les visant plus spécifiquement ?

¹ Cf. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989, p. 217.

II | LES RECOURS AUX SANCTIONS DU DROIT DES AUTOCHTONES

On distinguera les contrôles issus des textes conventionnels et ceux résultant de communications et rapports déposés auprès de diverses institutions internationales.

241 LES CONTRÔLES ISSUS DES TEXTES CONVENTIONNELS. – Ils concernent la Convention 169 de l'OIT et celle relative aux droits de l'enfant.

L'OIT a mis au point un système de contrôle complexe, mais qui peut se révéler efficace¹. Deux procédures sont envisageables : la constitution de rapports ; le dépôt de plaintes ou réclamations.

Les États qui ont ratifié la Convention doivent rédiger régulièrement des rapports sur les mesures qu'ils prennent pour l'appliquer. Ils sont adressés à l'ONU et à divers organismes, tels que les organisations de travailleurs et d'employeurs. Les récipiendaires peuvent envoyer leurs commentaires au gouvernement intéressé ou directement au Bureau international du travail. Par la suite, ces rapports sont examinés par un groupe d'experts indépendants et nommés à titre personnel : la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT. Celle-ci peut demander des informations aux gouvernements et leur conseiller de prendre davantage de mesures en faveur des autochtones. Ses demandes sont adressées directement aux gouvernements et consultables par toute personne intéressée. Ses observations sont présentées lors de chaque Conférence générale de l'OIT. Durant toute cette procédure, les représentants des travailleurs et employeurs sont présents et peuvent jouer un rôle certain.

[p. 500]

Par ailleurs chacun des membres de l'OIT peut déposer auprès du Bureau international du Travail une plainte contre un autre membre qui ne respecterait pas une convention que l'un et l'autre ont ratifiée, tout comme le conseil d'administration de l'OIT ou un délégué quelconque à la Conférence générale. Le Conseil d'administration de l'OIT peut alors former une Commission d'enquête, qui lui adressera un rapport, ainsi qu'aux gouvernements concernés. Si un État le conteste, il peut s'adresser à la Cour de justice internationale, mais une telle

¹ Cf. A. M. De Zayas, *op. cit.*, *supra*, n. 1, p. 497 ; L. Swepston, La Convention 169 sur les peuples indigènes et tribaux : un bilan après cinq ans d'application, à paraître dans *Recherches amérindiennes au Québec*, XXV-3 (1995).

éventualité ne s'est à ce jour pas produite. Si un État ne réagit pas au rapport, le Conseil d'administration peut renvoyer le cas à la Conférence générale, qui décidera des mesures à prendre.

Le dépôt de réclamation constitue une autre voie. Toute organisation d'employeurs ou de travailleurs peut adresser une réclamation au Bureau international du Travail au motif qu'un des membres de l'OIT n'exécute pas convenablement une convention. Si elle est jugée recevable, le Conseil d'administration de l'OIT peut nommer une commission. Il transmet ultérieurement son rapport à l'État en cause. Si sa réponse est jugée insatisfaisante, le Conseil peut publier toute information concernant la réclamation. Celle-ci peut par la suite faire l'objet d'une plainte, ou être à nouveau étudiée par la Commission d'experts, ou la Commission d'application des normes.

Ces procédures sont complexes et n'ont pas de caractère juridictionnel. Mais elles possèdent une efficacité politique. D'autre part, il faut noter que les organisations autochtones *en tant que telles* n'y ont pas un accès direct : elles doivent passer par le relais d'un membre de l'OIT, ou d'une organisation de travailleurs ou d'employeurs.

Nous savons d'autre part ¹ que la Convention relative aux droits de l'enfant (ONU, 1989) contient des dispositions visant spécialement les autochtones. Son article 43 (partie II) institue un Comité des droits de l'enfant qui doit examiner les progrès accomplis par les États dans l'exécution de leurs obligations ; ceux-ci doivent tous les cinq ans lui fournir des rapports. Le Comité est composé de dix experts élus par les États parmi leurs ressortissants, siégeant à titre personnel, et répartis suivant les grandes aires géographiques et les principaux systèmes juridiques. Le Comité peut faire des suggestions [p. 501] et des recommandations d'ordre général fondées sur ces rapports, transmises à tout État partie intéressé, et portées à l'attention de l'Assemblée générale de l'ONU. On sait que la France a ratifié cette Convention. Mais outre qu'elle fait une réserve sur l'article 30 visant les enfants des minorités et des autochtones, des jurisprudences parallèles de la Cour de cassation et du Conseil d'État ont pour effet que ses dispositions ne sont pas invocables en France par des particuliers.

Les organes de l'ONU peuvent donc être impliqués par des procédures visant à l'exécution des textes conventionnels visant les autochtones. Mais ils peuvent aussi être saisis par d'autres voies.

242 LE CONTRÔLE DU COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU. – Une Résolution 1503 du Conseil économique et social de l'ONU prévoit une procédure confidentielle permettant de soumettre à la Commission des droits de l'homme des cas de violation graves des droits fondamentaux. Elle fut utilisée en 1980 par les juristes de *l'Indian Law Resource Center* au nom d'Indiens des États-Unis qui

¹ Cf. *supra*, p. 417-418.

contestaient les modes de désignation des membres des gouvernements tribaux et réclamaient la restitution de certaines terres.

Mais la voie la plus fréquemment utilisée est celle du contrôle sur plaintes auprès du Comité des droits de l'homme. Ses membres sont élus par un vote des États, mais à titre individuel et sur des critères de compétence : le Comité constitue un organe indépendant. Par ailleurs, sa composition doit tenir compte « de la représentation des diverses formes de civilisation ainsi que des principaux systèmes juridiques ». Ce Comité peut connaître des communications individuelles et étatiques. *Il ne s'agit pas d'un organe juridictionnel* ; il ne dispose pas d'une compétence de décision au fond, et encore moins d'un pouvoir de contrainte. D'autre part, un plaignant ne peut y recourir qu'après avoir épuisé les recours internes dans son système judiciaire national, contrainte qui exige de sa part de la persévérance. Il n'en reste pas moins que ce Comité peut exercer une influence sur les États. Les autochtones ont donc eu plusieurs fois recours à lui, d'autant plus que toute personne d'origine autochtone vivant au sein d'un État qui a ratifié le *Pacte international sur les droits civils et politiques* (ONU, 1966) et le *Protocole facultatif* qui lui est associé est habilitée à saisir le Comité.

En 1981, le Comité se prononce sur l'affaire *Sandra Lovelace*. [p. 502] C'est le nom d'une Indienne du Canada qui lui avait adressé une communication en 1977. Jusqu'à son mariage, elle vivait dans une réserve Tobique. S'étant mariée avec un non-Indien, elle avait perdu son statut d'Indienne et le droit de vivre dans une réserve, en application de la *Loi sur les Indiens*. Le Comité a été d'avis que l'interdiction de vivre en réserve privait la plaignante du droit à son identité culturelle. Le gouvernement fédéral a alors décidé en 1985 de modifier la *Loi sur les Indiens* en conséquence.

Quelques années plus tard intervient l'affaire *Kitok*¹, opposant un Saame à la Suède. Le demandeur, tout en continuant à élever des rennes, avait exercé un second emploi salarié ; son village refusait pour ce motif de le réintégrer. Le Comité a admis la décision du village, au motif que les intérêts d'une minorité en tant qu'entité collective (*continued viability and welfare of the minority as a whole*) pouvaient justifier la restriction des droits individuels d'un de ses membres. (On sait qu'en Suède le nombre de terres disponibles pour l'élevage des rennes est limité.)

Cependant, d'autres constatations effectuées par le Comité à l'occasion de certaines affaires ont été moins heureuses pour les autochtones.

En 1984, le chef *B. Ominayak* et la bande indienne du *lac Lubicon* (Canada) se plaignent de la décision du gouvernement canadien d'autoriser l'État de l'Alberta à exproprier le territoire de la bande en vue de la prospection de pétrole et de gaz, se fondant sur la violation du droit à l'autodétermination des autochtones ainsi opérée. Le Comité a constaté que ce motif, concernant les peuples en tant que tels,

¹ Doc. A/43/40/197/1985 (10 août 1988).

ne pouvait être invoqué par un particulier, mais a reçu la communication sur la base d'autres motifs. Il a été d'avis que si la décision du Canada menaçait bien le mode de vie et la culture de la bande indienne, néanmoins son indemnisation était satisfaisante.

En 1986, les *Mikmaq* ont adressé une communication au Comité contestant la décision prise par le gouvernement canadien de ne pas les associer aux conférences constitutionnelles visant la détermination des droits ancestraux ou issus de traités encore existants dont pouvaient bénéficier les autochtones ¹. Le Canada aurait ainsi agi en fonc-[p. 503] tion de considérations racistes et violé le droit à l'autodétermination des Mikmaq. En 1991, le Comité a donné raison au Canada, en reprenant une argumentation proche de celle de l'affaire Ominayak.

On voit par là les limites des communications déposées par les autochtones auprès du Comité des droits de l'homme : celui-ci n'accepte de considérer que principalement les violations de droits individuels et ceux appartenant à des membres de minorités. Or, comme on le sait, la stratégie des autochtones dans les forums internationaux vise à la reconnaissance de droits à caractère collectif, et d'un statut distinct de celui des minorités.

L'OEA leur offre-t-elle plus d'ouvertures ?

243 LES COMMUNICATIONS AUPRÈS DE LA COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME. – La Commission est composée de sept membres élus à titre individuel par l'Assemblée générale de l'OEA sur une liste de candidats proposés par les États-membres ². Elle doit promouvoir les droits énoncés dans la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme* (Bogota, 1948) et dans la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (1959). Les conclusions de la Commission sont publiées dans des rapports, mais elle ne dispose pas de moyens de contrainte. La Commission peut déférer les affaires dont elle est saisie à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Celle-ci peut condamner l'État à prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les violations, punir les responsables, et indemniser les victimes. Mais un État (ainsi fit le Brésil) peut fort bien ratifier la Convention tout en refusant la compétence obligatoire de la Cour : dans ce cas, la Commission ne peut la saisir. La Déclaration et la Convention ne contiennent pas de normes spécifiques de protection des droits des peuples autochtones. Mais la Commission a utilisé l'article 27 du pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques (1956).

La Commission peut recevoir des communications « individuelles » (elles peuvent émaner de groupes, mais sont à distinguer de celles des États) : ce fut le cas en 1980 de la part d'ONG alléguant la violation des droits des Yanomami par

¹ Doc. CCPR/C/39/D/205/1988 (1990) ; CC/PR/C/43/D/205/1986 (1991).

² Cf. C. Hilling, Les peuples autochtones et la Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Recherches amérindiennes au Québec*, XXIV-4 (1994), p. 37-56.

le Brésil. Mais elle ne peut se [p. 504] saisir *proprio motu* d'une affaire. Cependant, elle peut prendre l'initiative de rédiger des rapports concernant des groupes donnés. Elle le fit en 1984 pour les Miskitos du Nicaragua, et en 1993 en ce qui concerne les Mayas-Quichés du Guatemala.

On doit malheureusement constater que dans tous ces cas de figure, l'action de la Commission n'eut guère d'influence concrète sur l'amélioration du sort des autochtones.

Cette observation nous ramène à un autre constat, d'ordre plus général. Même si dans les propos tenus au sujet des autochtones dans les instances internationales le discours pluraliste a remplacé celui de l'assimilation, les États ne sont nullement décidés à se laisser dépouiller de leurs prérogatives. La nature consultative de la représentation autochtone à l'ONU, la difficulté et l'étroitesse de la justiciabilité des textes les concernant le prouvent bien. Par ailleurs, cette supériorité étatique comporte des failles, que les autochtones ont su élargir. D'une part, les règles du jeu d'abord fixées par les États ont été progressivement modifiées par les autochtones grâce à leurs capacités d'auto-organisation : ils sont les principaux inventeurs du droit que nous voyons se former devant nos yeux. D'autre part, le choix du droit comme instrument de satisfaction de leurs revendications politiques s'est avéré judicieux : ils ont gagné beaucoup en maniant les concepts du droit constitutionnel et du droit international et en utilisant la voie des recours judiciaires. Mais cette stratégie, en l'état actuel du monde, est-elle généralisable au-delà des États de droit ? En Asie, on peut douter de son efficacité. Quant à l'Afrique, ce continent reste largement exclu du débat sur les droits autochtones. La doctrine éprouve des difficultés à appliquer à ces peuples les concepts ailleurs familiers¹. D'autre part, les pays africains et leurs associations sont quasiment absents de tous les processus que nous avons évoqués : or un droit porte l'empreinte de ceux qui le font.

La France pose un autre type de problème. Elle constitue à coup sûr un État de droit, mais son idéologie officielle et sa tradition républicaine l'éloignent des représentations pluralistes. Pour autant, comme l'a montré S. Pierré-Caps², la négation de l'existence de *mino*-[p. 505] rités sur son sol ne l'empêche pas de mettre en œuvre des politiques qui permettent l'expression d'un certain pluralisme. Nous allons voir dans le chapitre suivant s'il en va de même dans son outre-mer pour les autochtones.

¹ Cf. *supra*, p. 14-16.

² Cf. *supra*, la deuxième partie de cet ouvrage.

Pour aller plus loin

244 BIBLIOGRAPHIE SUR LES STRATÉGIES DES AUTOCHTONES. – Il n'existe pas d'ouvrage de synthèse sur les stratégies des minorités et autochtones, car les juristes privilégient une approche purement normative, et les politologues sont peu nombreux à s'être intéressés à ce sujet (parmi ces derniers, une exception : cf. J. Yacoub, *Les minorités. Quelle protection ?* Desclée de Brouwer, 1995).

En ce qui concerne les autochtones des pays occidentaux développés, on citera cependant : N. Dyck (ed.), *Indigenous Peoples and the Nation State – « Fourth World » Politics in Canada, Australia and Norway*, St John's, Newfoundland, Canada ; Institute of Social and Economic Research, Memorial University of Newfoundland, 1989 ; Guntrum F. A. Werther, *Self Determination in Western Democracies. Aboriginal Politics in a Comparative Perspective*, Westport-Londres, Greenwood Press, 1992, 109 p. ; J. Fridenes, *Native Peoples in Canada. Contemporary Conflicts*, Prentice Hall, 1988 ; *Polar Peoples. Self Determination and Development*, Londres, Minority Rights Group, 1994 (cf. notamment l'intéressante contribution de N. Vakhtin, *Native Peoples of the Russian far North*, 29-80) ; et également J. Crawford, *The Aborigine in Comparative Law, Law and Anthropology*, 2 (1987), 5-23 ; C. Tennant, *Indigenous Peoples, International Institutions and the International Legal Literature from 1945 to 1993*, *Human Rights Quarterly*, 16 (1994), 1-57 ; B. Cortez, Les enjeux politiques d'une définition juridique des peuples autochtones, *Droit et cultures*, 25 (1993), p. 69-90 ; pour l'outre-mer français et son évolution politique récente, cf. F. Bobin *et al.*, Les Indépendantistes d'outre-mer se muent en gestionnaires, *Le Monde* (Heures locales), 30-31 octobre 1994, I et V. Ces contributions ne concernent que les autochtones. Pour un point de vue incluant les minorités, cf. W. Safran, Non-Separatist Policies Regarding Ethnic Minorities : Positive Approaches and Ambiguous Consequences, *International Political Science Review*, 15-1 (1994), p. 61-80.

Le lecteur devra donc se reporter à la littérature scientifique générale sur les minorités et les autochtones en privilégiant les données se rapportant au champ des stratégies juridiques. Cependant, on peut indiquer certaines directions. On consultera avec intérêt les contributions regroupées dans C. Brölmann *et al.* (eds.), *Peoples and Minorities International Law*, Netherlands, Martinus Nijhoff Pb., 1993 ; J. Rostkowski, *Le renouveau indien aux États-Unis*, Paris, L'Harmattan, 1986 ; l'article de R. L. Barsh, Indigenous Peoples in the 1990's : front Object to Subject of International Law ?, *Harvard Human Rights Journal*, 7 (1994), 33-86, fourmille de données rares. On se reportera aussi à la revue *Recherches amérindiennes au Québec*, tout spécialement aux numéros XXIV-4 (1994) et XXV-3 (1995), consacrés au Droit international et aux peuples autochtones. Cf. également les Actes de certains colloques : P. De Deckker (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1995 ; *Actes du Premier Colloque international de l'Association française d'anthropologie du droit*, « *Le Juge : approches anthropologiques d'une figure d'autorité* », C. Bontems (dir.). Paris, L'Harmattan, 1996.

En ce qui concerne les peuples autochtones, on suivra avec attention la publication périodique par l'ONU (Conseil économique et social) des rapports relatifs aux réunions [p. 506] annuelles (à Genève) du Groupe de travail sur les populations autochtones, très instructifs quant aux stratégies des États et des autochtones. Cf. également : Le défi des droits « collectifs », *Interculture* (Montréal), XXII-2 (1983), cahier n° 103.

À propos des autochtones du Premier Monde, on lira plus particulièrement : « Droits et pouvoirs collectifs », *Études Inuit* (Univ. Laval, Québec), vol. 16, 1-2 (1992), qui concerne les

Inuit ; R. Motta, *L'addomesticamento degli etnodiritti. Percorsi dell'antropologia giuridica teorica ed applicata*, Milano, Unicopli, 1994, d'optique plus large.

En ce qui concerne la France, on se reportera aux développements du chapitre suivant. Citons cependant quelques titres : H. Giordan, *Démocratie culturelle et droit à la différence*, Paris, La Documentation française, 1982 ; G. Héraud, Libertés publiques et minorités ethniques indigènes de France, *Actes*, 69 (1990), 33-37. R. Debbasch, La reconnaissance constitutionnelle de la langue française, *Rev. franç. de droit constitutionnel*, 11 (1992), 457-468 ; W. Safran, The French State and Ethnic Minority Cultures : Policy Dimensions and Problems, in J. J. Rudolph, R. J. Thompson (eds.), *Ethnoterritorial Politics, Policy and the Western World*, Boulder-Lyne Rienner, 1989, 115-157 ; N. Rouland, La tradition juridique française et la diversité culturelle, *Droit et société*, 27 (1994), 381-419. À propos de la critique des thèses classiques sur le développement, on lira avec profit l'œuvre de S. Latouche. Cf. notamment : *Faut-il refuser le développement ?*, Paris, PUF, 1986 ; *L'occidentalisation du monde*, Paris, La Découverte, 1989 ; *La planète des naufragés*, Paris, La Découverte, 1991 ; *La Mégamachine*, Paris, La Découverte, 1995. Cf. également : La fiction et la feinte : développement et peuples autochtones, *Ethnies*, 13 (1991). On sait que dans la plupart des langues autochtones, il n'existe pas d'équivalent au terme « développement ». On notera même que chez certains peuples d'Afrique, le développement est quelquefois défini comme la « création du chaos ». Il est aussi arrivé que le concept français de planification soit traduit par « le rêve du Blanc ».

Ajoutons que le relatif dénuement bibliographique constaté sur le thème précis des stratégies juridiques devrait constituer un puissant encouragement pour le chercheur, surtout en anthropologie juridique. Il signifie l'existence d'un vaste champ ouvert à la recherche.

[p. 507]

Chapitre 5

Le statut juridique des autochtones de l'outre-mer français

INTRODUCTION

[Retour au sommaire](#)

245 UNE DIVERSITÉ IGNORÉE. – Appliquée à un certain nombre d'espaces et de populations, la qualification d'outre-mer fonde terminologiquement leur unité sur la notion d'éloignement. La passivité de ce critère est doublement regrettable (d'autant plus que la Constitution ne définit ni la métropole, ni les TOM, et n'en donne pas la liste). D'une part, en raison des efforts déployés par les juristes pour intégrer lieux et hommes à l'entité juridique française, au-delà des distances géographiques et culturelles. D'autre part, cette confusion dans les lointains ne rend pas compte de la diversité des collectivités humaines concernées. Quelques données chiffrées permettent d'en juger. L'outre-mer français couvre 559 836 km² (dont 432 000 pour la seule Terre Adélie). Il se répartit en trois zones : américaine atlantique (Saint-Pierre-et-Miquelon ; Martinique et Guadeloupe ; Guyane) ; océan Indien (Mayotte ; diverses « îles éparses » inhabitées ; La Réunion ; les terres australes et antarctiques françaises, sans population) ; la zone Pacifique (îlot inhabité de Clipperton ; Polynésie française ; îles Wallis-et-Futuna ; archipel de la Nouvelle-Calédonie et des îles Loyauté). D'après le recensement de 1990, l'ensemble de la population d'outre-mer compte 1 897 000 habitants (3,24% de la population totale française), sans oublier que, compte tenu de la migration vers la métropole opérée au cours des trente dernières années, environ [p. 508] 800 000 habitants de la France métropolitaine (essentiellement Martiniquais et Guadeloupéens) sont originaires de l'outre-mer.

Cette dispersion géographique fait du socle actuel de l'outre-mer une mosaïque : jusqu'à l'affirmation de la présence française, chaque pièce de ce qui allait devenir un puzzle a suivi sa propre histoire. Les aléas du peuplement renforcent ces particularismes. Certains territoires demeurent inhabités ; d'autres ne sont occupés qu'à la suite de la colonisation (La Réunion) ; plusieurs comportent encore une part non négligeable de peuples autochtones (Nouvelle-Calédonie) ; dans plusieurs territoires des migrations internes ou externes à l'outre-mer en complexifient les composantes ethniques (en Nouvelle-Calédonie coexistent Canaques, Européens, Wallisiens, Tahitiens, Indonésiens et Vietnamiens ; la Guyane est peuplée d'Européens, Amérindiens, Noirs-Marron, Hmong d'Asie du Sud-Est ; la Polynésie compte beaucoup de métis, qualifiés de « Demis »). Une telle diversité constitue potentiellement une redoutable mise à l'épreuve du modèle français d'intégration.

Cependant le caractère centrifuge de ces forces est atténué de diverses manières. D'une part, l'outre-mer est largement absent de l'opinion publique métropolitaine, qui ne se souvient de son existence qu'aux moments de crise (événements d'Ouvéa en Nouvelle-Calédonie) : combien de Français sauraient correctement situer sur une carte les principaux Dom-Tom ? D'autre part, le processus de colonisation a donné une relative unité à cet ensemble disparate en l'ancrant dans l'histoire de la France. De plus, le constituant, le législateur et le juge français ont déployé outre-mer un réseau de fictions et distinctions juridiques jouant comme dispositif d'encadrement des particularismes socioculturels et ethniques dans leurs expressions juridiques. Ces constructions sont d'autant plus complexes que ces particularismes sont aujourd'hui profondément réinterprétés et reconstruits de part et d'autre. À ce titre, l'outre-mer apparaît comme un champ d'étude privilégié pour l'anthropologue et le théoricien du droit, montrant comment un système juridique attaché à une certaine uniformité de sa hiérarchie normative réagit à la montée en son sein de la complexité.

