

**LE DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE
MINORITAIRES ET AUTOCHTONES DANS LES
CONTENTIEUX INTERNATIONAUX DES DROITS DE
L'HOMME**

Doris Farget

Faculté de droit

Université de Montréal
et
Université Aix-Marseille 3

**LE DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES DANS
LES CONTENTIEUX INTERNATIONAUX DES DROITS DE L'HOMME**

par

Doris Farget

Thèse de doctorat effectuée en cotutelle

à la

Faculté de droit

Université de Montréal

et à la

Faculté de droit

Université Aix-Marseille 3

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal

en vue de l'obtention du grade de docteur en droit

et à la

Faculté de droit de l'Université Aix-Marseille 3

en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit

Juillet, 2010

© Doris Farget, 2010

Université de Montréal
Faculté des études supérieures
et
Faculté de droit
Université Aix-Marseille 3

Cette thèse intitulée
**Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dans les
contentieux internationaux des droits de l'homme**
présentée et soutenue à l'Université de Montréal par
Doris Farget

A été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Jean Leclair, Professeur
Président-rapporteur et membre du jury (Faculté de droit, Université de Montréal)

Jean-François Gaudreault-DesBiens, Professeur
Directeur de recherche (Faculté de droit, Université de Montréal)

Guy Scoffoni, Professeur
Directeur de recherche (Faculté de droit, Université Aix-Marseille 3)

André Roux, Professeur
Membre du jury (Faculté de droit, Université Aix-Marseille 3)

Kristen Anker, Professeure
Examinatrice externe (Faculté de droit, Université McGill)

Michel Levinet, Professeur
Examineur externe (Faculté de droit, Université de Montpellier)

RÉSUMÉ

La présente recherche a pour objectif d'expliquer et d'évaluer le processus d'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, qui se manifeste devant deux juridictions et une quasi-juridiction : les cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dont les jurisprudences feront l'objet d'une comparaison.

Un tel sujet soulève plusieurs questions, dont celles de savoir à quel stade de ce processus nous en sommes, quel est le niveau de juridicité de la norme, mais aussi, quelle est la signification de ce droit, quels en sont les apports et comment se produit sa mise en œuvre. En proposer une interprétation éclairée suppose d'évaluer la référence au concept de mode de vie faite par les requérants, les juges et les experts. Cette démarche implique d'avoir recours à l'interdisciplinarité, plus précisément à certaines études anthropologiques. Cela requiert également un examen du discours des juges, des experts et des requérants pour en observer les convergences et les décalages.

Quant aux résultats de recherche, le rôle de plusieurs acteurs au processus d'émergence de la norme nouvelle – les requérants, les juges ou les experts et les États – est souligné. Cela confirme la théorie de la polycentricité en matière de construction de certaines règles de droit international. La juridicité du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones et sa force varient en fonction des systèmes, mais il possède toujours les caractéristiques propres à la norme juridique internationale. Cette dernière consacre un droit spécifique appartenant aux peuples autochtones et tribaux ou aux membres de peuples autochtones et minoritaires. Elle protège un rapport au territoire, soit un mode d'appréhension et d'exploitation, mais aussi de circulation et d'établissement sur celui-ci, ainsi que des activités.

Les requérants roms, tribaux ou autochtones participent, bien qu'officieusement, à la définition juridique de leurs modes de vie, puisque les requêtes qu'ils déposent devant les juridictions supranationales constituent le fondement des interprétations judiciaires. Malgré ce processus de codétermination, certains décalages persistent entre les positions des divers acteurs impliqués dans la détermination du sens de la

norme. Ils sont liés à l'impossibilité pour les juges d'appliquer au cas d'espèce une protection de leurs modes de vie, à l'éloignement entre la position des requérants et celle de l'État défendeur ou encore à la protection des droits des tiers.

Une double surdétermination de la norme est donc constatée, par les conceptions des juges ou des experts, mais aussi par celles des requérants. Elle comporte certains risques d'essentialisation et d'idéalisation des modes de vie minoritaires et autochtones, de paternalisme, de victimisation ou de discrimination vis-à-vis des requérants ou de leurs communautés, sachant que ces risques sont tous à même de dénaturer le sens et la portée de la norme.

Pour autant, cette dernière est porteuse d'avancées théoriques. Celles-ci ont trait à la coexistence, au sein de territoires identiques, entre groupes aux identités différentes, à l'amélioration de la qualité de vie des requérants et au processus de reconnaissance.

La place occupée par la volonté des États, l'importance pour les juges de préserver leur légitimité, de même que le caractère idéaliste ou dogmatique de l'interprétation proposée, en limitent les apports théoriques.

Il ressort de cette réflexion que la bonne articulation des divers discours en présence et l'émergence d'une norme efficace tiennent d'abord à l'énonciation et à la clarté des revendications des requérants minoritaires et autochtones. Elles tiennent ensuite à la réceptivité des agents qui les reçoivent – juges et experts – ainsi qu'au contexte politique, social et culturel qui les entourent. Cette analyse met ainsi en évidence l'importance d'exploiter la marge de manœuvre dont dispose chaque acteur du processus d'émergence dans la détermination du sens et de la portée des normes.

Mots clés : Mode de vie – Minorités – Peuples autochtones – Droit international des droits de l'homme – Émergence – Signification – Apports – Surdétermination – Codétermination – Essentialisation.

ABSTRACT

This research aims to explain and evaluate the emergence of a right of minorities and indigenous peoples to the respect of their ways of life, appearing before the European court of human rights, the Inter-American court of human rights and the United Nations Human rights Committee. The decisions and communications stemming from these tribunals will be analyzed and compared.

This topic raises several questions regarding the legality of this norm, its meaning, effectiveness and limits, but also its implementation. In order to offer an interpretation of the content of that right, we need to evaluate the references made to it by the claimants, the judges and experts, which implicates an interdisciplinary approach focused on anthropological studies of law. This leads us to examine the discourses of judges, experts and claimants, to compare them and to observe their confluences and discrepancies.

The results of this study show us that the emergence of this new norm is dependent upon the intervention of several agents – the claimants, the judges, the experts of the Committee and the States. This observation therefore confirms the polycentric process of construction of international legal rules. As to the legality and the effectiveness of the right of minorities and indigenous peoples to their ways of life, they vary according to the legal system, even if this right always corresponds to a legal rule. This rule consecrates a specific right belonging to indigenous and tribal people or to the members of indigenous people and minorities. It protects a relationship to the territory, i.e. a way to comprehend and to exploit it, to circulate on it and to inhabitate it. It also protects some activities.

The indigenous, tribal and romas applicants unofficially take part in the legal definition of their ways of life, as the requests they submit to the international tribunals are cornerstones of judicial interpretations. In spite of a process of co-determination of the norm, gaps are observed between the positions of the different actors participating to the determination of the norm. They are either related to the impossibility for some judges to apply the right to a way of life to the case, to the

distance between the positions of the claimants and the states, or to the protection of third parties.

Consequently, a process of double distortion of the content of the norm appears, due to the judges' or experts' conceptions, but also to those of the claimants. It leads to the emergence of several problems, such as essentialism and the idealization of minorities and indigenous ways of life, paternalism, victimization or discrimination towards the claimants or their communities. These problems can alter the meaning and the impact of the norm.

Nonetheless, the right to the respect of those ways of life has some theoretical effects related first to the coexistence, on a same piece of land, of different groups possessing diverse identities. They are also related to the improvement of the applicants' quality of life and to the recognition process.

However, the State's willingness still occupies a large space in international law, as does the importance, for judges, to protect their own legitimacy. Moreover, some decisions seem too ideal or dogmatic. Those factors limit the effect of the norm.

Thus, the articulation of judicial discourses and the efficiency of the norm are first contingent to the enunciation and to the clarity of the claimants' requests. They are dependant of the receptivity of the agents whose role it is to receive them (judges and experts) and to the political, social and cultural context within which they take place. This last factor brings to light the importance for each agent participating to the elaboration of the norm to use, as much as he can, the margins he possesses.

Key words: Way of life – Minority – Indigenous peoples – International human rights law – Emergence – Meaning of a norm – Efficiency – Distortion – Co-determination – Essentialism.

TABLE DES MATIÈRES

<u>INTRODUCTION GÉNÉRALE</u>	1
Section 1 : Problématique	7
Paragraphe 1 : Axes de recherches exploitables	7
Paragraphe 2 : Lacunes dans les recherches antérieures	9
Paragraphe 3 : Objectifs de recherche	12
Paragraphe 4 : Approche théorique privilégiée	12
Paragraphe 5 : Questions de recherche	13
I. Question principale et sous-questions spécifiques de recherche	13
II. Question implicite et accessoire	15
Section 2 : Méthodologie	16
Paragraphe 1 : Les sources	16
I. Les sources formelles	16
II. Usage de données empiriques	18
Paragraphe 2 : Méthodes d'analyse pertinentes	19
I. La méthode comparative	19
A. Le système européen des droits de l'homme	19
B. Le système interaméricain des droits de l'homme	21
C. Le système juridique onusien de protection des droits de l'homme	22
II. L'interdisciplinarité	23
Paragraphe 3 : Épistémologie	24
Section 3 : Cadre théorique	26
Paragraphe 1 : Les apports du positivisme juridique en droit international	27
I. Justification de l'emploi du positivisme juridique	28
II. La spécificité de l'élaboration de la norme en droit international	30
Paragraphe 2 : Les limites du positivisme juridique	32
I. Limite quant à la définition du processus d'élaboration de la norme	32
II. Les limites quant à l'absence d'évaluation du sens de la norme juridique	35
III. Limites quant aux choix épistémologiques	35
Paragraphe 3 : Du recours à d'autres théories	36

I. Les intérêts de l'approche critique sur le droit	36
II. Les théories complémentaires pertinentes	37
A. Justification du recours au constructivisme	37
B. Justification du recours à l'étude des différents discours	38
1. L'interprétation	39
2. L'étude du discours par le recours à l'herméneutique	40
3. Le dépassement de l'herméneutique mise en œuvre par Andrée Lajoie	43
Section 4 : Hypothèses de recherche	46
Hypothèse 1 sur le processus d'émergence	46
Hypothèse 2 sur la démonstration de la juridicité de la norme nouvelle	48
Hypothèse 3 quant au sens de la norme et aux stratégies discursives	48
Hypothèse 4 quant aux forces et aux faiblesses de la norme	48
<u>PREMIÈRE PARTIE :</u>	51
<u>L'ÉLABORATION DU DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES –</u>	51
<u>UNE PRÉSENTATION DE L'ÉTAT DU DROIT</u>	51
TITRE 1 : LE PROCESSUS D'ÉMERGENCE DU DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES	55
CHAPITRE 1 : LE DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES : UNE PIÈCE À PLUSIEURS MAINS	56
Section 1 : La polycentricité de la norme juridique internationale analysée	56
Section 2 : L'implication de divers acteurs dans le processus d'émergence de la norme nouvelle	58
Paragraphe 1 : Les protagonistes : les acteurs minoritaires ou autochtones	59
Paragraphe 2 : Les États parties aux décisions rendues	61
Paragraphe 3 : Des interlocuteurs partiellement neutres : la communauté judiciaire	63
Paragraphe 4 : Les législateurs supranationaux, la communauté internationale et la société civile internationale	65
CHAPITRE 2 : LES MÉCANISMES D'OBJECTIVATION DU DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES	68

Section 1 : Les fondements juridiques de la norme nouvelle	68
Section 2 : Un mécanisme explicite d'objectivation de la norme	73
Section 3 : Un mécanisme implicite d'objectivation de la norme	74
TITRE 2 : LE CARACTÈRE JURIDIQUE DU DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES	79
CHAPITRE 1 : UNE NORME JURIDIQUE ?	81
Section 1 : Nature et objet de la norme nouvelle	82
Section 2 : La <i>force normative</i> de la norme étudiée	83
Paragraphe 1 : Les degrés de force normative du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones	85
Paragraphe 2 : Une force à intensité variable	88
Section 3 : Titulaires et sujets de la norme juridique examinée	95
Paragraphe 1 : Les concepts de peuples autochtones et de minorités	95
I. Définition du concept de peuples autochtones	96
A. La définition dans les documents officiels	97
B. Éléments doctrinaux de définition	99
II. Définition du concept de minorités	106
A. Le concept de minorités en droit international public	107
1. Les rapports et documents officiels	107
2. La doctrine internationaliste	110
B. Illustrations du concept de minorités appliqué à cette recherche	115
Paragraphe 2 : Les titulaires de la norme : entre droit individuel et droit collectif	116
Paragraphe 3 : Les sujets de la norme	120
CHAPITRE 2 : LE DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES, UNE NORME JURIDIQUE INTERNATIONALE ?	121
Section 1 : Nécessité du consentement des États, justiciabilité et sanction	122
Section 2 : Le rattachement à un ordre juridique structuré	123
Section 3 : Respect du droit international en vigueur et des droits de l'homme ?	124

CONCLUSION : LA PROTECTION DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES, DU NÉANT À LA CONCRÉTISATION JURIDIQUE	128
---	-----

<u>PARTIE II :</u>	130
---------------------------	------------

<u>LE DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES :</u>	130
--	------------

<u>LA SIGNIFICATION DE LA NORME JURIDIQUE</u>	130
--	------------

TITRE 1 : UNE DÉFINITION ANTHROPOLOGIQUE DU CONCEPT DE <i>MODE DE VIE</i>	135
--	------------

CHAPITRE 1 : L'ENCADREMENT THÉORIQUE DU CONCEPT DE <i>MODE DE VIE</i>	138
---	-----

Section 1 : Les caractères structurant et construit des modes de vie	139
--	-----

Paragraphe 1 : Le milieu	141
--------------------------	-----

Paragraphe 2 : L'action du groupe et de ses membres	142
---	-----

Paragraphe 3 : Contextes collectifs et « décollectivisation » des modes de vie	143
--	-----

Section 2 : Entre « tradition » et « novation » : le processus d'acculturation comme variable inhérente à la constitution des modes de vie	145
--	-----

CHAPITRE 2 : LE CONTENU DU CONCEPT DE <i>MODE DE VIE</i>	148
--	-----

Section 1 : Le rapport à l'espace	149
-----------------------------------	-----

Section 2 : Le rapport au temps	152
---------------------------------	-----

Section 3 : Le rapport aux autres	154
-----------------------------------	-----

TITRE 2 : LA SIGNIFICATION DE LA NORME DANS LES DISCOURS JURIDIQUES	157
--	------------

CHAPITRE 1 : LE SENS DU CONCEPT DE MODE DE VIE ET DE LA PROTECTION REVENDIQUÉE DANS LES DISCOURS DES REQUÉRANTS ROMS, TRIBAUX ET AUTOCHTONES	159
--	-----

Section 1 : L'intérêt du recours au concept de mode de vie pour les requérants roms, tribaux et autochtones	159
---	-----

Section 2 : Le sens de la norme juridique nouvelle pour les requérants	165
--	-----

CHAPITRE 2 : LE SENS DU CONCEPT DE MODE DE VIE ET DE LA NORME JURIDIQUE L'INSTITUANT EN DROIT DANS LES DISCOURS DES JUGES ET DES EXPERTS	179
Section 1 : La protection juridique des modes de vie minoritaires ou autochtones par des obligations négatives	180
Section 2 : Le sens des obligations positives reconnues par les juges et experts	182
Paragraphe 1 : Le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones devant la Cour européenne des droits de l'homme	183
Paragraphe 2 : <i>Le droit aux modes de vie</i> autochtones devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies	200
Paragraphe 3 : La protection juridique des modes de vie autochtones et tribaux par la Cour interaméricaine	214
CHAPITRE 3 : BILAN : UN « DISCOURS COMMUN PARTAGÉ » ?	224
Section 1 : Le principe d'un « discours commun partagé » entre requérants et juges ou experts	227
Section 2 : Les différents types de décalages entre les discours et la pratique	228
TITRE 3 : UNE NORME JURIDIQUE DOUBLEMENT <i>SURDÉTERMINÉE</i> ?	231
CHAPITRE 1 : LES SOURCES DE SURDÉTERMINATION DU DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES	235
Section 1 : Les conceptions des juges	235
Section 2 : Les conceptions des requérants	246
CHAPITRE 2 : LES EFFETS DE LA SURDÉTERMINATION SUR LA NORME NOUVELLE	249
CONCLUSION : LES CONCEPTIONS DES JUGES COMME DÉTERMINANTS DE LA PRISE EN COMPTE EFFICACE DES IDENTITÉS MINORITAIRES OU AUTOCHTONES PAR LA NORME NOUVELLE – RÉALITÉ ET NUANCE	259
<u>PARTIE III :</u>	<u>263</u>
<u>LE DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES : QUELS APPORTS ?</u>	<u>263</u>

TITRE 1 : LES APPORTS DE LA NORME NOUVELLE À LA DÉFINITION DE LA COEXISTENCE	265
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION JURIDIQUE DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES, UNE MÉTAPHORE DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION ?	267
Section 1 : Définition du droit à l'autodétermination : quel libre choix pour les peuples autochtones et les minorités ?	268
Section 2 : Droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones et expansion du libre choix ?	280
Paragraphe 1 : La dimension politique du droit à l'autodétermination, gage d'efficacité de la norme nouvelle ?	281
Paragraphe 2 : Un renforcement du libre choix identitaire et personnel par la norme nouvelle ?	285
Paragraphe 3 : Les limites de la métaphore : un problème de mise en œuvre du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones	289
I. Limites à la mise en œuvre de la norme au sein du système interaméricain	290
A. Le manque d'intérêt étatique comme source de lenteur ou d'absence d'application	290
B. L'essence idéaliste des décisions de la Cour : une difficulté pour la célérité de la mise en œuvre ?	292
II. Limites à la mise en œuvre de la norme au sein du système européen	295
CHAPITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE LA NORME NOUVELLE SUR LA QUALITÉ DE VIE DES REQUÉRANTS	299
Section 1 : Les conséquences de la norme nouvelle sur la dimension matérielle de la qualité de vie	300
Section 2 : Les conséquences de la norme nouvelle sur la dimension culturelle de la qualité de vie	304
TITRE 2 : LES APPORTS DE LA NORME NOUVELLE AU PROCESSUS DE RECONNAISSANCE IDENTITAIRE	308
CHAPITRE 1 : NATURE DE LA RECONNAISSANCE ET DE L'IDENTITÉ MISE EN LUMIÈRE PAR L'ÉMERGENCE D'UN DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES	310
Section 1 : Les caractéristiques de la reconnaissance et de l'identité	310

Section 2 : Les limites à la reconnaissance fondée sur la différence culturelle sont-elles pertinentes ?	314
CHAPITRE 2 : L'ÉTENDUE DE LA RECONNAISSANCE IMPLICITEMENT PROMUE	322
Section 1 : Les conséquences <i>a priori</i> du statut juridique des requérants sur la norme nouvelle et sur le processus de reconnaissance	322
Paragraphe 1 : Statuts et variabilité des titulaires du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones	323
Paragraphe 2 : Les implications d'une reconnaissance individuelle ou collective	324
Section 2 : Les limites de l'implication du statut juridique des requérants :	326
Paragraphe 1 : Le cas des Samis et des Inuits devant la Commission et la Cour européenne	327
Paragraphe 2 : Le cas du peuple Maroons devant la Cour interaméricaine	329
Section 3 : Le fondement déguisé de la nature de la norme juridique nouvelle et de la reconnaissance : l'approche judiciaire privilégiée par la juridiction	331
CONCLUSION :	336
<u>CONCLUSION GÉNÉRALE</u>	342
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	358

TABLE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

A.G.N.U.	Assemblée générale des Nations Unies
C.D.H.	Comité des droits de l’homme des Nations Unies
C.I.J.	Cour internationale de justice
Com. E.D.H.	Commission européenne des droits de l’homme
Com. I.D.H.	Commission interaméricaine des droits de l’homme
Conv. A.D.H.	Convention américaine des droits de l’homme
Conv. E.D.H.	Convention européenne des droits de l’homme
Cour E.D.H.	Cour européenne des droits de l’homme
Cour I.D.H.	Cour interaméricaine des droits de l’homme
C.P.J.I.	Cour permanente de justice internationale
C.S.C.E.	Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe
<i>Id.</i>	Idem
I.W.G.I.A.	Groupe international de travail sur les affaires autochtones
O.E.A.	Organisation des États Américains
O.I.T.	Organisation internationale du travail
ONG	Organisation non gouvernementale
O.N.U.	Organisation des Nations Unies
O.S.C.E.	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
Préc.	Précité
R.C.A.D.I.	Recueil des Cours de l’Académie de Droit international
R.Q.D.I.	Revue québécoise de droit international

R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.D.N.	Société des Nations
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

REMERCIEMENTS

Mes années doctorales furent stimulantes et riches d'apprentissages, notamment grâce au soutien des personnes m'entourant et de quelques institutions. Je leur suis très reconnaissante.

Je tiens tout d'abord à remercier vivement mes deux directeurs de recherche, les professeurs Jean-François Gaudreault-DesBiens et Guy Scoffoni, pour leur soutien, leur présence et les échanges enrichissants que nous avons partagés.