[p. 509]

Section 1

L'encadrement des particularismes

[Retour au sommaire](#)

À l'époque coloniale, la distance culturelle entre le colonisateur et les autochtones était particulièrement grande. En dépit d'un discours assimilateur, la France mit en place un régime de ségrégation juridique. Depuis 1946, la généralisation de la citoyenneté et la disparition du régime de l'indigénat semblent opérer une rupture avec le passé. Cependant, bien des incertitudes subsistent quant à la place exacte laissée aux particularismes d'outre-mer dans le cadre de l'unité de l'État français et de son droit.

I | LA SÉGRÉGATION COLONIALE

246 UN APARTHEID À LA FRANÇAISE ? – L'outre-mer trouve sa source dans l'Empire colonial français. Une histoire moderne du droit colonial reste à faire, à laquelle devraient s'atteler les historiens du droit. Cependant il est possible de dissiper d'ores et déjà quelques illusions. Tout d'abord la distinction canonique entre le système français d'administration directe, inspiré par l'assimilation, et celui du gouvernement indirect (*indirect rule*), cher au colonisateur britannique, consistant à s'appuyer sur les élites locales et à invoquer le respect des coutumes autochtones.

L'histoire comparée des droits coloniaux conduit à relativiser cette présentation ¹. Le principe *effectivement* dominant était celui de la personnalité des lois (à chaque groupe de population son droit), et la pratique la plus générale celle consistant à associer des élites autochtones au processus de colonisation. Les Européens installés dans les colonies souhaitaient continuer à être régis par leur droit national, dont ils se réservaient la possibilité d'étendre le bénéfice à la [p. 510] minorité des autochtones conjointe au processus de colonisation, sur les plans politique, administratif ou commercial. Le colonisateur laissait en revanche la grande majorité des indigènes suivre leurs coutumes, à condition que celles-ci ne gênent pas la colonisation (le problème se posa souvent au niveau des droits fonciers, les colons voulant s'assurer la maîtrise du territoire), ou ne heurtent pas de front les valeurs occidentales (infanticide et cannibalisme ; esclavage, auquel les nations européennes ne renoncent pourtant dans leurs colonies qu'au XIX^e). À des degrés divers, Britanniques, Belges, Hollandais et même Allemands pratiquent le gouvernement indirect et institutionnalisent des solutions de pluralisme juridique et judiciaire, dont ont pu davantage se passer en Amérique du Sud Espagnols et Portugais, étant donné l'effondrement initial des structures autochtones.

La France tient un autre discours : celui de l'assimilation, qui permet à la patrie des droits de l'homme de justifier la colonisation au nom de sa mission civilisatrice. Comme l'a écrit J. Ferry : « Il y a pour les races supérieures un droit, parce qu'il y a un devoir pour elles. Elles ont le devoir de civiliser les races inférieures. » Outre le fait que le mot *race*, à l'époque, serait plutôt à entendre dans le sens de nation, cette argumentation reste assez aérienne. À l'époque, la majorité de l'opinion publique pense qu'il vaudrait mieux récupérer l'Alsace-Lorraine que s'étendre en Afrique. Les milieux capitalistes n'admettent la colonisation que dans la mesure où elle n'entraîne pas l'assimilation, également

¹ Cf. W. J. Mommsen, J. A. De Moor (ed.), *European Expansion and Law*, Oxford-New York, Berg, 1992, p. 1-14.

rejetée par les colons. Et l'on notera qu'en Nouvelle-Calédonie lors de la révolte canaque d'Atai (1878), les déportés de la Commune se battent contre les rebelles (à l'exception de Louise Michel). L'armature juridique édifée sur le terrain n'est pas celle de l'assimilation (reportée dans un lointain avenir, quand les indigènes auront « évolué »), mais d'une distinction entre nationaux dans les colonies en laquelle certains auteurs voient un « apartheid à la française »¹, complétée par la création d'un double ordre juridictionnel (juridictions de droit commun et juridictions de droit indigène). Jusqu'en 1946, l'Empire colonial français comprend [p. 511] deux catégories d'habitants : les nationaux *citoyens*, jouissant de la plénitude des droits ; les nationaux *sujets* qui conservent sur le plan civil leur statut personnel, d'origine religieuse ou coutumière, et sont privés de la majeure partie des libertés publiques et des droits politiques. Le critère juridique du partage n'est pas explicitement l'ethnie, ni la race. Et l'on peut remarquer que progressivement seront assimilés aux citoyens les habitants des Antilles, de la Guyane, de la Réunion, les juifs indigènes d'Algérie bénéficiaires du décret Crémieux (1870), les habitants de Tahiti (1880), les ressortissants de quatre communes du Sénégal (1916). Mais dans la majorité des cas, où s'applique le régime de l'indigénat (Africains noirs, Malgaches, Algériens, Canaques de Nouvelle-Calédonie, etc.), le clivage sujets/citoyens correspond à celui existant entre Européens et non-Européens.

Et ce clivage produit une hiérarchie, vite perceptible sous le voile du pluralisme : les règles de partage des compétences juridictionnelles, l'organisation des rapports entre droit commun et droit coutumier assurent toujours la prééminence du premier sur le second. Le principe de respect des coutumes autochtones, souvent proclamé par la doctrine est loin de valoriser le droit traditionnel². On n'hésite pas à les écarter quand on les juge contraires aux nécessités du développement (relations de travail, droits fonciers), ou à l'ordre public, fût-il colonial. Les projets de codification des coutumes visent aussi à les apurer de leurs composantes « primitives ». Naît ainsi un droit « coutumier », en fait le produit d'une acculturation du droit traditionnel opérée par et pour le colonisateur³. Ces créations coloniales faites sous couvert du respect des coutumes interviennent également au niveau des structures politiques. Le détournement des pouvoirs des autorités traditionnelles que suppose le recours au gouvernement indirect conduit à transformer le rôle réel des autorités autochtones. Au total, l'imaginaire colonial inventa souvent une société traditionnelle qui n'existait que de façon fantasmagorique. Nous allons constater que les représentations jouent toujours à l'heure actuelle un rôle considérable.

¹ Cf. J. Suret Canale, *Apartheid à la française* (1885-1960, *La Pensée*, 284 (novembre-décembre 1991), p. 93-99. On pourrait même se demander si le droit de l'indigénat ne contient pas en germe des concepts plus tard développés par la législation antisémite de Vichy. L'hypothèse mériterait en tout cas vérification.

² Cf. P. Ngom, *L'École de droit colonial et le principe du respect des coutumes indigènes en AOF*, thèse droit Dakar, juin 1993.

³ Cf. N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 364-365.

[p. 512]

II | LES INCERTITUDES CONTEMPORAINES

Nous n'entendons pas ici procéder à la description des institutions gouvernementales et administratives d'outre-mer, qu'on trouvera aisément dans les manuels spécialisés¹. À l'heure actuelle, le droit des minorités et des peuples autochtones est largement fondé sur la prise en compte des spécificités culturelles. Nous souhaitons donc nous interroger sur l'éventuelle réception en droit français des particularismes culturels des autochtones d'outre-mer, notamment à travers la prise en compte de leurs coutumes. La part des incertitudes n'est pas négligeable, qu'on s'intéresse à la qualification de ces particularismes, à leurs modes d'expression et à leur contenu.

On connaît l'importance en droit des *qualifications*. Suivant la manière dont le droit construit des concepts et leur attribue leurs caractères, la pesée de ces architectures sur la vie concrète s'exercera de façon très différente. Y a-t-il une place dans ces structures pour la notion de peuples autochtones ? La réponse de principe paraît négative. Elle est beaucoup moins assurée quand on scrute avec insistance les notions de *peuple* et *d'origine*.

247 PEUPLE FRANÇAIS ET PEUPLES D'OUTRE-MER. – *A priori* pourtant la Constitution et les décisions du juge constitutionnel ne paraissent pas souffrir d'ambiguïté. L'article 2 de la Constitution de 1958 garantit l'égalité devant la loi de tous les citoyens « ... sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Le concept d'origine n'a pas été défini de façon précise par la jurisprudence ou la doctrine². Mais on remarquera que la législation prohibant les discriminations raciales, le Code pénal³ et le Code du Travail⁴ associent souvent les notions d'ethnie, race, nation en prohibant les discriminations qu'on y fonderait : autant de déclinaisons de l'origine. Or on doit constater que les groupes autochtones font de leur origine la cause historique principale de leurs particularismes culturels et revendications identitaires. De surcroît, [p. 513] dans les forums internationaux, les institutions représentatives des autochtones insistent pour être qualifiées de

¹ Cf. *infra*, Pour aller plus loin.

² F. Borella y voit pour sa part une référence surtout historique : « L'origine, c'est la naissance au sens de l'Ancien Régime, et donc la condamnation de la classification en ordres ou en états et des privilèges qui s'y rattachent » (F. Borella, Le mot race dans les constitutions françaises et étrangères, dans Sans distinction de... race, *Mots*, 33, décembre 1992, Presse Fond national science politique, p. 316).

³ Cf. les textes cités par D. Mayer, L'appréhension du racisme par le Code pénal, *ibid.*, p. 335-338.

⁴ Cf. D. Lochak, Réflexions sur la notion de discrimination, *Droit social*, 11 (novembre 1987), p. 788.

peuples, plutôt que de minorités¹. Or le juge constitutionnel français a décidé en 1991² que l'expression « *peuple corse, composante du peuple français* » était inconstitutionnelle. Il ne peut y avoir en France qu'un seul peuple français, notamment en raison du principe d'égalité. En ce sens, le Conseil cite par deux fois dans le même considérant l'article 2 de la Constitution et sa condamnation des distinctions fondées sur l'*origine*.

L'hypothèse qu'existent juridiquement en France des peuples autochtones semble donc d'autant plus vaine.

Le débat n'est cependant pas clos, En effet, le Préambule et l'article 1^{er}, de la Constitution de 1958 mentionnent l'existence de *peuples* dans les territoires d'outre-mer, et leur reconnaissent le droit à la libre détermination, précision reprise dans la décision sur la Corse. D'autre part, le Conseil constitutionnel a depuis longtemps refusé de confondre égalité et uniformité, affirmant à plusieurs reprises³ que : « ... le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais qu'il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi ». Une telle distinction serait donc possible, mais pas obligatoire. Telle était jusqu'ici l'interprétation communément admise, mais il se pourrait que dans une décision récente concernant la loi Falloux, le Conseil soit allé plus loin et exige du législateur qu'il fasse correspondre une différence de traitement à une différence de situations⁴, d'autant plus qu'on peut [p. 514] soutenir que le législateur français n'ignore pas complètement les discriminations positives, qu'il arrive au juge constitutionnel de consacrer⁵. Bien entendu, ces discriminations sont beaucoup moins étendues qu'en Amérique du Nord, compte tenu de la spécificité de la culture juridique française. Il reste que

¹ Cf. *supra*, p. 434-437.

² Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 sur la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse.

³ CC 27 janvier 1979, p. 73 ; 16 janvier 1982, p. 24.

⁴ Cf. l'interprétation de F. Melin : « Cette interprétation "progressiste" du concept d'égalité a pu également être décelée dans l'importante décision 93-329 DC du 13 janvier 1994, Révision de la loi Falloux, *JO Lois et décrets*, 15 janvier 1994, p. 289 et s. En effet, le raisonnement adopté par le juge constitutionnel, notamment dans le considérant n° 30, peut laisser penser que désormais, le législateur, lorsqu'il est confronté à une différence de situations, non seulement peut, mais encore doit établir une différence de traitement pour se conformer aux exigences constitutionnelles. Cette interprétation maximaliste du principe d'égalité, qui conduit en l'occurrence à sacrifier le principe de libre administration des collectivités territoriales, ne semble toutefois pas clairement établie. Ainsi M. Favoreu, notamment, considère que cette décision ne constitue qu'une décision "d'espèce voire de circonstance" » (F. Melin, *Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence*, *Revue française de droit constitutionnel*, 18 (1994), p. 278, n. 163). Cf. également A. Roux, *Droit constitutionnel local* (Paris, Economica, 1995), p. 97, qui souligne la prise en compte par le Conseil de l'égalité *de fait*, et non plus seulement juridique.

⁵ *Ibid.*, p. 274-279.

de telles évolutions permettent une reconnaissance des particularismes culturels, même mesurée. Ces particularismes pourraient-ils être ceux d'une ethnie ?

248 L'ETHNIE, SIGNIFIANT FLOTTANT. – Le terme ethnie a en France mauvaise presse. On le soupçonne fortement de n'être que le maquillage culturel de la discrimination raciale¹, ou le prétexte de l'intolérance identitaire, alors que les groupes autochtones revendiquent fortement une identité ethnique sur la scène internationale, et que l'ONU, en décembre 1992, a adopté une Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou *ethniques*. Il s'agit donc, comme l'a écrit C. Lévi-Strauss, d'un « signifiant flottant » au sujet duquel quelques clarifications s'imposent. Pour l'anthropologie² « ... le terme ethnie désigne un ensemble linguistique, culturel et territorial d'une certaine taille, le terme de tribu étant généralement réservé à des groupes de plus faible dimension ». Mot longtemps d'usage strictement ecclésiastique, ethnie désigne d'abord les peuples païens. Au XIX^e, les ethnies deviennent races et tribus, en fait les peuples justifiables de l'ethnographie. Au début du XX^e, l'ethnie sera la version « primitiviste » de nation, substantif réservé aux sociétés seules jugées civilisées. Puis en Allemagne, dans les pays slaves et les États nordiques, l'appartenance ethnique reposera sur le sentiment de participation à une communauté, alors qu'en France cette communauté « ethnique » sera perçue comme linguistique. À l'heure actuelle, les études anthropologiques mettent l'accent sur la déformation que font subir au concept aussi bien les États néo-coloniaux que les médias occidentaux et les mouvements ethnistes eux-mêmes en attribuant une substance immuable à l'ethnie. En réalité, le contenu des références et identités ethniques est essentiellement fluc-[p. 515] tuant, au gré de ceux qui utilisent le concept. Qui veut y voir la race l'y trouve, même si l'histoire du terme n'en porte guère trace.

De plus, l'ethnie peut apparaître comme une catégorie qui ne serait pas uniquement définie de manière négative, par sa proscription, notamment outre-mer. Le législateur peut en effet prendre en compte à titre exceptionnel des données fondées sur l'appartenance ethnique. Comme l'écrit D. Lochak : « ... des politiques sociales et économiques qui ne tiendraient pas compte de l'existence des clivages ethniques et des inégalités qui leur sont liées risqueraient d'être vouées à l'échec : ainsi, dans les territoires d'outre-mer, l'origine ou l'appartenance ethnique des personnes fait partie des données dont la collecte est autorisée en vue du recensement de la population, ce qui est à la fois exorbitant par rapport aux principes en vigueur en métropole et dans les départements d'outre-mer [...] mais cohérent avec le fait que les ethnies ont été consacrées par le législateur comme

¹ Divers textes entretiennent cette ambiguïté : cf. D. Lochak, La race : une catégorie juridique ?, dans *Mots*, 33 (décembre 1992), p. 303, n. 1. CE également *supra*, p. 23-27.

² Cf. A. C. Taylor, s.v. Ethnie, dans P. Bonte – M. Izard (dir.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF, 1991, p. 242-244. Cf. également : P. Poutignat, J. Streiff-Fenart, *Théories de l'ethnicité*, Paris, PUF, 1995.

catégories administratives – et donc juridiques – spécifiques, déterminant la mise en place de structures particulières (tels les conseils consultatifs coutumiers institués par la loi du 9 novembre 1988 portant statut de la Nouvelle-Calédonie). »¹ En effet, le législateur peut exceptionnellement être amené à prendre en compte des données fondées sur l'appartenance ethnique (opérations de recensement dans les territoires d'outre-mer). De surcroît, le Conseil constitutionnel lui-même accorde une certaine place à l'appartenance ethnique, même s'il affirme de façon constante que le découpage des circonscriptions électorales doit reposer sur « des bases essentiellement démographiques ». À propos de l'extension à la Nouvelle-Calédonie d'un régime de représentation proportionnelle pour les élections municipales, il affirme en 1983 qu'on peut tenir compte « ... de la situation géographique et de la diversité ethnique de ce territoire »². Deux ans plus tard, le Conseil est saisi au sujet de la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. Les auteurs de la saisine font grief à la loi d'avoir organisé le découpage régional du territoire en s'appuyant sur des « *considérations qui s'inspirent directement de critères ethniques* », et d'avoir ainsi « ... conféré la majorité au sein du congrès à une ethnie qui n'est pas majoritaire en nombre dans la population du territoire » (l'ethnie ici [p. 516] sous-entendue est la population canaque). Dans ses considérants, le Conseil répond que l'article 6 de la Déclaration de 1789 (relatif à l'égalité de tous les citoyens devant la loi) et l'article 2 de la Constitution de 1958 (prohibant les distinctions fondées sur l'origine, la race ou la religion) n'empêchent pas le législateur « ... d'instituer et de délimiter des régions dans le cadre de l'organisation particulière d'un territoire d'outre-mer en tenant compte de tous les éléments d'appréciation, notamment de la répartition géographique des populations »³. Cependant, le Conseil estime que le législateur a en la matière outrepassé certaines limites, et déclare en conséquence non constitutionnels certains éléments de la loi. Des interprétations différentes sont possibles. On peut penser avec L. Favoreu que le Conseil a refusé de prendre en considération le critère ethnique pour admettre le déséquilibre de la représentation des diverses populations dans le découpage régional⁴. Mais on peut remarquer avec D. Lochak – et nous partageons cette position – que le Conseil emploie le mode pluriel pour désigner les populations⁵ et, qu'en s'abstenant de reprendre à son compte le qualificatif « ethnique » plusieurs fois cité par les auteurs de la saisine, il s'abstient donc en l'espèce pour le moins de le condamner. On notera par ailleurs que cette interprétation a l'avantage d'être en harmonie avec la décision du 12 janvier 1983 précitée. Enfin, on rappellera que la

¹ D. Lochak, La race *op. cit. supra*, p. 296. Au sujet des distinctions ethniques en Polynésie, cf. *infra*, p. 541-546.

² Décision n° 82-151 DC du 12 janvier 1983, RC 29.

³ Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985.

⁴ Cf. L. Favoreu La décision « Statut de la Corse » du 9 mai 1991, *Revue française de droit constitutionnel*, 6 (1991), p. 308.

⁵ Cf. D. Lochak, Réflexions sur la notion de discrimination, *Droit social*, 11 (novembre 1987), p. 784, n. 18.

qualification plurielle des populations se retrouve dans l'article 53 de la Constitution, exigeant leur accord pour toute modification du territoire national.

Bien entendu, ces discussions typiquement juridiques s'inspirent de représentations sous-jacentes qui en sont les véritables matrices. Les uns entendent réaffirmer le corpus mythologique républicain dans sa pureté originelle, les autres souhaitent l'infléchir dans le sens d'une plus grande prise en compte de la diversité, y compris sous une forme organique.

L'ethnie est donc un des lieux de cristallisation du lien dialectique tendu entre la conception française de l'État unitaire et la logique du droit des minorités et des autochtones.

L'analyse du sort réservé au concept d'autochtone paraît conduire au même type de constatations.

[p. 517]

249 L'AUTOCHTONE EN DROIT FRANÇAIS : DES DÉFINITIONS EN CREUX. – Ici encore la position française paraît d'emblée radicalement hostile au concept d'autochtone, implicitement conçu comme l'équivalent de la qualification coloniale d'« indigène », et appartenant donc à une époque révolue, entachée d'inégalité civique. En conséquence, la France déclare régulièrement dans les instances internationales qu'elle ne reconnaît pas ¹ l'existence sur son sol de minorités ou d'autochtones, et se montre hostile à la formulation de droits *collectifs* de ces groupes dans les instruments internationaux. Pourtant certaines distinctions semblent consacrer *implicitement* ² la notion d'autochtone. Dans Certains TOM (Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna), les habitants qui n'ont pas le statut civil de droit commun peuvent conserver leur statut personnel, ou y renoncer en faveur du premier. Or il se trouve qu'en fait cette distinction recouvre globalement celle qui sépare autochtones et Européens (en Nouvelle-Calédonie, la quasi-totalité des Canaques conserve le statut personnel, soit, en 1989, 74 845 sur un total de 78 000). On note par ailleurs l'existence dans certains territoires d'un système de préférence territoriale concernant l'accès aux emplois publics. En Nouvelle-Calédonie, une loi de 1984 a instauré un mode d'accès privilégié à la fonction publique au profit des populations autochtones, en réponse aux troubles politiques du début de la décennie. La loi ne prévoyait pas explicitement que ces avantages soient réservés aux seuls Canaques afin de ne pas tomber sous le coup de la prohibition de l'article 2 de la Constitution. Mais *en fait*, c'étaient bien eux qui étaient principalement visés, et le Conseil constitutionnel a validé ces dispositions législatives et admis que « ... le législateur réalise des

¹ Nous en citons plusieurs exemples dans La tradition juridique française face à la diversité culturelle, *Droit et société*, 27, 1994, p. 401-402. Cf. également les textes cités *supra*, p. 415, n. 2.

² Certains textes des années cinquante parlent explicitement de collectivités autochtones et de groupements et régions ethniques (cf. D. Lochak, La race..., *op. cit.*, p. 295).

"discriminations positives", puisqu'il a permis que s'insère dans l'ordre juridique français une norme à caractère discriminatoire, certes, mais prise dans le but d'établir une plus grande égalité » ¹. Dans la même ligne, les accords Matignon de 1988 prévoient un rééquilibrage en faveur du développement [p. 518] économique des Canaques et de la formation de leurs cadres administratifs. En fait, une « mélanisation » de la fonction publique.