Je voudrais ensuite remercier les Facultés de droit de l'Université de Montréal et de l'Université Aix-Marseille 3 ainsi que le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle pour m'avoir accueillis.

Le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal fut également important dans la réalisation de ce doctorat. Il m'a offert des conditions de travail idéales et extrêmement motivantes. Je souhaite remercier les professeurs du Centre avec lesquels j'ai collaboré en tant qu'auxiliaire de recherche ainsi que mes collègues pour toutes les discussions enrichissantes que nous avons partagées, merci à eux de leur écoute, de leur soutien et de leurs nombreux conseils. Par ailleurs, un des grands projets de recherche dirigé au Centre m'a particulièrement marqué, le Projet peuples autochtones et gouvernance ; de même que les professeurs et étudiants qui en sont membres. J'ai beaucoup appris lors de nos rencontres.

Je souhaiterais aussi évoquer l'aide précieuse des juges qui m'ont fait confiance en bien voulant partager leur point de vue dans le cadre d'entrevues, de même que des membres du peuple Sami en Suède et en Norvège qui m'ont accueillie en 2007.

Je voudrais terminer en soulignant l'importance qu'ont eu mes proches dans la réalisation de mon doctorat, le retour à la réalité qu'ils m'ont imposé tous à leurs manières et la douceur de leur présence. Merci à ma famille, particulièrement ma mère et mon frère, et à mes amis, merci aussi à Marc-André pour son amour et sa compréhension à toute épreuve.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Marginalisés politiquement et socialement, les peuples autochtones et les minorités l'ont également été sur le plan juridique, puisque le droit est généralement construit en fonction des normes sociales et des valeurs du plus grand nombre.

Dans le courant du XIX^{ème} et jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, le *jus gentium* les ignorait aussi, étant principalement fondé sur la position d'États reflétant la volonté de majorités nationales. Il avait pourtant pour objectif premier de régler les situations de guerre. Or, les conflits entre groupes majoritaires et communautés ou peuples marginalisés étaient déjà présents. Ils se sont d'ailleurs développés avec la création de l'État, une entité souveraine aux frontières définies, mais aussi impérialiste et propre à étendre sa souveraineté via des processus de colonisation. L'intégration de stéréotypes par le droit international se développa au XIX^{ème}. À cette époque, les peuples non occidentaux en général et les peuples autochtones en particulier étaient qualifiés de « non civilisés », de « primitifs » et de nombreuses théories sont venues légitimer leur colonisation, leur assimilation ou leur destruction, telles que celle de la découverte ou de la *terra nullius*¹.

Historiquement, les peuples autochtones, mais aussi des minorités nationales telles que le peuple Rom, ont ainsi fait l'objet d'un traitement défavorable et dégradant.

La création d'organisations internationales, dans le courant du XX^{ème} siècle, telles que la Société des Nations (S.D.N.) et l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.), de même que la formation de juridictions internationales, comme la Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.) ou la Cour internationale de justice (C.I.J.), ont favorisé l'expression, puis la prise en considération, de la situation des peuples qui ne se constituèrent pas en États.

Néanmoins, la redéfinition d'un vivre-ensemble global qui ne soit plus guidé par l'impérialisme européen ou par les besoins des majorités nationales est encore en gestation. Malgré les avis consultatifs rendus par la C.P.J.I. dans les années 1930, qui marquèrent une ouverture en faveur du droit des minorités et du droit à l'égalité

¹ Pour une approche historique du droit des peuples autochtones, voir Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997, 334 p.

substantielle², les thèses assimilationnistes ainsi que certaines pratiques telles que la stérilisation forcée des femmes autochtones ou roms étaient encore courantes sous le régime de la S.D.N.³.

La seconde Guerre mondiale est un autre évènement qui démontra la présence, au milieu du XX^{ème} siècle, de la volonté et de la possibilité d'éliminer certains groupes, tels que les Roms. Par la suite, la *Charte des Nations Unies* aurait pu, *a priori*, mettre un terme à des comportements assimilationnistes ou infantilisants et à certaines théories inspirées du racisme. Plusieurs dispositions de ce texte favorisent d'ailleurs la coexistence⁴. Ses objectifs, la protection de la paix et de la sécurité, l'ont également encouragée. De plus, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté certaines résolutions fondamentales en matière de liberté des peuples à disposer d'eux-mêmes, telles que les résolutions 1514, 1541 ou 2625⁵. Elle adopta aussi deux Déclarations, qui restent des textes majeurs pour les minorités nationales ou pour les peuples autochtones, à savoir, la *Déclaration des droits des personnes appartenant à*

² La Cour permanente de justice internationale rendit trois décisions marquantes en matière de droit des minorités : *Écoles minoritaires en Albanie*, avis consultatif, C.P.J.I. recueil série A/B n°64, (06 avril 1935), en ligne : http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_64/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatif.pdf (consulté le 23.09.08) ; *Question des Communautés Gréco-Bulgares*, avis consultatif, C.P.J.I. recueil série B n°17, (31 juillet 1930), en ligne : http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf (consulté le 22.09.08) et *Statut juridique du Groënland Oriental*, arrêt, C.P.J.I. recueil série A/B n°53, (05 avril 1933), en ligne : http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf (consulté le 23.09.08).

³ Il est à noter que la stérilisation forcée a encore cours à l'égard de femmes roms dans certains pays d'Europe. Cette pratique a d'ailleurs été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Voir *I.G., M.K. et R.H. c. Slovaquie*, requête n°15966/04, décision (22 septembre 2009), Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=15966/04&sessionid=56336562&skin=hudoc-en> (consulté le 22 mai 2010).

⁴ *Charte des Nations Unies*, Articles 1(2) et 2(4), adoptée le 26 juin 1945 à San Francisco (entrée en vigueur le 24 octobre 1945) en ligne : <http://www.un.org/fr/documents/charter/pdf/charter.pdf> (consulté le 22 juin 2007).

⁵ *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Résolution 1514 (XV), 14 décembre 1960, Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514\(XV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514(XV)&Lang=F) (consulté le 03 juin 2010) ; *Principes qui doivent guider les États Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte, leur est applicable ou non*, Résolution 1541 (XV), 15 décembre 1960 Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1541\(XV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1541(XV)&Lang=F) (consulté le 03 juin 2010) ; *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Résolution 2625 (XXV), 24 octobre 1970, Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=F) (consulté le 03 juin 2010).

*des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*⁶ et la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*⁷. En outre, certaines institutions spécialisées furent très actives : l'Organisation internationale du travail, via l'adoption de la *Convention 169 relative aux peuples autochtones et tribaux*, en 1989, document remplaçant la *Convention 107*⁸ et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture⁹. Enfin, certaines décisions de la C.I.J. sont significatives, par exemple, l'avis consultatif *Sahara occidental*, qui reconnaît le droit à l'autodétermination à un peuple nomade et qui rejette l'application de la théorie de la *terra nullius*¹⁰.

Toutefois, les politiques d'épuration ethniques en Yougoslavie ainsi que le génocide au Rwanda, à la fin des années 1990, démontrent l'actualité du risque d'élimination encouru par les peuples minorisés. Les pogroms à l'encontre de

⁶ *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, résolution A/RES/47/135, 18 décembre 1992, Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : <http://www2.ohchr.org/french/law/minorites.htm> (consulté le 22.09.08).

⁷ *Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones*, résolution A/RES/61/295, 13 septembre 2007, Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement> (consulté le 22.09.08).

⁸ *Convention n°169, relative aux peuples indigènes et tribaux*, 27 juin 1989 (entrée en vigueur le 05.09.91), Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, en ligne : <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C169> (consulté le 23.09.08). Auparavant, la *Convention n°107 relative aux populations autochtones et tribales* protégeait de manière paternaliste les peuples autochtones et validait leur assimilation, ce à quoi mit un terme la *Convention 169*. Voir *Convention n°107 relative aux populations autochtones et tribales*, 26 juin 1957 (entrée en vigueur le 02.06.59), Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, en ligne : <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C107> (consulté le 23.09.08).

⁹ En la matière, l'UNESCO a adopté plusieurs documents tels que la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, 17 octobre 2003 (entrée en vigueur le 20.04.06), Conférence générale de l'UNESCO, en ligne : <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540f.pdf> (consulté le 23.09.08) ; *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005 (entrée en vigueur le 18.03.07), Conférence générale de l'UNESCO, en ligne : <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919f.pdf> (consulté le 23.09.08) ; *Déclaration universelle sur la diversité culturelle*, 2001, UNESCO, en ligne : <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127161f.pdf> (consulté le 23.09.08) ; *Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire*, 15 novembre 1989, Conférence générale de l'UNESCO, en ligne : http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consulté le 23.09.08).

¹⁰ *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, 21 juin 1971, Cour internationale de justice, C.I.J. *Recueil* 1971, p. 31 ; *Sahara Occidental*, Avis consultatif, 16 octobre 1975, Cour internationale de justice, C.I.J. *Recueil* 1975, p. 36 et 39 à 40.

membres du peuple Rom au sein de certains pays d'Europe¹¹, le racisme anti-rom¹², mais aussi la reségrégation en cours en Bulgarie, en Roumanie et en Hongrie¹³, les expulsions forcées qu'ils subissent¹⁴ ou leur identification et la limitation de leur circulation en France¹⁵ constituent des marqueurs de risque actuels. Il en va de même pour les peuples autochtones qui subissent encore de lourdes pressions ou sont même menacés de mort ou de torture afin de les forcer à évacuer certains territoires riches en ressources naturelles.

La difficulté à cohabiter sur des territoires identiques persiste donc et force est de se demander si le droit, en tant qu'instrument relatif et orienté, régleme la vie en société de manière équitable pour tous. Les processus de prise de décisions et d'adoption des lois au sein des États, c'est-à-dire du « bien » ou du « bon », demeurent ainsi fondés sur les conceptions de la majorité. La réglementation de la coexistence nationale confère donc *a priori* à ce groupe un privilège général. Celui-ci signifie que les normes, les valeurs ainsi que les conceptions qui sont jugées essentielles et prioritaires par l'État sont nécessairement celles de la majorité nationale, non pas parce qu'elles ont davantage fait leur preuve, mais pour la simple raison qu'elles sont partagées par le plus grand nombre ou qu'elles sont issues d'agents influents.

Au-delà du manque d'efficacité du droit à la vie ou de la prohibition des traitements inhumains ou dégradants à l'égard des membres de peuples autochtones ou de minorités, le droit ne leur assure pas non plus l'exercice d'un libre choix

¹¹ Pascal MARTIN, « L'Italie veut expulser les immigrés européens « dangereux » », *Le Soir*, 05 novembre 2007, en ligne :

http://www.eurotopics.net/fr/dienste/medienindex/media_articles/archiv_article/ARTICLE21956-L-Italie-veut-expulser-les-immigres-europeens-dangereux (consulté le 03 mai 2010).

¹² Gay McDOUGALL, « Roma in Europe : Racism alive and well », *The Journal*, 22 November 2008, en ligne : <http://www.journal-online.co.uk/article/5125-roma-in-europe-racism-alive-and-well> (consulté le 03 mai 2010).

¹³ Alexandros TSOLAKIS, « Sédentaires et nomades – L'Europe et les Roms », (2009) 159 *Diversité*, p. 154.

¹⁴ AMNISTIE INTERNATIONALE, *Il faut mettre fin aux expulsions forcées de Roms en Slovaquie*, 17 juin 2010, sur le site du Secrétariat international, en ligne : <http://www.amnesty.org/fr/appeals-for-action/stop-forced- eviction-roma-slovakia> (consulté le 22 juin 2010).

¹⁵ Marie BIDET, Grégoire COUSIN, Samuel SELÉPINE, Régis GUYON, Olivier LEGROS, Martin OLIVIERA et Xavier ROTHÉA, « Les Roms-Tsiganes à nouveau boucs émissaires ? », *Le Monde*, 25 février 2010, en ligne : http://www.lemonde.fr/opinions/article/2010/02/25/les-roms-tsiganes-a-nouveau-boucs-emissaires-par-marie-bidet-gregoire-cousin-samuel-delepine-regis-guyon-olivier-legros-martin-olivera-et-xavier-rothea_1311406_3232.html (consulté le 26 février 2010).

identitaire. Même s'il s'adapte progressivement, celui-ci n'est pas toujours conciliable avec les besoins et la situation de ces peuples. L'émergence d'*un droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones*¹⁶, au sein de certaines juridictions supranationales s'inscrit dans ce contexte. Il convient donc de s'interroger sur le sens et sur l'efficacité d'une telle norme, notamment à partir de l'hypothèse d'un décalage potentiel entre le discours juridique et sa mise en œuvre.

Avant d'en faire l'analyse, la problématique de recherche posée par son émergence sera présentée (Section 1), la méthodologie choisie (Section 2) et le cadre théorique seront expliqués et justifiés (Section 3). Enfin, les hypothèses d'analyse seront exposées (Section 4).

¹⁶ Cette formulation s'inspire de divers documents. Voir *G et E c. Norvège*, requêtes n°9278/81 et n°9415/81, décision, (03 octobre 1983) Com. E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08) ; Tom G. SVENSSON, « Right to Self-Determination : a Basic Human Right Concerning Cultural Survival. The Case of the Sami and the Scandinavian State », dans Abdullahi Ahmed AN-NA'IM, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, a Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, p. 364, Svensson qualifie ce droit de « *Rights to a distinct way of life* ». Le Professeur Olivier De Schutter le qualifie de « *droit, pour les membres d'une minorité, de conserver leur mode de vie traditionnel* », Olivier DE SCHUTTER, « Le droit au mode de vie tsigane devant la Cour européenne des droits de l'homme : droits culturels, droits des minorités, discrimination positive », *R.T.D.H.* 1997, p. 77 ; Kristin HENRARD, *The European Convention on Human Rights and the Protection of the Roma as a Controversial Case of Cultural Diversity*, European Diversity and Autonomy Papers, EDAP 5/2004, en ligne: www.eurac.edu/edap, p. 17-22. Kristin Henrard qualifie ce droit de « *Right to a own way of life* ».

Section 1 : Problématique

Plusieurs questions démontrent l'intérêt d'étudier la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones (§ 5). Afin de les justifier, nous allons d'abord exposer les axes de recherche exploitables (§ 1) et les lacunes produites par les recherches antérieures (§ 2). Nos objectifs de recherche (§ 3) et l'approche théorique qui sera privilégiée (§ 4) seront exposés ensuite.

Paragraphe 1 : Axes de recherches exploitables

Cinq axes de recherches pourraient être choisis pour aborder l'étude de la norme de protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones.

Premièrement, cet objet d'étude pourrait être traité sous l'angle du positivisme juridique pur. L'objectif de la recherche serait alors de présenter l'état du droit de façon descriptive et en fonction de sources formelles. Ce n'est pas le choix retenu, puisque cette étude porte sur une norme floue et a pour but d'évaluer une règle émergente sous un angle critique.

À l'inverse, cette recherche pourrait être menée sous l'angle des théories critiques, afin d'évaluer le droit positif comme outil de marginalisation et de domination et tendant à remettre en cause l'efficacité de la norme adoptée. Elle se fonderait sur un postulat qui évacue la complexité de la situation et la capacité potentielle du droit positif et des juges internationaux à recevoir les revendications autochtones et minoritaires. *A priori*, cette étude ne tient pas pour acquis la partialité totale et systématique des magistrats. Évidemment, comme de nombreuses analyses l'ont déjà démontré, ceux-ci ne sont pas neutres ; nous y reviendrons. Ils ont une compétence d'interprétation, ce qui implique qu'ils ne soient pas « la bouche de la loi ». Néanmoins, cela ne se traduit pas automatiquement par une impossibilité de saisir la situation de « l'autre ». D'où l'inadaptation des théories critiques radicales pour mener à bien cet objet d'étude.

Troisièmement, l'analyse de la norme juridique protégeant les modes de vie minoritaires et autochtones pourrait également s'effectuer par la méthode empirique.

Il s'agirait de recourir à l'enquête par entretien à usage principal et à l'observation. Cela impliquerait l'interrogation des juges européens, interaméricains et des experts onusiens, mais aussi des requérants autochtones et roms, afin de connaître leurs volontés au regard de la consécration ou de la revendication de cette nouvelle norme. Bien que très intéressante, cette méthode n'a pas été retenue, vu l'éloignement des juridictions étudiées, leur dispersion à travers le monde et la diversité des requérants. De plus, une enquête exhaustive n'est pas indispensable, puisqu'il existe un accès facile aux décisions rendues par les juges qui consacrent l'émergence de la norme étudiée ainsi qu'à d'autres travaux complémentaires. Nous pouvons donc disposer d'une latitude analytique suffisamment grande pour ne pas avoir recours à l'enquête de terrain de manière principale.

Quatrièmement, il serait envisageable de mettre l'accent sur une approche pluraliste « radicale », qui examinerait les normes issues des modes de vie minoritaires et autochtones en tant que parties d'ordres juridiques parallèles, pour en déduire une forme de pluralisme juridique, voire d'internormativité. Toutefois, le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones étant une norme consacrée par les juges sur le fondement de conventions internationales ou régionales ratifiées par les États, cette perspective pluraliste n'est pas celle qui sera privilégiée, ce qui influera sur la définition de nos objectifs de recherche. Cette approche restera seulement sous-jacente, puisque la norme sera appréhendée principalement sous l'angle de sources positivistes.

Enfin, une dernière proposition serait d'articuler les deux premières approches, afin de conduire une recherche descriptive, explicative et critique pour éclairer le sens et comprendre l'objectif et les apports possibles du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones. Cela exigerait que nous élargissions nos sources aux sources matérielles et au contexte de production de la norme. Cette approche conduirait à employer le positivisme juridique pour circonscrire l'état du droit, puis à mener une analyse critique afin d'évaluer la norme décrite et d'en rechercher le sens. Ces deux dimensions sont nécessaires et complémentaires pour atteindre l'objectif ultime de compréhension de la norme. C'est donc cette approche « mixte » que nous retiendrons.

Paragraphe 2 : Lacunes dans les recherches antérieures

Trois types de lacunes ont été remarqués dans les recherches antérieures. Elles consistent, d'une part, en l'absence d'études juridiques portant précisément sur l'outil que représente le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones. Elles se manifestent, d'autre part, en termes d'approche. Enfin, un autre « manque » réside dans le cadre restrictif généralement choisi pour examiner le processus d'émergence des normes juridiques internationales.

Premièrement, l'on doit constater une absence d'études se focalisant précisément sur le processus de production et la signification du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones. Cette remarque va de pair avec le manque d'attention portée à son caractère global.

Les auteurs traitant des droits des minorités ou des droits des peuples autochtones évoquent quelque fois la protection des modes de vie, sans développer cette question ou en la traitant de façon spontanée, isolée ou accessoire. Ils abordent davantage la protection des peuples autochtones et des minorités selon un point de vue fragmentaire, d'une part, selon les catégories classiques des droits linguistiques¹⁷, liberté de religion, droits culturels¹⁸ ou droit à la culture propre, à l'identité¹⁹ et à la participation politique²⁰ et, d'autre part, en référence aux droits de groupes²¹, à la

¹⁷ Kristin HENRARD, préc., note 16.

¹⁸ Boris MARTIN, « Les droits culturels comme mode d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme », (1999) 13 *Revue du M.A.U.S.S.*, p. 236-260.

¹⁹ Julie RINGELHEIM, « *Identity Controversies Before the European Court of Human Rights : How to Avoid the Essentialist Trap?* », (2002) 3/7 *G.L.J.*, en ligne: www.germanlawjournal.com (consulté le 09.04.07).

²⁰ Florence BENOÎT-ROHMER, « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits de minorités nationales », (2002) *R.T.D.H.*, p. 563-586.

²¹ Darlene M. JOHNSTON, « *Native Rights as Collective Rights : A Question of Group Self-Preservation* », dans Will KYMLICKA (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 179-201 ; Will, Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; Jean-Manuel LARRALDE, « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », (2003) *R.T.D.H.*, p. 1247-1274 et F. BENOÎT-ROHMER, préc., note 20, p. 563-586.

protection de groupes particuliers²² ou sur le fondement de la prohibition des discriminations. Ils en traitent également, accessoirement, sous l'angle du processus de reconnaissance²³ ou du droit aux différences²⁴. Ils peuvent aborder la problématique de la protection des modes de vie distincts en se référant à certains grands principes du droit international, tels que les principes de diversité culturelle²⁵, d'autodétermination²⁶ et de non-discrimination²⁷ ou en référence à la protection du patrimoine culturel et à la propriété des terres ancestrales, sans que soit abordée de façon principale la protection juridique de modes de vie minoritaires ou autochtones. Les auteurs traitent également du droit des minorités ou du droit des peuples autochtones de façon générale, en tant que discipline²⁸, en se focalisant sur un ordre juridique en particulier (l'ordre juridique européen, interaméricain, international)²⁹, sur un peuple ou une communauté spécifique³⁰ ou dans un État. Cependant, ces

²² Notamment Charles TAYLOR, Geneviève KOUBI, Will KYMLICKA, James ANAYA, Iris Marion YOUNG, Alain FENNET.

²³ Charles TAYLOR, *Multiculturalism and « the Politics of Recognition »*, Princeton, Princeton University Press, 1992.

²⁴ Paul DE DECKKER et Jean-Yves FABRERON (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 536 p.

²⁵ Notamment K. HENRARD, préc., note 16.

²⁶ Notamment Christian TOMUSCHAT (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Boston, Éditions Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 347 p.

²⁷ Dominique ROSENBERG, « L'indifférence du juge européen aux discriminations subies par les Roms (en marge de l'arrêt Chapman) », (2001) *R.T.D.H.*, p. 1017-1033.

²⁸ Sur le droit des peuples autochtones, voir notamment James S. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, 2^{ème} édition, Oxford, Oxford University Press, 2004, 396 p. ; Jean-Claude FRITZ et al. (dir.), *La nouvelle question indigène, peuples autochtones et ordre mondial*, Paris, l'Harmattan, 2005, 506 p. Sur le droit des minorités, voir notamment Patrick THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 451 p. ; Peter KOVACS, *La protection internationale des minorités nationales aux alentours du millénaire*, Cours et travaux n°5, Paris, Pedone, 2005, 95 p. ; Geneviève KOUBI, « Brèves réflexions sur les paradoxes et ambiguïtés des stratégies socio-juridiques des minorités », (1997) *R.T.D.H.*, p. 407-423 ; Sébastien RAMU, « Le statut des minorités au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », (2002) *R.T.D.H.* p. 587-628 et Peter KOVACS, *Diversity in Action*, Budapest, LGI/OSI, 2001, p. 45-73.

²⁹ Sur le droit des minorités ou des peuples autochtones en Europe, voir notamment Jean-Paul COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », (2004) *R.T.D.H.*, p. 101-110 ; Julie RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 490 p. ; Olivier DE SCHUTTER et Annelies VERSTICHEL, *The Role of the Union in Integrating the Roma : Present and Possible Future*, European Diversity and Autonomy Papers, EDAP 2/2005, en ligne : www.eurac.edu/edap (consulté le 13.11.06), 41 p. Sur le droit des minorités ou des peuples autochtones dans les Amériques, voir Carole HILLING, « La protection des droits des peuples autochtones et de leurs membres dans les Amériques », (1996) 41 *Revue de droit de McGill*, p. 855-889.

³⁰ Dans le cas du peuple Rom, voir notamment D. ROSENBERG, préc., note 27 et O. DE SCHUTTER et A. VERSTICHEL, préc., note 29. Dans le cas du peuple Sami, voir notamment Mattias AHREN,

études apparaissent comme étant soit trop générales, soit indûment spécifiques. L'émergence du concept de mode de vie et la production de cette norme devant différentes juridictions internationales et régionales n'ont en outre jamais fait l'objet d'une étude comparative. Enfin, cette protection a pu être analysée dans le cadre de commentaires de décisions de justice³¹, mais encore là de façon isolée.

Les écrits juridiques existants nous semblent donc soit fragmentaires, soit imprécis ou encore abordant la question des « modes de vie distincts » sous un angle indirect. Par conséquent, aucune étude substantielle ne s'y est suffisamment consacrée, alors même que le traitement du droit des minorités et des peuples autochtones dans sa forme classique pourrait être enrichi par l'apparition de ce droit.

Deuxièmement, la question du droit des minorités ou des peuples autochtones est aussi traitée en histoire du droit³², sous l'angle du pluralisme juridique³³, en sociologie et en anthropologie³⁴, en philosophie ou en politique³⁵. Ces approches sont très riches. Néanmoins, en tant que juriste, nous privilégions davantage une approche positiviste critique, d'autant plus qu'une lacune majeure existe en droit positif. Elle tient au fait que la communauté juridique se saisit d'un concept, celui de mode de vie, qui n'est pas juridique et qu'elle ne maîtrise pas encore nécessairement. Or celui-ci n'a pas fait l'objet d'une évaluation complète.

Troisièmement, la conception du processus d'élaboration de la norme juridique internationale est souvent restreinte. Dans ce cas, elle se concentre

« *Indigenous Peoples' Culture, Customs, and Traditions and Customary Law – The Saami People's Perspective* », (2004) 21/1 *Arizona Journal of International & Comparative Law*, p. 63-112 et G. ERIKSSON, « *Darwinism and Sami Legislation* », dans Birgitta JAHRESKOG, *The Sami National Minority in Sweden*, Stockholm, A&W, Sweden and Humanities Press, 1982, p. 89-101.

³¹ Voir O. DE SCHUTTER, préc., note 16, p. 64-93 ; F. KRENC, « Le sort des Tsiganes devant la Cour européenne des droits de l'homme », dans Pierre LAMBERT et Christophe PETTITI (dir.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 104-109 ; F. BENOÎT-ROHMER, préc., note 20, p. 999-1015 ; James S. ANAYA, « The Case of Awas Tingni v. Nicaragua : A New Step in the International Law of Indigenous Peoples », (2002) 19/1 *Arizona Journal of International and Comparative Law*, p. 1-15 ; Ludovic HENNEBEL, « La protection de l'« intégrité spirituelle » des indigènes », (2006) 66 *R.T.D.H.*, p. 253-276.

³² Notamment, Michel MORIN, préc. note 1.

³³ Nous pensons notamment à certains auteurs ayant écrit sur le thème des coutumes juridiques autochtones au Canada et ailleurs, tels que John Borrows, de Paul Havemann ou James Tully.

³⁴ Par exemple, Philippe POUTIGNAT et Jocelyne STREIFF-FENART, *Théorie de l'ethnicité*, 2^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1995, 270 p. ; Raymond MASSÉ, « Les limites d'une approche essentialiste des ethnoéthiques, pour un relativisme éthique critique », (2000) 24/2 *Anthropologie et Sociétés*, p. 13-33.

³⁵ Voir des auteurs tels que Will Kymlicka et Charles Taylor.

uniquement sur le caractère juridique et obligatoire des normes et élimine la recherche de leur sens. Cette étude, au contraire, s'appuie sur des éléments qui ne sont pas toujours mis en évidence lorsque la production de la norme internationale est examinée. Pour ce faire, elle s'inspirera des travaux d'Andrée Lajoie et de Gérard Timsit, qui seront appliqués aux ordres juridiques international et régionaux.

Les textes doctrinaux existants fournissent donc un contexte juridique et scientifique favorable à l'ancrage des intérêts autochtones et minoritaires en droit, ainsi qu'une assise solide sur laquelle cette analyse peut s'appuyer. Cependant, afin d'exploiter au mieux le potentiel de cette norme nouvelle, il est pertinent d'en étudier le processus d'élaboration, son fonctionnement, sa signification et ses apports tant aux droits des minorités qu'à ceux des peuples autochtones.

Paragraphe 3 : Objectifs de recherche

L'objectif principal de cette recherche est d'expliquer et de comprendre le processus d'élaboration d'une norme internationale nouvelle que nous avons nommée la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones. Afin d'atteindre ce but, deux objectifs accessoires s'imposent, à savoir décrire et critiquer l'existant. Décrire l'état du droit produira un premier niveau de compréhension. Cet échelon de compréhension étant plus restreint, un second niveau d'explication, à tendance critique, sera nécessaire. Il permettra l'évaluation de la norme juridique nouvelle dans sa forme et dans sa substance. Enfin, l'objectif ultime serait de proposer un cadre juridique amélioré assurant une protection des modes de vie minoritaires et autochtones plus efficace, à travers la suggestion de lignes directrices guidant les acteurs de l'émergence de la norme dans leurs démarches.

Paragraphe 4 : Approche théorique privilégiée

Au regard de ce qui précède, l'approche théorique retenue est une étude juridique positiviste critique et constructiviste de la norme nouvelle, qui se fonde tant sur les sources formelles du droit supranational – qui comprend le droit non

seulement international, mais aussi issu d'ordres juridiques régionaux, tels que les systèmes européen et interaméricain de protection des droits de l'homme – que sur son contexte d'adoption – principalement politique et stratégique. Cette approche est positiviste dans le sens où elle réagit au flou actuel en éclaircissant l'état du droit international et régional sur la question de la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones. Chemin faisant, une approche critique sera développée, afin d'évaluer cette norme, quant à sa forme et à son sens, à ses forces et à ses faiblesses.

Notre analyse adoptera une perspective « holiste », qui repose sur l'importance de comprendre la norme dans sa globalité. La nécessité d'adopter une approche constructiviste en résulte, mais aussi le refus d'aborder un système juridique en particulier ou une communauté minoritaire ou autochtone spécifique.

Enfin, rappelons que cette approche théorique se fonde sur trois postulats. Le premier affirme l'existence du pluralisme socioculturel en tant que phénomène inhérent à toutes les sociétés. Il implique un traitement dans la nuance de notre objet d'étude. Le deuxième postulat tient pour acquis l'existence de l'ordre juridique international et des systèmes régionaux. Le dernier reconnaît le rôle que jouent les acteurs autochtones et minoritaires dans la valorisation et la perpétuation de leurs propres conceptions de la « vie bonne », ainsi que leurs normes et valeurs.

Paragraphe 5 : Questions de recherche

Cette recherche ayant pour but d'éclaircir le processus d'élaboration, le sens et la portée d'une norme nouvelle, les questions principales de recherche sont liées à ces trois éléments (I.). De manière implicite, une question accessoire s'en dégage également. Elle porte sur la construction du discours des juges (II.).

I. Question principale et sous-questions spécifiques de recherche

Dans le cadre de cette recherche, la question principale est la suivante : compte tenu du contexte législatif, juridique, politique et social actuel et des décisions

rendues par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et par les juridictions régionales des droits de l'homme, une norme juridique nouvelle tendant à la protection des modes de vie minoritaires et autochtones et bénéficiant à ces groupes et à leurs membres, est-elle en voie d'élaboration en droit international ? À quel stade de ce processus en est-on ? Surtout, et c'est là un élément crucial, quelle est la meilleure interprétation possible de cette norme ?

Proposer une telle interprétation suppose d'évaluer la référence au concept de mode de vie faite par les requérants et les juges et experts supranationaux³⁶. Celui-ci est-il orienté par leurs représentations propres ? La norme juridique visant à protéger les modes de vie minoritaires et autochtones est-elle fidèle aux représentations minoritaires et autochtones ? La définition reçue ou acceptée par les juges régionaux et experts du Comité des droits de l'homme correspond-elle aux attentes autochtones et minoritaires ? Les représentations des juges sont-elles défavorables aux requérants ou peuvent-elles être favorables ? Quelles sont les représentations autochtones et minoritaires portées devant ces organes juridictionnels et comment appréhendent-ils leurs modes de vie ? Peut-il y avoir convergence entre les intérêts des requérants et ceux des États, conduisant à la reconnaissance de cette norme ?

Ceci nous conduit à poser plusieurs sous-questions : quel est le processus d'émergence de la protection juridique des modes de vie ? À quelle étape sommes-nous dans l'élaboration de cette norme ? Quel est son caractère juridique ? Quelle est sa nature ? Quels sont ses titulaires, ses sujets et sa force juridique ? En outre, quelle est la signification de la norme consacrée ? Enfin, quels sont les apports de la norme, ses forces et ses faiblesses ? Quelle est son utilité sociale ? Conduit-elle à l'exercice, par les peuples autochtones et les minorités, d'un libre choix en matière identitaire, ou territoriale, complétant l'autodétermination politique classique ? Comment alimente-t-elle le processus de reconnaissance ? Dans quelle mesure son utilité sociale

³⁶ Pour les fins de cette recherche, les juges supranationaux – encore appelés juges internationaux ou juges régionaux des droits de l'homme – sont les juges des deux cours régionales dont les jurisprudences sont analysées, à savoir, les juges de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, mais aussi les magistrats des commissions européenne et interaméricaine des droits de l'homme. Les experts supranationaux – encore appelés experts internationaux ou onusiens – sont, pour les fins de cette étude, uniquement les experts du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

pourrait-elle être limitée si un décalage entre le discours juridique et sa mise en œuvre était constaté ?

II. Question implicite et accessoire

Accessoirement, cette étude nous conduit à nous interroger sur une dernière question. Il s'agit de savoir comment les juges supranationaux se positionnent face aux différences socioculturelles des peuples autochtones et des minorités. Répondre à cette question nécessite de déconstruire la réception faite par les juges des revendications minoritaires ou autochtones, afin de comprendre comment ceux-ci les perçoivent. Les valeurs et les codes culturels des juges leur permettent-ils d'être « fidèles » aux revendications et de comprendre les besoins autochtones ou roms ? Si oui, dans quelle mesure ? Si non, quels sont les paramètres de leur appréhension biaisée ou inachevée ? De plus, dans quelle mesure peuvent-ils en toute hypothèse concilier les droits et intérêts des uns et des autres ?

Section 2 : Méthodologie

L'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones se produit au sein de différents systèmes juridiques. Dans la mesure où le fondement juridique de ce droit n'est pas explicite (ou si peu), les sources de cette recherche seront principalement jurisprudentielles (§ 1). En outre, son émergence se produit dans un contexte interpellant autant le droit que d'autres disciplines. Aussi, deux méthodes d'analyse s'imposent, la méthode comparée et l'interdisciplinarité (§ 2). Par ailleurs, notre objet d'étude sera appréhendé selon une épistémologie constructiviste (§ 3).

Paragraphe 1 : Les sources

Les sources qui fondent cette recherche de façon principale sont formelles (I.). Elles sont accessoirement complétées par des données empiriques, dont il est nécessaire de préciser l'utilisation (II.).

I. Les sources formelles

Les sources principales sont des sources formelles, c'est-à-dire primaires et secondaires du droit international public. Il s'agit de certaines décisions issues des contentieux supranationaux en matière de droits de l'homme³⁷. Elles mentionnent de façon implicite ou explicite l'existence d'une protection juridique des modes de vie minoritaires ou autochtones. Il s'agit ensuite de documents officiels, tels que les conventions et déclarations internationales et régionales³⁸, de même que certaines

³⁷ Décisions de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme, de la Cour et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, Communications du Comité des droits de l'homme.

³⁸ Notamment, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 7 ; *Déclaration et programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/23, A.G.N.U., Conférence mondiale sur les droits de l'homme, (12 juillet 1993) ; *Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous People*, OEA.Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., 1997, at 654-676, Commission interaméricaine, 1333^{ème} session, (26 février 1997) et OEA/Ser.K/XVI, projet rediscuté, groupe de travail (18 avril 2008), en ligne: <http://www.oas.org/consejo/CAJP/Indigenous%20documents.asp> (consulté le 22 septembre

résolutions pertinentes des organisations internationales et régionales examinées. Ceux-ci nous serviront à exposer le contexte législatif sur lequel se fondent les juges et les requérants. Ces documents officiels et jurisprudentiels permettront également l'accès au discours juridique et politique de tous les acteurs, lequel contribuera à l'examen du processus d'émergence de la protection et à la recherche du sens de la norme.

En outre, l'identification des tendances internationales et régionales en faveur de la diversité culturelle, sociale et identitaire, mais aussi de la reconnaissance du bien-être de chacun, sera utile pour mettre le processus d'élaboration de la protection en contexte. Il résultera de ce recours au contexte une meilleure saisie du discours des requérants et une compréhension plus éclairée de la réception faite par les juges, influant sur la détermination du sens de la norme. Le contexte d'émergence de la norme étudiée fait accessoirement partie des sources fondant notre recherche, dans la mesure où il alimente les sources principales qui sont la jurisprudence et la législation internationale. Le recours au contexte résulte d'une approche décloisonnée entre le droit et la sphère politique.

Le recours aux sources formelles du droit international et au contexte suffira pour répondre aux questions que nous avons soulevées et qui s'inscrivent, au final, dans le cadre d'une réflexion positiviste. Une étude de terrain ou une enquête par

2008) ; *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, préc., note 6 ; *Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, préc., note 8 ; *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, préc., note 9 ; *Convention sur la diversité biologique*, le 5 juin 1992 (entrée en vigueur le 19 février 1995), Nations Unies, en ligne : <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf> (consultée le 22 septembre 2008) ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966, (entré en vigueur le 23 mars 1976), A.G.N.U., en ligne : <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm> (consulté le 22 septembre 2008) ; *Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturel*, Résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 03 janvier 1976), A.G.N.U., en ligne : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_cescr_fr.htm (consulté le 22 septembre 2008) ; *American Convention on Human Rights*, 22 novembre 1969 (entrée en vigueur le 18 juillet 1978) [ci-après, *Convention américaine des droits de l'homme* ou Conv. A.D.H.], Organisation des États Américains, en ligne : <http://www.oas.org/juridico/English/treaties/b-32.html> (consulté le 22 septembre 2008) ; *Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales*, 19 novembre 1994 (entrée en vigueur le 1^{er} février 1998), Conseil de l'Europe, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/157.htm> (consulté le 22 septembre 2008) ; *Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 04 novembre 1950 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [ci-après, *Convention européenne des droits de l'homme* ou Conv. E.D.H.], Conseil de l'Europe, en ligne : <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf> (consulté le 22 septembre 2008).

entretien à usage principal n'est donc pas apparue indispensable. Cependant, le recours incident à l'enquête qualitative et exploratoire s'est avéré nécessaire afin de mieux comprendre les processus d'émergence à l'œuvre.

II. Usage de données empiriques

Dans le cadre de cette recherche, le recours à l'enquête par entretien à usage exploratoire a pour objectif de compléter les pistes de travail et de valider ou d'infirmer certaines hypothèses. Ce type d'enquête précise également les conceptions des juges et experts. Il s'agit toutefois de sources accessoires, l'échantillon n'étant ni assez diversifié, ni suffisamment large. En effet, seulement deux entretiens téléphoniques semi-ouverts ont été conduites, l'entretien 1 et l'entretien 2, chacune avec des juges de la Cour européenne des droits de l'homme. Cet échantillon n'est pas représentatif de l'ensemble des juges dont le travail est évalué dans cette recherche. Aucun juge de la Cour interaméricaine ou expert du Comité des droits de l'homme des Nations Unies n'a été interrogé, en raison de l'impossibilité d'entrer en contact avec eux³⁹. Par ailleurs, la validité de l'échantillonnage n'est pas assurée, en raison, d'une part, du faible nombre de juges interrogés, empêchant l'atteinte du niveau de saturation requis. D'autre part, l'échantillon n'est pas défini de manière aléatoire. Ainsi, aucune généralisation ou conclusion directe ne seront tirées de ces entretiens. Ceux-ci ne viendront qu'appuyer la réflexion, le cas échéant.

L'exploitation de nos sources nécessitera un recours à deux outils. Le premier est la méthode comparative, qui présuppose une approche interne au droit. Le second, l'interdisciplinarité, répond à la nécessité de décloisonner cette recherche par rapport à l'approche positiviste. Autrement dit, cette méthodologie permet l'adoption d'un point de vue « externe modéré » afin d'évaluer la pertinence du processus d'émergence et du sens de la norme.

³⁹ Nous avons néanmoins utilisé une entrevue publiée par la revue *Human Rights Quarterly* de Antônio A. Cançado Trindade, qui fut juge puis président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme entre 1995 et 2006. Voir, Lauri R. TANNER, « Interview with Judge Antônio A. Cançado Trindade, Inter-American Court of Human rights », (2009) 31 *Human Rights Quarterly*, p. 985-1005.

Paragraphe 2 : Méthodes d'analyse pertinentes

La méthode comparative sera utilisée (I.) et complétée par l'interdisciplinarité (II.).

I. La méthode comparative

La comparaison des systèmes juridiques est utile pour évaluer le niveau de protection des modes de vie minoritaires ou autochtones consacré au sein de chacun d'entre eux. Elle procure la perspective holiste recherchée et offre un guide afin de détecter des similitudes et des divergences dans la consécration de la norme nouvelle. La méthode comparée permet aussi de dégager les raisonnements communs ou divergents ainsi que de s'interroger sur leur raison d'être. Accessoirement, elle permettra de mesurer l'influence d'un système sur un autre.

La comparaison s'effectue entre les sources primaires et secondaires de trois systèmes juridiques, dont deux juridictions et une quasi-juridiction⁴⁰. Présentons-les dès à présent.

A. Le système européen des droits de l'homme

Le système juridique européen des droits de l'homme fut institué par le Conseil de l'Europe, au sein duquel la Cour et l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme (par la suite, Cour E.D.H. ou Cour européenne et Com. E.D.H. ou Commission européenne) rendent des décisions. Rappelons ainsi brièvement le fonctionnement et la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi la hiérarchie des normes en droit européen des droits de l'homme.

⁴⁰ Les cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme sont deux juridictions. Le Comité des droits de l'homme n'est pas une juridiction au sens strict, mais une quasi-juridiction, car il ne rend pas de décision obligatoire mais des communications qui n'ont pas autorité de chose jugée. Néanmoins, cette étude le qualifiera parfois de juridiction aux côtés des deux cours, car le *Protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* le dote de la fonction de juger et de trancher des différends. Il est donc une juridiction au sens large du terme.