On parlera plutôt en Polynésie d'« océanisation » des cadres ². Il fallait en effet jusqu'ici justifier d'une résidence d'au moins cinq ans sur le territoire pour pouvoir entrer dans la fonction publique locale. Ici encore, cette disposition ne visait pas exclusivement les autochtones, et pouvait bénéficier à des non-Polynésiens fixés sur le territoire. Il reste qu'en fait, c'était eux les premiers concernés. De plus, les mouvements indépendantistes ont tendance à interpréter de façon plus stricte le régime de préférence, souhaitant qu'il ne s'applique qu'aux descendants des populations qui habitaient le pays à l'époque de la colonisation, c'est-à-dire des « indigènes », au sens de la Convention 169 adoptée en 1989 par l'OIT. Mais l'émergence plus ou moins discrète de la notion d'autochtone ne peut à l'heure actuelle s'appuyer sur aucune définition en droit français, ni d'ailleurs en droit international. L'obstacle n'est cependant pas incontournable. Il arrive souvent qu'on reconnaisse des droits à des entités qui ne sont pas définies : ainsi en va-t-il des peuples (droit à l'autodétermination), des minorités (déclaration de l'ONU de décembre 1992), et bientôt des autochtones (projet de Déclaration universelle des droits des peuples autochtones). Rappelons qu'ainsi l'ONU classe les Amérindiens de Guyane française parmi les peuples autochtones, et que son Comité de décolonisation est toujours saisi du cas de la Nouvelle-Calédonie. D'autre part, depuis le Sommet d'Helsinki (1992) de la CSCE, les États européens ont l'obligation politique (mais non juridique) de veiller particulièrement à ce que leurs « *populations autochtones* » ne subissent pas de discriminations en matière de droits de l'homme et des libertés fondamentales. Enfin, dans certaines zones, les droits des [p. 519] autochtones d'États voisins ont été consacrés et protégés

¹ F. Melin, *op. cit. supra*, p. 513, n. 4. Des mesures similaires avaient été prises en Algérie à la fin des années cinquante : cf. V. Silvera, L'accès à la fonction publique des Français musulmans d'Algérie, *AJDA*, 1958-1, p. 104 sq. et 121 sq.

² Cf. P. Lechat, La préférence territoriale en Polynésie française, *Annales du Centre universitaire de Pirae* (Tahiti), 5, 1990-1991, p. 73-87. Cependant une jurisprudence récente s'inscrit en faux par rapport à cette condition de résidence. Par deux fois, le tribunal administratif de Papeete a déclaré cette mesure illégale (cf. notamment TA, Papeete, 12 décembre 1991, Mme Josiane Moreau c/ Assemblée territoriale de la Polynésie française ; TA, Papeete, 29 juin 1993, Haut-Commissaire de la République c/ Assemblée territoriale de la Polynésie française). Incidemment dans d'autres procédures, le juge avait souligné cette illégalité. Le Conseil d'État a récemment confirmé le dernier de jugement du TA de Papeete (29 juin 1993) : CE 6 janvier 1995, Assemblée territoriale de la Polynésie française, n° 152637. Il estime qu'en instituant la condition de cinq années de résidence sur le territoire, la délibération de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française s'est fondée sur des considérations étrangères aux critères résultant de la capacité des candidats et a ainsi méconnu le principe d'égal accès aux emplois publics ».

(dans le Pacifique : arrêt Mabo du 3 juin 1992¹ au sujet des Aborigènes d'Australie ; tribunal du traité de Waitangi concernant les Maori de Nouvelle-Zélande)², ce qui peut cristalliser les revendications des autochtones français (Canaques de Nouvelle-Calédonie).

Mais quelles populations d'outre-mer est-il possible de ranger dans cette catégorie, en l'absence d'une définition en droit positif ? Comme on le sait³ la doctrine (Rapport ONU de J. M. Cobo) et la Convention 169 de l'OIT permettent de déterminer des éléments certains d'une future définition : conditions sociales et économiques moins avancées que celles de la société dominante ; existence d'une culture, de coutumes et traditions spécifiques, ou d'une législation particulière ; conscience de ces particularismes et volonté de les préserver ; origine inscrite dans une filiation vis-à-vis des populations qui habitaient le pays à l'époque de la conquête ou de la colonisation. À ces divers titres, nous pensons qu'on peut compter au nombre d'autochtones dans l'outre-mer français : les Canaques de Nouvelle-Calédonie, les Amérindiens de Guyane, les Polynésiens, les Wallisiens, les Mahorais. Cette typologie ne recouvre pas un ensemble homogène. Au sein de chaque collectivité, le rapport numérique avec les communautés allogènes est très variable ; il faut tenir compte des phénomènes de migrations internes au sein de cet ensemble. La diversité est également importante sur le plan politique : tous les autochtones ne sont pas nécessairement indépendantistes (une forte minorité de Canaques est opposée à l'indépendance). Et surtout, en raison des contingences historiques et des distances géographiques, les solidarités éprouvées par les autochtones sont d'ordre régional, mais ne s'inscrivent pas globalement dans le cadre de l'État français : il n'existe pas de fédération des peuples autochtones d'outre-mer ; un Canaque se sent infiniment plus proche d'un Aborigène australien ou d'un Maori néo-zélandais que d'un Amérindien de Guyane, avec lequel un Polynésien n'éprouve guère d'affinités. Enfin, cette diversité se retrouve sur le plan juridique : les cadres constitutionnels et adminis-[p. 520] tratifs dans lesquels vivent les populations que nous avons énumérées ne sont pas les mêmes. Observation déterminante, car ces cadres constituent les *modes juridiques d'expression* des particularismes.

250 LES CADRES CONSTITUTIONNELS DE L'EXPRESSION DES PARTICULARISMES. – La constitution et les interprétations données par le juge constitutionnel organisent plusieurs distinctions. Les trois principales consistent dans la pluralité des collectivités périphériques d'outre-mer ; le principe de spécialité législative ; le droit à la libre détermination.

¹ Cf. R. Lafargue, La « Révolution Mabo » ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des Aborigènes d'Australie, *Revue du droit public*, 5 (1994), p. 1329-1356.

² Cf. Toon Van Meijl, Shifting the Goal Posts. The Politics of the Treaty of Waitangi in New-Zealand, *Cahiers des Sciences humaines* (Orstom), 30-3 (1994), p. 411-434.

³ Cf. *supra*, p. 430-431, 437-443.

La pluralité des collectivités périphériques d'outre-mer. – Elle s'exprime dans plusieurs distinctions. La première sépare départements et territoires d'outre-mer. Les DOM sont les ensembles territoriaux autrefois nommés les « quatre vieilles colonies » (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion) : si l'on se réfère à la liste établie plus haut ¹, seuls les Amérindiens de Guyane y constituent une population autochtone. Ces DOM s'inscrivent dans la filiation des plus anciennes colonies françaises (depuis l'Ancien Régime) et sont étroitement associés par l'histoire à la nation française, et passent donc pour prédestinés à l'assimilation. Il en va autrement des TOM (Nouvelle-Calédonie, Polynésie, Wallis-et-Futuna), dont les populations sont ethniquement très diverses et comportent beaucoup plus d'autochtones, qui possédaient leurs propres traditions culturelles et religieuses bien avant la colonisation. Enfin la constitution prévoit que le législateur peut créer des collectivités territoriales autres que les communes, les départements et les TOM ². Outre-mer, Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte (nous classons les Mahorais parmi les populations autochtones) jouissent d'un statut de collectivité territoriale *sui generis*. En effet, le législateur peut extraire une collectivité territoriale existante de la catégorie à laquelle elle appartient et l'ériger en une nouvelle catégorie, dont elle sera l'unique exemplaire. Une telle procédure pourrait dans l'avenir constituer une voie pour l'affirmation d'un particularisme autochtone. L'exemple de Mayotte semble aller en ce sens. Par un référendum organisé en 1976, Mayotte, qui faisait partie de l'ex-TOM des Comores, choisit son maintien au sein de la République. Un [p. 521] projet de loi l'érigea en DOM, mais la commission des lois de l'Assemblée nationale s'avisa que le principe d'assimilation en vigueur dans les DOM ne pourrait guère s'appliquer à Mayotte, compte tenu du particularisme culturel de sa population. Elle devint donc une collectivité territoriale *sui generis* ³.

Le régime de spécialité législative. – Il trouve son origine dans l'histoire du droit colonial. Sous l'Ancien Régime, les territoires coloniaux étaient soumis à une réglementation particulière, étant donné leurs spécificités, beaucoup plus importantes alors qu'aujourd'hui. La Constitution de 1791 maintient ce principe de spécialité, celle de l'an III lui préfère l'assimilation, mais la constitution de l'an X revient à la spécialité, ce que confirme le sénatus-consulte du 3 mars 1864 qui restera applicable jusqu'en 1946. Il est ainsi établi que les lois générales votées par le Parlement ne s'appliquent pas aux colonies. Celles-ci sont régies par un droit particulier ; des lois spéciales dans des matières bien déterminées (état civil, droit pénal, droits politiques notamment) ; pour les autres matières des décrets impériaux édictant des mesures spécifiques ou étendant des lois métropolitaines en les modifiant. Sous la III^e République, des décrets du président de la République tiendront lieu pour l'essentiel de législation pour les colonies, sans pour autant équivaloir formellement à des lois. En 1946 une loi du 19 mars érige

¹ Cf. *supra*, p. 519.

² Dans son art. 72, al. 1.

³ À l'heure actuelle, les Mahorais souhaitent obtenir le statut de DOM afin de bénéficier d'un soutien économique accru de la métropole.

en départements les quatre « vieilles colonies » (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion) ; la Constitution du 27 octobre transforme les autres en TOM et opère dans son article 72 un partage entre les matières où le Parlement a vocation à légiférer et celles où la loi française n'est applicable dans les TOM que par disposition expresse, ou par extension par décret.

De même déduit-on de l'article 74 de la Constitution de 1958 que les lois françaises ne sont pas applicables de plein droit dans les TOM. À l'exception des « lois de souveraineté » (Constitution, lois organiques, règles relatives aux grandes juridictions nationales, fonction publique de l'État...) et des principes généraux du droit (égalité devant le service public), les lois doivent être soumises à la consultation des assemblées territoriales et à la promulgation et à la publication locales. Ce principe ne vise pas spécifiquement les particularismes autochtones (beaucoup de résidents ne sont pas des autochtones, la spécialité législative vise des lois d'origine métropolitaine), mais il peut faciliter leur expression dans la mesure où il exprime la nécessité d'une adaptation aux conditions locales. Par ailleurs, l'article 74 de la Constitution prévoit que les TOM « ... ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République ». Les institutions locales créées en fonction de ce principe d'organisation particulière ont des pouvoirs ¹ qui peuvent permettre la prise en compte des particularismes autochtones. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé ² que la notion d'« organisation particulière » recouvrait non seulement la structure des institutions administratives locales, mais aussi la nature même des règles de droit applicables à la population du territoire.

De manière plus générale, comme le note T. Michalon, l'autonomie est devenue dans les TOM un corollaire de la spécialité législative. Pour la doctrine, elle signifiait surtout l'absence d'assujettissement des autorités décentralisées à tout pouvoir hiérarchique. Mais le législateur est allé plus loin. En 1961, il a

¹ Les organes des TOM peuvent bénéficier d'une compétence générale pour agir dans le domaine réservé au législateur par l'article 34 de la Constitution. On est cependant extrêmement loin de la reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et de ses conséquences législatives au profit des autochtones tels qu'en débat aujourd'hui la doctrine au Canada. En effet, le juge constitutionnel entend arrimer fermement le principe de spécialité législative à celui de la hiérarchie des normes. Les actes pris par les organes des TOM dans des matières en principe législatives demeurent des actes administratifs intervenus dans le domaine du règlement à l'intérieur d'une sphère où ce domaine n'est pas défini de la même manière qu'en métropole, ce qui revient à établir une subdivision territoriale des domaines de la loi : le caractère législatif ou réglementaire d'une disposition ne s'apprécie pas de la même manière en métropole et dans les TOM. Si le rôle de la fiction n'est pas nouveau en droit et si les analyses du Conseil sont revêtues de l'autorité de cette juridiction, on ne peut qu'être frappé par les difficultés que révèle le recours à de tels montages. Les torsions des catégories juridiques qu'il opère témoignent de la complexité de l'adaptation du modèle français au respect des particularismes.

² 196 DC et 197 DC (8 et 23 août 1985), *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* ; cf. le commentaire de L. Favoreu dans L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1993, p. 647, § 26. Cf. également : L. Favoreu, La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1980, *RDP*, 1980, p. 1648-1650.

attribué « l'autonomie interne » aux Comores. Une formule similaire existe actuellement dans la plupart des lois portant statut de tel ou tel TOM (par exemple dans l'art. 1^{er}, du statut de la Polynésie française). Elle entraîne que les organes territoriaux, inspirés de ceux d'un État, sont dotés d'un certain pouvoir d'auto-organisation qu'on retrouve dans les systèmes fédéraux ; qu'ils ont la possi-[p. 523] bilité de choisir des signes distinctifs du territoire, comme un drapeau ou un hymne, leur permettant de « marquer sa personnalité dans les manifestations publiques et officielles aux côtés des emblèmes de la République » (loi du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française, art. 1, al. 5, *JO*, 1984, p. 2831) ; que les autorités du territoire sont associées de manière consultative aux relations internationales qu'entretient la République avec les États étrangers voisins du territoire. On notera que les organes territoriaux reçoivent souvent la possibilité de se doter d'un système répressif propre, dans certaines limites. Tout ceci n'équivaut pas à la consécration d'une autonomie gouvernementale autochtone. Mais ces diverses dispositions peuvent favoriser la prise en compte de fait d'un particularisme autochtone. La population autochtone sera d'autant plus inclinée à conserver son droit coutumier en ce qui concerne son statut personnel, là où existe encore la distinction entre statut de droit commun et statut particulier.

Nous rencontrons ici de nouveau l'article 75 de la Constitution, permettant à ceux qui le souhaitent de conserver leur statut personnel, mais *seulement dans certains TOM* (en Nouvelle-Calédonie et Wallis-et-Futuna, mais pas en Polynésie, où le statut particulier n'existe plus depuis 1945), et à Mayotte.

Pour certains, l'article 75 est constitutif de la notion de minorité (sans doute vaudrait-il mieux parler d'autochtones) : « Le principe de la distinction des statuts personnels repose sur le constat d'une impossibilité : certaines populations, connaissant des traditions juridiques trop différentes de celles connues dans les autres parties de l'État, ne peuvent se voir imposer le statut civil de droit commun. L'article 75 de la Constitution constitue, dès lors, la reconnaissance du droit des minorités. » ¹ Les particularismes finissent là où commence l'ordre public. Mais celui-ci doit être interprété restrictivement. Il comprend le respect des libertés individuelles ; les principes généraux du droit découverts par la jurisprudence sur le fondement de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 ². De plus, dans la pratique, la conformité à l'ordre public est appréciée de façon assez souple. Les autorités terri-[p. 524] toriales sont relativement peu actives en matière de réglementation des statuts personnels, ce qui empêche la mise en conformité de ces statuts avec la Constitution par le biais de l'exercice du contrôle de légalité des actes. Par ailleurs, les litiges ayant trait aux statuts personnels sont réglés, à titre principal, soit par les autorités coutumières, soit par les juridictions de droit local, sans qu'interviennent les

¹ Boyer, *Le statut constitutionnel des TOM et l'État unitaire*, thèse droit, Aix (1991), p. 382 (à paraître chez Economica).

² *Ibid.*, p. 395.

juridictions de droit commun. Or ce sont elles qui seraient susceptibles d'imposer le respect des droits fondamentaux.

En revanche la prise en compte des particularismes, autochtones ou non, paraît beaucoup plus difficile dans les DOM, soumis à la logique de l'assimilation. L'article 73 de la Constitution semble contenir une ouverture, dans la mesure où il prévoit que « Le régime législatif et l'organisation administrative des DOM peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ». Mais comme le fait à juste titre remarquer T. Michalon ¹, depuis 1982 plusieurs décisions du Conseil constitutionnel ont réduit les possibilités d'interprétation libérale de l'article 73. Le pouvoir d'adaptation est contrôlé avec une telle rigueur qu'il n'existerait pas vraiment de départements d'outre-mer, mais plutôt des départements *situés* outre-mer. Dès lors, leurs populations sont présumées assimilables, à l'inverse de celles des TOM. Il en résulte que ce statut constitue pour les Amérindiens de Guyane, seule population autochtone des DOM, une impasse juridique. Car on peut craindre qu'au cas où le législateur prévoit une application de leur droit coutumier débordant sur celle du Code civil ou du Code pénal, il ne subisse la censure du juge constitutionnel. La distinction entre DOM et TOM est-elle aussi accusée en ce qui concerne le droit à l'autodétermination ?

Le droit à l'autodétermination. – Dans de nombreux États du monde, les peuples autochtones revendiquent leur droit à l'autodétermination. Au sein du Groupe de travail sur les populations autochtones de l'ONU semble se faire jour la distinction suivante : « En théorie au moins on peut distinguer entre l'autodétermination "externe", qui est l'acte par lequel un peuple détermine son futur statut international et se libère lui-même de normes "étrangères" ; et l'autodétermination "interne", qui vise principalement le choix d'un système de [p. 525] gouvernement et d'administration souhaité, ainsi que la nature substantielle du régime choisi. » ²

Le Préambule de la Constitution de 1958 offrait aux TOM une possibilité limitée dans le temps de faire sécession en refusant la Constitution (seule la Guinée en profitera). La doctrine Capitant relie la possibilité d'une autodétermination à l'article 53, al. 3 de la Constitution (« Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées »). La décision du Conseil constitutionnel de 1975 sur les Comores la constitutionnalise, mais ne consacre pas *stricto sensu* un droit à l'autodétermination des TOM. Elle introduit plutôt une procédure d'autodétermination. Celle-ci ne peut être mise en œuvre que par le gouvernement de la République, qui doit prendre un décret organisant la consultation locale, et

¹ Cf. T. Michalon, Les aspects institutionnels de l'avant-projet de 1984, dans J.-P. Martres, J. Larrieu (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993, p. 156-157.

² E. A. Daes, *Discrimination against Indigenous Peoples. Explanatory Note Concerning the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, E/CN.4/Sub. 2/1993/26/Add. 1, p. 3-4, § 17. Cf. *supra*, p. 449-451.

achevée que par le législateur. Les autorités des TOM ne peuvent prendre l'initiative de l'organisation de la consultation et, dans la pratique, le gouvernement n'y procède que si les rapports de force locaux l'y contraignent. Même si le droit international valorise le droit des peuples à l'autodétermination, en France celle-ci est plus une éventualité qu'une prérogative.

Quoi qu'il en soit, l'autodétermination ne vise pas exclusivement les populations autochtones car, dans tout l'outre-mer, les résidents comportent des groupes allogènes. Mais souvent les autochtones constituent une large partie de la population. Par ailleurs, on peut envisager que la Guyane – et donc les Amérindiens – puissent bénéficier de ce droit. En effet la doctrine Capitant le refuse aux DOM. Mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble l'y étendre. À l'occasion de l'indépendance des Comores, celui-ci précisa que le terme de territoire « n'a pas dans [l'article 53] la même signification juridique que dans l'expression territoire d'outre-mer telle qu'elle est employée dans la Constitution ». Dans la décision sur la Corse, le Conseil se réfère à la Constitution de 1958, affirmant qu'elle « distingue le peuple français des peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination », alors qu'en fait l'article 1^{er} se réfère aux peuples des territoires d'outre-mer. On peut en déduire que le Conseil sous-entend que les [p. 526] peuples des Dom bénéficient également de ce droit, en revanche exclu pour les collectivités métropolitaines ¹.

Par ailleurs l'accès à l'autodétermination de portions de l'outremer français doit également être apprécié au regard du droit international. La Résolution 1514 de l'ONU (14 décembre 1960) énonce des principes qui peuvent se révéler contradictoires. Elle affirme simultanément que les peuples des territoires non autonomes doivent se voir reconnaître le droit à la libre détermination et aux pouvoirs qui en découlent, mais aussi que toute activité visant à détruire partiellement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec la charte de l'ONU. La doctrine Capitant permet à la France d'échapper partiellement à ce dilemme puisqu'elle reconnaît aux TOM le droit à la libre détermination à condition que l'accès à l'indépendance ait été précédé d'une consultation où la population ait manifesté son consentement, et ait été autorisé par une loi. Mais plusieurs difficultés demeurent. Que faut-il entendre par *territoire non autonome* ? Une Résolution 1541 précise qu'il s'agit d'un « ... territoire géographiquement séparé et ethniquement ou culturellement distinct du pays qui l'administre ». La définition correspond à la situation de toutes les zones de l'outre-mer où nous avons relevé l'existence d'autochtones, et l'interprétation extensive par le juge constitutionnel de la doctrine Capitant permet de former l'hypothèse que les peuples des DOM et des collectivités territoriales *sui generis* pourraient aussi invoquer le droit à la libre détermination. Cela d'autant plus que la même résolution précise qu'un territoire non autonome atteint la pleine

¹ Cf. en ce sens dans R. Debbasch, A. Roux, *La République en droit français (1792-1992)*, *Communication au Colloque « L'indivisibilité de la République »*, Dijon, 10-11 décembre 1992, à paraître ; et A. Roux, *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995, p. 84-85.

autonomie quand il s'est intégré à un État indépendant. Or si les TOM, en 1958, ont pu choisir entre le maintien de leur statut, la départementalisation ou l'entrée dans la Communauté, il n'en a pas été ainsi pour les DOM, qui n'ont pu exercer une liberté d'option. Cela contrevient à la Résolution 1514, précisant que doivent être prises en compte la volonté et les vœux *librement exprimés* des peuples des territoires non autonomes. D'autre part l'application de ces principes est difficile à réaliser quand coexistent sur un même territoire autochtones et allochtones (comme c'est le cas fréquemment outre-mer, [p. 527] notamment en Nouvelle-Calédonie), et lorsqu'il faut tenir compte, comme dans le cas français, du principe républicain d'égalité sans distinction d'origine. Toutefois, on notera que l'ONU semble avoir interprété restrictivement ses propres principes. Si le comité de décolonisation créé en 1961 par la Résolution 1654 s'est préoccupé du sort de plusieurs TOM, et est toujours saisi du cas de la Nouvelle-Calédonie, il n'a jamais pris en compte les DOM.

En conclusion, on remarquera que l'écheveau des textes constitutionnels non seulement rend complexe la situation juridique des peuples autochtones d'outre-mer, mais fragmente leur statut, et par là s'ajoute à l'éclatement géographique et aux diversités culturelles et historiques de ces populations. Ceci leur rend difficile la prise de conscience d'une unité politique qui n'est aujourd'hui pas réalisée, si ce n'est sous des formes locales ¹. On observe en effet que les peuples autochtones que nous avons identifiés ne se trouvent jamais dans une singularité de position par rapport aux distinctions analysées ci-dessus, qu'il s'agisse de la pluralité des statuts des collectivités territoriales d'outre-mer, des champs d'application de la spécialité législative et de l'article 75, et de l'autodétermination. D'autre part il n'y a jamais coïncidence absolue entre un territoire et une population : les aléas historiques du peuplement ont mélangé groupes autochtones et allochtones. De plus notre droit constitutionnel est largement placé sous le signe de la prohibition des distinctions tenant à l'origine, même si l'outre-mer connaît une application plus souple de ce principe. Il est donc logique que les particularismes que permettent la Constitution et ses interprétations ne soient pas particulièrement ceux des groupes autochtones. Cependant ces derniers peuvent s'exprimer à l'intérieur des cadres existants. Quels sont-ils ?