La Cour européenne des droits de l'homme fut créée en 1959 et représente l'organe juridictionnel par excellence du Conseil de l'Europe, organisation régionale fondée en 1949 par le Traité de Londres, ayant pour objectif la promotion des droits humains, de la démocratie et de l'État de droit. La Cour se compose de quarante sept juges élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe pour un mandat de six ans renouvelable. Elle contrôle l'application par les États membres de la *Convention européenne des droits de l'homme* et de ses protocoles. À ce titre, elle rend des arrêts obligatoires et définitifs pour les États parties⁴¹. La *Convention-cadre sur la protection des minorités nationales* a déjà été citée par la Cour au titre des textes internationaux pertinents⁴², de même que certaines dispositions de la *Charte sociale européenne*⁴³. Néanmoins, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe demeure l'organe de contrôle de la première⁴⁴ et le Comité européen des droits sociaux celui de la seconde⁴⁵. De plus, leur champ de protection est différent. Alors que la *Convention européenne des droits de l'homme* protège des droits civils et politiques, la *Charte sociale européenne*, garantit les droits économiques et sociaux des justiciables⁴⁶. La *Convention-cadre sur la protection des minorités nationales*

⁴¹ Pour un rappel sur le fonctionnement et les compétences de la Cour, voir le site du Conseil de l'Europe, en ligne : <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DE84FECD-A565-4970-9753-CEC6228F7CAF/0/FAQfrench.pdf> (consulté le 12 janvier 2010) ; pour une présentation du système européen de protection des droits de l'homme, voir Kevin BOYLE, « Council of Europe, OSCE, and the European Union », dans Hurst HANNUM (dir.), *Guide to International Human Rights Practice*, 4^{ème} édition, Ardsley, Transnational Publishers Inc, 2004, p. 143-160.

⁴² *Chapman c. Royaume Uni, Chapman c. Royaume Uni*, requête n°27238/95, arrêt, (18 janvier 2001) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08), § 55-57.

⁴³ *Affaire Demir et Baykara c. Turquie*, requête no 34503/97, arrêt (12 novembre 2008), Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=34503/97&sessionid=54732138&skin=hudoc-fr> (consulté le 01 juin 2010), § 49.

⁴⁴ *Convention-cadre sur la protection des minorités nationales*, article 25, préc., note 38.

⁴⁵ Sur le rôle de ce Comité d'experts indépendants, voir *Charte sociale européenne*, texte révisé, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/163.htm>, Partie IV, article C ; *Charte sociale européenne*, 1961, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/035.htm>, Partie IV ; *Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne*, Turin, 1991, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/142.htm> ; *Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives*, Strasbourg, 1995, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/158.htm>.

⁴⁶ Les considérants 2 à 4 du Préambule de la *Charte sociale européenne*, soulignent les apports de chacun des deux traités sans les opposer. Voir *Charte sociale européenne*, texte révisé, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/163.htm>, Préambule, considérants 2-4.

reconnait des droits individuels aux membres de minorités nationales reconnus par les États signataires.

Cette dernière ne remet pas en cause la hiérarchie des normes établie en droit européen des droits de l'homme. En vertu des articles 22 et 23 de la Convention-cadre, les dispositions de ce document ne peuvent, d'une part, limiter les droits et libertés reconnus à l'interne et doivent, d'autre part, être interprétées conformément à la *Convention européenne des droits de l'homme* qui occupe le sommet de la hiérarchie des normes au côté de la *Charte sociale européenne*. Se positionnent ensuite dans cette hiérarchie la Convention-cadre et les résolutions du Comité des ministres.

B. Le système interaméricain des droits de l'homme

Notre recherche porte ensuite sur les sources primaires et secondaires du système interaméricain des droits de l'homme, lui-même établi par l'Organisation des États Américains (O.E.A.). En son sein, les sources secondaires sont issues du contentieux de la Cour et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (Par la suite, Cour I.D.H. ou Cour interaméricaine et Com. I.D.H. ou Commission interaméricaine).

La Cour et la Commission interaméricaine des droits de l'homme sont les organes juridictionnels de l'Organisation des États Américains. La première contrôle la mise en œuvre, par les États membres qui l'ont ratifiée et qui ont reconnu la juridiction de la Cour, de la *Convention américaine des droits de l'homme*. La seconde contrôle la mise en œuvre de la *Déclaration américaine sur les droits et les devoirs de l'homme*, traité signé par l'ensemble des États membres de l'organisation⁴⁷.

⁴⁷ Sur le système interaméricain de protection des droits de l'homme, voir Dinah L. SHELTON, « The Inter-American Human Rights System », dans H. HANNUM, *Guide to International Human Rights Practice*, préc., note 41, p. 127-141. Signalons que le Canada est membre de l'O.E.A., il a donc signé la *Déclaration américaine sur les droits et les devoirs de l'homme*, mais n'a pas ratifié la *Convention américaine des droits de l'homme*, ni reconnu la juridiction de la Cour interaméricaine.

C. Le système juridique onusien de protection des droits de l'homme

Le système juridique onusien est aussi pertinent dans le cadre de cette étude. Les communications d'une de ses quasi-juridictions seront examinées, il s'agit de celles du Comité des droits de l'homme (Par la suite, le Comité ou C.D.H.), un organe du Conseil économique et social des Nations Unies composé d'experts indépendants. Il vérifie la mise en œuvre du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* par les États parties et plus particulièrement de l'article 27 de ce Pacte sur le droit à sa culture propre. À ce titre et en vertu du premier protocole facultatif se rapportant au Pacte, il dispose notamment d'une compétence quasi-juridictionnelle en matière de règlement des différends, entre les États partis ayant reconnu sa juridiction et des justiciables, sur la violation d'une disposition du Pacte⁴⁸.

Les communications du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sont complémentaires aux documents internationaux adoptés par cette organisation et ses institutions spécialisées, relatifs au droit des peuples autochtones et au droit des minorités, tels que la *Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, la *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*⁴⁹ ainsi que diverses résolutions traitant de droit aux territoires et aux ressources, de changements climatiques et de droits humains.

Pour les fins de cette étude, les contentieux asiatiques et africains des droits de l'homme ne seront pas abordés. Plusieurs raisons justifient ce choix. D'abord, aucun

⁴⁸ Sur la création et les compétences du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, voir le site du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, en ligne : <http://www2.ohchr.org/french/bodies/hrc/index.htm> (consulté le 12 janvier 2010).

Voir aussi le *premier protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques*, en ligne : <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr-one.htm>, (consulté le 12 janvier 2010). Voir enfin Siân LEWIS-ANTHONY et Martin SCHEININ, « Treaty-Based Procedures for Making Human Rights Complaints Within the UN System », dans Hurst HANNUM, *Guide to International Human Rights Practice*, préc., note 41, p. 43-53.

⁴⁹ *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, préc., note 6. Sur la Déclaration voir, Helen O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, Aldergate, Ashgate, 2007, p. 201-203.

système de protection des droits de l'homme ni aucun organe de contrôle supranational de la mise en œuvre de ces normes par les États n'existe en contexte asiatique. Ensuite, en ce qui concerne l'Afrique, bien que la Cour et la Commission africaine des droits de l'homme aient vu le jour au sein de l'Union africaine, les sources jurisprudentielles liées au droit des minorités ou des peuples autochtones restent insuffisantes.

Ces sources seront utiles au développement d'un point de vue interne sur le droit. Enfin, la méthode comparative permettra l'évaluation des diverses solutions apportées par les juridictions. En ce sens, elle pourrait contribuer à l'identification d'interprétations plus convaincantes que d'autres.

II. L'interdisciplinarité

En procédant à une distanciation face à l'état du droit, l'interdisciplinarité permet d'évaluer la consécration juridique d'une protection à l'égard des modes de vie minoritaires ou autochtones et d'apprécier ses apports d'un point de vue externe⁵⁰.

L'anthropologie juridique est la discipline qui nous servira d'accessoire méthodologique principal. Grâce à elle, la compréhension du concept de mode de vie sera facilitée. Elle permettra aussi d'en proposer la meilleure interprétation possible et d'évaluer si l'emprunt qui en est fait par le droit est approprié. Par ailleurs, l'anthropologie aura une grande utilité en matière de compréhension des références ainsi que des identités autochtones et roms.

Cette discipline sera exploitée en utilisant des travaux scientifiques déjà existants⁵¹. L'anthropologie politique, sociale et culturelle sera employée afin de

⁵⁰ Sur l'intérêt du recours à l'interdisciplinarité voir notamment Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, 199 p. ; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, 299 p. Sur « le point de vue externe modéré », voir François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Les voies du droit », 1988, 254 p. et François OST, « Pour une théorie ludique du droit », (1992) 20/21 *Droit et société*, p. 93-103.

⁵¹ Sur ces travaux, voir *infra*, Partie II, Titre 1.

s'extraire du regard interne sur la société, et ce pour analyser des modèles et des codes socioculturels⁵².

Paragraphe 3 : Épistémologie

Une épistémologie constructiviste inspirera le regard que nous poserons sur notre objet d'étude. En tant qu'acteur ou qu'auteur, notre esprit construit, déconstruit et reconstruit les réalités sociales et politiques. Il en va de même des concepts ou normes juridiques.

Dans le cadre de cette recherche, le moyen principal d'accéder à la connaissance de la norme juridique sera l'interprétation de décisions de justice. En pareille matière, l'atteinte d'une objectivité pure est impossible⁵³. De plus, la présente étude ne peut faire table rase de tous les postulats, présumés et préjugés sur lesquels elle se fonde, d'autant plus que certains demeurent inconscients. De ce fait, plutôt que de tenir pour acquis l'objectivité, elle privilégiera l'accès à la connaissance par un processus d'objectivation qui suppose et reconnaît une part de subjectivité.

L'épistémologie privilégiée par cette analyse est aussi anti-déterministe. L'application de la méthode comparative démontre que le droit tel qu'il est consacré par les diverses juridictions n'est pas un résultat « inévitable » issu d'une logique mécanique provenant de la nature des choses. Il demeure un objet en mouvement, soumis à des aléas et adopté pour des raisons politiques, morales, économiques, culturelles et sociales. D'une part, ceci nous conduit à nuancer le postulat selon lequel le droit était nécessairement un outil de domination et de marginalisation. D'autre part, le droit n'est pas une sphère autonome, puisque celui-ci est un outil stratégique employé par les requérants minoritaires et autochtones, mais aussi par les États et les

⁵² Selon l'UNESCO « la culture, dans son sens le plus large, est considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société, un groupe social ou un individu. Subordonnée à la nature, elle englobe, outre l'environnement, les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeurs, les traditions, les croyances et les sciences », UNESCO, *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles*, Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet - 6 août 1982, en ligne : http://portal.unesco.org/culture/fr/files/12762/11295422481mexico_fr.pdf/mexico_fr.pdf (consultée le 22 septembre 2008).

⁵³ Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 288.

juges. Il est un instrument modelé afin de faire prévaloir des intérêts. Il est, en ce sens, un phénomène construit, révélateur d'un rapport de force entre des acteurs aux intérêts divergents, différents ou convergents.

Enfin, l'épistémologie choisie est critique ou émancipatoire. En effet, le droit en général et la protection des modes de vie minoritaires et autochtones en particulier doivent être remis en cause si l'on veut vérifier leur pertinence. Il ne s'agit pas de rejeter en bloc le droit tel qu'il existe, puisqu'il peut être satisfaisant à certains égards⁵⁴. Toutefois, la reconnaissance de la pluralité socioculturelle et identitaire est un travail en processus. C'est en cela qu'une perspective critique nous est utile, car elle permet de questionner et d'améliorer l'existant. Elle est nécessaire au regard des objectifs de cette recherche, qui ne sont pas seulement de décrire, mais aussi d'expliquer et de comprendre, voire de proposer des pistes de transformation.

Trois instruments agissent en garde-fous et permettent de ne pas laisser place à une subjectivité totale. D'abord, la mise en contexte et l'interdisciplinarité assurent une vision globale, décloisonnée, intégrant le particulier au général. Elle permet de prendre acte de la complexité des phénomènes sociaux⁵⁵. En outre, la recherche d'objectivation s'accompagne nécessairement de la nuance. L'accès à la connaissance n'est pas linéaire ; il ressort au contraire de la complexité et nécessite la confrontation d'antagonismes. Ceux-ci seront traités selon les principes dialogique et « hologrammatique », c'est-à-dire en conciliant les divergences ou en ne les occultant pas⁵⁶.

⁵⁴ La formulation expresse ou implicite de la reconnaissance d'un droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones est un élément majeur à elle seule. Il s'agit d'une première étape dans ce long processus de basculement des conceptions majoritaires et dans le processus de reconnaissance.

⁵⁵ Edgard MORIN, « Pour une réforme de la pensée », en ligne : http://college-heraclite.ifrance.com/documents/r_actuels/em_reforme.htm.

⁵⁶ « Il faut, d'une part, compléter la pensée qui sépare par une pensée qui relie. Complexus signifie «ce qui est tissé ensemble». La pensée complexe est une pensée qui cherche à la fois à distinguer - mais sans disjoindre - et à relier. D'autre part, il faut traiter l'incertitude. Le dogme d'un déterminisme universel s'est effondré. L'univers n'est pas soumis à la souveraineté absolue de l'ordre, il est le jeu et l'enjeu d'une dialogique (relation à la fois antagoniste, concurrente et complémentaire) entre l'ordre, le désordre et l'organisation. Ainsi le propos de la complexité est-il, d'une part, de relier (contextualiser et globaliser) et, d'autre part, de relever le défi de l'incertitude », E. MORIN, « Pour une réforme de la pensée », préc, note 55 ; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Identitarisation du droit et perspectivisme épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identité », (2000) XIII (1) *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*.

Section 3 : Cadre théorique

La protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones dans les contentieux internationaux des droits de l'homme fait référence à la problématique plus générale de l'élaboration de la norme juridique en matière de différences socioculturelles. Plus précisément, elle traite d'une norme émergente et floue, qui n'a pas les attributs des règles établies, écrites et anciennes⁵⁷. Cela suppose de s'interroger sur son existence en évaluant son caractère juridique et en recherchant sa signification la plus probable.

Le sens de cette norme demeure encore largement indéterminé. La réception faite par les juges et les experts des revendications minoritaires et autochtones, même si elle n'en est qu'à une étape embryonnaire, nous fournit cependant un matériau à partir duquel l'on peut entreprendre de circonscrire le sens à donner à la *protection des modes de vie minoritaires et autochtones*. Il conviendra donc de « sonder » les perceptions et conceptions des juges et des experts en matière de mode de vie, puisque celles-ci influent sur la signification de la norme et sa consécration elle-même. Mais, précisément, parce que nous nous penchons sur une norme émergente, ces perceptions et conceptions judiciaires ne sauraient à elles seules déterminer le sens de cette norme, pas plus qu'elles ne sauraient être abordées d'une manière acritique. En ce sens, d'autres sources normatives et d'autre corpus disciplinaires seront inévitablement sollicités s'agissant de circonscrire le sens et la portée de cette protection. Ce faisant, notre réflexion participera elle-même à la construction de son sens.

Ces brèves remarques indiquent les principaux axes du cadre théorique qui informera cette étude. D'une part, elle se situe dans le contexte du positivisme. Elle

⁵⁷ Elle est du ressort de la *lex ferenda* (« *soft law* ») et non de la *lex lata* (« droit dur »). En effet, bien qu'elle soit issue de l'interprétation d'une source traditionnelle du droit international (des traités et la jurisprudence), elle constitue une disposition souple. Sur cette distinction, voir Hugh M. KINDRED and Phillip M. SAUNDERS (dir.), *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7^{ème} édition, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 2006, p. 111 ; Isabelle DUPLESSIS, « Le vertige de la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », (2007) *R.Q.D.I.*, Hors-série, p. 245-268 ; Catherine THIBIERGE et Alii., *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, 891 p.

s'intéresse à une norme posée ou interprétée par des acteurs compétents dans les ordres juridiques régionaux ou international. Cette norme constituera le point d'ancrage de la présente étude ; c'est à celle-ci, et notamment à ses potentialités, que nous reviendrons toujours. Autrement dit, même si d'un point de vue pluraliste l'on peut tenir pour du « droit » différents types de normes obligatoires⁵⁸, le « droit » qui, dans cette thèse, retiendra notre attention est le droit international positif applicable à la protection des modes de vie minoritaires et autochtones, quelque embryonnaire que soit son état contemporain. D'autre part, l'approche primordialement positiviste et donc « doctrinale » qui sera nôtre se voudra résolument critique et enrichie par un recours à des savoirs externes. Elle intégrera également les discours minoritaires et autochtones non monolithiques qui participent à la construction de la norme. La normativité floue du droit international se prête particulièrement bien à ce genre d'exercice.

Nous aborderons donc dans cette partie les apports du positivisme juridique à l'étude de l'élaboration de la norme (§ 1). Nous verrons cependant que cette approche connaît aussi des limites (§ 2). D'où la nécessité qu'une approche positiviste comme la nôtre soit amalgamée à d'autres théories, tels que l'herméneutique (§ 3).

Paragraphe 1 : Les apports du positivisme juridique en droit international

La protection des modes de vie minoritaires et autochtones est une norme qui existe au sein de différentes sphères de normativité : éthique, politique, morale ou autres. Nous n'entendons pas démontrer l'existence de telles normes « pré-juridiques ». En revanche, la démonstration de sa juridicité, en droit positif, demeure à entreprendre. La conséquence de cette démonstration est importante : une nouvelle norme formellement « juridique » au sens du droit positif s'imposerait aux États du globe, qui se verraient dès lors transformés en débiteurs d'obligations en faveur des peuples autochtones, des minorités et de leurs membres. Par ailleurs, l'intérêt de

⁵⁸ Selon les écrits de Santi Romano, Guy Rocher, Roderick Macdonald, Sally Engle Merry, Sally Falk Moore.

conduire cette étude en intégrant le positivisme juridique est de permettre la qualification et la définition d'un concept, celui de mode de vie.

Le positivisme juridique représente une approche avant toute chose⁵⁹. Selon Bobbio, le juriste doit se préoccuper du droit réel, du droit tel qu'il est. Il s'agit alors d'un « mode d'approche du droit » caractérisé par une distinction nette entre le droit réel et le droit idéal... entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être » [...] »⁶⁰. Autrement dit, le droit positif correspond à l'« ensemble des règles de droit (droit objectif) en vigueur dans un pays donné [ou au sein d'un ordre juridique donné tel que l'ordre juridique international] à un moment donné, par opposition au droit naturel (ou idéal) et à un droit révolu (aboli ou abrogé) reçu dans le passé (Ancien droit) »⁶¹. Cette approche sera pertinente afin de circonscrire l'état du droit en matière de protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones, ainsi que pour trancher la question de la juridicité de la norme⁶².

Le positivisme juridique représentant le premier élément de ce cadre théorique, il faut en justifier plus avant l'utilisation (I.). Néanmoins, cette application de l'approche positiviste ne peut se faire que de façon souple. La discipline de référence de cette recherche étant le droit international public, il s'agit là d'un ordre juridique en gestation quant à son rapport aux peuples autochtones. Partant, celui-ci diffère des ordres juridiques internes (II.).

I. Justification de l'emploi du positivisme juridique

Afin d'observer et de mieux cerner notre objet d'étude, nous avons choisi de porter des « lunettes » positivistes. Pour les fins de cette étude, le positivisme

⁵⁹ Notre étude n'a pas pour objectif de conduire une analyse de fond sur les conceptions du positivisme juridique. Nous allons donc uniquement en préciser les modalités de l'utilisation qui en sera faite pour les fins de cette recherche et en tant qu'outil d'analyse.

⁶⁰ André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2ème édition, p. 461.

⁶¹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} édition, Paris, P.U.F., 2007, p. 695.

⁶² C'est-à-dire le caractère juridique ou non de la norme.

juridique est d'abord conçu en tant qu'approche et, exceptionnellement, comme théorie⁶³.

Une approche positiviste paraît incontournable pour deux raisons. En premier lieu, la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones est issue de l'interprétation de sources formelles du droit international public – en l'espèce, des décisions des juridictions régionales, des communications du Comité des droits de l'homme et de conventions et déclarations internationales et régionales en droit des droits de l'homme, droit des minorités et droit des peuples autochtones⁶⁴. Toutes sont des sources reconnues comme ayant un caractère juridique par les États liés par elles. Bref, il s'agit de droit positif, principalement appréhendé à partir d'un point de vue interne. Cependant, ignorer le contexte d'adoption de ces sources serait hasardeux, d'autant plus que cette recherche est conduite en droit international.

En second lieu, en tant qu'approche, le positivisme juridique est approprié lorsque le juriste veut circonscrire l'état du droit sur une question, indiquant quelles sont les normes juridiques en vigueur au sein d'un ordre juridique, à un moment donné. Il propose des critères relativement précis afin de distinguer la norme juridique de celle qui ne l'est pas. Plus précisément, il est un guide afin de déterminer la nature, les contours, la force juridique et la valeur de la protection ; en somme, son statut juridique. Il contient un certain nombre de paramètres afin de déterminer les caractéristiques intrinsèques de la norme juridique et d'éclaircir la forme de celle-ci⁶⁵.

Par conséquent, il permet d'atteindre l'objectif préliminaire attribué à cette recherche, qui est de *décrire* l'évolution du droit positif sur la question. Cet objectif

⁶³ Celle-ci peut se définir ainsi : « Théorie du droit, selon laquelle : a. il n'y a pas de droit naturel et seul le droit positif existe (A. Ross) ; b. le droit est un ensemble de règles, qui sont des commandements, un produit de la volonté humaine, ou de l'autorité (« auctoritas non veritas facit jus ») ; c. ces commandements émanent du Souverain ou de l'État (Austin) ; d. ils sont assortis de sanctions, qui garantissent l'application du droit par la force ; e. ils forment un système fermé, complet et cohérent ; f. l'activité des juges est une activité logique car toute décision peut être déduite des règles préalablement émises par le Souverain, sans référence à des fins sociales ou des règles morales ». Nous adhérons aux troisième et sixième thèses ci-dessus énoncées, qui nous semblent être les plus pertinentes pour les fins de notre recherche, dans A-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., note 60, p. 461.

⁶⁴ Les traités et la jurisprudence apparaissent tous deux comme des sources formelles du droit international au sein de l'article 38 du *Statut de la C.I.J.*, en ligne : <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> (consulté le 22 septembre 2008).

⁶⁵ Sur le concept de juridicité, voir première partie, Titre 2.

premier peut sembler peu ambitieux, mais il représente une étape obligée face au peu d'écrits juridiques portant sur l'appréhension par le droit des modes de vie minoritaires ou autochtones. Les apports de l'approche positiviste sont toutefois insuffisants si l'on veut résoudre la question de la production de cette norme juridique internationale. Avant d'en évoquer les limites, penchons-nous d'abord sur la spécificité de l'élaboration des normes en droit international. Cette spécificité justifie l'adoption d'une version « souple » du positivisme juridique.

II. La spécificité de l'élaboration de la norme en droit international

Le droit international est un ordre juridique contraignant⁶⁶. Cependant, l'élaboration des normes juridiques qui le composent, sont soumises à un processus distinct du droit interne. De plus, son rôle et son objectif sont différents. Il a pour but de régir le comportement des États et parfois d'individus. La pluralité de ses sujets est un élément marquant, qui conduit souvent à l'adoption de normes minimales. Deux caractéristiques pourraient ainsi le définir, la souplesse et la mouvance⁶⁷.

En outre, et ceci découle de la spécificité de cet ordre juridique, l'étude du droit international public est nécessairement « ouverte » sur d'autres disciplines, au nombre desquelles on compte la politique, l'éthique et la morale⁶⁸. C'est également un droit fragmenté, expliquant la multiplicité des juridictions saisissables et des systèmes régionaux.

Par ailleurs, son fondement classique est la volonté des États. Ainsi, selon une approche réaliste, une norme serait juridique à partir du moment où l'État y aurait consenti. Dans le cas de la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones, l'existence du consentement des États se révèle de deux manières. Cette norme se fonde soit sur des conventions internationales et régionales ratifiées par ces

⁶⁶ Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité », (1992) 237 VI *R.C.A.D.I.*, p. 9-370.

⁶⁷ Voir SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL, *L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, 224 p.; Michel VIRALLY, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, 504 p. ; P. WEIL, préc., note 66, p. 9-370 et p. 53.

⁶⁸ Paul REUTER, « Principes de droit international public », (1961) 103 II *R.C.A.D.I.*, p. 651.

derniers ; soit elle a pour fondement la décision d'une juridiction⁶⁹ qui est compétente en vertu du consentement donné par l'État pour résoudre le litige. Celle-ci a alors le devoir de statuer et de combler les vides juridiques si ceux-ci existent, puisque la volonté de l'État est donnée *a priori*.

Néanmoins, tout un pan du droit international serait ignoré si l'apparition, dans le courant du XX^{ème} siècle, aux côtés des États, d'une communauté internationale qui gagne en puissance n'était pas évoquée. Par conséquent, le droit international n'est plus uniquement issu de leur volonté pure et simple, même si celle-ci conserve une grande importance. Elle peut être contrainte, de même que la souveraineté étatique, notamment dans le domaine des droits de l'homme⁷⁰. De plus, bien que l'existence des juridictions supranationales⁷¹ soit issue de la volonté des États, en tant qu'institutions internationales, elles se voient néanmoins appliquer un principe d'autonomie. Dans l'application et l'interprétation des textes qui leur sont soumis, elles ne sont pas contraintes par la volonté initiale des États parties⁷². De fait, le consentement de ceux-ci n'est plus le seul critère d'élaboration de la norme juridique⁷³, ces acteurs primaires du droit international ayant en quelque sorte perdu le monopole de son élaboration⁷⁴. Le fondement classique de la norme juridique supranationale – la volonté de l'État – est en ce sens limité. Il reste néanmoins primordial en matière de mise en œuvre des normes, ce qui constitue une étape différente de leur émergence.

Actuellement deux visions cohabitent et se limitent l'une l'autre, les visions classique et contemporaine. Leur coexistence tend à expliquer une double tension entre, d'une part, l'apparition de normes nouvelles imposées par les juridictions supranationales aux États, et d'autre part, la difficulté d'imposer, pour les requérants

⁶⁹ Pour la définition de ce concept, voir *supra*, note 40.

⁷⁰ Quant à ce basculement, lire Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 116-251.

⁷¹ C'est-à-dire les juridictions régionales et internationales.

⁷² Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE, « *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium* », (2005) 316 *R.C.A.D.I.*, p.159 et 160.

⁷³ *Id.*, p. 169.

⁷⁴ K. BENYEKHLEF, préc., note 70, p. 127.

et juridictions pourvoyeurs de normes nouvelles, leur propre vision du droit⁷⁵. L'élaboration contemporaine d'une protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones est totalement pénétrée par ce contexte. Le fait que cette norme apparaisse en droit international explique beaucoup de son statut actuel, de sa nature et de ses limites potentielles, de même que du flou dans lequel elle se situe.

Paragraphe 2 : Les limites du positivisme juridique

L'analyse du processus de production de la norme nouvelle, dans le cadre du positivisme juridique, se confronte à trois types de limites. D'abord, cette approche produit une définition restrictive du processus d'élaboration de la norme (I.). Ensuite, elle se satisfait de la recherche du caractère juridique de la règle sans se préoccuper du sens de celle-ci (II.). Enfin, elle impose une conception du droit de laquelle cette recherche se détache. En effet, l'épistémologie proposée ne correspondrait pas avec ce cadre théorique si le positivisme juridique était la seule lunette à travers laquelle observer notre objet d'étude (III.).

I. Limite quant à la définition du processus d'élaboration de la norme

Dans une acception stricte, l'approche positiviste exclut de l'étude du processus d'élaboration de la norme juridique l'analyse des conditions sociopolitiques ayant permis son émergence. Cette approche n'envisage pas non plus ce processus sous un angle dynamique, celui qu'elle privilégie se limitant à l'examen du caractère juridique de la norme et de l'état du droit.

Se cantonner à cette approche ne permet pas d'appréhender toutes les facettes de la norme nouvelle. L'analyse de son émergence est nécessaire afin d'en préciser les contours. Bien qu'étant juridique, cette norme est issue d'autres sphères de normativité qui imposent également des normes de comportement. Certaines sont des règles de vivre ensemble et de bien-être collectif. La protection juridique des modes

⁷⁵ À ce titre, lire René-Jean DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la « soft law » », dans SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL, préc., note 67, p. 132-148.

de vie minoritaires et autochtones en est issue. Comment concevoir un vivre ensemble et un bien-être collectif équitable si les valeurs et le mode de vie majoritaires étaient tout puissants ? Néanmoins, les autres sphères de normativité ont été impuissantes à protéger le choix en faveur « d'un mode de vie distinct », l'absence de neutralité des États étant trop ancrée. Pourtant, en ces temps de mondialisation et d'intensification des communications, la nécessité de sauvegarder l'existence d'un libre choix en matière identitaire se fait de plus en plus forte. C'est une des raisons qui pourrait justifier la tendance actuelle de la sphère juridique et positive, de favoriser la sauvegarde de « considérations élémentaires d'humanité »⁷⁶ ou de « principes de morale les plus élémentaires »⁷⁷. En effet, le droit positif est encore symbole de sécurité et de sûreté des droits. Pour sa part, le droit international continue à lier les États. Or, « [d]ans certains cas, encore très rares et dont le plus notoire est celui des règles d'humanité, le fondement moral donne à la règle juridique un caractère absolu n'autorisant aucune dérogation conventionnelle »⁷⁸. Par ailleurs, la mobilisation de la sphère juridique et positive pourrait aussi marquer l'ouverture du droit positif et étatique aux intérêts et aux discours minoritaires et autochtones, impulsée par les requérants membres de ces communautés. Par conséquent, en droit international, l'examen de l'émergence est tout aussi important que l'étude du caractère juridique de la norme :

« Les sources matérielles préparent l'éclosion d'une règle juridique et en informent la substance, tandis que les sources formelles formulent ce contenu et en permettent l'introduction dans le droit positif. L'étude des sources formelles est importante mais sans doute insuffisante. Elle fournit des indications sur un phénomène d'ensemble, dont elle est une manifestation, le processus de formation du droit. Les sources matérielles, parfois difficilement saisissables tant elles peuvent se révéler diffuses, participent au processus de gestation du droit positif et influencent les procédures juridiques conduisant à l'adoption ou l'apparition des sources

⁷⁶ *Détroit de Corfou*, arrêt, (9 avril 1949), *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22, (C.I.J.), en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1644.pdf> (consulté le 22 septembre 2008).

⁷⁷ *Réserves à la Convention sur le Génocide*, avis consultatif, (28 mai 1951), *C.I.J. Recueil 1951*, p. 23, (C.I.J.), en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4282.pdf> (consulté le 22 septembre 2008).

⁷⁸ P. REUTER, « Principes de droit international public », préc., note 68, p. 482.

formelles. Les sources formelles et matérielles agissent et rétroagissent les unes sur les autres »⁷⁹.

Par ailleurs, selon une approche positiviste, la production de la norme se limite à l'existence de son caractère juridique et obligatoire. Or, dans la formule de Gérard Timsit, cette recherche soutient qu'

« [i]l peut y avoir de la juridicité sans normativité, de la signification sans obligation : les actes dits « recommandations » en sont un exemple. [...] Il y a en sens inverse de la normativité sans juridicité – de l'obligation sans signification ou seulement avec une signification très vague ; en témoigne cette disposition du Préambule de la Constitution française de 1946 : « la Nation assure à l'individu les conditions nécessaires à son développement » »⁸⁰.

L'analyse du processus d'élaboration ne saurait donc se limiter à la démonstration du caractère juridique de la norme, car celui-ci ne fournit aucune indication sur son utilité sociale ou sur son efficacité⁸¹. Or, la question de l'élaboration de la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones exige que l'on se questionne sur son statut juridique, mais aussi sur son applicabilité, ses apports et sur son utilité sociale. En ce sens, elle doit aussi œuvrer suffisamment à la consécration de son objectif, en l'espèce, laisser place à la liberté et à la diversité des choix de vie des groupes et membres des groupes minoritaires et autochtones, notamment en fonction des attentes de ceux censés en être les bénéficiaires. Elle est également censée produire du sens et des effets concrets. Il convient donc d'ajouter aux critères d'élaboration de la norme, au-delà de sa simple juridicité, des critères de signification, d'applicabilité et d'utilité sociale.

⁷⁹ Rostane MEHDI, Cour de droit international public, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, années 2003-2004, en ligne : <http://pagespro-orange.fr/ceric/enseignements/archives.htm>, (consulté le 02 février 2007).

⁸⁰ Gérard TIMSIT, « La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER, *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 101.

⁸¹ Le concept d'efficacité ou d'efficience (*efficiency* en anglais) est employé en tant que synonyme de gain, au sens de Pareto. Ce concept incite à « formuler des règles juridiques de manière à ce qu'elles soient efficaces », c'est-à-dire à ce qu'elle maximise les gains conjoints ou minimise les coûts conjoints dans les interactions humaines, Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Éditions Thémis et Dalloz, 2008, p. 59.

II. Les limites quant à l'absence d'évaluation du sens de la norme juridique

Cette seconde limite résulte de la première. L'approche positiviste ne s'arrête qu'à l'analyse du caractère juridique et obligatoire de la norme, c'est-à-dire de sa forme, et non à sa substance. Ceci ne permet pas de conduire une recherche complète, vu l'importance de connaître le sens d'une norme pour définir précisément ce sur quoi porte l'obligation qu'elle contient.

III. Limites quant aux choix épistémologiques

L'état du droit sur la question de la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones est encore flou. Cette recherche en précisera les orientations et déterminera son sens à partir d'une interprétation de la jurisprudence de certaines juridictions internationales et régionales, qui se fondent elles-mêmes sur la législation supranationale, sur un contexte spécifique et sur des revendications de requérants. Dans ce champ, le droit est donc encore « en chantier », et l'interprétation que nous en proposerons participera inévitablement à sa construction.

L'épistémologie privilégiée est donc de type constructiviste ou post-positiviste⁸². Cela signifie que le droit n'est pas tenu pour déjà objectif, mais est en quête d'objectivation et qu'il est conçu comme étant relativement indéterminé. Partant, la recherche conduite sera en quelque sorte émancipée, c'est-à-dire qu'elle n'hésitera pas à se distancier de la « science normale » lorsque ceci semblera approprié.

En raison de l'existence de ces trois types de limites, l'adoption d'un cadre uniquement fondé sur l'approche positiviste et les sources formelles du droit international serait lacunaire. Par conséquent, d'autres théories compléteront les apports du positivisme juridique, même conçu « supplément ».

⁸² A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., note 60, p. 463.

Paragraphe 3 : Du recours à d'autres théories

Des savoirs externes vont alimenter l'approche juridique positiviste, issus des théories de l'interprétation, de l'étude du discours et de l'anthropologie. Ils compléteront notre recherche et garantiront une plus grande rigueur analytique. Ils permettront une prise de recul par rapport au point de vue interne au droit. Il en résultera une plus grande aptitude à interpréter⁸³ et à mesurer les limites de la norme. Les angles d'approche internes et externe représentent les deux facettes indispensables d'une analyse pertinente, portant à la fois sur la forme et sur la substance de la norme.

Pour commencer, examinons les intérêts justifiant le recours à une approche critique (I.), puis les théories complémentaires pertinentes (II.).

I. Les intérêts de l'approche critique sur le droit

Pourquoi aborder cette recherche avec un regard critique qui se distancie du point de vue interne ? Cela se justifie par deux raisons.

Tout d'abord, la théorie positiviste est avant tout appropriée à l'analyse de normes juridique d'un autre calibre : des normes écrites, anciennes et établies. Examiner une norme émergente et floue nécessite une évaluation initiale, c'est-à-dire de porter un jugement sur l'état de cette norme afin d'en informer la communauté juridique. Cette démarche n'est possible que si le chercheur s'arme d'un regard critique ou s'il porte une appréciation. Dans ces circonstances l'analyse devient indissociable du regard critique. Celui-ci conduira à souligner tant les points positifs que les inconvénients de la norme, telle qu'elle se donne pour l'instant à voir et telle qu'elle peut être interprétée.

Ensuite, ce regard critique est susceptible de guider l'analyse quant à la compréhension et, le cas échéant, la proposition de pistes de réforme afin que la

⁸³ Nous entendons par interprétation « le processus ou le résultat de la détermination du sens des règles juridiques ou de leurs éléments », Jerzy WRÓBLEWSKI, « Interprétation », dans A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., note 60, p. 314.

norme étudiée soit plus efficace. En outre, il permet de résoudre de façon plus complète la question de l'élaboration de la norme qui, rappelons-le, ne se résume pas à la simple confirmation de sa juridicité. Il faut que cette norme puisse effectivement combler le vide juridique antérieur et qu'elle soit adaptée aux besoins de ses destinataires. Sinon, en quoi sa naissance serait-elle socialement et juridiquement utile ?

II. Les théories complémentaires pertinentes

Les deux théories envisagées sont le constructivisme (A.) et l'herméneutique (B.). Elles relèvent toutes deux des théories de l'interprétation et guident l'analyse du sens de la norme nouvelle. À la description initiale s'ajoutera donc un volet interprétatif et évaluatif.

A. Justification du recours au constructivisme

Cette théorie explique les réalités sociales et juridiques par le rôle que jouent les acteurs sociaux dans leur construction et par leur capacité à transformer et reconstruire l'existant. Elle associe les processus d'émergence et d'élaboration des normes nouvelles, et met en exergue le rôle des acteurs non-étatiques. Le recours au constructivisme comporte quatre avantages.

Premièrement, il encourage l'étude du jeu des acteurs – juges, experts, requérants et États – afin d'obtenir une réponse complète quant à l'élaboration d'une norme nouvelle. L'objectif est de comparer leurs positions par l'examen de leurs différents discours, afin de confirmer ou d'infirmer un décalage entre un « être » en émergence qui s'illustre dans le discours des juges et experts et un « devoir être » élaboré par les bénéficiaires de la norme.

Deuxièmement, l'analyse du jeu des acteurs implique l'étude de leurs intérêts médiats ou immédiats, convergents ou divergents. Ceci contribue à expliquer la

réception favorable ou non des revendications par les juges et experts⁸⁴. L'existence d'intérêts convergents entre les acteurs peut donner naissance à « un discours commun partagé »⁸⁵. L'étude du jeu des acteurs et de leurs intérêts, à travers leur(s) discours, implique de ne pas ignorer les rapports de force en présence et ce qui peut expliquer leur renversement.

Troisièmement, le constructivisme valide l'intérêt du recours au contexte d'élaboration de la norme juridique. Rappelons que l'étude de la production de la norme juridique nécessite l'analyse des sources matérielles du droit international, car cette recherche se situe entre l'existence d'une source matérielle et l'éclosion d'une source formelle. Ceci implique de se pencher sur le contexte législatif, historique, politique, économique et social d'élaboration de la norme.

Enfin, les théories de l'interprétation et plus précisément celles qui participent à la détermination du sens des normes juridiques par le recours à l'étude du discours seront nécessairement sollicitées dans le cadre d'une recherche adoptant une épistémologie constructiviste. De fait, cette approche ouvre l'accès à l'interprétation et à la recherche du sens des normes juridiques.

B. Justification du recours à l'étude des différents discours

L'étude du discours se fonde sur l'interprétation. Commençons donc par circonscrire la conception de l'interprétation privilégiée par cette recherche ainsi que son utilité, avant d'en présenter la mise en œuvre par le recours à l'étude du discours judiciaire et extrajudiciaire.

⁸⁴ À propos de la théorie de la convergence des intérêts voir notamment : Derrick BELL, *Silent Covenants – Brown v. Board of Education*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 230 p.

⁸⁵ Jeremy WEBBER, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés », dans BELLEY, J-G. (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 113-149.

1. L'interprétation

La recherche du sens de la norme juridique, qui conduit à terme à l'évaluation de ses apports, de son applicabilité et de son utilité sociale et juridique, passe par son interprétation. Le concept d'interprétation dispose ici d'une acception stricte, le but étant d'éliminer le moindre doute sur le sens de la norme juridique⁸⁶. En l'espèce, le recours à l'interprétation est opportun puisqu'il œuvre à la compréhension et à l'explication du processus d'émergence de la norme, mais aussi à l'élimination des doutes qui subsistent quant au sens juridique du concept de *mode de vie*. Cela nécessite de le mettre en contexte :

« Pour maintenir le concept strict [d'interprétation], on doit considérer l'interprétation juridique avec les caractéristiques de la langue dans laquelle les textes du droit écrit sont formulés. Or, cette langue, qui n'est qu'une espèce de langue naturelle, est une langue sémantiquement vague, dont les expressions ont un sens qui dépend du contexte dans lequel elles sont employées. Le rapport entre la sémantique et la pragmatique est donc très étroit. [...] Trois contextes présentent de l'importance pour déterminer si le texte n'est pas clair et requiert une interprétation : les contextes linguistique, systémique et fonctionnel. Le doute peut être constaté soit lorsque des termes vagues sont appliqués dans leurs zones de pénombre (contexte linguistique), soit lorsque le sens direct de ces termes conduirait à une contradiction ou à une incohérence avec les autres règles en vigueur (contexte systémique), soit lorsque la règle entendue de manière directe serait injuste ou conduirait à des résultats estimés inacceptables ou mauvais (contexte fonctionnel) »⁸⁷.