251 LA RECONNAISSANCE DES PARTICULARISMES JURIDIQUES AUTOCHTONES. – Le droit est ici pénétré des données ethnographiques car, à *des degrés divers*, des éléments des systèmes juridiques traditionnels ², plus ou moins acculturés caractérisent encore la situation des diverses populations autochtones de l'outre-mer.

¹ Par exemple la *Fédération des organisations amérindiennes de Guyane* (cf. F. Bobin, Le réveil des Amérindiens de Guyane, *Le Monde*, 21 mars 1994, 7).

² Nous ne pouvons entrer ici dans le détail du contenu de ces particularismes. On en prendra connaissance en consultant la littérature spécialisée, et les données d'ethnographie juridique.

[p. 528]

L'article 75 de la Constitution... et l'évolution politique en Nouvelle-Calédonie ¹ et à Wallis-et-Futuna permettent en principe de prendre en compte les coutumes autochtones. Le statut personnel concerne les matières relevant du droit civil (naissance, mariage, adoption, décès, succession), et implique la coexistence de deux états civils, coutumier et de droit commun. Des conflits entre ces statuts sont possibles, que la jurisprudence s'attache à régler.

En Nouvelle-Calédonie, on tenta plusieurs fois de codifier les coutumes, et cette question est toujours à l'ordre du jour ; car si la reconnaissance des coutumes implique la nécessité de leur lisibilité, la codification risque fort de les figer et de dénaturer, suivant un processus bien connu par les historiens et anthropologues du droit. En 1982 sont créés des assesseurs coutumiers, qui doivent faciliter aux magistrats professionnels la connaissance de la coutume canaque. En 1984 le statut Lemoine vise à établir « ... l'égalité de la civilisation mélanésienne et la manifestation de sa représentativité par la coutume ». La loi référendaire du 9 novembre 1988 établit un *Conseil consultatif coutumier du territoire*. Une ordonnance du 15 octobre 1992 institue des assesseurs coutumiers auprès des juridictions civiles. Elle érige en principe le pouvoir de conciliation des autorités coutumières des collectivités locales mélanésiennes entre citoyens de statut particulier, et organise la formation coutumière des juridictions judiciaires, de telle manière que la coutume de chacune des parties soit représentée par un assesseur au moins. À ce jour, la jurisprudence de ces formations coutumières a surtout porté sur l'abandon du principe de primauté du statut civil de droit commun sur le statut particulier et le droit de la famille (unions mixtes, adoption, attribution du nom patronymique, tutelles des mineurs et incapables majeurs, procédure de dissolution des mariages coutumiers ².

À *Wallis-et-Futuna* (peuplées de plus de 65% de Polynésiens, 15% de métis, 10% d'Européens et 5% de Chinois), un Conseil territorial de nature consultative, composé des trois chefs traditionnels (qui sont des rois) assiste l'Administrateur supérieur du territoire, nommé par l'État ; le rôle des autorités coutumières est très impor-[p. 529] tant dans les circonscriptions territoriales. La plupart des habitants ont conservé leur statut civil particulier. Des tribunaux coutumiers ont été institués depuis la colonisation, mais d'un commun accord les justiciables peuvent choisir d'aller devant les juridictions de droit commun. Les coutumes sont écartées en droit pénal, mais régissent les droits fonciers (absence de cadastre).

La Polynésie est un TOM mais ne possède plus depuis 1945 de statut civil particulier. Le traité d'annexion de 1880 prévoyait la préservation des coutumes polynésiennes. À l'heure actuelle, des éléments traditionnels subsistent dans le

¹ On se référera à une littérature qui s'étoffe progressivement, citée dans la rubrique Pour aller plus loin, *infra*, p. 539-541.

² Cf. G. Agniel, Le juge civil et la coutume, dans C. Bontems (dir.), *Le juge, figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996.

statut de l'adoption. Ainsi *l'enfant Fa'a'amu*, soit un enfant légitime ou naturel à la filiation le plus souvent légalement établie, remis par ses parents à un couple – souvent ses grands-parents – ou à un homme ou à une femme chargés de l'élever, pratique qui correspond à une conception de l'appropriation collective de l'appropriation des enfants. On peut aussi citer la pratique répandue de l'indivision, et les particularismes revendiqués des droits fonciers sur les lagons.

Mayotte est une collectivité *sui generis*. Elle fut islamisée dès le X^e siècle. En 1841, dans le traité de Mayotte, la France s'engageait à respecter les coutumes des autochtones et à préserver les expressions de l'Islam. L'article 75 s'y applique : il existe donc un statut personnel particulier musulman (qui comporte la polygamie et des règles particulières dans la transmission du nom patronymique), de rite chafféite sunnite. La source formelle du droit mahorais est le *Minhadi at Twalibin*, ou *Guide des zélés croyants*. Les litiges nés de l'application du droit coutumier sont de la compétence de juridictions spécifiques, les tribunaux du Cadi et du Grand Cadi.

La Guyane est un DOM. Les particularismes coutumiers des Amérindiens, répartis en plusieurs groupes inégalement acculturés y sont toujours vivants et concernent le droit des personnes (majorité, mariage, adoption, nom, succession), les droits fonciers et les modes de règlement des litiges¹. Un texte prévoyant la reconnaissance légale de ces particularismes avait été élaboré en 1984 (il reprenait pour l'essentiel un autre texte avorté de 1972 portant statut des populations tribales de Guyane française), mais il n'atteignit jamais le stade de proposition de loi. Si l'on accepte les hypothèses du pluralisme juridique, les Amérin-[p. 530] diens continuent à vivre – au moins en partie – sous l'empire de systèmes juridiques autochtones officieux, mais authentiques. Il n'en va pas de même au niveau du droit positif, dont le poids est accentué par le principe d'assimilation propre aux DOM. Un certain nombre de coutumes sont contraires à l'ordre public (âge minimum du mariage – 12 ans – chez les Emerillon, unicité du nom chez les Galibi, etc.). Cependant, le renvoi aux coutumes compatibles avec la loi française est possible dans certains cas : interprétation locale des notions de « *bonnes mœurs* » et de « *bon père de famille* » ; renvoi par la loi à la coutume en matière d'interprétation de la volonté des parties à un contrat, application des coutumes *praeter legem* en cas de silence de la loi. Un décret de 1987 relatif aux concessions domaniales de l'État prévoit par ailleurs que les droits d'usage collectifs pour la pratique de la pêche et de la chasse des « communautés d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt » (soit les Amérindiens et les Noirs-Marrons) sont reconnus par le Préfet après avis des services fiscaux, mais ils ne peuvent faire obstacle à la volonté de l'État s'agissant de l'octroi des concessions et des cessions. Le système existant en Guyane est donc largement défavorable aux droits des autochtones. La jurisprudence est limitée par le cadre constitutionnel, cela d'autant plus que le Conseil constitutionnel interprète restrictivement l'article 73 de la Constitution. Ces

¹ Pour plus de détails, cf. J.-P. Martres, J. Larrieu, *op. cit.*, p. 169-185.

contraintes ne pourraient être desserrées que par l'érection de la Guyane en TOM ou en collectivité *sui generis* bénéficiant du régime de l'article 75. Quant au droit à l'autodétermination, il faudrait établir clairement qu'il puisse s'appliquer aux Dom ; sa mise en œuvre supposerait par ailleurs résolu beaucoup de problèmes, notamment ceux dérivant des tensions parfois vives existant entre les diverses communautés ethniques qui peuplent la Guyane.

Les variations locales qu'illustrent les exemples ci-dessus sont donc nombreuses. Elles attestent que si l'unité du pouvoir normatif de l'État demeure (l'État unitaire français implique un centralisme normatif), elle n'entraîne pas l'uniformité des droits applicables dans tout le territoire.

Nous nous sommes surtout jusqu'ici situé dans le cadre du droit positif, principalement constitutionnel, pour constater qu'il organisait de façon très différente la reconnaissance des particularismes et des coutumes dans les diverses parties de l'outre-mer. Mais une démarche d'anthropologie juridique ne peut se limiter aux seules normes officielles. Comme nous venons de l'indiquer à propos de la Guyane, les théories du pluralisme juridique¹ permettent de prendre en compte l'existence de droits officieux, même s'ils sont ignorés par le droit étatique. Le positiviste objectera qu'il s'agit là d'un choix philosophique, qui ne modifie en rien la force exécutoire du droit étatique. Mais on peut faire observer que même dans les cas où le droit officiel reconnaît la coutume, le contenu de la notion est loin d'être certain. Pour le comprendre, il faut se situer aux niveaux des pratiques et des représentations, souvent négligés par le juriste classique, mais essentiels pour l'anthropologue du droit.

Section II

La construction des particularismes coutumiers

[Retour au sommaire](#)

La coutume ne constitue pas simplement une norme juridique. Comme l'ethnie, elle est un signifiant flottant, et fait l'objet de manipulations de la part des acteurs juridiques, ce qui la consacre comme enjeu de pouvoir.

¹ Cf. notre présentation dans *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 74-98.

I | LA COUTUME, SIGNIFIANT FLOTTANT

252 POLYSÉMIE DE LA COUTUME. – La coutume est aujourd'hui outre-mer une expression juridique des quêtes identitaires. Les travaux des anthropologues ont clairement établi que l'identité est instrumentale : elle consiste dans la réinterprétation du passé pour servir les nécessités du présent et les projections dans l'avenir. Elle est donc mouvante et dynamique ¹. La coutume peut faire l'objet de la même déclinaison. Traditionnellement, les juristes la présentent simultanément comme le produit d'une longue (voire immémoriale) répétition, et une source du droit dont la plasticité correspond à son-[p. 532] adéquation aux besoins du groupe qui l'exprime. Or cette simultanéité est contradictoire : soit la coutume est figée, soit elle se renouvelle. L'histoire et l'anthropologie du droit offrent beaucoup d'exemples inclinant à préférer la seconde hypothèse. L'intangibilité de la coutume n'est le plus souvent qu'une représentation servant à la légitimer, sa réalité se situant dans l'ordre du périssable. Les juristes médiévaux l'avaient déjà compris, qui disaient « *Coutume se remue* ». Plus près de nous, le leader canaque J.-M. Tjibaou déclarait : « Le retour à la tradition, c'est un mythe. Nul peuple ne l'a jamais vécu. La recherche d'identité, le modèle, pour moi il est devant soi, jamais en arrière. C'est une reformulation permanente. Et je dirais que notre lutte actuelle, c'est de pouvoir mettre le plus d'éléments appartenant à notre passé, à notre culture, dans la construction du modèle d'homme et de société que nous voulons pour l'édification de la cité. Notre identité, elle est devant nous. Enfin, quand nous serons morts, les gens prendront notre image, la mettront dans des niches, et ça leur servira à construire leur propre identité. » ²

C'est ainsi qu'aujourd'hui s'exprime dans le monde la majorité des dirigeants des organisations autochtones. Mais si la coutume est mouvante, cela signifie qu'elle est prise dans l'histoire, et qu'elle peut donc devenir un enjeu de pouvoir.

II | LA COUTUME, ENJEU DE POUVOIR

La manipulation de la coutume par les acteurs juridiques ne constitue pas en soi un phénomène nouveau. Nous avons déjà vu que sous la période coloniale, les autorités et le juge la modifiaient, au nom du progrès et que les rédactions sont un

¹ Nous avons développé ce point de vue dans P. de Deckker (éd.), *La coutume et le droit, Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 19-49.

² J.-M. Tjibaou, Entretien avec J.-M. Tjibaou, *Les Temps Modernes*, 464 (mars 1985), p. 1601.

des puissants instruments de sa transformation : le droit censé coutumier, *stricto sensu*, est déjà le produit de l'acculturation du droit traditionnel, beaucoup plus que son expression littérale. Dans certaines parties de l'outre-mer, le retour aux coutumes ne peut être correctement interprété sans faire un bref rappel des théories du pluralisme juridique.

[p. 533]

253 COUTUME ET PLURALISME JURIDIQUE. – À notre sens, le pluralisme juridique consiste dans *un courant doctrinal insistant sur le fait qu'à la pluralité des groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation ; l'individu est un acteur du pluralisme juridique dans la mesure où il se détermine en fonction de ses appartenances multiples à ces réseaux sociaux et juridiques*¹. Les théories les plus récentes² insistent sur le fait que tout individu, dans les sociétés traditionnelles *comme dans les nôtres*, se situe dans une hiérarchie d'ordonnancements juridiques en fonction de paramètres changeants, qui dépendent en partie de ses intérêts et des stratégies qu'il organise pour les satisfaire. Suivant les cas, il choisira de faire primer l'un ou l'autre système juridique de référence. Certaines conduites de « shopping judiciaire » illustrent ce mécanisme.

Dans un arrêt du 23 novembre 1987, la cour d'appel de Nouméa s'est déclarée incompétente *ratione personae* au motif que les parties, à l'exception d'une d'entre elles, relevaient du statut civil particulier. Une des parties avait en effet renoncé à son statut particulier dans les circonstances suivantes : une femme mélanésienne et un mélanésien avaient vécu en concubinage pendant quatre ans, et eu un enfant, tous trois étant de statut particulier. Suite à la rupture des relations concubinaires, la femme sollicita devant le juge de première instance une pension alimentaire et des dommages-intérêts... en ayant auparavant renoncé à son statut particulier. En effet, elle estimait que le droit coutumier lui aurait été beaucoup moins favorable que le droit moderne, sans imaginer que la cour d'appel la renverrait en fait aux institutions coutumières.

La même attitude se retrouve en droit pénal. Juridiquement, celui-ci est de compétence étatique et n'entre donc pas dans le statut particulier. Cependant, il existe une demande de la part des autochtones. Un certain nombre de cas à caractère pénal sont en fait réglés coutumièrement, sans que la coutume satisfasse nécessairement les autochtones, dont certains peuvent préférer les sanctions du droit commun... et son échelle de valeurs. Ainsi les femmes et les mères des [p. 534] garçons auteurs de viols collectifs réclament-elles des sanctions exemplaires,

¹ C'est la définition que nous en donnons dans A. J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, éd., 1993, p. 449.

² Cf. J. Vanderlinden, Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique, *Revue de la recherche juridique*, 1993-2, p. 573-583.

plus fortes que celles prévues par la coutume. Dans l'autre sens, le droit commun sera préféré en raison du caractère plus modéré de ses peines, par rapport à celles prévues par la coutume (bastonnade, incendie, destructions diverses, etc.). Ces trajets effectués d'un droit à l'autre n'ont pour l'anthropologue rien de scandaleux. Ils permettent en effet au droit coutumier de demeurer vivant, par mutation ou abandon de certaines de ses composantes au contact avec le droit moderne. En fait, Européens et autochtones voient à leur manière la coutume, et procèdent à sa réinterprétation.

254 LES RÉINTERPRÉTATIONS DE LA COUTUME. – Comme nous avons tenté de le montrer ailleurs ¹, la coutume ne sort jamais indemne des tentatives visant à la rédiger ou codifier : le résultat final de ces entreprises ne consiste pas dans une photographie des usages de la population. Ceux-ci subissent des ajouts, des diminutions ou des réinterprétations au cours de la procédure de transsubstantiation, en fonction des buts visés par les promoteurs de ces réformes, le plus souvent les pouvoirs dominants : autorités étatiques, agents de la colonisation, représentants de la société dominante, etc. Cependant, à l'heure actuelle, les réinterprétations de la coutume sont aussi le fait des autochtones, qui ont appris à s'en servir pour la défense de leurs intérêts propres.

Les manipulations de la coutume par les Européens. – La coutume canaque est aujourd'hui l'objet de bien des sollicitudes de la part du législateur, qui a mis en œuvre différentes réformes pour assurer sa prise en compte par les juridictions et lors de l'élaboration du droit local. En 1992, le ministre des DOM-TOM déclarait même en Nouvelle-Calédonie que le gouvernement français ne donnait pas aux coutumiers leur légitimité, mais ne faisait que la reconnaître ². Dès lors se pose la question de la rédaction des coutumes, qui à l'heure actuelle n'est pas encore tranchée sur ce territoire. À la lumière du passé, la prudence s'impose. En 1971, le représentant du gouvernement en Nouvelle-Calédonie répondait au ministre des DOM-TOM soucieux de relancer des travaux de codification qu'il faudrait créer un magistrat spécialement chargé [p. 535] des questions de droit coutumier, car « ... la coutume est fréquemment mise en question par la jeune génération, et, à cet égard, l'action du magistrat ne pourra manquer de s'exercer dans le sens de l'infléchissement des règles coutumières vers l'assimilation législative » ³. Car le pouvoir créateur du juge peut tout autant transformer la coutume que la légitimer comme le prescrivait déjà très clairement en Afrique le gouverneur Roume aux juges en 1905 ⁴. C'est pourquoi E. Le Roy écrit à juste

¹ Cf. N. Rouland, Les colonisations juridiques, *Journal of Legal Pluralism*, 29, 1990, p. 39-135.

² Cf. Y. Pimont, *Les territoires d'outre-mer*, Paris, PUF, 1994, p. 57.

³ Cit. par G. Agniel, *op. cit.*

⁴ En 1905, le gouverneur Roume ordonne aux juges de rassembler les renseignements qui serviront de base à la rédaction d'un coutumier général. Les juges doivent en profiter pour, « leur donner [aux coutumes] la clarté qui leur manque trop souvent » et synthétiser les usages divers qu'ils sont amenés à constater. Roume déclare par ailleurs : « Notre ferme intention de respecter les coutumes ne saurait nous créer l'obligation de les soustraire à l'action du progrès,

titre que « Il ne conviendra pas de prendre "des vessies pour des lanternes", c'est-à-dire le droit coutumier pour l'"authentique" droit africain. Il s'agit seulement du droit appliqué dans les tribunaux indigènes et recueilli pour les besoins du système colonial. »¹ À un siècle de distance, un tel processus peut se répéter. Comme le note G. Agniel, le filtrage de la coutume par l'institution judiciaire peut s'opérer par plusieurs moyens. L'assesseur coutumier peut être tenté de fournir au juge la définition de la coutume que celui-ci attend. D'autre part et surtout, le juge risque de ne voir en la coutume qu'une règle imprécise, qu'il doit faire coïncider au mieux avec des principes pour lui essentiels (supériorité de la norme constitutionnelle, voire même de la norme réglementaire sur la coutume). Des expériences passées², et même menées actuel-[p. 536] lement dans des États *a priori* très favorables aux droits des autochtones³ le laissent redouter. Le juge risque alors de devenir un faussaire de la coutume.

Cependant, on ne peut pour autant s'opposer à toute altération de la coutume, puisque nous savons que sa véritable nature est évolutive. L'ascension judiciaire de la coutume pourrait aussi contribuer à sa nécessaire adaptation à des circonstances changeantes. De même, toute codification n'est pas à proscrire (les autorités coutumières canaques ne la refusent d'ailleurs pas *a priori*). Mais on devrait éviter que ces processus qui engendrent d'inévitables transformations n'assurent une nouvelle fois la prééminence automatique du droit importé sur le droit d'origine autochtone. Pour cela il faudrait que les autochtones soient assurés

d'empêcher leur régulation ou leur amélioration. Avec le concours des tribunaux indigènes eux-mêmes, il sera possible d'amener peu à peu une classification rationnelle, une généralisation des usages compatibles avec la condition sociale des habitants et de rendre ces usages de plus en plus conformes non point à nos doctrines juridiques métropolitaines qui peuvent être opposées, mais aux principes fondamentaux du droit naturel, source première de toutes les législations. »

¹ E. Le Roy, M. Wane, La formation des droits « non étatiques », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Dakar, Nouvelles Éditions africaines, 1982, p. 371.

² En 1931, le gouverneur Delavignette dénonce la doctrine Roume en critiquant les tentatives de rédaction des coutumes ivoiriennes : « Qu'est-ce qu'une coutume africaine où les peines sont européanisées ? [...] La coutume a cessé en fait d'être animée spirituellement. En abolissant les ordales dans l'administration de la preuve, en restreignant le serment sur les fétiches ou le Coran, en ne tenant pas compte des éléments surnaturels qui s'attachaient à la personne des juges, en dépouillant les chefs de leur pouvoir judiciaire et en appelant à siéger au tribunal, en qualité d'assesseurs, des hommes qui ne sont plus les initiés, les inspirés de la vieille Afrique, est-ce que nous n'avons pas vidé la coutume de sa substance ? [...] Quand nous disons que nous jugeons selon la coutume, nous sous-entendons que nous commençons par juger la coutume elle-même d'après le Code [Les italiques sont de nous]. Si vous mettiez la coutume sous l'influence de votre Code, si vous la découpiez en catégories, vous tueriez socialement les indigènes. Vous dresseriez de belles abstractions dans lesquelles vos justiciables seraient dépersonnalisés. Vous donneriez une prime au déracinement » (R. Delavignette, *Les vrais chefs de l'Empire*, Paris, Gallimard, 1931, p. 151 sq.).

³ L'analyse de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada sur le droit des autochtones semblerait montrer que la reconnaissance de ces droits légitimerait surtout le système juridique importé par les Britanniques en Amérique du Nord (cf. A. Bissonnette, *Le juge canadien et son interprétation des droits des peuples autochtones*, dans C. Bontems (dir.), *Le juge : figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996).

d'un contrôle plus efficace de ces procédures (en Nouvelle-Calédonie, où le législateur a manifesté l'engagement le plus grand envers la coutume, il n'est question que d'*assesseurs* – et non de juges – coutumiers ; le Conseil coutumier est *consultatif*, etc.). Mais les autochtones eux-mêmes ont appris des Européens à manipuler la coutume.

Les manipulations de la coutume par les autochtones. – Ceux-ci tentent en effet de contrôler leur propre acculturation juridique, en réinterprétant leurs coutumes. Mettant en œuvre une stratégie juridique plus poussée, ils peuvent même retourner à leur profit les qualifications décidées par les Européens en donnant le label coutumier à des initiatives qui sont largement étrangères au droit traditionnel.

L'archipel polynésien a connu une très profonde acculturation juridique à la suite de l'évangélisation et de la colonisation, acculturation à laquelle ont d'ailleurs collaboré des souverains locaux (famille des Pomare) ¹. Ce qui explique sans doute la force des aspirations identitaires et du désir de retour aux coutumes originelles (*Hiro'a Tumu*, *Iho Tumu* et *Peu Ma'ohi*)... ou supposées telles. Par exemple, les *Toohitu*, tribunaux « coutumiers » autochtones que la [p. 537] plupart des Polynésiens d'aujourd'hui croient dater des temps pré-européens ². En fait, les *Toohitu* étaient des tribunaux jouant à la fois le rôle de cour d'assise et de juridiction d'appel, créées en 1824, qui seront le principal point d'appui des missionnaires. Ils disparaissent au début de notre siècle. Mais les années 1980 et 1990 voient la réinstallation de *Toohitu* dans certaines îles, reconnus ou non par la loi française. Dans l'esprit de leurs promoteurs, ces *Toohitu* doivent œuvrer en matière foncière et assurer le respect des coutumes en ce qui concerne les questions relatives à la terre. Ces revendications sont souvent liées, comme au Canada, à une actualisation de traités anciens. Et l'on fait remarquer que le traité d'annexion de Tahiti du 29 juin 1880 fait obligation à « ... ce grand pays [la France] de continuer à gouverner notre peuple en tenant compte des lois et coutumes tahitiennes », ce dont certains jugements commencent à tenir compte ³.

Encore dans cet exemple les autochtones ne sont-ils pas nécessairement conscients des transformations qu'ils font subir à l'histoire. Il peut parfois en aller autrement, comme le suggèrent des exemples néo-calédoniens ⁴. Dans le passé, le colonisateur a tenté de saisir la société traditionnelle canaque en la décrivant au moyen de concepts (tribus, clans, grands chefs et petits chefs, etc.) qui avaient été utilisés pour qualifier des institutions de sociétés bien différentes. Le terme de *clan*, emprunté au gaélique écossais, fut ainsi introduit dans le Pacifique Sud par

¹ Cf. B. Saura, Les règles coutumières en Polynésie française, dans P. de Deckker (dir.), *op. cit.*, *supra*, n. 1, p. 531.

² Cf. B. Saura, Les codes missionnaires et la juridiction coutumière des *Toohitu* aux îles de la Société et des Australes (1819-1945), *Revue de la recherche juridique*, 1996-2.

³ Cf. l'argumentation du Commissaire du gouvernement dans une décision rendue le 22 octobre 1991 par le tribunal administratif de Papeete (*La Tribune polynésienne*, 18 novembre 1993).

⁴ Cf. l'article de J. Guiart, Une dérive de la « coutume » ?, à paraître.

des missionnaires protestants et fonctionnaires royaux d'origine écossaise, et évoque l'idée d'un regroupement de lignées dont l'appartenance se ferait en ligne paternelle. En fait, le « clan » canaque comporte des hommes et des femmes apparentés, mais aussi des allogènes, notamment adoptés, et fonctionne suivant un principe ambilinéaire, où les parents du côté maternel sont associés à ceux du côté paternel. De même le colonisateur a-t-il essayé d'acclimater le concept de propriété en lui attribuant des formes collectives (propriété tribale, ou clanique), ignorant que les droits fonciers sont liés à la résidence et à l'attribution de son nom [p. 538] à l'enfant. En ce sens, les généalogies océaniennes, sous l'apparence de systèmes de relations biologiques entre individus, expriment des solidarités ou oppositions d'une autre nature. Or, dans des affaires récentes, des Canaques ont utilisé les conceptions européennes du clan et de la parenté arbitrairement plaquées sur leur société pour pouvoir acquérir des espaces et immeubles urbains sans bourse délier, arguant de procès-verbaux de palabres tenus entre les membres du seul clan du mari (alors que le principe canaque est ambilinéaire) pour soutenir des revendications d'un bien situé en zone urbaine à plusieurs centaines de kilomètres du lieu de regroupement du clan (alors que la culture canaque est hostile à toute propriété absentéiste). Tout cela au nom d'une tradition consciemment inventée, mais présentée comme authentique. Comme l'écrit l'anthropologue J. Guiart : « On renvoie aux Blancs les idées mêmes qu'ils ont élaborées pour traiter, d'une manière parfaitement, et exclusivement, occidentale, des interrogations historiquement variables posées par l'existence d'une société autochtone encore bien vivante – la fameuse "coutume" est pourtant officiellement considérée en fait comme juridiquement secondaire, comme une survivance malheureuse contraire au progrès – et l'on exige ainsi des protagonistes européens de ces idées qu'ils acceptent les implications logiques de leur propre création juridique. » ¹

La constatation de telles stratégies nous entraîne bien loin des discours officiels des politiques et des juristes sur la coutume, moins que jamais survivance archaïsante, mais réalité mouvante devenue enjeu de pouvoir. Le juriste positiviste pourra se contenter de gloser avec toujours plus d'habileté et une bonne volonté variable sur son rang dans la hiérarchie des normes, ou tenter de l'écouter dans le silence de la loi. Mais l'anthropologue du droit devra saisir la pluralité de ses manifestations dans un autre ordonnancement, celui des pratiques et des représentations, sans lesquelles les normes ne forment que des codes aux pages vite effacées.

¹ J. Guiart, *op. cit.*

[p. 539] *Pour aller plus loin*

255 BIBLIOGRAPHIE SUR LES AUTOCHTONES DE L'OUTRE-MER FRANÇAIS. – Le droit de l'outre-mer constitue un domaine très particulier du droit français, souvent d'un degré de complexité élevé. Il a jusqu'ici attiré davantage l'attention des publicistes, surtout constitutionnalistes et administrativistes. On regrettera que les privatistes et historiens du droit en soient quasiment absents. Car les distinctions constitutionnelles actuelles possèdent souvent un fort ancrage historique, et certaines interrogations présentes sont déjà perceptibles dans l'histoire du droit colonial. De plus les particularismes locaux s'expriment très souvent dans le droit des personnes et des relations privées. Notons aussi qu'en raison de sa diversité ethnique et culturelle, l'outre-mer français devrait constituer un champ privilégié pour l'anthropologie juridique appliquée, comme le devient en métropole l'étude des populations immigrées. Enfin, il nous paraît offrir au théoricien du droit des exemples simultanés des rigidités et des capacités d'adaptation que peut montrer un modèle à tendance uniformisante confronté à une réalité hétérogène. C'est pourquoi les problèmes posés au juriste par l'outre-mer dépassent sa seule inscription géographique.

– Le lecteur se référera d'abord aux *manuels de droit*. Outre les classiques, P. Gonidec, *Droit d'outre-mer et de la coopération*, Paris, Montchrestien ; P. Lampue, *Droit d'outre-mer et de la coopération*, Paris, Dalloz, 1969 ; il en existe peu de récents : F. Luchaire, *Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer*, Paris, Economica, 1992 ; J.-F. Auby, *Droit des collectivités périphériques françaises*, Paris, PUF, 1992 ; J. Ziller, *Les DOM-TOM*, Paris, LGDJ, 1991 ; G. Belorgey, G. Bertrand, *Les DOM-TOM*, Paris, La Découverte, 1994 ; J.-L. Mathieu, *L'outre-mer français*, Paris, PUF, 1994. Pour une introduction générale, voir également : F. Borella, *L'évolution politique et juridique de l'Union française depuis 1946*, Paris, LGDJ, 1958 ; M. Merle, La Constitution et les problèmes d'outre-mer, *Revue française de Science politique*, 1959, p. 153-166 ; T. Michalon, La République française, une fédération qui s'ignore ?, *Revue du droit public*, 3 (1982), p. 623-688 ; Une voie pour la Corse : la « spécificité législative », *Revue de science administrative de la Méditerranée occidentale*, 29-30 (1990), p. 75-86 ; J.-C. Maestre, L'indivisibilité de la République française et l'exercice du droit à l'autodétermination, *Revue du droit public*, 1976, p. 431-461 ; M. H. Fabre, L'unité et l'indivisibilité de la République : réalité, fiction ? *Revue du droit public*, 1982, p. 603-622 ; J.-C. Douence, Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer, *Revue française de droit administratif*, 1992, p. 462-478 ; F. Luchaire, Le juge constitutionnel et le régime législatif des TOM, *Revue du droit public*, 6, 1994, p. 1621-1645 ; A. Roux, *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995.

Sur les TOM, qui sont les plus intéressants par rapport à notre propos : cf. F. Luchaire, La nature juridique des TOM, *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 1985, p. 815-817 ; Y. Pimont, *Les territoires d'outre-mer*, Paris, PUF, 1994 ; Boyer, *Le statut constitutionnel des TOM et l'État unitaire*, Paris, Economica, 1995. Sur la Nouvelle-Calédonie : cf. J.-Y. Faberon, *La Nouvelle-Calédonie, laboratoire de statuts de territoire d'outremer*, Nouméa, Société d'études historiques de Nouméa, 1992 ; État de droit et droit d'outre-mer. Le régime législatif de Nouvelle-Calédonie, Paris, Dalloz, 1994. Sur la Polynésie, cf. A. Moyrand, De l'autonomie administrative à l'autonomie politique, communication au Colloque *Le statut du territoire de Polynésie française (1984-1994) : Bilan de dix ans d'application, 3-4 novembre 1994*, Papeete ; à paraître dans les *Actes du Colloque*, J.-Y. Faberon (dir.), Paris, Economica, 1995.

Pour les DOM, voir F. Miclo, Le régime législatif des départements outre-mer et l'unité [p. 540] de la République, Paris, Economica, 1982 ; S. Jacquemart, La question départementale outre-mer, Paris, PUF, 1983.

– *Il n'existe malheureusement pas de manuel récent d'histoire du droit colonial.* Mais on consultera avec profit : Bradford W. Morse, *Indigenous Law and State Legal Systems : Conflict and Compatibility*, in B. W. Morse, G. R. Woodman (eds), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris Publications, 1988, p. 101-120 ; N. Rouland, Les colonisations juridiques, *Journal of Legal Pluralism*, 29 (1990), p. 39-136 ; W. J. Mommsen, J. A. De Moor (eds), *European Expansion and Law*, Berg, Oxford-New York, 1992 ; P. Ngom, *L'École de droit colonial et le principe du respect des coutumes indigènes en AOF*, thèse droit Dakar, 1993 ; J. Suret-Canale, *Apartheid à la française (1885-1960)*, *La Pensée*, 284 (novembre-décembre 1991), p. 93-99 ; G. Fritz, J.-C. Fritz, Les notions d'indigène et de métis sous la III^e République, communication au Colloque *L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous le régime de Vichy*, Dijon, 19-20 décembre 1994, à paraître dans les *Actes du Colloque*, Le Seuil, 1995. Pour la Polynésie, cf. P.-Y. Toullelan, B. Gille, *Le mariage franco-tahitien*, Papeete, Éd. Polymages-Scoop, 1992.

– *Sur les problèmes juridiques posés par les minorités et les peuples autochtones*, on trouvera beaucoup de références bibliographiques dans N. Rouland, *Chronique d'anthropologie juridique : le temps des minorités*, *Droit et cultures*, 25 (1993), p. 91-121 ; Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2 (avril-juin 1994), p. 287-320. Cf. aussi, du même auteur : La tradition juridique française face à la diversité culturelle, *Droit et société*, 27 (1994), p. 381-419 ; et G. Héraud, Libertés publiques et minorités ethniques indigènes de France, *Actes*, 69 (1990), p. 33-37. À propos de l'inscription de l'ethnie dans les catégories du droit français, cf. D. Lochak, La race : une catégorie juridique ?, dans Sans distinction de... race, *Mots*, 33 (décembre 1992) (Fond nat. des sciences pol.), p. 291-303 ; Réflexions sur la notion de discrimination, *Droit social*, 11 (novembre 1987), p. 778-790 ; sur un plan plus général, cf. R. Stavenhagen, *The Ethnic Question*, Tokyo, United Nations University Press, 1990, qui offre des synthèses très utiles.

– À l'heure actuelle, *l'étude des particularismes juridiques des populations autochtones d'outre-mer* constitue un champ nouveau. Les synthèses sont donc rares. On signalera surtout : J.-P. Martres, J. Larrieu, *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993 (qui comprend des contributions importantes sur la Guyane, Mayotte et la Nouvelle-Calédonie) ; P. de Deckker (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1995. Ces problèmes ont également été abordés dans le cadre du I^{er} Colloque de l'Association française d'anthropologie du droit : « Le Juge : approches anthropologiques d'une figure d'autorité », *Actes* parus chez L'Harmattan (Paris, 1996), sous la dir. de C. Bontems. Par ailleurs, des thèses sont actuellement en cours (B. Cortez, *Le statut juridique des Amérindiens de Guyane*, Fac. droit Aix ; S. Klein, *Coutume autochtone et droit positif en Nouvelle-Calédonie*, Fac. droit Aix et Nouméa). Enfin, le lecteur consultera périodiquement les revues plus particulièrement consacrées aux droits des autochtones : *Ethnies* (revue publiée par *Survival International France* ; le n^o 3 [automne 1985] comporte des études sur les Canaques ; le numéro de mai 1988 est consacré à *La question amérindienne en Guyane française* ; *Law and Anthropology* (éditée à Vienne, Lindengasse 37) ; *Aboriginal Law Bulletin* (éd. par Aboriginal Law Centre, Faculty of Law, Univ. of NSW, PO Box 1, Kensington 2033, Australie) ; consulter aussi l'importante collection des *Reports* du *Minority Rights Group* (379 Brixton Road, Londres SW97DE, Grande-Bretagne). Cf. également E. Agostini, *Aboriginal Rights in New Caledonia*, *Law and Anthropology*, 2 (1987), p. 337-346 ; du même auteur : *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988, p. 257-267, contient quelques développements sur les problèmes abordés ici.

On se reportera ensuite à des textes plus brefs, essentiellement sous forme d'articles.

[p. 541]

Nouvelle-Calédonie : cf. surtout G. Nicolau, L'autonomie de la coutume canaque, *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 2 (avril-juin 1992), p. 219-257 ; puis G. Orfila, Réflexions sur la coutume mélanésienne, *ibid.*, 2 (mai-juin 1989), p. 129-141 ; J.-L. Vivier,

Le droit français face à la coutume kanak, *ibid.*, 3 (octobre-décembre 1990), p. 470-476 ; G. Agniel, Le juge civil et la coutume, ou la difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne, *Communication au 1^{er} Colloque international de l'Association française d'anthropologie juridique*, op. cit. supra ; G. Orfila, *L'application du droit privé français en Nouvelle-Calédonie*, à paraître.

Les monographies d'anthropologie juridique manquent à l'heure actuelle cruellement. Elles sont cependant indispensables pour connaître la réalité actuelle de la coutume et de ses réinterprétations : *toute recherche sérieuse sur ce thème entreprise par des juristes devrait obligatoirement comporter des enquêtes sur le terrain, menées en collaboration avec des ethnologues*. Cette observation est d'ailleurs valable pour tout l'outre-mer. On trouvera des preuves de l'intérêt d'une telle approche en lisant J. Guiart, Une dérive de la « coutume » ? (article à paraître). On pourra également consulter les rapports du Groupe de travail sur le droit coutumier créé en 1993, déposés au haut-commissariat de la République à Nouméa, élaborés par les partenaires des accords Matignon, des représentants des autorités provinciales, des représentants de la coutume désignés par le Conseil consultatif coutumier, ainsi que des juristes.

En ce qui concerne la *Polynésie*, la meilleure étude récente est celle de B. Saura, Les règles coutumières en Polynésie française, dans P. de Deckker (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 95-131, qui analyse bien les réinterprétations successives des coutumes dans l'histoire de l'acculturation juridique de ce territoire. Sur le point de vue plus particulier de l'adoption traditionnelle et des difficultés de son insertion dans le droit positif, cf. les études de M. N. Charles, L'enfant Fa'a'amu vu par le droit, dans *Regards sur l'enfant Fa'a'amu*, Premières journées de recherche de l'APRIF (Tahiti, juin 1992), p. 85-91 ; Le rôle de la possession d'état dans le statut juridique de l'enfant Fa'a'amu en Polynésie française, *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 2 (mai-septembre 1994), p. 197-207 ; Le droit français appliqué à la famille polynésienne : inadaptation, malentendus et vides juridiques, à paraître dans *Droit et cultures* (1995). Une thèse sur ce sujet s'imposerait.

À propos de la *Guyane*, on se reportera à l'ouvrage collectif *Coutumes et droit en Guyane* (op. cit. supra), en accordant une attention toute particulière à la contribution de T. Michalon, *Les aspects institutionnels de l'avant-projet de 1984*, p. 153-164, pour une approche de type constitutionnel. Sous un angle plus privatiste, cf. J. Vimont, La « réappropriation » de leur nom d'origine : un moyen pour les Amérindiens de Guyane française de défendre leur identité culturelle, *Droit et cultures*, 28 (1994), p. 225-240. Cf. également : J.-J. Chalifoux, Ethnicité, pouvoir et développement politique chez les Galibis de la Guyane française, *Anthropologie et sociétés*, 16-3 (1992), p. 37-54.

– Enfin, pour des considérations générales sur les processus de l'acculturation juridique et les théories du pluralisme juridique, on se référera à N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, 74-98, p. 337-367 ; s. v. Pluralisme juridique, dans A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1993, p. 449-450. À propos de la formation historique du « modèle français » et de son attitude face au pluralisme, cf. N. Rouland, *L'État français et le pluralisme*, Paris, Odile Jacob, 1995.

256 LES DISTINCTIONS ETHNIQUES EN POLYNÉSIE FRANÇAISE. – [On se référera sur ce sujet à : B. Saura, Approche du phénomène pluri-ethnique et pluriculturel en Polynésie française, *Bulletin de la Société des études océaniques*, 233-XIX (décembre 1985), p. 1-18 ; B. Poirine, *Tahiti : du melting-pot à l'explosion ?* Paris, L'Har-[p. 542] mattan, 1992. Par ailleurs, on trouvera des indications détaillées sur les modes de calcul des pourcentages ethniques par l'administration ainsi que les résultats socio-économiques de ces enquêtes statistiques dans Institut territorial de la statistique (BP 395, Papeete, Tahiti), *Résultats du recensement général de la population de la Polynésie française du 6 septembre 1988*, second volume : *Analyse des résultats*]. Les distinctions ethniques existant à l'heure actuelle en Polynésie font de l'ethnie une

catégorie d'une double nature. *Juridique*, car ces distinctions sont utilisées de façon parfaitement officielle à fin d'études statistiques. Toutefois, elles n'ont *en droit* aucune conséquence, car elles ne sont pas la source de discriminations positives ou négatives, encore qu'elles servent de données à la politique sociale des autorités nationales et territoriales. Elles sont aussi de nature *socio-économique*. D'une part parce que, comme le montrent les tableaux cités ci-dessous, elles sont significatives par rapport à la hiérarchie socio-économique, l'emploi, le taux de scolarisation, etc. D'autre part, parce qu'*en fait*, on sait bien que l'origine ethnique peut jouer un rôle sélectif quant au recrutement de personnel opéré par certaines institutions.

L'ethnie apparaît en Polynésie lors du recensement de 1956 avec la notion de « souche d'origine » ; elle se manifestera dans les questions posées au cours des recensements postérieurs. En 1988, on demande à chaque individu l'origine ethnique de son père et celle de sa mère :

Quelle est l'origine ethnique

De votre père

De votre mère

Polynésienne
Européenne
Asiatique
Autre

si votre père et/ou votre mère est métissé(e), cocher les deux cases correspondant aux deux principales ethnies d'origine.

(Source : Institut territorial de la statistique, *op. cit. supra* (au début de ce paragraphe) : 83.)

(Une autre question est posée concernant les langues parlées, lues ou écrites).

Comme le montre la formulation de la question, l'administration associe les critères subjectif et objectif. Chaque individu est entièrement libre de sa réponse : suivant l'image d'une ethnie – et elle peut varier au cours du temps – il pourra ainsi s'y identifier ou s'en séparer. Mais on remarquera que c'est par la désignation de l'origine ethnique de chaque parent que s'opère la détermination de celle du déclarant. Le procédé témoigne du souci de corriger, autant que possible, la part purement subjective de l'auto-identification.

Quoi qu'il en soit, les catégories sélectionnées par l'administration aboutissent à la reconnaissance de quatre groupes ethniques de base : Polynésiens, Européens, Asiatiques, Autres, hiérarchisés suivant l'ordre d'importance des effectifs de chaque groupe lors du recensement précédent. La catégorie « Demi » (métis) est déterminable par la possibilité donnée à chaque intéressé de cocher plusieurs cases indiquant l'origine ethnique : le calcul de l'ethnie peut donc reposer au maximum sur 4 informations (2 pour le père, 2 pour la mère), au minimum sur une (indication de l'ethnie d'un seul parent par le déclarant).

Le chiffrage des ethnies a abouti en 1988 aux résultats suivants :

[p. 543]

*Répartition de la population de Polynésie française
au recensement du 6 septembre 1988
selon le grand groupe ethnique, le degré de métissage, les ethnies associées et le sexe*

<i>Grands groupes ethniques</i> <i>Métissage</i> <i>Degré de métissage/Ethnies associées</i>	<i>Sexe masculin</i>	<i>Sexe féminin</i>	<i>Ensemble des deux sexes</i>
<i>Polynésiens et assimilés</i>	79 454	76 868	156 322
Sans métissage	63 775	61 757	125 532
Avec métissage	15 679	15 111	30 790
<i>Polynésien dominant</i>	6 789	6 536	13 325
Polynésien dominant avec Européen	4 183	4 050	8 233
Polynésien dominant avec Asiatique	2 285	2 174	4 459
Polynésien dominant avec Autre	321	312	633
<i>Polynésien demi avec une autre ethnie</i>	8 118	7 815	15 933
Polynésien demi avec Européen	5 081	4 901	9 982
Polynésien demi avec Asiatique	2 478	2 327	4 805
Polynésien demi avec Autre	559	587	1 146
<i>Grands groupes ethniques</i> <i>Métissage</i> <i>Degré de métissage/Ethnies associées</i>	<i>Sexe masculin</i>	<i>Sexe féminin</i>	<i>Ensemble des deux sexes</i>
<i>Polynésien demi avec 2 autres ethnies</i>	762	750	1 512
<i>Polynésien métissé avec 3 autres ethnies</i>	10	10	20
<i>Européens et assimilés</i>	13 611	8 886	22 497
Sans métissage	12 184	7 613	19 797
Avec métissage	1 427	1 273	2 700
<i>Européen dominant</i>	606	581	1 187
Européen dominant avec Polynésien	515	518	1 033
Européen dominant avec Asiatique	50	26	76
Européen dominant avec Autre	41	37	78
<i>Européen demi avec une autre ethnie</i>	594	466	1 060
Européen demi avec Asiatique	399	325	724
Européen demi avec Autre	195	141	336
<i>Européen demi avec 2 autres ethnies</i>	227	226	453
<i>Asiatiques et assimilés</i>	4 632	4 219	8 851
Sans métissage	3 992	3 622	7 614
Avec métissage	640	597	1 237
<i>Asiatique dominant</i>	463	436	899
Asiatique dominant avec Polynésien	433	408	841
Asiatique dominant avec Européen	28	25	53
Asiatique dominant avec Autre	2	3	5
<i>Asiatique demi avec une autre ethnie</i>	27	22	49
Asiatique demi avec Autre	27	22	49

<i>Asiatique demi avec 2 autres ethnies</i>	<i>150</i>	<i>139</i>	<i>289</i>
<i>Autres</i>	<i>648</i>	<i>496</i>	<i>1 144</i>
<i>Sans métissage avec les 3 ethnies principales</i>	542	401	943
<i>Avec métissage</i>	106	95	201
<i>Autre dominant</i>	<i>34</i>	<i>30</i>	<i>64</i>
Autre dominant avec Polynésien	18	13	31
Autre dominant avec Européen	16	12	28
Autre dominant avec Asiatique		5	5
<i>Autres demi avec 2 autres ethnies</i>	<i>72</i>	<i>65</i>	<i>137</i>
Total	98 345	90 469	188 814

(Source : Institut territorial de la statistique, *op. cit. supra*, p. 541 : 86.)