Or, ces contextes sont susceptibles de changer en fonction de l'ordre juridique de référence. De plus, le concept de mode de vie est vague et polysémique. Il est susceptible de connoter différentes significations selon le groupe de référence et en fonction des membres du groupe auxquels on se réfère. En outre, les juges des juridictions régionales et les experts du Comité des droits de l'homme des Nations

⁸⁶ « L'interprétation au sens strict concerne les situations dans lesquelles il existe un doute sur le sens des expressions de la langue dans certains de leurs usages. Il y a des situations dans lesquelles l'entendement immédiat ou direct suffit pour comprendre le texte (situation d'isomorphie) et des situations dans lesquelles il existe un doute ; ce sont celles dans lesquelles, si le sens n'a pas été déterminé, il est impossible aux sujets qui transmettent l'information de se comprendre », J. WRÓBLEWSKI, « Interprétation », préc., note 83, p. 314. Voir aussi Neil MACCORMICK, « La texture ouverte des règles juridiques », dans Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 110.

⁸⁷ J. WRÓBLEWSKI, « Interprétation », préc., note 83, p. 314.

Unies peuvent lui donner des significations différentes. Ainsi, son sens ne sera pas le même et n'aura pas une portée identique si l'on se situe devant la Cour européenne, la Cour interaméricaine ou le Comité des droits de l'homme.

D'où l'intérêt de l'approche sémantique. Elle permet d'examiner le discours des juges⁸⁸, donnant lui-même accès au contexte linguistique et fonctionnel des décisions de justice, afin d'attribuer la meilleure interprétation possible au concept de mode de vie. De ce fait, elle permet de préciser la signification de la norme juridique nouvelle. Le discours des juges se fondant en partie sur des discours extrajudiciaires, c'est-à-dire étatique, minoritaire et autochtone, ces derniers doivent également être pris en considération dans le cadre de l'analyse du processus d'émergence de la norme juridique. L'étude du discours extrajudiciaire justifie l'approche anthropologique et est elle-même légitimée par le constructivisme.

L'utilisation de ces théories et outils aux côtés de l'approche positiviste vise à développer une analyse rigoureuse de la norme juridique, dans sa forme et dans sa substance.

2. L'étude du discours par le recours à l'herméneutique

Selon Gadamer, « la ligne de sens qui se montre à la lecture d'un texte s'interrompt nécessairement en entrant dans une pleine indétermination »⁸⁹. Ce philosophe de renom met ainsi l'accent sur l'indétermination des écrits, mais aussi des lois, des traités, des décisions de justice et des concepts. Afin de remédier à l'incertitude du sens du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, l'analyse du discours nous permettra non seulement de proposer la meilleure interprétation possible de la norme nouvelle, d'identifier ses forces et ses faiblesses. Différents discours, judiciaires et extrajudiciaires, individuels et collectifs, représenteront des éléments d'analyse.

⁸⁸ Discours juridique : « Unité de signification, de dimension plus large que celle de la phrase, dont la sémiotique juridique fait – à côté de l'étude des pratiques juridiques – l'un de ses principaux objets d'étude », A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., note 60, p. 183.

⁸⁹ Hans-Georg GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique* (1960), trad. par Fruchon P., Paris, Seuil, 1996, p. 362

Afin d'interpréter le sens de la norme et, pour ce faire, d'analyser le discours judiciaire et extrajudiciaire, nous aurons recours à une théorie de l'interprétation en particulier, qui est l'analyse systémale et herméneutique utilisée par Andrée Lajoie, Gérard Timsit et inspirée des travaux de Hans Georg Gadamer. Elle étend le champ de la juridicité au sens de la norme et non plus seulement à son caractère juridique et obligatoire⁹⁰. D'après Andrée Lajoie,

« il est possible de croire que «l'efficace du champ des valeurs dominantes» dans une société donnée y oriente les décisions judiciaires au moins dans le champ constitutionnel [...] De même, pour qu'exceptionnellement des décisions, judiciaires ou politiques, favorisent non pas les valeurs dominantes mais celles des minorités, sociales ou politiques, il faut, au moins au Canada, une certaine intersection (au sens que donne à ce terme la théorie mathématique des ensembles) entre les valeurs majoritaires et minoritaires ou, à tout le moins, une absence d'incompatibilité totale entre les valeurs — ou, pour le dire plus crûment, les intérêts — de ces deux groupes »⁹¹.

Le concept de surdétermination apparaît ainsi incontournable⁹².

L'herméneutique, initialement mise en œuvre dans le cadre de l'étude du droit interne, peut se révéler également applicable en droit international public et spécifiquement en matière de contentieux. Il s'agit d'une approche intéressante vu l'espace occupé par la jurisprudence et le discours des juges dans cette recherche, vu également sa discipline de rattachement – un droit ayant intégré le fonctionnement de la *Common Law*. Cette théorie guide l'évaluation de la réception faite par les juges et experts internationaux et régionaux des attentes autochtones et minoritaires, de même qu'elle permet un certain contrôle de leur impartialité, entre projection et réception fidèle.

Le concept de surdétermination s'inscrit, selon André Lajoie, dans le courant herméneutique et constructiviste⁹³ et vient combler les lacunes d'une conception

⁹⁰ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, P.U.F., 1997, p. 163.

⁹¹ Andrée LAJOIE, « Dans l'angle mort de l'analyse systémale », en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/dspace/bitstream/1866/133/1/Timsit+angle+mort.pdf> (consulté le 02.08.08). Ce point de vue rejoint celui de Derrick BELL, *Silent Covenants – Brown v. Board of Education*, préc., note 84.

⁹² Andrée LAJOIE, « Surdétermination », dans A. LAJOIE et al., *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, préc., note 80, p. 85.

⁹³ A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, préc., note 90, p. 137.

étriquée du positivisme juridique, qui ne se référerait qu'au texte, non à son interprète ou à son contexte⁹⁴. Andrée Lajoie s'en remet à la conception perelmanienne de la rhétorique, parce qu'elle intègre l'effet des attentes des auditoires et ne concentre pas sa recherche sur l'horizon historique et la tradition de l'interprète⁹⁵. En ce sens, la rhétorique perelmanienne, telle que mise en œuvre par Andrée Lajoie, représente une théorie adaptée à notre objet et complémentaire des apports du positivisme juridique. Elle permet une meilleure compréhension du sens de la norme juridique nouvelle et remplit deux objectifs attribués à cette recherche, qui sont d'expliquer et de comprendre le processus à l'œuvre.

En revanche, Gérard Timsit se refuse à emprunter simultanément à l'analyse systémale et à l'analyse rhétorique de Perelman⁹⁶. Selon cet auteur, la détermination du sens d'une norme juridique est possible à travers le texte, l'interprète et la communauté interprétative. Trois concepts y participent : la prédétermination qui se fonde sur le sens donné par le texte, la codétermination qui se base sur le sens donné par l'interprète et la surdétermination qui provient des « habitus interprétatifs » ou d'un « réservoir de valeurs collectives » de la communauté⁹⁷.

L'analyse systémale de Timsit s'adapte particulièrement bien à notre objet d'étude. D'abord, elle ne positionne pas l'interprète dans un contexte de totale liberté. Celui-ci est à la fois lié par le texte et par la communauté juridique⁹⁸. Cette conception paraît bien équilibrée et correspond à la situation des juges et experts dont la jurisprudence est analysée ici. Ensuite, rappelons que ceux-ci traitant du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, font face à la complexité des valeurs et des codes culturels de même qu'à un contexte dialogique. Par conséquent, un recours au courant herméneutique modéré paraît plus adéquat.

⁹⁴ *Id.*, p. 142. Sur les origines et les apports de l'herméneutique et ses liens avec l'analyse systémale, voir cet ouvrage p. 140-167.

⁹⁵ *Id.*, p. 145.

⁹⁶ G. TIMSIT, « La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives », préc., note 80, p. 100.

⁹⁷ A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, préc., note 90, p. 164 ; Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., collection « Les voies du droit », 1991, 199 p. ; Gérard TIMSIT, *Les figures du jugement*, Paris, P.U.F., collection « Les voies du droit », 1993, 204 p.

⁹⁸ Gérard Timsit rejoint en cela le point de vue soutenu par Ronald Dworkin, pour qui le juge n'est pas totalement libre dans ses interprétations et dans l'inclusion de principes à la normativité juridique, puisqu'il serait lié par l'histoire législative et judiciaire et par les valeurs de la collectivité. Voir Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, New impression with a reply to critics, 1978, p. 47.

3. Le dépassement de l'herméneutique mise en œuvre par Andrée Lajoie

L'analyse systémale préconisée par Andrée Lajoie part d'un présupposé, selon lequel les juges tranchent de façon orientée, en fonction de leurs valeurs et de leur code culturel. Pour cette auteure, l'absence de neutralité des juges est donc un postulat⁹⁹, tout comme le déterminisme un principe.

Notre recherche ne se fonde pas sur un postulat aussi net et définitif. Bien sûr, les juges ne sont pas neutres. Ils construisent toujours leur réflexion en se basant sur leurs préconceptions et préjugés. Mais leur partialité varie d'un système à un autre et en fonction des consensus internationaux émergents, des réactions de la communauté juridique et de la société civile aux problèmes traités. De plus, ne peuvent-ils pas avoir conscience de leurs postulats et avoir la volonté de les combattre et de les dépasser¹⁰⁰ ? Si oui, les juges peuvent changer de point de vue, ou du moins les remettre en cause. Ils peuvent également faire preuve d'une ouverture plus ou moins grande à l'égard de la pluralité socioculturelle. Enfin, cette étude se situe en droit international public et les juges pourraient être moins partiaux qu'en droit interne, puisque distanciés des intérêts et enjeux étatiques, même si leurs approches demeurent orientées par des codes culturels. Le complément nécessaire de l'analyse systémale repose alors sur l'hypothèse inverse : les juges pourraient avoir la capacité de saisir fidèlement et impartialement les contextes socioculturels et historiques dans lesquels les affaires qu'ils doivent trancher s'insèrent. En cela, les positions de Gérard Timsit, qui envisage le dialogisme, ou de Hans-Georg Gadamer correspondraient davantage aux objectifs de recherche fixés par cette étude.

Ceci soulève une question : le sens des décisions des juges est-il effectivement et systématiquement déterminé par un code culturel et des convictions uniformes et défavorables aux intérêts minoritaires ou autochtones ? N'existe-t-il pas d'autres sources de surdétermination de la norme ? À ce stade-ci, l'incertitude quant à la

⁹⁹ A. LAJOIE, *Jugements de Valeurs*, préc., note 90, p. 121.

¹⁰⁰ Ce point de vue est mis en évidence par H-G. GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, préc., note 89, p. 286-329 et 347-363.

surdétermination de la norme ou quant à son adaptation réelle à la situation et aux besoins des requérants persiste. Elle sera éclaircie par les développements suivants.

Pour y répondre, cette analyse aura évidemment recours aux indicateurs déjà mis en évidence par Andrée Lajoie et Gérard Timsit ainsi qu'à leur concept de surdétermination. Elle veillera néanmoins à ne pas éliminer la possibilité d'une codétermination de la norme par les juges et les requérants eux-mêmes, laissant ainsi la porte ouverte à une mise en œuvre adaptée du droit à la situation des requérants et à un métissage de points de vue. Ce potentiel apparaît en complément des constats de surdétermination unilatérale du droit par l'« historicité » ou par les codes socioculturels de la majorité. Il repositionne les juges en tant qu'individus aptes à penser hors de leurs bulles socioculturelles. S'il était confirmé, le droit positif serait alors capable d'intégrer les différences.

En outre, le concept d'essentialisation des identités, tel qu'il est défini par Avigail Eisenberg, sera d'une grande utilité et complémentaire à celui de surdétermination, car il n'a pas pour objet d'expliquer les sources d'une approche restrictive de l'identité, mais au contraire, met en évidence les manifestations de cette approche restrictive¹⁰¹.

Par ailleurs, une seconde limite peut être soulevée dans l'application des analyses d'Andrée Lajoie et de Gérard Timsit. Il s'agit de la prise en compte d'auditoires homogènes. En effet, l'auditoire formé par les minorités et les peuples autochtones est hétérogène. Afin d'être cohérente avec ses postulats, cette recherche intègre la multiplicité des appartenances collectives et l'individualisation du vécu. Ceci a pour conséquence une prise en compte du discours minoritaire ou autochtone en tant qu'éventuellement homogène, mais aussi potentiellement hétérogène. Ces auditoires seront donc appréhendés de deux manières, collectivement et individuellement¹⁰². L'adaptation du droit à ces discours devrait également tenir compte de cette réalité.

¹⁰¹ Avigail EISENBERG, « The public assessment of indigenous identity », dans SEYMOUR, M. et M. BLANCHARD (dir.), *Plural States of Recognition*, Londres, Palgrave/Macmillan, 2010, p. 197-215 ; Avigail EISENBERG, *Reasons of Identity: A normative guide to the political and legal assessment of identity claims*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁰² Sur l'importance des relations intracommunautaires, complétant les relations et rapports intercommunautaires, voir Ayelet SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and*

Section 4 : Hypothèses de recherche

La norme juridique visant à protéger les modes de vie minoritaires ou autochtones est en émergence au sein de plusieurs systèmes juridiques. Toutefois, cette émergence n'est pas uniforme. Il existerait donc une protection, une juridicité et une signification hétérogène de la norme. À cet égard, quatre hypothèses peuvent être émises.

Hypothèse 1 sur le processus d'émergence

La norme visant à protéger les modes de vie minoritaires et autochtones en droit international et régional des droits de l'homme serait impulsée par les revendications minoritaires et autochtones. Son émergence passerait également par la compétence indispensable des juges qui reçoivent de façon plus ou moins fidèle ces revendications. Le rôle des États resterait lui aussi central. Dans un premier temps, ceux-ci s'opposeraient à l'émergence de cette norme, mais leur comportement pourrait évoluer, pouvant aboutir à son acceptation.

En Europe, cette émergence est explicite, c'est-à-dire nommée, mais elle serait limitée et symbolique. Au sein du système interaméricain, elle est implicite, quoique plus efficace *a priori*. L'existence de mécanismes d'émergence différents selon les tribunaux s'expliquerait par la latitude dont ceux-ci dispose s'agissant de confronter ou non les États. Par exemple, en contexte interaméricain la consécration ne serait qu'implicite, dans la mesure où le territoire des États abrite de nombreux peuples autochtones. Y étant largement confrontés, les juges seraient donc interpellés par la problématique autochtone. Cependant, dans la mesure où celle-ci comporterait des enjeux territoriaux et politiques importants, les juges consacraient une protection implicite, afin d'éviter une confrontation directe des États, cela dans le but de sauvegarder leur légitimité.

L'émergence de la norme se révèle à travers l'étude du discours judiciaire et extrajudiciaire. Son examen pourrait donner lieu à deux types de solutions. La

première consisterait en une réception judiciaire infidèle au discours autochtone ou minoritaire, qui ne saisirait pas parfaitement le sens de leurs revendications. De ce fait, elle donnerait lieu à une forme de « projection judiciaire ». Dans ce cas, le sens de la norme consacrée serait en décalage avec le sens de la norme revendiquée. Celle-ci perdrait donc en signification et, dès lors, en utilité. Ses effets et apports en milieu autochtone ou minoritaire seraient alors limités. La seconde possibilité irait dans le sens de l'émergence d'un « discours commun partagé »¹⁰³, encouragé par la détection d'intérêts convergents¹⁰⁴, communs aux États et aux requérants autochtones ou minoritaires, tels que la coexistence, la paix et la sécurité. Les juges bâtiraient alors la norme nouvelle en s'appuyant sur cette communauté de discours et d'intérêts, mais seraient rapidement bloqués, dans la mesure où cette dernière serait nécessairement restreinte. Ce faisant, la norme juridique consacrée serait elle-même limitée et ne prendrait pas en compte l'ensemble du discours et des besoins des requérants autochtones ou minoritaires. On serait alors confronté à une norme dont le sens ne serait plus corrompu, mais qui serait limitée dans son étendue et lacunaire sur le plan des « apports attendus » par les requérants. En revanche, elle conserverait une certaine utilité sociale, malgré sa portée restreinte.

Dans tous les cas, la norme ne satisferait pas dans toute leur plénitude les revendications autochtones et minoritaires. En outre, elle serait à améliorer, voire à transformer, démontrant soit une lacune dans la saisie des différences socioculturelles, soit un rapport de force réévalué mais pas totalement équilibré et qui pérenniserait la dominance étatique, le but ultime étant de parvenir à plus d'équité.

¹⁰³ J. WEBBER, préc., note 85, p. 117.

¹⁰⁴ D. BELL, préc., note 84.

Hypothèse 2 sur la démonstration de la juridicité de la norme nouvelle

Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones serait une norme juridique en droit international et régional, puisqu'il vise des titulaires et un objet précis et s'impose à un sujet de droit.

Le caractère juridique de la norme serait appuyé par l'existence de son caractère obligatoire, démontrée par la présence d'obligations positives au sein des systèmes étudiés, mais aussi par la consécration tacite d'obligations de moyens. En principe, la norme serait donc juridique, obligatoire et contraignante pour les États.

Hypothèse 3 quant au sens de la norme et aux stratégies discursives

Bien que les différentes juridictions ou quasi-juridictions examinées consacrent la protection des modes de vie minoritaires et autochtones de façon explicite ou implicite, elles ne lui accorderaient pas toutes un sens et des répercussions identiques, ses fondements et sa portée n'étant pas les mêmes partout. La réception de la norme par les juges et ses effets ne seraient alors pas identiques.

Le concept de mode de vie n'étant pas univoque, le sens qui lui serait attribué par eux, en fonction de leurs conceptions, affecterait inévitablement le sens de la norme. De ce fait, nous pourrions confirmer, comme l'ont déjà fait Gérard Timsit et Andrée Lajoie en droit interne, l'importance de rechercher et d'évaluer le sens des normes juridiques afin de connaître ce sur quoi porte le droit ou l'obligation.

Hypothèse 4 quant aux forces et aux faiblesses de la norme

Les apports de la norme nouvelle seraient de plusieurs ordres, directs et indirects.

Sa consécration pourrait avoir un effet direct en matière d'intégration de valeurs et de normes minoritaires ou autochtones à la normativité juridique et étatique. Nous assisterions alors au transfert d'éléments issus d'un ordre normatif, en l'occurrence autochtone ou minoritaire, vers un ordre juridique positif. La validation

de cette hypothèse permettrait de confirmer le caractère pluriel du droit étatique, ses sources étant elles-mêmes multiples et centrifuges. Pour être équitable, cette intégration devrait respecter les choix de vie des peuples concernés, tout en étant soumise à certains droits fondamentaux.

Quant aux effets indirects de la consécration, nous pourrions envisager la production, par le recours à la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones, d'une nouvelle forme d'autodétermination pour les peuples autochtones et les minorités. Celle-ci pourrait être individuelle, collective, voire même personnelle, dépendant du système juridique de référence. Elle pourrait également conduire à une autodétermination politique, sociale et culturelle, sachant que ces trois formes théoriquement distinctes sont en réalité interreliées. En outre, un processus de « décollectivisation » de l'autodétermination pourrait être envisageable. S'il était confirmé, il impliquerait une « reconceptualisation » de cette notion. Cette « décollectivisation » proviendrait d'un constat extra juridique fondé sur la revendication « d'un droit » à la bonne vie défini en fonction des conceptions de chacun. Cette réalité se matérialiserait juridiquement par l'adaptation du droit existant aux situations particulières de chacun, et ce malgré les contextes collectifs différents dans lesquels les individus s'insèrent. Ceci permettrait, d'une part, de respecter le droit à l'autodétermination d'un groupe minoritaire « dissident » à l'intérieur même de la minorité. D'autre part, l'exercice d'un libre choix par les individus pourrait être renforcé¹⁰⁵.

Ce phénomène fait écho à la question des titulaires de droit. Si une telle « décollectivisation » de l'autodétermination était indirectement promue, on pourrait supposer que le droit à un mode de vie minoritaire ou autochtone appartiendrait aux individus membres de ces communautés. Néanmoins, ne concevoir ce droit qu'en tant que droit individuel serait restrictif, car cela conduirait à une absence de prise en compte de la perspective collective au sein de laquelle s'ancre la pratique d'un mode de vie. Cela reviendrait à ignorer l'existence d'une pratique partagée entre plusieurs individus ainsi que l'importance que joue la communauté dans sa transmission et dans sa pérennisation. D'où l'importance de ne pas rejeter la perspective des droits

¹⁰⁵ A. SHACHAR, préc., note 102.

collectifs, qui garantit une protection non fragmentée de la pratique¹⁰⁶. Pour autant, cela ne signifie pas que celle des droits individuels doit être abandonnée, car elle permet à l'individu de ne pas être dépendant de la collectivité et de se détacher des pratiques qui ne lui conviennent pas ou plus. C'est pourquoi, le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones devrait simultanément reconnaître comme titulaires de droit les individus et les communautés¹⁰⁷.

Enfin, malgré l'objectivation de la norme, celle-ci n'aurait pas toujours les effets désirés par les requérants sur leurs situations et besoins, en raison d'une essentialisation du concept de mode de vie produite par les juges¹⁰⁸. La norme serait donc lacunaire sur le plan de ses apports, comportant à la fois des limites externes et internes à la consécration judiciaire. Or, si la norme manquait d'efficacité, elle perdrait de son utilité sociale et, de fait, sa raison d'être.