[p. 544]

Parmi ces ethnies, celle des Demis présente un intérêt particulier. À l'origine, la définition du Demi est avant tout physiologique : est Demi l'enfant né d'un parent *ma'ohi* (Polynésien de souche) et d'un Blanc (*popa'a*). Puis les mélanges sont devenus plus complexes. Les Demis ont pu être non seulement euro-polynésiens, mais sino-polynésiens, ces deux groupes se croisant eux-mêmes. Mais la qualité de Demi est aussi culturelle : la langue, la religion, le sentiment identitaire empruntent en des proportions variables aux cultures des ethnies en présence. De plus, l'identification culturelle varie avec le temps. Jusqu'aux années soixante-dix, les Demis valorisèrent volontiers leur culture européenne. Avec la vague du renouveau culturel, la quête de l'identité *ma'ohi*, ils ont alors davantage opté pour le rapprochement avec la culture polynésienne. Par ailleurs, les Demis sont déterminants dans la vie politique, car ils constituent la majeure partie de la classe politique locale. Qu'en est-il au niveau socio-économique ?

L'intérêt majeur de l'ethnisation des données démographiques réside en effet dans les résultats auxquels elle permet de parvenir à ce niveau. Ils sont synthétisés dans les tableaux suivants :

*Part des Polynésiens et « Demis »
dans les catégories supérieures en 1988*

<i>Polynésiens et assimilés appartenant à la couche supérieure</i>	<i>Ensemble toutes ethnies confondues</i>	<i>Polynésiens et assimilés</i>			<i>Polynésiens et assimilés en % de la catégorie socio-professionnelle</i>		
		<i>Sans métissage</i>	<i>Avec métissage</i>	<i>Total</i>	<i>Sans métissage</i>	<i>Avec métissage</i>	<i>Total</i>
Commerçants et assimilés	1 721	419	197	616	24,3	11,4	35,8
Chefs d'entreprise de 10 salariés ou plus	218	31	28	59	14,2	12,8	27,1
Professions libérales	403	24	23	47	6,0	5,7	11,7
Cadres de la fonction publique	724	123	90	213	17,0	12,4	29,4
Professeurs, professions scientifiques	1 066	59	55	114	5,5	5,2	10,7
Profession de l'information, des arts et des spectacles	312	124	36	160	39,7	11,5	51,3
Cadres administratifs et commerciaux d'entreprise	725	63	75	138	8,7	10,3	19,0
Ingénieurs et cadres techniques d'entreprise	504	84	42	126	16,7	8,3	25,0
Total	5673	927	546	1473	16,3	9,6	26,0

[p. 545] Répartition de la population active par couche sociale en 1988

	Ensemble	Polynésiens		Européens	Asiatiques	Autres
		Sans métissage	Avec métissage			
Couche supérieure	5 673	927	546	3 140	960	100
Couche moyenne	2 6273	12 294	4 554	6 871	2 269	285
Couche populaire	43 447	33 932	5 614	2 183	1 487	231
Couche supérieure	100,0%	16,3%	9,6%	55,3%	16,9%	1,8%
Couche moyenne	100,0%	46,8%	17,3%	26,2%	8,6%	1,1%
Couche populaire	100,0%	78,1%	12,9%	5,0%	3,4%	0,5%
Couche supérieure	7,7%	2,0%	5,1%	25,8%	20,4%	16,2%
Couche moyenne	34,8%	26,1%	42,5%	56,3%	48,1%	46,3%
Couche populaire	57,6 %	72,0%	52,4%	17,9%	31,5%	37,5%
Ensemble	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

(Source : B. Poirine, *op. cit. supra*, p. 541 : 98.)

Afin de commenter ces données globales, il convient de leur apporter quelques précisions (cf. B. Poirine, *op. cit. supra*, p. 541 : 21-33 et 56-69). Les ménages européens sont surreprésentés dans les catégories supérieures, les Polynésiens non métissés dans les inférieures. Les Demis sont représentés à peu près également dans toutes les catégories par rapport à leur pourcentage dans l'ensemble des ménages, sauf chez les cadres et professions intellectuelles : leur ascension politique est donc supérieure à leur progression socio-économique ; la thèse couramment admise d'une « bourgeoisie » demi s'en trouve affaiblie. Les Asiatiques sont sur-représentés chez les commerçants et chefs d'entreprise. Le taux de chômage des Polynésiens (10,5%) est le triple de celui des Européens (3,1%) ; et le quintuple des Asiatiques (1,8%). Les Polynésiens ont dans l'ensemble un niveau de formation inférieur à celui des autres ethnies. Le niveau des études supérieures est atteint par 0,4% des Polynésiens non métissés, 2% des Demis, 20,7% des Européens, 6,9% des Asiatiques. Les Demis ont donc 5 fois plus de chances d'être diplômés de l'enseignement supérieur que les Polynésiens non métissés, et les Asiatiques 17 fois plus. Globalement, la réussite scolaire est indifférente quant à la langue parlée dans le cercle domestique : compte surtout le niveau d'études des parents, en particulier de la mère.

On remarquera donc que les plus anciens occupants de l'archipel sont aussi ceux situés au plus bas de la hiérarchie socio-économique. Cette prolétarianisation n'est nullement exceptionnelle : elle concerne la plupart des autochtones dans le monde, y compris dans les pays occidentaux. Ceci explique sans doute largement les quêtes identitaires commencées il y a vingt ans. La valorisation de la culture *ma'ohi* illustre bien le phénomène de réinvention de la Tradition défini plus haut (cf. *supra*, p. 536-537), d'autant plus vif que, comme en Polynésie, l'acculturation a été profonde. En 1985, B. Saura écrivait (*op. cit., supra*, p. 541 : 18) : « Attirés par l'occidentalisation et le mirage du progrès économique, les *Ma'ohi* s'écartent peu à peu de leur culture d'origine, sans pour autant trouver une nouvelle identité culturelle. D'où le sentiment de frustration et la conscience d'être un *hutu painu* (un être à la dérive) qui l'accompagne, le jour où l'on s'aperçoit que l'on ne peut se conformer à un [p. 546] modèle culturel, faute d'avoir les moyens économiques de le faire. » En 1992, B. Poirine (*op. cit., supra*, p. 541 : 130) est plus optimiste et défend la thèse du *melting pot* culturel. Le Polynésien se serait occidentalisé dans ses pratiques de consommation, tout en maintenant ses valeurs distinctes sur d'autres plans : « En donnant ses "vahine", en adoptant les produits "popaa" pour sa consommation personnelle, ce dernier ne voulait pas abandonner sa culture, mais au contraire assimiler l'occupant pour mieux le neutraliser culturellement. Cette

tactique a réussi, alors qu'à Hawaï ou en Nouvelle-Zélande la culture polynésienne a été pratiquement éliminée. » L'avenir tranchera.

Sur le plan scientifique, on comprend que l'étude de ces problèmes devrait être d'un intérêt majeur pour les juristes, spécialement universitaires. Une *Université française du Pacifique* (UFP) a été créée en 1987, afin d'affirmer le rayonnement de la France dans cette zone, majoritairement anglophone. Elle possède deux centres : à Papeete et Nouméa. De gestion parfois tourmentée, l'UFP organise des colloques portant sur les spécificités locales (en 1994 : à Nouméa, *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique*, P. de Deckker et J.-Y. Faberon (dir.) ; à Papeete, *Le statut du territoire de Polynésie française 1984-1994*, J.-Y. Faberon (dir.)). L'étude des particularismes est moins bien assurée au niveau des enseignements. On peut le regretter. La présence française dans le Pacifique doit s'accompagner d'une prise en compte des réalités locales et régionales. Le recrutement des enseignants et administrateurs offre d'incomparables avantages financiers (cf. A. W. Du Prel, Salaires des élus et fonctionnaires à Tahiti, *Tahiti Pacifique*, avril 1995, p. 15-22) qui trouvent leur origine dans l'histoire coloniale et sont en partie justifiés par l'éloignement. L'intérêt scientifique pour les problèmes des régions concernées peut être manifeste chez le personnel universitaire. En 1995, F. Fillon, alors ministre de l'Enseignement supérieur, affirmait à l'occasion d'une visite dans le Pacifique la nécessité d'études « juridiques en droit comparé » et de l'ouverture de « créneaux qui correspondent à des besoins locaux très précis, et pour lesquels on créera une filière complète, d'excellence... » (*Les Nouvelles de Tahiti*, 13 avril 1995). On espère qu'il sera entendu.

257 LE DROIT À LA DIFFÉRENCE : VARIATIONS FRANÇAISES. – Par sa complexité, le droit de l'outre-mer révèle à la fois les possibilités d'infléchissement du « modèle français » et les précautions prises dans la mise en œuvre de ces assouplissements. Car si la France a longtemps connu des traditions pluralistes, celle inaugurée par la République pose des contraintes certaines à la prise en compte des singularités. En témoignent les variations sur le thème du droit à la différence.

La tradition assimilatrice française a été diversement interprétée suivant les époques et les groupes politiques. Dans la première moitié du XX^e siècle, des collectivités territoriales bretonnes et alsaciennes ainsi que diverses associations adressèrent au gouvernement des requêtes en faveur de la préservation des langues locales, pratiquement sans résultat. En 1951, la loi Deixonne, proposée par un député radical-socialiste, marque un tournant. Elle permet l'enseignement dans les lycées des langues bretonne, basque, catalane et occitane. Mais il faudra attendre les événements de mai soixante-huit et la décennie soixante-dix pour que la gauche commence à prendre en charge les aspirations identitaires. En 1971, le PSU publie un document (*Colonialisme intérieur et minorités nationales*) qui contient des propositions en faveur des spécificités ethnoculturelles et de l'autonomie locale. En 1981, le programme électoral de la gauche (110 *propositions pour la France*) énumère des engagements quant à la promotion des cultures et langues régionales. Après la victoire de la gauche aux élections présidentielles, en 1982, le rapport Giordan, *Démocratie culturelle et droit à la différence*, repose sur une représentation multi-ethnique de la France, et l'addition à la citoyenneté politique de deux autres citoyennetés : sociale (droits socio-économiques) et culturelle (droits à l'autonomie culturelle et au partage du patrimoine culturel). La même année, le rapport Queyranne (*Les régions et la décentralisation culturelle*) insiste sur l'association des régions aux décisions nationales. Plusieurs initiatives suivront. En 1982, la loi Defferre sur la décentralisation place dans les compétences des assemblées régionales la préservation de l'identité ; des Commissions régionales du patrimoine historique, archéologique et ethnologique sont instituées ; le ministre de l'Éducation nationale entreprend une politique active en faveur des langues régionales ; le ministère de la Culture inspira beaucoup de manifestations et d'initiatives (J. Lang est à l'origine des rapports Giordan et Queyranne) en faveur des cultures locales et minoritaires (dans les derniers mois de ses fonctions, J. Lang prit même publiquement position contre le refus du gouvernement français de signer la Convention européenne des langues

régionales ou minoritaires, mise au point par le Conseil de l'Europe, ce qui constitue une attitude exceptionnelle de la part d'un ministre en exercice).

En 1985 est créé un Conseil national des langues et cultures régionales. Mais l'année suivante, la victoire de la droite aux élections législatives paralyse ces initiatives. La réélection en 1988 de F. Mitterrand ne marque pas un retour à la politique suivie entre 1981 et 1986. Le débat sur les immigrés était devenu un des points de cristallisation du débat politique, et dans sa majeure partie l'opinion publique n'était plus favorable à la thématique du droit à la différence. Il s'ensuivit une réinterprétation de la tradition des partis de gauche, recentrée en direction du jacobinisme, d'autant plus que la majorité des députés de gauche était devenue très précaire, situation qui n'autorisait plus des expériences sociales très hardies. En 1993, le programme électoral de la droite est sans ambiguïté : « ... nous sommes attachés à une conception de l'école qui favorise non pas le *multiculturalisme* [souligné dans le texte] mais la transmission d'une morale, de valeurs et d'une culture communes [...]. Les lois de la République doivent être strictement respectées, et il faut mettre fin aux situations contraires à notre droit et à nos traditions telles que la polygamie »¹.

On aurait cependant tort d'associer la seule gauche à la défense des particularismes, et la droite à l'assimilation centralisatrice. D'une part, l'évolution de la gauche, ses choix de représentations (démocratie locale ou jacobinisme) démontrent sa plasticité. D'autre part, on doit constater des clivages qui ne correspondent pas à cette opposition binaire. Les gaullistes orthodoxes (comme M. Debré), une minorité de socialistes (comme J.-P. Chevènement) et la plupart des leaders communistes partageaient des convictions jacobines. La majorité des socialistes et beaucoup de centristes défendaient volontiers une politique pluraliste. L'extrême-droite quant à elle refuse une société pluriculturelle et interprète à sa manière le droit à la différence en y fondant son refus d'intégrer les cultures considérées comme inassimilables (les Maghrébins sont en premier visés).

On en conclura donc qu'au-delà des clivages entre partis, ce sont les représentations qui sont en cause, ici entendues comme les croyances en des formes plus ou moins autoritaires ou libérales de l'exercice du pouvoir politique et des fonctions attribuées à l'État. Par ailleurs on notera que pendant la période (1981-1986) où furent prises des initiatives pluralistes, celles-ci concernèrent surtout des reconnaissances d'autonomies locales et régionales, et de l'expression de langues ancrées dans un espace géographique. Mais les particularismes peuvent avoir aussi une base personnelle. Soit ils concernent le statut personnel des immigrés, soit ils visent la reconnaissance de traits culturels spécifiques tels que la religion (essentiellement la religion musulmane), soit ils sont spécifiques de certaines populations de l'outre-mer. Les particularismes territoriaux ne posent pas de problèmes quant au respect de l'article 2 de la Constitution, prohibant les distinctions fondées sur l'origine. En ce qui concerne les autres, le mécanisme des qualifications permet le plus souvent d'échapper aux dilemmes. Les immigrés n'ayant pas la nationalité française ne sont jamais considérés comme des minoritaires ; les spécificités religieuses sont présentées comme la conséquence [p. 548] d'un droit individuel à la liberté religieuse, fût-ce au prix de profondes réinterprétations de principes traditionnels du droit français (jurisprudence du Conseil d'État sur les foulards islamiques) ; le droit applicable à l'outre-mer ne permet qu'une lecture en creux du statut des peuples autochtones. La stratégie consiste donc ici à injecter dans le système français une certaine dose de pluralisme, mais en le faisant dans le cadre des catégories existantes, ou en redessinant leurs contours.

On se demandera enfin quelle est la source de la reconnaissance des particularismes : faut-il en créditer le centre ou les périphéries ? Il est certain que les revendications régionalistes ont été largement le fait d'un courant d'intellectuels libertaires peu enclins au centralisme étatique. Les associations volontaires regroupant les membres de communautés dispersées (Arméniens, Juifs, Gitans, Maghrébins, Asiatiques, etc.) ont aussi joué leur rôle. Mais on observera que les organes dirigeants de la plupart de ces communautés étaient établis à Paris, siège des principales autorités gouvernementales et administratives. D'autre part, en 1986, puis en 1988, lorsque les conditions

¹ Cf. *Libération*, 10 février 1993, p. 7.

politiques nationales n'y ont plus été propices, cette politique a tourné court. On est donc tenté de penser que même dans le cadre d'une stratégie de valorisation des particularismes, la tradition française qui situe au centre le point de départ des principales initiatives n'a pas été violée.

Autant de preuves que la tradition républicaine est susceptible de multiples réinterprétations, qui dépendent de stratégies accordées aux inévitables changements des données du jeu politique.

[p. 549]

Conclusion de la III^e partie

La démocratie et les autochtones

[Retour au sommaire](#)

À l'orée du XXI^e siècle, les prédictions contradictoires se heurtent. Pour certains (F. Fukuyama), celui-ci verra la « fin de l'histoire » opérée par l'extension de la démocratie. Pour d'autres (S. Huntington), le III^e millénaire s'ouvrira au contraire par des conflits avant tout motivés par des divergences culturelles. L'évolution du statut des autochtones sera un bon test de ces hypothèses. Car à l'est comme à l'ouest, elle mesurera la capacité de tolérance et de démocratie dont seront capables États et sociétés dominantes. À l'heure actuelle, les progrès les plus significatifs ont été enregistrés dans le Premier Monde. C'est là que les autochtones ont davantage développé leur capacité d'auto-organisation, en utilisant le langage et les mécanismes de l'État de droit. La plupart des États qui y appartiennent ont évolué de l'intégration au multiculturalisme (la France largement exceptée). Parallèlement, la question autochtone s'est internationalisée.

Cependant, deux constatations au moins incitent à la prudence.

D'une part, c'est souvent là où les autochtones sont le plus acculturés que sont valorisées les idéologies différentialistes. Elles ne conduiront donc pas au retour à l'ordre ancien, mais au mieux à l'aménagement d'une autre forme de modernité au sein, ou à côté, de celle pratiquée par les sociétés dominantes. En ce sens, le droit à la différence pourrait même conduire à l'assimilation progressive. D'autre part, l'internationalisation de la question autochtone peut [p. 550] aussi engendrer sa dislocation. Celle-ci fut principalement l'œuvre des Amérindiens. L'Afrique en est absente, même si l'ONU y localise certains peuples autochtones ¹. L'Asie y est peu présente, alors qu'y vit la majorité des autochtones. Or dans bien des cas se déroulent aujourd'hui sur ces continents des exactions et spoliations du type de celles perpétrées par l'Occident aux siècles précédents dans le Nouveau Monde.

¹ Au Sahara et dans le Sahel, dans le sud Soudan, dans la zone est, le désert du Kalahari et les forêts de l'Ituri (cf. la carte publiée par le Département de l'information : DN/1316-93295-novembre 19929M), et *supra*, p. 440, n. 4.

Dans ces conditions, les progrès du droit international, dont on peut se féliciter, ne doivent pas faire illusion : ils ne suffisent pas à modifier la condition concrète de la plupart des autochtones d'aujourd'hui, qui reste dominée par la variété des droits internes et la puissance de la souveraineté étatique. Celle-ci est-elle absolue ? Elle peut être diversement contrainte. D'une part par son expression juridique. La démocratisation des États où vivent les autochtones, leur transformation en États de droit sont des facteurs favorables. L'expérience historique nous montre que la démocratie n'entraîne pas nécessairement la prise en compte du droit à la différence des autochtones, mais qu'elle la permet incontestablement mieux que les régimes autoritaires. D'autre part l'aménagement de l'aide économique consentie par les institutions internationales et bancaires à certains États peut les contraindre à limiter les abus dont ils sont familiers à l'encontre de leurs autochtones. Les politiques d'ajustement structurel, les aides au plan de développement pourraient contenir des clauses relatives à la protection de ces peuples (les récentes directives de la Banque mondiale en témoignent¹). L'issue des débats juridiques retracés dans les chapitres qui précèdent en dépendra largement.

D'autre part, l'évolution du droit international favorable aux autochtones ne doit pas faire oublier que ceux-ci sont prioritairement soumis aux droits internes des États dans lesquels ils sont englobés. Leurs statuts sont donc extrêmement divers. Ils dépendent des traditions juridiques, de la nature des régimes politiques, du nombre des autochtones et de leur répartition sur le territoire national, des plans de développement économique, etc. Ces conditions [p. 551] sont autant de données dans les règles du jeu affectant le sort des autochtones.

Les politiques juridiques (comme S. Pierré-Caps l'a montré au sujet des minorités dans la deuxième partie de cet ouvrage) ne sont pas nécessairement révélatrices de leur condition. Non seulement elles varient de l'assimilation au pluri-culturalisme (la tendance générale allant plutôt dans ce dernier sens) mais, paradoxalement, le respect des différences peut être davantage garanti par un État de droit affichant une politique d'assimilation ou d'intégration que par un État autoritaire se parant des vertus du pluriculturalisme. Dans le même sens, on doit systématiquement confronter les dispositions législatives et constitutionnelles à la pratique des États... qui peut être fort différente (comme dans de nombreux endroits de l'Amérique du Sud).

À l'heure actuelle, comme on l'a maintes fois constaté dans les développements qui précèdent, les droits des autochtones paraissent les mieux garantis dans les pays du Premier Monde. Même si bien des progrès restent à faire. Car certains constats sont troublants. Le régime d'autonomie dont bénéficie depuis 1979 le Groenland par rapport au Danemark est en général décrit de la façon la plus positive par les experts. Mais ce territoire connaît le plus fort taux de

¹ Cf. Shelton H. Daves, *The World Bank and Indigenous Peoples*, in L. Van de Fliert (ed.), *Indigenous Peoples and International Organisations*, Nottingham, Spokesman, 1994, p. 75-83.

suicides du monde... Même tableau au Canada¹ : le taux de suicides des autochtones est deux à trois fois plus élevé que chez les non autochtones (cinq à six fois plus parmi les jeunes). Parallèlement, les différents indicateurs socio-économiques montrent bien qu'en Amérique du Nord les autochtones constituent globalement une catégorie défavorisée : fort taux de chômage, seuil de mortalité inférieur à la moyenne, taux de délinquance et d'incarcération en revanche supérieurs. Circonstance aggravante, ces mauvais indicateurs peuvent coïncider avec l'abondance des ressources énergétiques (les terres indiennes représentent aux États-Unis 2,4% de la superficie du pays, et pourraient contenir 23% des ressources pétrolières nationales). La réserve navajo en est abondamment pourvue. Pourtant le revenu annuel d'un Navajo est très inférieur à la moyenne nationale et le taux de chômage est très élevé².

[p. 552]

En Amérique du Sud, la situation est contrastée, et dépend souvent de la nature démocratique ou autoritaire des États. En Asie, on sait que le sort des autochtones est fréquemment inquiétant, voire dramatique. Quant à l'Afrique, son silence n'augure rien de bon, et les cas des Touareg³, celui des peuples négroïdes du Sud-Soudan risquent de n'être pas exceptionnels.

Enfin, près de l'Europe, le cas des peuples autochtones du nord de la Russie est préoccupant⁴. Au lendemain de la Révolution d'Octobre, un Comité du Nord fut créé (en 1924) sous l'influence du grand ethnologue V. Bogoraz. Tant que le pouvoir bolchevik eut à lutter pour sa survie et sa diffusion sur l'ensemble du territoire, le Comité put émettre des recommandations favorables au maintien des spécificités des peuples autochtones. Mais les choses prirent un autre cours à partir de 1929. Il fallait maintenant que les territoires du Nord participent à l'industrialisation du pays, et que les anciennes structures claniques et croyances religieuses fassent place à l'*homo sovieticus*. Cette politique d'éradication réussit largement, d'autant plus qu'au lendemain du second conflit mondial, la région vit son intérêt stratégique décupler, d'où la « nécessité » d'un contrôle du territoire faisant peu de cas des intérêts des autochtones, par ailleurs confrontés aux ravages imposés à leur environnement. Il faudra attendre la *Glasnost* et ces dix dernières années pour qu'à nouveau le destin paraisse s'infléchir. En 1989, une réunion d'experts – le *Samotlor Practicum* – préconisa la mise en œuvre d'une politique de

¹ Commission royale sur les peuples autochtones, *Choisir la vie : un rapport spécial sur le suicide chez les autochtones*, Ministère des approvisionnements et services, Canada, 1995.

² Cf. N. Bernheim, Riches réserves pour pauvres Indiens, *Le Monde*, 8 et 9 mai 1983.

³ Au Niger et au Mali, les gouvernements réemploient les vieilles thèses évolutionnistes qu'utilisaient les Européens au siècle précédent pour légitimer la colonisation (cf. H. Claudot-Hawad, Question touarègue : un silence éloquent, *La République des Lettres*, 10, 30 décembre 1994, p. 8-9).

⁴ Cf. N. Vakhtin, Native Peoples of the Russian Far-North, in *Polar Peoples. Self-Determination and Development*, Minority Rights Group, Londres, 1994, p. 29-80 ; et également Debra L. Schindler, Russian Hegemony and Indigenous Rights in Chukotka, *Études Inuit*, 16 (1-2), 1992, p. 51-74.

réserves en faveur des autochtones, et leur participation à toute décision les concernant, notamment dans le domaine économique. Un premier Congrès des minorités du Nord se tint l'année suivante à Moscou, qui demanda au gouvernement de ratifier la Convention 169 de l'OIT et la reconnaissance du droit à l'autodétermination. Il reste qu'à l'heure actuelle, ces autochtones vivent souvent dans des conditions matérielles très difficiles, et manquent de cadres. Afin de remédier à cette dernière lacune, la France [p. 553] a créé en 1991 une École des cadres à Saint-Pétersbourg (Académie polaire franco-russe)¹, où enseignent des spécialistes français et russes².

Ces différentes données nous confrontent à une histoire et à un droit en train de se faire : l'avenir reste énigmatique.

¹ Cf. I. Ramonet, Un espoir pour les autochtones de Sibérie, *Le Monde diplomatique*, juillet 1993, p. 15. L'Académie est dirigée par J. Malaurie.

² En dehors de ces rapides aperçus, une étude beaucoup plus détaillée serait ici nécessaire, pour laquelle malheureusement la place manque. On devra donc se résigner à ne donner au lecteur que quelques conseils. D'abord, consulter le rapport Cabo et les données fournies par J. Burger, *Report from the Frontier. The State of the Worlds Indigenous Peoples* (Londres, Zed Books, 1987). Mais ces ouvrages reposent sur des données datant d'une vingtaine d'années. Il faut donc les réactualiser, notamment grâce aux rapports préliminaires de la Division des sociétés transnationales et de la gestion (ONU) (cf. supra, p. 488, n. 2). Par ailleurs on consultera les données très nombreuses réunies par le Centre de documentation et d'information sur les populations indigènes (DOCIP, 11, avenue de Trembley, 1209 Genève). L'ouvrage de R. Stavenhagen, *The Ethnic Question* (Tokyo, United Nations University Press, 1990) est un peu plus récent et très utile. Pour l'Amérique du Sud : cf. M. Léger, *Des peuples enfin reconnus* (Montréal, Ecosociété, 1994) ; *Problèmes d'Amérique latine*, 7 (octobre-décembre 1992), La Documentation française. On surveillera par ailleurs en 1996 la parution de l'étude Martinez sur les traités. Le lecteur consultera aussi la très précieuse collection des Reports du Minority Rights Group International (379 Brixton Road, Londres SW 97 DE).

[p. 555]

Conclusion générale ¹

« L'exclusive fatalité, l'unique tare qui puisse affliger un groupe humain et l'empêcher de réaliser pleinement sa nature, c'est d'être seul. »

C. Lévi-Strauss, *Race et histoire* (1952).

[Retour au sommaire](#)

Été 1831 : au lendemain d'un concert qui a séduit le public de Munich, un jeune pianiste arrive à Stuttgart. Il y apprend le 8 septembre la capitulation de Varsovie. Dans son journal, il accuse Dieu d'être russe. D'autres traces du désespoir de Chopin sont parvenues jusqu'à nous. Son dernier *Prélude*, et surtout l'*étude* « Révolutionnaire ». Sombres et véhémentes, ces œuvres ne sont éclairées que par quelques brefs passages en majeur. Les chants en sont durs, moins héroïques que tourmentés. A. Cortot parlera de l'« accent fauve et intense » du thème du *Prélude*, qui s'incruste dans un motif heurté et obstiné tenant lieu d'accompagnement. Le chant de l'*Étude* est plaqué sur un flot de notes creusé par des passages chromatiques : le signe de la douleur.

Soumise depuis le XVIII^e à plusieurs partages, la Pologne n'évitera pas, malgré ses insurrections, sa fragmentation en minorités au sein de plusieurs États. Pendant longtemps, l'Europe connaîtra de tels bouleversements. États dissociés et remembrés au gré des vainqueurs ; peuples égrenés sur leurs frontières, sans compter ceux qu'en son sein l'Empire soviétique déporta en masse : les minorités sont les enfants de ces tumultes. Au lendemain du second conflit mondial, le droit semblait consacrer leur abolition, comme celle des autochtones, reliquats d'une conquête peut-être injuste, mais définitive. Notre siècle s'achève tout autrement : à leur manière, les juristes en témoignent.

[p. 556]

¹ Cette partie a été rédigée par N. Rouland.

Ceux qu'a réunis cet ouvrage éprouvent des incertitudes, mais pensent aussi être parvenus à quelques résultats, qui s'inscrivent dans l'histoire actuelle de la démocratie.

258 LES INCERTITUDES. – Ce sont celles d'un droit naissant (dans le cas des autochtones) ou profondément transformé après une longue éclipse (dans celui des minorités). Il est marqué par les réticences des États, soucieux de leur indivisibilité. En témoignent plusieurs faits. Tout d'abord le débat sur les conceptions individualistes des droits des minorités et des autochtones, soutenues par les États, et les collectives, revendiquées par ces groupes, l'avantage revenant à ce jour aux premières. Ensuite les controverses sur le droit à l'autodétermination, choix entre la sécession et l'autonomie interne pour la doctrine anglo-saxonne, ou droit à l'identité des minorités à *l'intérieur* d'un État, comme le soutenaient au début du siècle les austro-marxistes remis à l'honneur par S. Pierré-Caps : « ... de principe de constitution de l'État au titre du droit d'un peuple à devenir un État, il devient un principe d'organisation de l'État au titre du droit d'un peuple à ne pas devenir un État. »¹ On y ajoutera le décalage entre l'énumération souvent fort longue des droits reconnus par les instruments internationaux aux minoritaires et aux autochtones, et leur faible justiciabilité. Autre sujet de doute, qui n'est pas des moindres : l'absence de définition des minorités et des autochtones dans les instruments internationaux, même si certains s'en approchent. Ici encore jouent les réticences des États, soucieux de garder leur liberté d'action. Mais également des conditions objectives : minorités et autochtones ont des histoires souvent fort différentes et sont aujourd'hui soumis à des régimes politiques très divers. Qu'on songe seulement à tout ce qui sépare les minorités des deux Europes. À l'est, elles sont surtout le produit de démembrements issus des conflits mondiaux, imposés aux vaincus, que l'histoire n'a pas absorbés : dans des pays pour la plupart ignorants des traditions démocratiques, leurs revendications peuvent amorcer des dérives allant jusqu'à la « purification ethnique ». À l'ouest, qui n'a pas toutes les vertus (on se souvient du drame irlandais à peine apaisé, sans parler du nationalisme corse et [p. 557] du problème basque), elles procèdent souvent de processus historiques amortis par leur propre longévité et dont les mécanismes de l'État de droit ou des traités bilatéraux parviennent la plupart du temps à maîtriser les tensions. De manière générale, l'effort d'unification du droit international se trouve donc freiné par la variété des expériences historiques, et celle des droits internes en résultant.

Mais les incertitudes s'étendent au-delà. Il faut le reconnaître, nous ne disposons pas aujourd'hui d'une théorie générale des minorités qui permettrait de situer chaque cas concret dans une typologie idéale, et indiquerait quels moyens utiliser pour parvenir à telle solution désirée : les juristes ne peuvent proposer que des hypothèses. Au reste cette modestie n'est pas le signe d'une particulière

¹ S. Pierré-Caps, *La Multination*, Paris, Odile Jacob, 1995, p. 153

faiblesse : la science économique, celle de la politique existent sans qu'elles aient créé le meilleur des mondes. On aimerait pourtant s'appuyer sur quelques idées sûres. Soumises à l'épreuve de l'altérité, quelle réponse les sociétés humaines ont-elles privilégié ? Les anthropologues sont divisés. Beaucoup d'entre eux suivraient volontiers C. Lévi-Strauss quand il affirme la prééminence de l'alliance sur le conflit, et identifie le malheur d'un groupe humain à sa solitude. Mais sans verser dans le pessimisme outrancier de Hobbes, l'insistance des données ethnographiques sur les conflits entre communautés différentes¹, la quasi-universalité de la minoration du statut des étrangers montrent que l'ouverture à l'Autre et son respect ne sont jamais acquis. Ils dépendent sans doute d'une culture politique : la démocratie les favorise davantage que les régimes autoritaires. Mais aussi de données plus concrètes. J. Poumarède a souligné le lien entre la tolérance envers les minorités et la taille de la configuration politique dans laquelle elles sont insérées². Sans doute faudrait-il prendre aussi en compte leur taux de dispersion dans la population globale ou, au contraire, leur homogénéité territoriale. La liaison semble en tout cas plusieurs fois avérée : l'Empire romain a été plus souple que les cités grecques. Mais l'immense Chine ne fut guère libérale envers ses peuples minoritaires, pas plus que l'ex-empire soviétique. Et à l'époque contemporaine, les progrès de la technologie et des modes de transmission des données ne compensent-ils pas l'éloignement dû aux distances ? Le sort des [p. 558] autochtones n'est pas moins divers. Les Inuit ont longtemps bénéficié de leur isolement : mais l'exemple actuel des Papous d'Irian Jaya montre que l'éloignement n'est plus un bouclier.

En fait, la théorie des minorités et des autochtones obéit aux contingences de la complexité. Il serait illusoire de prétendre dégager un – ou quelques – facteurs absolument déterminants : seuls leurs assemblages en faisceaux le deviennent. C'est dans cette direction que devra s'orienter la recherche. Mais si la modestie est nécessaire devant l'ampleur de la tâche qui reste à accomplir, elle laisse intacts quelques résultats auxquels nous pensons être parvenus.

259 LES RÉSULTATS. – On observera d'abord – et c'est la raison même de l'existence de cet ouvrage – qu'en droit international et, à un moindre degré, européen, minorités et autochtones connaissent un renouveau auquel bien peu s'attendaient au milieu de ce siècle. Celui-ci est certes dû à l'action de ces groupes eux-mêmes. Mais elle ne suffit pas à l'expliquer. Il y a eu en effet conjonction de ces initiatives avec des transformations opérées au sein des sociétés dominantes. On ne peut en citer ici que quelques facteurs. Le déclin des grandes idéologies (la croyance dans le marché ne donne pas de sens à la vie), l'isolement auquel peut conduire l'exacerbation de l'individualisme expliquent sans doute un besoin d'enracinement identitaire et la tentation communautaire, ainsi que le respect marqué envers d'autres systèmes de valeurs (notamment ceux des autochtones),

¹ Cf. P. Clastres, *Recherches d'anthropologie politique*, Paris, Le Seuil, 1980), p. 171-207.

² Cf. *supra*, p. 147.

peut-être plus prometteurs. La persistance de la crise économique, en brisant la croyance dans la linéarité du progrès, joue dans le même sens.

Notons ensuite que cette évolution n'est pas uniforme. Les autochtones furent longtemps confondus avec les minorités. Aujourd'hui, le droit consacre toujours plus leur distinction. Elle n'est pas séparation : les autochtones peuvent invoquer le droit des minorités tout autant que celui qui leur est spécifique, dans une démarche qui illustre bien les théories du pluralisme juridique. Cette distinction est largement fondée sur l'histoire, dont il convient de souligner le rôle dans le domaine que nous avons exploré.

Comme le lecteur l'aura remarqué, les données historiques occupent une large place dans cet ouvrage. Non par académisme, ou pour avoir confondu les concepts d'origine et de cause : l'histoire n'explique [p. 559] pas tout, partout et toujours ; de surcroît elle donne plus des idées que des solutions. Mais elle est au cœur des processus de légitimation dont autochtones et minorités entourent leurs revendications. Son rôle est donc ambigu. D'un côté, dans la mesure même de son instrumentalisation par ces groupes, elle est utilisée plus que révélée : l'identité est fondée sur des processus sélectifs opérés sur son contenu. Mais d'autre part, elle est bien la source de données objectives qui justifient qu'on ne la traite pas à la légère. Citons-en quelques-unes. On constate tout d'abord que les représentations uniformisantes sont souvent productrices des particularismes qu'elles entendent résorber. J. Poumarède l'a fait remarquer au sujet des monothéismes ¹. On peut aussi pointer les responsabilités de l'État-nation, « machine à produire des minorités » ². En Europe surtout, la diversité des populations est si grande que la carte politique ne peut la refléter que de façon très imparfaite. Comme l'a bien démontré S. Pierré-Caps, le principe des nationalités défini dans l'enthousiasme de la Révolution française comme instrument de combat contre le despotisme a vite rencontré ses limites. Les puissances européennes disjoindront dès 1815 au sujet de la Pologne le droit à l'existence, nationale et celui à une existence politique indépendante. Par la suite s'affirmera le constat qu'afin d'éviter le pullulement étatique, on ne peut donner à chaque nationalité un État qui lui soit propre. Dès lors vont se trouver en contact au sein d'un même État une majorité et des minorités : de la nécessité de protéger les dernières naîtra un droit des minorités. La situation des autochtones offre aujourd'hui des similitudes : le nombre des peuples qu'ils forment – environ quatre mille – fait contraste avec celui des États-membres de l'ONU – moins de deux cents.

Observons par ailleurs que l'histoire écoulée depuis la décolonisation montre que l'Occident ne peut plus être tenu pour seul responsable de l'oppression envers

¹ Cf. *supra*, p. 148.

² A. Fenet, L'Europe et les minorités, dans A. Fenet (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 86.

les minorités et les autochtones : les exemples abondent en ce sens, que nous avons surtout signalés dans la partie consacrée à ces derniers ¹.

[p. 560]

Le recours à l'histoire, ou en tout cas à celui de l'observation des données concrètes, nous conduit à un autre constat, qui traverse tout cet ouvrage. Celui de l'autonomie, relative mais certaine, entre les modèles et les pratiques : plus que jamais, répétons que les règles juridiques deviennent ce que les hommes en font. Il ne s'agit pas seulement d'énoncer le lieu commun suivant lequel le droit ne reflète jamais exactement les pratiques. Mais de constater qu'un modèle peut être utilisé pour rendre compte de réalités bien différentes de son énoncé. Le pluralisme peut labelliser des sociétés en voie d'homogénéisation : l'Amérique du Nord n'est sans doute pas la marqueterie ethnique qu'on croit apercevoir de ce côté de l'Atlantique (la progression des mariages mixtes en témoigne). À l'inverse, comme nous l'avons montré, l'obstination unitaire de la France ne la transforme pas en enfer des minorités et des autochtones : l'affichage des principes républicains n'inhibe pas la mise en œuvre officieuse d'un certain pluralisme. On se souviendra enfin de l'observation faite par J. Poumarède à propos du haut Moyen Âge : le système de la personnalité des lois n'a nullement empêché l'intégration pacifique des populations.

Ce qui conduit à condamner fermement certaines oppositions binaires caricaturales, souvent reprises par les médias, et même développées dans certains milieux intellectuels et universitaires. Comme l'écrit J. Roman : « On accrédite ainsi la thèse d'un vaste conflit mondial, qui oppose d'un côté les visions universalistes, les valeurs de la laïcité, des droits de l'homme, la référence à une culture nécessairement anticipatrice et, d'un autre, des particularismes rétrogrades, un nouvel obscurantisme, l'emprise totale du groupe et des traditions sur l'individu, la confusion permanente du religieux et du politique. » ² Cette présentation est d'autant plus regrettable qu'elle obère toute la souplesse dont est capable le modèle français, que nous croyons avoir démontrée.

Elle le dénature également en le situant en dehors de l'histoire. À la fin du XIX^e siècle, la France est encore un pays de nombreux particularismes : dans les années 1870, on ne parle pas français dans un tiers des communes. On peut donc s'expliquer le caractère uniformisant de l'unité républicaine. Aujourd'hui, ce paysage a changé : les [p. 561] problèmes d'insertion sont moins causés par le repliement sur les traditions que la généralisation de l'individualisme ³ et les fractures socioéconomiques. On peut en déduire que l'aménagement de politiques pluralistes pourrait moins dégrader le lien social que le restaurer, sans qu'il soit

¹ Un témoignage parmi tant d'autres : celui des clichés racistes utilisés au Mali par certains mouvements à l'encontre des Touareg, qui rappellent l'antisémitisme européen (cf. H. Claudot-Hawad, « Négrafricanisme » et racisme, *Le Monde diplomatique*, avril 1995, p. 30. Cf. également *supra*, p. 20-21.

² J. Roman, Un multiculturalisme à la française ?, *Esprit*, juin 1995, p. 145.

³ Cf. J. Roman, *op. cit.*, p. 157.

nécessaire par ailleurs de toucher aux mythes fondateurs de la République, dont on ne saurait nier l'efficacité. Mais nous savons par l'anthropologie que les mythes ne persistent qu'en s'infléchissant, et que les sociétés qui les produisent les déclinent en plusieurs versions.

Par ailleurs, ces présentations outrancières contribuent à isoler la France : beaucoup de pays européens comprennent d'autant moins bien sa position que ses exposés officiels n'en révèlent guère les nuances. Cette illusion d'optique est accentuée par le fait que beaucoup d'États dans le monde font le choix inverse, celui du pluriculturalisme, par ailleurs largement prédominant dans les institutions internationales. Car l'homogénéité ethnique est exceptionnelle : d'après certaines estimations, « la plupart des sociétés se caractérisent à l'heure actuelle par leur diversité en matière identitaire et relationnelle, et les statistiques révèlent que seuls environ 10% des pays peuvent être considérés comme ethniquement homogènes »¹. À des degrés divers, la plupart des États aujourd'hui confrontés aux revendications des minorités y répondent par la mise en œuvre de stratégies que l'on peut qualifier d'associatives. L'objectif poursuivi consiste à la fois à éviter la mise en place de régimes de ségrégation, et la dilution des minorités dans la société dominante. Elles sont définies par les États suivant des qualificatifs (ethniques, nationales, religieuses, linguistiques, etc.) qui correspondent en fait aux objectifs politiques qu'ils poursuivent (certaines minorités sont jugées dignes de l'ascension juridique, d'autres non). Ces stratégies peuvent prendre des formes juridiques très diverses (fédéralisme, autonomie, représentation communautaire, institutions judiciaires autochtones, multilinguisme, distinction entre citoyenneté et nationalité, etc.)². Elles ne réussissent [p. 562] pas toujours ni partout. Mais dans la majeure partie des cas, elles évitent la sécession et les diverses « purifications ethniques ». Les échecs les plus spectaculaires ne condamnent pas nécessairement ces systèmes : la faillite du communalisme libanais est surtout due aux luttes entre Israël, l'OLP et la Syrie. Parallèlement, les régimes totalitaires ou autoritaires, guidés par des principes inverses de ceux de la démocratie, se signalent toujours par une politique *concrète* (qui peut être contraire aux normes constitutionnelles proclamées) hostile aux minorités et aux autochtones (Russie impériale, Italie et Espagne fascistes, Allemagne nazie) : en Chine, les *Han* majoritaires ont une attitude coloniale vis-à-vis des autres ethnies ; dans l'ex-URSS, le régime stalinien a efficacement brisé les structures traditionnelles des peuples autochtones pour construire l'homme nouveau, *homo sovieticus*. De plus, contre l'argumentation très répandue de l'« inflation identitaire » (toute concession à des minorités et autochtones mène fatalement au conflit et à la sécession), on observera que dans bien des cas c'est l'inverse qui se produit : en France même, quand entre 1981 et 1986 beaucoup de revendications des Bretons, Catalans et

¹ N. Auriat, Pluralisme culturel et multiculturalisme, *Lettre de MOST*, 3, juin 1995, Paris, Unesco, p. 1.

² Pour plus de détails, cf. W. Safran, Non-Separatist Policies Regarding Ethnic Minorities : Positive Approaches and Ambiguous Consequences, *International Political Science Review*, 15-1 (1994), p. 62-63.

Basques ont été satisfaites, ces groupes n'ont pas poursuivi une politique maximaliste.

Cependant, une stratégie associative n'est pas nécessairement la clef d'une coexistence harmonieuse : l'exemple de la Yougoslavie le démontre tragiquement. D'autre part, des perversions sont toujours possibles, transformant l'association en ségrégation, comme le démontre l'exemple du mouvement « Politically correct » aux États-Unis, où l'ethnicité tend à devenir l'unique déterminant de la légitimité. Si bien qu'on est amené à postuler un certain nombre de conditions, dont l'addition constitue une solution optimale pour les stratégies associatives, dans la mesure où elle combine l'acceptation de l'unité et le respect des particularismes.

Économiques, tout d'abord. La rareté des ressources, les situations de crise économique constituent des facteurs défavorables, dans la mesure où les stratégies associatives ont un coût économique (discriminations positives, programmes spéciaux, etc.).