Afin de vérifier cette série d'hypothèses, nous allons, dans un premier temps, circonscrire l'état du droit et exposer le processus d'élaboration du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones (Partie I). Nous allons, dans un deuxième temps, expliquer quelle est la signification de cette norme nouvelle (Partie II), puis, dans un dernier temps, en présenter les apports et les limites (Partie III).

¹⁰⁶ Pour une justification des droits collectifs, voir W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, préc., note 21 et Michel SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance*, Montréal, Éditions Boréal, 2008, 702 p.

¹⁰⁷ Darlene M. JOHNSTON, « Native Rights as Collective Rights : A Question of Group Self-Preservation », préc., note 21, p. 179-201.

¹⁰⁸ Sur le concept d'essentialisme, voir Avigail EISENBERG, « The public assessment of indigenous identity », préc., note 101, p. 197-215 et Andrée LAJOIE, « Surdétermination », préc., note 92.

PREMIÈRE PARTIE :
L'ÉLABORATION DU DROIT AU RESPECT DES MODES
DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES –
UNE PRÉSENTATION DE L'ÉTAT DU DROIT

L'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones est récente et en évolution. Ce processus s'est intensifié au milieu des années 1990 et au cours des années 2000, avec la consécration d'une jurisprudence toujours plus développée. Cette émergence intervient dans la lignée de la reconnaissance en droit international de normes spécifiques aux minorités nationales et aux peuples autochtones et alors que, sur la scène supranationale, ces groupes s'imposent en tant que réels acteurs organisés et influents dans la défense de leurs intérêts et de leurs besoins. Cela oriente la « construction » de ce droit nouveau ainsi que la conception à privilégier du processus d'émergence des normes juridiques.

Pour les fins de cette étude, nous concevons ce processus comme devant s'inscrire dans un contexte élargi et décentralisé. Sur ce point, la réflexion de Jeremy Webber est très éclairante. Selon lui,

« Le contenu du droit n'est jamais défini de façon complète et objective par des institutions sociales. Il n'est pas même définissable. Il est toujours sujet à des interprétations divergentes, à des débats interminables, à des prétentions normatives provenant de diverses sources dont les rapports *inter se* sont profondément ambigus. Les ordres juridiques sont toujours, pour ainsi dire, en construction.

Toutefois, cela ne veut pas dire que le droit est l'expression de la simple volonté de l'individu, car le droit est marqué par une aspiration particulière qui le fait sortir de la pure subjectivité. En effet, c'est précisément la renonciation au libre exercice de la volonté et la tentative de s'assujettir à des normes externes qui donnent au droit son caractère propre »¹⁰⁹.

En ce sens, Jeremy Webber nuance à la fois la vision positiviste de l'émergence des normes juridiques ainsi que celle plus proche du pluralisme juridique critique de Roderick MacDonald, qui considère la volonté individuelle comme seul centre de normativité. Sa position inscrit la création de la norme dans un équilibre entre les volontés des acteurs sociaux en présence. Il conclut d'ailleurs en indiquant que « le droit ne se trouve pas dans la réflexion individuelle, mais plutôt dans la réflexion inter-individuelle et, bien sûr, dans l'organisation de cette réflexion qui peut, dans un monde pluraliste, prendre plusieurs formes »¹¹⁰.

¹⁰⁹ Jeremy WEBBER, « Commentaires sur la nature sociale du droit et le rôle du pouvoir », dans A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, préc., note 80, p. 194.

¹¹⁰ *Id.*, p. 195.

Cette réflexion sur l'émergence des normes oriente l'approche de notre objet d'étude. Elle rend nécessaire une prise en considération à la fois du rôle que jouent les peuples autochtones et les minorités dans la fabrication du droit, mais aussi de la tension au sein de laquelle se situe la représentation que nous avons de l'exercice par eux de ce rôle. En la matière, le postulat sur lequel se fonde cette étude est que les peuples autochtones et les minorités sont à la fois agents et détenteurs, mais aussi objets ou sujets de pouvoir. Ils sont des acteurs qui exercent des pressions, et qui s'affirment tout en étant aussi subordonnés à l'exercice du pouvoir par d'autres agents, étatiques ou non, qui font valoir leurs intérêts, leurs valeurs et leurs conceptions. Ceci implique qu'ils ne soient pas uniquement considérés en tant que groupes vulnérables ou marginalisés¹¹¹. Notre angle d'approche participera donc d'une vision polycentrique de l'émergence des normes.

Cette première partie vise à poser le socle de notre réflexion, c'est-à-dire à présenter juridiquement le processus d'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires¹¹² ou autochtones ainsi qu'à circonscrire l'état du droit en la matière, afin d'évaluer la solidité de l'établissement de cette nouvelle norme en droit supranational.

¹¹¹ « *In the pursuit of aboriginal power aboriginal people must take a great risk, uncertain that their small numbers and low social ranking would not totally defeat them before they began. The case of the Lubicon Cree of Alberta, who have taken every opportunity to use the Canadian national and the international arena to assert their aboriginal ethnic claims, but have yet to win the powers they are after (Goddard 1990), demonstrate the uncertainty of aboriginal power. They risk losing whatever limited autonomy they have managed to preserve in order to have their claims to a place in the social order of the state acknowledged. Whether or not the risk is worth the reward, public acceptance of aboriginal ethnicity can indeed be a major potential source of new power under the right circumstances; it may facilitate the effective use of moral arguments, it may open up the ability to make legal challenges, it may allow for the formation of alliances with other interest groups. The call for the return of a homeland clearly carries great political weight (Esman 1985). Nevertheless, it is not a move that has been willingly taken by all groups, even when offered, since it also involves major costs and substantial risk* », Adrian TANNER, « Power and the Peoples of the Fourth World », (1992) 16(3) *Anthropologies et sociétés*, p. 33. Voir également J. WEBBER, « Commentaires sur la nature sociale du droit et le rôle du pouvoir », préc, note 109, p. 191-197. Mentionnons, enfin, que cette conception se situe dans la droite ligne des théories de l'*empowerment*.

¹¹² Les qualificatifs « minoritaire » ou « minorité » concernent, pour les fins de notre analyse, le peuple Rom et certains peuples tribaux qui n'ont pas, en principe, le statut de peuples autochtones. Nous ne nous préoccupons pas des minorités sociales (par exemple des femmes ou des homosexuels) et des minorités politiques tels que les Québécois, les Wallons, les Corses, puisqu'elles ne détiennent pas ou plus un rapport au temps, aux autres et à l'espace qui soit suffisamment distinct des conceptions majoritaires. Nous reviendrons dans les pages suivantes sur les concepts de minorité et de peuple autochtone. Sur la distinction entre minorités sociales et minorités politiques, voir Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, P.U.F., 2002, 217 p.

À ce titre, plusieurs interrogations restent en suspens. Pourquoi et dans quelles circonstances les juges supranationaux sont-ils saisis de la protection des modes de vie autochtones ou minoritaires ? Comment les acteurs autochtones ou minoritaires participent-ils à l'émergence de la norme visant à protéger leurs modes de vie ? S'ils y contribuent, à quelle étape de son élaboration le font-ils ? Étant une norme émergente, quel est son degré de juridicité et quelle est sa nature ? Quels sont ses contours, ses titulaires et ses sujets ?

Pour y répondre, le processus d'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones fera l'objet d'une première présentation (Titre 1). Le caractère juridique de ce droit sera ensuite déterminé (Titre 2).

TITRE 1 : LE PROCESSUS D'ÉMERGENCE DU DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES

*On ne peut concevoir le droit sans la présence d'une pluralité de personnes entre lesquelles le droit sert de normativité réglementaire.*¹¹³

L'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones, au sein d'ordres juridiques supranationaux, est le fruit de l'implication de divers acteurs. Dans cette optique, le processus d'émergence peut être décrit comme reflétant un modèle de la polycentricité des normes. Exposons dans un premier temps ce modèle (Chapitre 1), avant de nous pencher sur les mécanismes d'objectivation du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones et sur leurs effets juridiques (Chapitre 2).

¹¹³ J. WEBBER, « Commentaires sur la nature sociale du droit et le rôle du pouvoir », préc., note 109, p. 194.

CHAPITRE 1 : LE DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES : UNE PIÈCE À PLUSIEURS MAINS

La création du droit n'appartient pas aux seuls États. Ceux-ci conservent un rôle crucial certes, mais ils ne sont pas omnipotents pour autant. D'autres acteurs ont, en effet, une responsabilité tout aussi importante. L'apparition du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones au sein des ordres juridiques supranationaux, confirme ainsi l'existence d'une autre conception juridique de l'émergence des normes, détachée du schéma classique (Section 1). Afin de la situer dans son contexte, l'émergence de ce droit sera envisagée en fonction des différents acteurs impliqués et de leur rôle respectif (Section 2).

Section 1 : La polycentricité de la norme juridique internationale analysée

La diversification des acteurs participant à l'élaboration de la norme juridique internationale n'est pas un phénomène nouveau. Il s'agit plutôt d'observer cette émergence sous un angle moins traditionnel et moins schématique, en admettant que les États ne sont pas les seuls acteurs à y participer. Notre analyse de l'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones s'inspire de recherches scientifiques déjà menées, portant sur la production de la norme en droit interne ou international¹¹⁴. Selon Karim Benyekhlef, par exemple :

« [...] l'État n'est plus la seule instance productrice de normes juridiques [...]. Certains auteurs se réfèrent à la notion de polycentricité pour désigner la production de normes qui ne relèvent pas toutes de l'État : il ne s'agit que d'une « facette du pluralisme ». Le polycentrisme s'intéresserait plus aux auteurs de la

¹¹⁴ Nous faisons notamment référence aux travaux de K. BENYEKHFLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, préc., note 70 ; André-Jean ARNAUD et Maria José FARIÑAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 313-335 ; J. WEBBER, « Commentaires sur la nature sociale du droit et le rôle du pouvoir », préc., note 109, p. 191-197 ; Roderick A. MACDONALD, « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law », dans A. LAJOIE et alii, préc., note 80, p. 9-24 ; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, préc., note 97 ; G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, préc., note 97.

norme qu'au contenu proprement dit de celle-ci. Une société polycentrique se caractériserait par une multiplicité de centres de pouvoir (l'État, le pouvoir judiciaire, les syndicats, les entreprises, les Églises, etc.) qui entrent en contact, en conflit et en collaboration les uns avec les autres dans une perspective d'équilibre systémique »¹¹⁵.

Gérard Timsit s'inscrit également dans cette perspective lorsqu'il complète la vision *statocentrique* de la production des normes par celle qu'il qualifie de *sociocentrique*¹¹⁶. Cette étude se dissocie donc de la vision classique de l'émergence de la norme internationale, qui s'articule autour de la volonté des États¹¹⁷ ; cependant, elle n'a pas pour objectif de présenter une analyse de ce processus qui soit ancrée dans une perspective pure de pluralisme juridique. Le but est seulement de mettre en contexte le processus d'émergence d'une norme de droit positif, afin de démontrer que la polycentricité n'existe pas seulement lorsque nous adoptons une vision pluraliste, mais qu'elle est aussi intrinsèque aux systèmes de droit positif, dans la mesure où les États ne créent jamais de la normativité seuls. D'une part, ils agissent en étant perpétuellement encadrés et sous la pression d'autres acteurs. D'autre part, leur volonté peut être modifiée, tempérée ou contrainte par celle d'autres agents. La norme juridique est donc le produit d'un métissage de points de vue. À ce titre, Daniel Ducharme, Guy Rocher et Andrée Lajoie indiquent que :

« Le processus d'élaboration d'une loi [...] monopolise l'attention d'un nombre impressionnant de groupes sociaux qui s'affrontent sur la base d'intérêts divergents. De façon à inscrire ces intérêts dans un éventuel corpus juridique formalisé, les acteurs sociaux qui participent à l'élaboration d'une telle loi multiplient les stratégies pour mettre de l'avant l'univers normatif qu'ils privilégient »¹¹⁸.

L'étude du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones confirme l'élargissement de l'espace accordé par les ordres juridiques supranationaux aux problématiques minoritaires et autochtones. En outre, elle révèle une certaine ouverture de la communauté internationale et des systèmes supranationaux à des conceptions autres, en termes de gouvernance et de production du droit. D'où l'intérêt de tenir compte de l'implication des communautés autochtones et minoritaires dans

¹¹⁵ K. BENYEKHLIF, préc. note 70, p. 45 et 46.

¹¹⁶ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, préc., note 97, p. 164.

¹¹⁷ Telle que décrite par Karim Benyekhlef dans K. BENYEKHLIF, préc., note 70, p. 19-44.

¹¹⁸ Daniel DUCHARME, Guy ROCHER et Andrée LAJOIE, « Les médias écrits et le processus d'émergence de la Loi 120 », (1997-98) 28 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, p. 127.

l'élaboration du droit supranational, afin de faire valoir leur propre vision du monde. Cette implication se manifeste également à d'autres niveaux, par exemple en politique ou dans le cadre des relations internationales. Ainsi, la production du droit suppose l'implication d'acteurs multiples, dont l'impact favorise la diversification du contenu des normes.

Cette conception polycentrique a des répercussions sur la manière d'appréhender la norme elle-même, construite et non unilatéralement imposée. Partant, les minorités ou les peuples autochtones ainsi que les juges ont une marge de manœuvre plus ou moins grande sur leur émergence. Néanmoins, tous ont un pouvoir relatif et aucun n'est totalement libre. Adrian Tanner identifie le pouvoir d'intervention des acteurs sociaux en indiquant que « *There is thus the need for a theoretical account, one that, instead of trying to show a simple determinist relationship between the state and the social order, points to a relationship where the determinism can be seen as going both ways* »¹¹⁹. Afin de mieux comprendre le rôle de ces agents, précisons maintenant comment ils participent à l'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones.

Section 2 : L'implication de divers acteurs dans le processus d'émergence de la norme nouvelle

L'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dans les contentieux internationaux et régionaux des droits de l'homme implique quatre séries d'acteurs : ceux qui représentent les communautés minoritaires ou autochtones saisissant les juridictions supranationales (§ 1), les États sur le territoire desquels elles sont établies (§ 2), les juges et les experts des espaces judiciaires attachés aux systèmes juridiques analysés (§ 3), le législateur de chacun de ces systèmes, la communauté et la société civile internationale (§ 4)¹²⁰.

¹¹⁹ A. TANNER, « Power and the Peoples of the Fourth World », préc., note 111, p. 18.

¹²⁰ Nous nous concentrerons uniquement sur l'exposition de leurs implications. Par conséquent, nous n'aborderons pas d'emblée la question du pouvoir de chacun de ces acteurs, que nous traiterons dans la Partie II sur le sens de la norme examinée.

Paragraphe 1 : Les protagonistes : les acteurs minoritaires ou autochtones

Les protagonistes les plus directement intéressés par le processus d'émergence de la norme nouvelle sont les requérants minoritaires ou autochtones qui, par le truchement de leurs représentants, revendiquent certains droits devant les tribunaux supranationaux, à savoir, les cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

Ces acteurs disposent du rôle initial, en ce sens qu'ils impulsent l'émergence de la norme nouvelle en revendiquant certains droits ou en proposant une interprétation de la norme nouvelle, c'est-à-dire en soumettant des solutions juridiques aux juges et aux experts, qui correspondent à leurs conceptions et attentes sur les plans identitaire et du vivre ensemble. Ils disposent en cela d'une influence sur la prise de décisions judiciaires¹²¹. On peut néanmoins supposer que l'articulation des revendications des requérants aux moyens rédigés par les avocats comporte deux risques initiaux de déformation des réalités sociales.

Premièrement, les requérants exposent leurs réalités sociales telles qu'eux les conçoivent. De plus, ils exposent leurs visions et leurs définitions propres de leurs communautés respectives, du lien d'appartenance qu'ils entretiennent avec elles et de leurs modes de vie. Par conséquent, la requête est en elle-même porteuse de mythes et peut déjà comporter certains idéaux et stéréotypes¹²². Par exemple, dans l'affaire

¹²¹ Cette influence est reconnue par certains juges et chercheurs. Voir, David KENNEDY, *Challenging Expert Rules : The Politics of Global Governance*, (2005) 27(5) *Sydney Law Review*, p. 5-28. Selon Miguel Poires, juge à la Cour de Justice des Communautés européennes, "[...] *non state actors are able to influence the Judge. But the influence depends on the quality of the argument formulated by the agent, which is the product of many elements, especially of the different legal cultures*", Miguel POIRES, *E.U. Theory of Constitutionalism*, Conférence, London School of Economics and Political Sciences, 02 juillet 2009, Londres.

¹²² Sur l'instrumentalisation des identités autochtones par les représentants autochtones eux-mêmes et sur la création de conceptions authentiques qui en résulte, Ronald Niezen précise : « *There is still a seemingly unalterable core of popular romanticism that makes it advantageous for indigenous leaders to embody in every aspect of their demeanor the picturesque qualities of indigenous life. David Stoll, in Rigoberta Menchù and the story of all poor Guatemalans (1999), argues that the pressure to make indigenous campaigns stand out from competing causes encourages leaders like the Nobel Prize-winning Rigoberta Menchù to distort the realities of their communities of origin and life histories, encouraging them to give in to popular demand for the exotic side of indigenous life. In the book, I, Rogoberta Menchù, she describes her youth as more or less typically "indigenous", including exploitation and abuse by a wealthy latino family and active participation in a guerilla movement. It was the consumer-driven demand for authenticity, Stoll argues, that led Menchù to significantly distort*

Chapman c. Royaume-Uni, la requérante rom affirme que les mesures prises par le Royaume-Uni l'empêchent

« [...] de continuer à occuper son terrain avec ses caravanes [et] constituent une atteinte à son droit non seulement au respect de son domicile, mais aussi au respect de sa vie privée et familiale, dans la mesure où elle suit le mode de vie traditionnel des Tsiganes : vivre dans une habitation mobile qui permet de voyager »¹²³.

Ce moyen porte à conclure que tous les membres du peuple Rom vivent dans une habitation mobile et voyagent. Or, ceci ne représente la réalité que d'une partie d'entre eux, non de l'ensemble¹²⁴. En acceptant ce genre de représentation, le droit se fonde sur une « image d'Épinal » associée à un mode de vie « immémorial », qui justifierait la reconnaissance de certains droits. Si la norme juridique visant à protéger le mode de vie rom est construite en fonction de cette réalité individuelle, celle-ci ne sera pas adaptée aux réalités des autres membres de cette communauté. D'où l'importance pour les juges de distinguer la réalité macro-sociale d'une communauté des réalités individuelles, pour pallier le risque de l'essentialisation¹²⁵.

Deuxièmement, les requérants minoritaires ou autochtones sont représentés par des avocats, ce qui implique un effort de transmission de la réalité sociale pour les uns et un effort de compréhension et d'intégration de cette même réalité – au plus proche de ce qu'elle est vraiment – pour les seconds. Dans la mesure où requérants et

her past in such ways as to claim that her knowledge of Spanish was recently acquired, concealing the fact that much of her youth was spent in an exclusively female internado, or boarding school, run by Catholic nuns », Ronald NIEZEN, *The Origins of Indigenism. Human Rights and the Politics of Identity*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 2003, p. 159, voir aussi cet ouvrage p. 160 et 180. Dans un autre ordre d'idée, voir Jean LECLAIR, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales », (2009) 14(1) *Lex Electronica*, en ligne : www.lex-electronica.org/docs/articles_233.pdf. Voir enfin, J-F. GAUDREAU-DESBIENS et D. LABRECHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, préc., note 50, p. 29-49.

¹²³ *Chapman c. Royaume Uni*, préc., note 42, § 71.

¹²⁴ Tout en rappelant la difficulté d'obtenir des statistiques fiables quant au nombre de Roms dans les pays d'Europe ainsi que l'aléa des recensements, Jean-Pierre Liégeois indique qu'une minorité de la population rom contemporaine en France est nomade, Jean-Pierre LIEGEOIS, *Roms en Europe*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007, p. 27-29. Selon Alexandros Tsolakakis, Fonctionnaire européen, « la très grande majorité [des Roms] est sédentaire depuis très longtemps et [...] le plus souvent ce que l'on appelle le nomadisme résulte d'un processus de survie. En France [...] il ne doit pas y avoir beaucoup plus de 3 à 5 % au maximum qui sont mobiles », A. TSOLAKIS, « Sédentaires et nomades – L'Europe et les Roms », préc., note 13, p. 154.

¹²⁵ J-F. GAUDREAU-DESBIENS et D. LABRECHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, préc., note 50, p. 106-129.

avocats ne sont pas nécessairement issus de la même communauté et ne sont pas confrontés à des réalités socioculturelles identiques, ce dialogue privilégié peut comporter un autre risque de déformation. L'avocat interlocuteur peut exposer une conception décalée de la réalité dans les moyens qu'il présente à la Cour.

Par conséquent, le risque de déformation et de décalage, inhérent à tout type de dialogue, est déjà présent en amont de l'intervention des acteurs étatiques et judiciaires. Il se présente entre ce que le requérant voit et ce qui est, et entre ce qu'il veut ou croit exprimer et ce que l'avocat perçoit, comprend et expose. La norme juridique protégeant les modes de vie minoritaires ou autochtones émane donc de conceptions et d'un dialogue décalés.