Sociologiques, ensuite. La spécificité reconnue aux minoritaires ne doit pas empêcher les phénomènes d'osmose qui seuls permettent la coexistence pacifique. Des indicateurs assez sûrs de cette perméabilité sont le taux d'intermariages et la pratique des cimetières communs, ou contigus ; la corésidence ; la scolarisation commune.

[p. 563] *Politiques*, d'autre part. La laïcité de l'État, ou en tout cas sa tolérance vis-à-vis du pluralisme religieux constitue un facteur favorable. De plus l'individu doit rester libre de choisir ses appartenances communautaires, et d'y renoncer éventuellement. Surtout, de manière plus générale, la viabilité des politiques pluriculturelles suppose le partage de certaines valeurs communes, voire universalisables. On peut penser les trouver dans des révélations religieuses, ou la nature humaine. Nous croyons surtout qu'il nous revient de les construire, *à partir* du constat premier des différences culturelles, et non de leur négation.

Juridiques, enfin. Une perversion toujours possible des stratégies associatives consiste dans la ségrégation. Pour l'éviter, on doit poser en principe que les membres des groupes minoritaires ou autochtones possèdent toujours la citoyenneté de l'État où ils se trouvent, car elle est le vecteur juridique d'un partage de valeurs communes. De même, il faut accepter que lorsque des cultures ont à coexister ou à s'interpénétrer, elles ne peuvent posséder qu'une autonomie relative, et qu'une hiérarchie des normes s'impose donc pour régler les conflits toujours possibles entre normes contradictoires. L'établissement d'une telle hiérarchie est toujours délicat, car il est souvent dicté par la loi du nombre, que dénoncent minorités et autochtones.

On objectera qu'un tel catalogue de conditions dessine les contours d'un État idéal, qui n'existe nulle part. Pourtant certains États européens (Pays-Bas, États scandinaves, Suisse, Belgique) ou plus lointains (Île Maurice) en réunissent une grande partie : on ne s'étonnera pas que les partisans de l'assimilation préfèrent toujours citer le Liban ou la Yougoslavie plutôt que ces exemples largement réussis de politiques pluriculturelles. D'autre part, on peut se demander si la prise

en compte des droits des minorités et des autochtones ne correspond pas à une évolution : l'histoire de la démocratie n'est pas close.

260 L'ÉVOLUTION DE LA DÉMOCRATIE. – Régime peu fréquent dans l'histoire de l'humanité, la démocratie possède cependant une longue histoire, depuis son invention par une cité grecque où n'en bénéficiait qu'une minorité de la population, les citoyens. La règle majoritaire est devenue pour nous l'un de ses pivots. On ne peut cependant l'y réduire. Comme le fait remarquer A. Touraine : « ... la démocratie ne peut pas être le gouvernement de la masse, le gouver-[p. 564] nement de la majorité : Hitler a été élu par la majorité ; le régime communiste a été instauré à Prague par des élections *grosso modo* correctes et on pourrait penser qu'au moment où Staline est mort, il est parti emportant les regrets d'une grande majorité de la population qui pleurait dans les rues. » ¹ Le nombre est un principe d'ordre qui n'est pas nécessairement lié à la Raison. La Cour de Strasbourg elle-même a affirmé : « ... la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante. » ² Autrement dit, la démocratie n'est pas une arithmétique : elle se mesure plutôt au degré de diversité qu'elle est disposée à reconnaître, et capable de gérer. Le fait que les régimes autoritaires se définissent par la règle et les pratiques inverses le prouve bien.

Par ailleurs, l'évolution de nos sociétés conduit l'individu à vivre simultanément ou successivement des appartenances multiples, depuis le cercle familial jusqu'à des ensembles supra-nationaux tels que l'Europe (la disjonction entre nationalité et citoyenneté en est un des signes). Le phénomène a toujours plus ou moins existé ³. Mais son trait distinctif à l'heure actuelle consiste dans sa complexité et son extension ⁴ : les groupes intermédiaires au sein desquels nous évoluons sont probablement plus nombreux que ceux de la plupart des sociétés traditionnelles ; l'immigration entrechoque les cultures : en ce sens, nous sommes tous à certains moments des minoritaires.

En 1860, Renan affirmait : « Je conçois pour l'avenir une humanité homogène où tous les ruisseaux originaux se fondront en un grand fleuve et où tout souvenir des provenances diverses sera perdu. » On se tromperait en lui donnant trop vite tort. L'avenir de l'humanité se situe bien dans la jonction de ses affluents originels : non sans heurts, elle s'opère devant nous, et prendra sans doute des siècles. Mais si un universalisme authentique en naît, il se constituera moins par la négation des différences que leur remodelage, sans que l'unité signifie [p. 565]

¹ A. Touraine, La recomposition du monde, *La République internationale des lettres*, 10 (30 décembre 1994), p. 2.

² Arrêt Young, James et Webster, 13 août 1981, série A, n° 44, p. 25.

³ Cf. le texte de Cicéron (Les lois, II, p. 5) cité *supra*, p. 31.

⁴ « Nous vivons tous, aujourd'hui, sur des frontières » (I. Ramonet, Civilisations en guerre, *Le Monde diplomatique*, 495 juin 1995), p. 1.

l'uniformité. De même il est probable que se diluera l'exact souvenir des lointaines provenances. Mais on doute de l'homogénéité du fleuve qui devrait en résulter. Gageons plutôt que celui-ci, courbé en méandres, rompu de cascades, sera toujours agité de remous où se recomposeront des identités multiples. Lesquelles ? Le prévoir demeure impossible. Souvenons-nous des autochtones : il y a un siècle, leur sort semblait scellé.

Nous sommes en 1897 : la France a annexé la Polynésie il y a déjà dix-sept années. Gauguin a quarante-neuf ans. Il peint un tableau, *Te Rereioa (Le Rêve)*. Trois personnages sont assis sur le sol d'une pièce dont la vacuité contraste avec les murs richement décorés. Une femme à la peau sombre a le visage tourné vers l'observateur, mais elle ne le regarde pas. Sa chemise est tombée, dévoilant une poitrine adolescente. Elle tient son menton dans la main, pensive. Gauguin mourra cinq ans plus tard, rongé d'ulcères, vêtu comme un cacique d'habits aux couleurs flamboyantes. Il s'éteint aux Marquises, dans un de ces paysages polynésiens visibles en arrière-plan du tableau : des vallons ocre doucement éclairés par un crépuscule mauve. La jeune femme leur tourne le dos, perdue dans son rêve intérieur. Un monde s'abolit dans le passé.

Il en émerge aujourd'hui, dans une nouvelle aube.

[p. 567 à 569]

Index des notions

[Les numéros sont ceux des paragraphes.]

[Retour au sommaire](#)

- Abattage rituel : 167.
- Afrique : 2-3, 135, 192, 193, 196 n. 22, 215, 218 et n. 28, 243.
- Albanie : 134, 142.
- Allemagne : 98, 113, 128, 140, 142, 146.
- Alsace-Moselle : 157, 158, 159.
- Antisémitisme : 4 n. 10, 8, 27, 28, 71
- Apartheid : 9, 188, 196.
- Asie : 9, 173, 177, 182, 192, 193, 204, 207, 210, 215, 217, 218 et n. 28, 230, 235-236 et n. 12, 237, 239.
- Assimilation : 124, 135, 154, 160, 164, 188, 190, 196, 201, 209, 246, 250, 257.
- Aubain : 10, 25.
- Austro-marxisme : 88.
- Austro-slavisme : 43.
- Autodétermination : 97, 98, 102, 104, 110, 121, 133, 203-204, 205, 208, 218-223, 232, 237, 239, 247, 249, 250, 258.
- Autonomie : 1, 90, 94, 120, 134, 141, 154, 196, 218, 239, 250.
- Autonomie personnelle : 88, 112, 134.
- Autorisation d'absence : 165.
- Autriche : 86, 88, 128, 131, 140, 142.
- Banque mondiale : 209.
- Barbares : 16, 22, 23, 24, 62, 68.
- Belgique : 120, 134.
- Bouddhisme : 1, 64.
- Bulgarie : 135.
- Bureau européen pour les langues les moins répandues : 106.
- Cagots : 25, 26.
- Canada : 4-7, 130, 134, 137, 140, 142, 146, 175, 181, 183, 189, 90, 192, 204, 215, 217, 218, 222, 229, 234, 235, 236, 237, 239, 240, 242.
- Canaques : 188, 191 et n. 1, 217, 218 et n. 28, 239 et n. 27, 249, 254.
- Charte des langues régionales ou minoritaires : 108.
- Chine : 2, 4, 6, 61, 62, 63, 64, 65, 146.
- Chypre : 128.
- Cimetières : 166, 259.
- Clause de loyauté : 117.
- Collectivité périphérique : 2, 172.
- Collectivité territoriale : 152, 153, 154.
- Comité des régions : 106.

- Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie : 98,104.
- Commission européenne pour la démocratie par le droit : 108.
- Concert européen : 82.
- Congrès de Berlin : 82, 86.
- Congrès de Vienne : 82, 86.
- Constitution Stadion : 44.
- Convention-cadre pour la protection des minorités nationales : 109, 112, 115, 116, 117.
- Convention européenne des droits de l'homme : 116, 117, 120, 217, 240.
- Corse : 2, 126, 134, 150, 152, 153, 154, 169, 172,247.
- Cour de conciliation et d'arbitrage : 107, 120.
- Coutume : 8, 9, 155, 158, 187, 201, 210, 228, 246, 252, 253, 254.
- Croatie : 131, 146.
- Danemark : 134, 146, 191, 239.
- Déclaration universelle des droits de l'homme : 96, 121, 201.
- Devchirmé* : 58.
- Développement : 1, 6, 193, 196, 201, 207, 218, 225, 237, 244, 246.
- Dhimma* : 55, 56, 59.
- Discrimination positive : 93, 116, 140.
- Droits culturels : 121, 227.
- Droit de regard : 138.
- Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : 96,97.
- Droit local : 157, 158, 159.
- Droit vulgaire : 20.
- Édit de Caracalla : 20.
- Édit de Nantes : 36.
- Édit de tolérance : 37.
- Égalité : 9, 81, 93, 97, 99, 115, 116, 126, 137, 162, 186, 206, 224, 225, 235, 247 n. 12.
- Empire ottoman : 58, 59, 60, 79, 80, 82, 86, 91.
- Encomienda* : 49, 50.
- Enseignement : 142, 163, 164, 169.
- Espagne : 134, 142.
- Estonie : 131, 134.
- État multinational : 45, 85, 88, 91, 102, 134, 141,147.
- État régional : 134.
- État unitaire : 134, 150.
- Ethnie, ethnique : 5 n. 14, 7, 8, 43, 99, 100, 115, 119, 125, 126, 128, 130, 131, 134, 135, 138, 142, 144, 146, 147, 149, 160, 196, 203, 213, 217, 225, 234, 245, 248, 256, 259.
- Finlande : 132, 134.
- Foulard islamique : 163.
- France : 2, 6, 7, 9, 10, 81, 84, 85, 89, 105, 109, 112, 114, 115, 124, 126, 132, 133, 134, 137, 145, 149-172, 173, 176, 181, 183, 188, 189, 194, 196, 204 et n. 57, 206, 218 et n. 28, 222, 241, 243, 244-257, 259.
- Gaule : 23.
- Grèce : 15, 16, 17, 128, 142.
- Guyane française : 218 et n. 28, 245, 249, 250,251.
- Haut-commissaire pour les minorités nationales : 107, 119. Hongrie : 88, 91, 113, 131, 134, 137, 138, 140, 142, 146. *Hospitalitas* : 23.
- Inde : 142, 230.
- Intégration : 5 n. 15, 8, 97, 139, 196, 201.
- Intervention d'humanité : 79.
- Inuit : 1, 175, 237, 239.
- Islam : 1, 2, 9, 10, 53-59, 163, 164, 165.

- Italie : 120, 128, 134, 141.
- Juifs : 1, 2, 10, 27, 28, 38, 39, 40, 55, 60, 73, 90, 102.
- Laïcité : 162, 164, 165, 259.
- Lépreux : 26.
- Lètes : 22.
- Liberté linguistique : 169.
- Liberté religieuse : 162, 163, 164, 165, 166.
- Lombards : 25.
- Mandats : 89.
- Mandchous : 65.
- Mayotte : 249, 250, 251.
- Métèque : 10, 16, 17.
- Millet : 59, 60.
- Minorité (notion de),
112. Mongols : 64, 65.
- Monothéisme : 1, 9, 259.
- Négritude : 16.
- Non-discrimination : 99, 137.
- Nouvelle-Calédonie : 155, 169, 176, 188, 239 et n. 27, 245, 248, 249, 251, 253, 254.
- Option active : 131.
- Option passive : 131.
- Origine : 247.
- Pacte international relatif aux droits
civils et politiques : 99. Pacte de
stabilité en Europe : 105, 110, 118,
119.
- Périgrin : 19.
- Personnalité des lois : 24, 159.
- Pluralisme : 1, 9, 20, 121, 124, 130,
134, 142, 144, 149, 150, 170, 190,
196, 198, 202, 209, 210, 234, 253,
259.
- Poale Sion* : 90.
- Projet de convention pour la protection
des minorités : 109, 112, 115, 116,
117.
- Projet de déclaration des droits des
nationalités : 89.
- Pologne : 86, 90, 98, 113, 258.
- Polynésie : 153, 154, 169, 176, 191 n.
1, 245, 249, 251, 254, 256, 260.
- Portugal : 132, 137, 145.
- Principe des nationalités : 84, 85.
- Protestants : 33-37.
- Proxenia* : 17.
- Recommandation : 101, 108, 112, 115,
116, 117. Reconnaissance
conditionnelle : 106.
- Renner Karl : 88, 90, 95.
- Réserves : 187, 188, 190, 196, 230,
233, 239.
- Résolution 1514 : 97, 204, 220, 250.
- Résolution 1541 : 97, 220, 223, 250.
- Résolution 2625 : 97, 220, 222.
- Rome : 18, 19.
- Roumanie : 135, 138, 142, 146.
- Ruthènes : 94.
- Saint-Pierre-et-Miquelon : 154, 245.
- Ségrégation : 9, 196, 259.
- Servitudes minoritaires : 80.
- Signes religieux, 163, 164.
- Singapour : 128.
- Slovénie : 142, 146.
- Sorabes : 128.
- Spécialité législative : 156, 157, 160,
250.
- Statut de Médine : 55.

Statut personnel : 165.

Suisse : 142, 144.

Tibet : 4, 6, 65.

Traité bilatéral de bon voisinage : 105,
113, 115, 117, 128. Traité de
cession territoriale : 79, 80.

Traité d'Oliva : 80.

Umma : 55, 164 n. 29.

Vichy (régime de) : 73, 260.

Volksgeist : 7.

Yougoslavie : 2, 8, 86, 91, 98, 103,
104, 106, 108, 222, 259.

Wallis-et-Futuna : 155, 191 n. 1, 245,
249, 251.

Table des matières

[Cliquez pour suivre le lien](#)

Sommaire

Table des matières .

Introduction
L'archipel planétaire

PREMIÈRE PARTIE APPROCHE HISTORIQUE DU DROIT DES MINORITÉS ET DES PEUPLES AUTOCHTONES

Chapitre 1
Les minorités dans l'Antiquité
et le haut Moyen Âge occidental

Section I
De la Mésopotamie aux rives du Nil :
la condition des étrangers

Section II
Égypte et Israël

Section III
Les représentations de l'altérité dans la Grèce antique

Section IV
Pragmatisme et esprit de tolérance à Rome

Section V
Les ruptures du Bas-Empire

Section VI
La cohabitation ethnique sous les monarchies franques

Chapitre 2
La condition des minorités du
féodalisme à l'affirmation de l'État moderne

Section I

Marginaux et exclus dans la société féodale

Section II

L'État monarchique et la nouvelle
problématique des minorités

[p. 70] I | L'INVENTION DE LA NATION
II | L'ÉTAT RÉDUCTEUR DE MINORITÉS
III | L'ÉTAT ET LES MINORITÉS RELIGIEUSES :
LE CAS DES PROTESTANTS FRANÇAIS

Section III

Le temps des révolutions :
les minorités dans l'ombre des États-nations

I | L'ÉMANCIPATION DES JUIFS DE FRANCE :
INTÉGRATION OU ASSIMILATION ?
II | LE MOUVEMENT DES NATIONALITÉS
DANS L'EMPIRE DES HABSBOURG

Chapitre 3

Les États modernes
et les peuples autochtones

[p. 108] Section I
La légalisation de l'asservissement des Indiens

Section II

La légitimation de la conquête par la minoration des Indiens

Chapitre 4

Regard sur les traditions
juridiques non occidentales

Section I

Le statut des minorités en terre d'Islam

[p. 119] I | LES FONDEMENTS THÉOLOGIQUES
ET POLITIQUES DE LA *DHIMMA*
II | DÉVOLUTION DE LA CONDITION DES MINORITÉS
DANS LE MONDE MUSULMAN
DU VII^e AU XIX^e SIÈCLE

Section II

La condition des peuples allogènes
dans la tradition impériale chinoise

I | L'EMPIRE DU MILIEU ET LES BARBARES
II | LES DYNASTIES DE CONQUÊTE
ET LA NAISSANCE DU NATIONALISME CHINOIS

DEUXIÈME PARTIE
LE DROIT DES MINORITÉS

Chapitre 1

La question des minorités
en droit international

Section I

La constitution des minorités par le droit des gens

I | LA DÉSIGNATION DES MINORITÉS RELIGIEUSES
II | L'INSCRIPTION DES MINORITÉS RELIGIEUSES
SOUS LE SIGNE DE LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE :
LA POLITIQUE DES CONGRÈS

[p. 167] Section II

Le temps des nationalités

I | LE PRINCIPE DES NATIONALITÉS
ET LE NOUVEL ORDRE INTERNATIONAL
II | LA RECHERCHE D'UN STATUT INTERNATIONAL
POUR LES NATIONALITÉS NON ÉMANCIPÉES

[p. 175] Section III

La Société des Nations et la
protection internationale des minorités

I | LES SOURCES IDÉOLOGIQUES DE LA PROTECTION
INTERNATIONALE DES MINORITÉS
II | LES TRAITÉS DE MINORITÉS (1919-1920)

[p. 198] Section IV

Les Nations Unies et le phénomène
minoritaire : la mémoire occultée

I | LES CONTRADICTIONS DU DROIT DES PEUPLES

II | L'INSUFFISANCE DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

D

E PROTECTION MINORITAIRE

Chapitre 2

Vers un droit européen
des minorités ?

Section I

Les organisations européennes et les minorités

I | 1989-1993 OU LE TEMPS DE L'ACTIVISME

[p. 229] II | LE PACTE DE STABILITÉ POUR L'EUROPE
OU LE TEMPS DU RÉALISME

Section II

Un objet volontairement indéterminé :
le problème de la définition de la notion de minorité

[p. 233] I | L'ÉCHEC DES TENTATIVES DE DÉFINITIONS
AU SEIN DU CONSEIL DE L'EUROPE

II | LA QUALIFICATION « AD HOC »
ISSUE DES TRAITÉS DE BON VOISINAGE

Section III

Le contenu du droit européen des minorités

I | LE SYSTÈME NORMATIF DE PROTECTION MINORITAIRE

II | LA GARANTIE DU DROIT EUROPÉEN DES MINORITÉS

Chapitre 3

Les politiques juridiques des États

Section I

La reconnaissance juridique des minorités

I | TYPOLOGIE DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES
MINORITÉS

[p. 277] II | LES OBJECTIFS DE LA RECONNAISSANCE
DES MINORITÉS

Section II

Le statut juridique des minorités : les droits reconnus

I | L'ENCADREMENT JURIDIQUE
DES DROITS MINORITAIRES

[p. 289] II | LES DROITS RECONNUS AUX MINORITÉS

[p. 299] III | LA PARTICIPATION DES MINORITÉS À LA VIE
POLITIQUE : LES MINORITÉS ET LA DÉMOCRATIE PLURALISTE

Chapitre 4

La France et les minorités

[p. 310] Section I

L'interprétation pluraliste de l'unité de l'État

I | L'ADAPTATION INSTITUTIONNELLE DU PRINCIPE UNITAIRE

[p. 320] II | L'ADAPTATION NORMATIVE DU PRINCIPE UNITAIRE

Section II

L'émergence d'un statut privatif des libertés publiques minoritaires

I | LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

II | LA LIBERTÉ LINGUISTIQUE

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT DES PEUPLES AUTOCHTONES

Chapitre 1

L'émergence historique des peuples autochtones

Section I

La conquête : génocides et ethnocides

[p. 358] Section II

La captation juridique des autochtones

I | LA PENSÉE : LES AMBIGUÏTÉS DE LA DOCTRINE DES INTERNATIONALISTES

A – L'infrastructure médiévale

B – La doctrine des internationalistes à l'époque classique

[p. 363] II | LES INSTRUMENTS : COMPAGNIES ET TRAITÉS

Chapitre 2

Les progrès normatifs

Section I

Le droit européen

[p. 391] I | LES INSTITUTIONS EUROPÉENNES

[p. 396] II | LES DÉCISIONS DE LA CSCE

Section II

Le droit international

[p. 397] I | LA DOCTRINE

II | LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

Chapitre 3
Les énigmes du droit positif

Section I
La qualification du sujet de droit

I | LE COMBAT DES DÉFINITIONS
II | LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION

Section II
Les spécificités juridiques des peuples autochtones

[p. 454] I | LE DROIT À LA DIFFÉRENCE
II | L'ANCRAGE DU DROIT À LA DIFFÉRENCE :
LES DROITS TERRITORIAUX

Chapitre 4
Les règles du jeu

Section I
Acteurs et stratégies

[p. 482] I | LES LUTTES DES AMÉRINDIENS
II | LES AUTOCHTONES À L'ONU
III | LES STRATÉGIES AUTOCHTONES

Section II
La justiciabilité du droit international des autochtones

[p. 497] I | LE RECOURS AUX SANCTIONS DU DROIT DES
MINORITÉS
II | LES RECOURS AUX SANCTIONS
DU DROIT DES AUTOCHTONES

Chapitre 5
Le statut juridique des autochtones
de l'outre-mer français

INTRODUCTION

[p. 509] Section I
L'encadrement des particularismes

I | LA SÉGRÉGATION COLONIALE
[p. 512] II | LES INCERTITUDES CONTEMPORAINES

Section II

La construction des particularismes coutumiers

I | LA COUTUME, SIGNIFIANT FLOTTANT
II | LA COUTUME, ENJEU DE POUVOIR

Conclusion de la III^e partie

La démocratie et les autochtones

Conclusion générale

Index des notions

Table des matières