Paragraphe 2 : Les États parties aux décisions rendues

Les États et leurs représentants – avocats ou diplomates – disposent également d'un rôle dans la construction de la norme. Nous distinguons les juges de la catégorie des acteurs étatiques, puisque, bien que nommés par les États, ils en sont indépendants.

La participation des acteurs étatiques à l'établissement de la norme est exercée à deux étapes : au moment de son émergence, et à celui de sa mise en oeuvre.

Quant à la participation de l'État à l'élaboration de la norme, celle-ci peut se manifester de deux façons : d'une part, en rédigeant, en adoptant ou en sanctionnant la norme juridique internationale. D'autre part, l'État peut intervenir en tant que partie devant un organe judiciaire ou quasi-judiciaire, le plus souvent en position de défendeur de la cause soumise par un requérant autochtone ou minoritaire. Généralement, l'État vient nuancer, voire s'opposer, aux revendications autochtones ou minoritaires qui sont souvent fondées sur des intérêts propres à la communauté requérante. Son objectif est de ne jamais sacrifier ses intérêts supérieurs, soit en les conservant intacts, soit en les accommodant avec ceux des requérants. Cet acteur cherche donc à nuancer la norme proposée par les requérants pour que celle qui sera effectivement consacrée ne remette peu ou pas en cause « l'intérêt général », dont la définition reflète le plus souvent les intérêts de la majorité nationale. Les

revendications promues par les minorités ou par les peuples autochtones sont donc souvent perçues comme mettant en péril la protection des intérêts nationaux. Lorsqu'elles suscitent des craintes, ces dernières sont souvent le produit d'une vision étatique stéréotypée des points de vue autochtones¹²⁶. En effet, l'accommodement des modes de vie roms ou autochtones ou de leurs intérêts est associé par certains États à la reconnaissance d'un « privilège » accordé à une minorité, car, en vertu du principe d'égalité stricte, cela limiterait l'expression de la « volonté générale ». Ce phénomène s'accroît au sein des États qui ne reconnaissent pas les minorités en tant qu'entités légitimes à revendiquer des droits spécifiques. Toutefois, et nous y reviendrons, d'autres États peuvent, sans nécessairement l'exprimer, avoir des intérêts, convergents ou différents, à voir émerger la norme revendiquée¹²⁷. Dans ce cas, ils ne se positionneront pas de façon aussi tranchée à l'encontre de la requête, même s'ils rechercheront toujours la préservation de leur intégrité territoriale.

Quant à la mise en œuvre formelle de la norme consacrée, elle relève, en droit international des droits de l'homme, de la compétence des États. Cette étape, bien qu'influant sur la portée de la règle juridique, n'a que peu d'effet sur son processus de production, la violation d'une norme ne remettant pas en cause son existence.

¹²⁶ La non-adoption par le Canada de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* est un exemple de crainte provenant de la mésinterprétation des revendications autochtones par cet État. Selon le Canada, la Déclaration serait inconstitutionnelle, notamment parce qu'elle autorise, aux articles 3 et 4, les peuples autochtones à s'autodéterminer, le Canada craignant pour sa souveraineté nationale. Or, la Déclaration ne reconnaît que le principe d'autodétermination interne et s'inscrit en défaveur de tout processus de sécession à son article 46(1). De plus, l'esprit de ce texte promeut l'organisation d'une coexistence équilibrée. Enfin, les peuples autochtones eux-mêmes, comme nous le verrons à la Partie III, ne recherchent pas la mise en œuvre de ce droit dans sa dimension externe. Par ailleurs, la Déclaration reconnaît, à son article 19, le droit au consentement préalable, libre et éclairé, qui implique un droit de veto pour les peuples autochtones et qui va donc au-delà du droit de consultation reconnu par la Cour suprême du Canada. Or, l'intérêt général n'est pas nécessairement mis en péril par ces deux dispositions, car elles peuvent également être interprétées comme des dispositions promouvant une démocratie plus participative et plus saine. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 7.

¹²⁷ D. BELL, *Silent Covenants : Brown v. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform*, préc., note 84, 230 p.

Paragraphe 3 : Des interlocuteurs partiellement neutres : la communauté judiciaire

La communauté judiciaire, composée de juges et d'experts supranationaux, joue un rôle important dans l'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones, puisque cette norme n'est pas directement élaborée par le législateur international traditionnel, mais au sein des « espaces judiciaires supranationaux ». Nous nous référons à deux fonctions professionnelles, celle de juge siégeant à la Cour européenne ou à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, et celle d'expert du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Les professionnels de la justice n'interviennent dans le processus de production du droit que lorsqu'une requête est déposée, de sorte que leur rôle est secondaire. Celui-ci consiste à recevoir la revendication et les moyens du défendeur, c'est-à-dire à entendre et à comprendre la demande. Cette étape aboutit à la formulation d'une réponse en droit.

Les juges et les experts sont des arbitres orientés par certains codes socioculturels et par les contextes dans lesquels ils évoluent. Ils ne sont donc jamais neutres. C'est à eux que revient l'évaluation des arguments de chacune des parties ainsi que le rôle de trancher. Gérard Timsit soutient que le rôle de la communauté judiciaire dans la construction de la norme se traduit par l'exercice « d'un pouvoir de lecture et d'interprétation de la loi » :

« L'énoncé du jugement, c'est *a priori*, et dans sa conception la plus sommaire, l'exécution singulière par le juge d'une norme générale. On peut y voir, comme c'est le cas habituellement, la preuve de la présence du sujet à l'origine de la loi – le juge ne fait que procéder à l'exécution et l'application d'une norme à l'origine de laquelle se trouve placé le législateur et lui seul. Ou bien, on peut y découvrir le témoignage du déplacement du sujet de la norme – de son auteur, le législateur, à son lecteur, le juge – un juge qui, disposant d'un pouvoir de lecture et d'interprétation de la loi, se voit, de ce fait, conférer un vrai pouvoir normatif. L'analyse serait dans ce deuxième cas, conforme à la thèse du déplacement du sujet : avènement du lecteur. Disparition du sujet transcendantal – fin de la conception théologique de la loi. Mort de Dieu »¹²⁸.

¹²⁸ G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, préc., note 97, p. 126.

L'étape de la réception par les juges ou par les experts de la revendication fait l'objet d'une nouvelle vague de déformations dues à leurs environnements propres, car ceux-ci entendent et comprennent la requête qui leur est soumise en fonction de leurs préjugés relatifs au droit et aux réalités minoritaires ou autochtones¹²⁹.

En ce sens, la production de la norme est un processus d'articulation de propositions et d'intérêts divers qui s'apparente au métissage. En l'espèce, les sources de l'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones sont triples : à la fois rom, tribale ou autochtone, étatique et judiciaire. Toutefois, chacune d'elles a un poids variable dans l'établissement de la norme. Les juges, dans chacun des systèmes étudiés, disposent du dernier mot pour statuer. Par conséquent, leurs représentations et sensibilités vis-à-vis des questions minoritaire ou autochtone, ainsi que leur niveau d'allégeance à la structure étatique influenceront considérablement sur le niveau d'établissement et sur le degré de juridicité de cette norme. La réponse qu'ils formulent en droit reste, à ce titre, le produit d'un métissage à géométrie variable pour chacun des acteurs¹³⁰.

¹²⁹ En ce qui concerne la posture du juge et l'influence du contexte dans lequel il évolue, la théorie herméneutique du philosophe allemand Hans Georg Gadamer est intéressante. À ce propos, il indique que « [c]es réflexions amènent à se demander s'il ne faut pas fondamentalement reconnaître son droit à la tradition dans l'herméneutique des sciences de l'esprit. Dans ces sciences, la recherche ne peut pas se concevoir comme en pure et simple opposition avec l'attitude que nous avons à l'égard du passé, en tant qu'être dont la vie est historique. De toute manière, dans la relation que nous ne cessons pas d'entretenir avec le passé, notre vœu n'est pas en vérité de prendre nos distances et d'être libre par rapport à ce qui est transmis. Nous ne cessons pas au contraire d'être dans la tradition et cette insertion n'est nullement un comportement objectivant qui nous ferait considérer la tradition comme quelque chose d'autre, d'étranger ; il s'agit toujours de quelque chose qui est à nous, modèle ou épouvantail, d'une reconnaissance de nous-mêmes, dans laquelle notre jugement d'historien verra non plus une connaissance, mais une accommodation on ne peut plus spontanée de la tradition », H-G. GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique* préc., note 89, p. 303. Ainsi, les travaux de ce philosophe mettent en évidence le caractère relatif de l'interprétation et de la compréhension des écrits.

¹³⁰ Par exemple, si l'on considère la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, du 18 janvier 2001, on peut constater que la revendication de M^{me} Chapman (selon laquelle le refus de délivrer un permis d'aménagement foncier par les autorités locales britannique correspond à une violation de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* et de son droit non seulement au respect de son domicile, mais aussi au respect de sa vie privée et familiale, dans la mesure où elle suit le mode de vie traditionnel des Tsiganes) ainsi que les critiques intervenues suite à la décision *Buckley c. Royaume-Uni*, en 1996 (*Buckley c. Royaume Uni*, requête n°20348/92, arrêts, (25 septembre 1996) Cour E.D.H., en ligne : [http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=BUCKLEY Y%20%20ROYAUME-UNI%20%208&sessionId=8916432&skin=hudoc-fr](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=BUCKLEY%20%20ROYAUME-UNI%20%208&sessionId=8916432&skin=hudoc-fr) (consulté le 22.09.08)), ont conduit à la reconnaissance par la Cour d'une obligation positive pour l'État de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie. En revanche, les moyens du Royaume-Uni soutenaient que les

Paragraphe 4 : Les législateurs supranationaux, la communauté internationale et la société civile internationale

Les législateurs supranationaux sont les États membres des organisations internationales¹³¹ qui participent à la création de la norme conventionnelle et générale au sein des ordres juridiques supranationaux. Ils élaborent et adoptent les normes supranationales dans un contexte où communauté¹³² et société civile¹³³ internationales sont actives et influencent les travaux des législateurs. Toutefois, dans quelle mesure ces trois types d'acteurs interviennent-ils dans le processus d'élaboration du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones ?

Ils disposent d'un rôle en amont de la construction des normes et en aval.

En amont, les législateurs supranationaux créent un contexte plus ou moins favorable à l'intégration des revendications des minorités et des peuples autochtones à leurs modes de vie et à l'émergence du droit que nous étudions, puisqu'ils sanctionnent la législation en vigueur. La *Déclaration et le programme d'action de Vienne* adoptés en 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, la *Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux* de l'Organisation

mesures en question visaient à faire exécuter des dispositions de contrôle de l'aménagement destinées à protéger le bien-être économique du pays, l'environnement et la santé publique. Cet argument a eu un poids certain dans le refus de la Cour de mettre en œuvre l'obligation positive précédemment reconnue dans le cas d'espèce. Selon cette juridiction, la protection des droits d'autrui par la défense de l'environnement constituait un but légitime. Par conséquent, les juges européens ont joué un rôle important dans la circonscription de la norme, puisqu'ils définissent ce qu'est un but légitime. Voir *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 68, 71, 72 et 80-82.

¹³¹ Plus précisément, les États qui siègent au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des États Américains, de l'Assemblée parlementaire et du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ainsi qu'à l'Assemblée générale des Nations Unies.

¹³² La communauté internationale se compose des différents législateurs nationaux et supranationaux.

¹³³ La société civile internationale se compose de l'ensemble des acteurs non étatiques qui influencent la création de la norme internationale et régionale tendant à la protection des modes de vie minoritaires et autochtones par leurs actions et pressions. Cela comprend notamment les lobbies, les entreprises multinationales (notamment les multinationales d'exploitation minière, forestière et de ressources naturelles), les organisations non gouvernementales ou les associations et entités représentant les peuples autochtones et les minorités.

internationale du travail, la *Convention-cadre sur les droits des minorités nationales* du Conseil de l'Europe, l'article 8j de la *Convention sur la diversité biologique*, la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* de l'UNESCO, les articles 1 et 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le projet de *Déclaration Américaine relative aux droits des peuples autochtones* ainsi que le projet de *Convention nordique samie* constituent un socle favorable à la naissance d'une protection des modes de vie minoritaires ou autochtones au sein de ces ordres. L'existence même de ces textes procure une légitimité à l'émergence de la norme nouvelle.

La société civile dispose également d'un rôle important dans son processus d'émergence. Elle participe à la création d'un consensus sur l'attribution de droits aux Autochtones ou aux minorités qui favorise l'acceptabilité par les États de la norme nouvelle et qui renforce sa légitimité. En la matière, les représentants étatiques se positionnent en fonction de leur électorat et de la société civile, c'est-à-dire des citoyens, des organisations non gouvernementales et des lobbies. Dans un système démocratique, si ces derniers ont une position majoritairement défavorable à l'égard des objectifs que vise la norme, il est peu probable que l'État se situe autrement. Il rejettera donc son adoption ou, à défaut, tentera de la retarder ou d'en diluer le contenu et d'en limiter la portée.

Or, le positionnement des lobbies et de la société civile est le résultat d'intérêts stratégiques, mais aussi de préjugés. Par exemple, en Europe, l'impopularité de la question rom auprès de la majorité des citoyens a pour effet de ralentir l'adoption par les États et les organisations régionales de normes qui assurent le respect de leurs droits. Les préjugés, stéréotypes ou « images manipulées »¹³⁴ ont des conséquences concrètes sur le droit. La Cour européenne, pour sa part, éprouve des difficultés à trancher clairement la question des espaces de stationnements pour les membres du peuple Rom, en l'absence de consensus des États¹³⁵.

¹³⁴ « [...] ce sont les aspects les plus négatifs de l'image qui sont réactivés. Roms, Voyageurs, Tsiganes sont considérés comme voleurs, bruyants, sales, immoraux, trompeurs, asociaux, ne travaillant pas. On les dit « enseigner des choses diaboliques »; leur art de devin attire et fait peur tout à la fois », J-P. LIÉGEOIS, *Roms en Europe*, préc., note 124, p. 159, voir aussi cet ouvrage p. 160-169.

¹³⁵ *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 93 et 94.

Quant à leur rôle en aval, les États membres d'organisations régionales ou internationales, ont le pouvoir de cristalliser ou de transformer le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones en norme conventionnelle, alors que les acteurs non étatiques peuvent influencer favorablement ou défavorablement ce processus, en faisant pression sur les États.

Adhérent à une conception élargie de la production des normes juridiques supranationales, nous venons de présenter les divers acteurs impliqués dans l'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones. Nous nous sommes également concentrés sur les implications et les apports de chacun d'eux dans ce processus. Il en ressort une vision construite de la norme examinée qui se différencie d'une vision statique ou « préétablie ». Celle-ci a le mérite de mettre en contexte la production de la norme juridique internationale qui émane des contentieux, pour en percevoir les sources, la signification et les effets.

Avant de développer ces éléments, nous nous arrêterons sur l'exercice par les juges régionaux et experts du Comité des droits de l'homme, de leur rôle en matière d'objectivation de la norme. Même si les juges jouent un rôle que nous avons qualifié de « secondaire », dans la mesure où leur intervention est conditionnée à la saisine des requérants, ils disposent d'un pouvoir fondamental en matière de concrétisation juridique et de circonscription de la norme. Ils participent donc directement à l'établissement de la norme en déterminant, en quelque sorte, son degré de juridicité. Même si les requérants minoritaires ou autochtones impulsent l'émergence de la norme juridique en amont, en la délogeant du néant à travers l'expression de leurs revendications, ce sont les juges et les experts qui, en définitive, disposent du pouvoir capital de la consacrer en droit.

CHAPITRE 2 : LES MÉCANISMES D’OBJECTIVATION DU DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES

Une fois la revendication d’un mode de vie propre exprimée au sein d’un espace judiciaire supranational par une communauté autochtone ou minoritaire, l’État partie dépose à son tour ses moyens. Par la suite, les juges ou les experts interviennent et lient ces requêtes à des dispositions existantes. Ils reçoivent les arguments de chacune des parties et tranchent. Les décisions des cours ou les communications du Comité des droits de l’homme qui en résultent, peuvent alors donner lieu à l’émergence plus ou moins franche d’une protection juridique des modes de vie roms, tribaux ou autochtones. Deux types de mécanismes d’objectivation favorisent cette émergence. Ils sont soit explicites (Section 2) ou implicites (Section 3). Avant de les examiner, et parce qu’il s’agit d’une norme dérivée, il nous faut présenter quels sont les fondements du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones au sein de chacun des trois systèmes juridiques (Section 1).

Section 1 : Les fondements juridiques de la norme nouvelle

La protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones résulte de l’interprétation de dispositions conventionnelles supranationales, telles que l’article 8 de la *Convention européenne des droits de l’homme*, protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile¹³⁶, les articles 1^{er}, 23(1) et 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, sur le droit des peuples à

¹³⁶ *Convention européenne des droits de l’homme*, article 8 : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d’une autorité publique dans l’exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu’elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l’ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d’autrui ».

disposer d'eux-mêmes, sur la famille et sur le droit d'avoir sa propre vie culturelle¹³⁷, et des articles 4, 5 et 21 de la *Convention américaine des droits de l'homme*, sur le droit à la vie, le droit à des traitements humains et le droit de propriété¹³⁸. Autant dire que cette norme se fonde sur des dispositions générales initialement adoptées pour l'ensemble des justiciables des États membres des trois organisations supranationales – à savoir le Conseil de l'Europe, les Nations Unies et l'Organisation des États Américains. En cela, il s'agit d'ancrages communs, qui n'avaient pas pour objectif de départ de réglementer les droits des minorités ou ceux des peuples autochtones, encore moins leur droit à un mode de vie propre.

N'apparaissant pas du néant, cette norme dispose de fondements conventionnels bien établis qui circonscrivent en partie la norme nouvelle et qui encadrent les revendications des acteurs minoritaires ou autochtones, ainsi que l'interprétation qu'en donnent les juges.

¹³⁷ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 1^{er} : « 1. Tous les peuples 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. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.

3. Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies ».

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 23(1) : « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État ».

Pacte international relatif aux droits civils et politiques : article 27 : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

¹³⁸ *Convention américaine des droits de l'homme*, article 4(1) : « *Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life* ».

Convention américaine des droits de l'homme, article 5(1) et (2) : « 1. *Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected.*

2. *No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person* ».

Convention américaine des droits de l'homme, article 21 : « 1. *Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.*

2. *No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.*

3. *Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law* ».

Ces fondements conventionnels ont été adoptés par les États dans le but d'être identiquement appliqués à tous. À l'époque de la ratification des Conventions et traités les accueillant (1950, 1966, 1969), la question de la coexistence avec des minorités ou des peuples autochtones était largement ignorée par le corpus juridique des droits de la personne.

Pour autant, le choix de ces dispositions, qui sont adaptées de manière novatrice au cas des Roms et des peuples tribaux ou autochtones, n'est pas le fruit du hasard. Celles-ci accordent à l'individu et protègent juridiquement un espace géographique ou social au sein des sociétés contemporaines et réglementent l'exercice de pratiques socioculturelles. Il s'agit, par exemple, du domicile ou du lieu d'expression et de pratique de la vie privée, dans le cas de l'article 8 de la Convention européenne¹³⁹, mais aussi de la propriété dans celui de l'article 21 de la Convention américaine. Premièrement, en étant interprétées de manière adaptée au cas des Roms ou des Autochtones, ces dispositions deviennent efficaces à l'égard d'un nombre de bénéficiaires plus étendu. Deuxièmement, cette interprétation pourrait réglementer de façon plus juste la cohabitation entre minorités, peuples autochtones et majorités au sein des sociétés contemporaines. Malgré le caractère imprévu des interprétations récentes proposées par les diverses juridictions analysées, celles-ci sont enracinées dans une logique congruente. La compréhension du raisonnement sous-jacent au choix du fondement juridique donne du sens à la norme émergente.

Par ailleurs, ces fondements lui procurent divers encadrements, eux-mêmes pourvoyeurs de sens. En Europe, par exemple, le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones a pour fondement l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Ceci implique qu'il s'agit d'un droit individuel. Cela pourrait aussi signifier que sa portée se limite à l'espace privé, en opposition à la sphère publique de la vie. Néanmoins, cette interprétation n'est pas celle qui est privilégiée à ce jour. En effet, dans l'affaire *Connors c. Royaume-Uni*, la Cour indique que l'article

¹³⁹ Ce fondement avait, dans un premier temps, été limité au droit au respect du domicile, par la Cour européenne, dans l'affaire *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130. Il a ensuite été élargi à la vie privée et familiale dans les affaires *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42 et *Connors c. Royaume-Uni*, requête n°66746/01, arrêt, (27 mai 2004) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=8&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08).

8 « protège des droits d'une importance cruciale pour l'identité de la personne, l'autodétermination de celle-ci, son intégrité physique et morale, le maintien de ses relations sociales ainsi que la stabilité et la sécurité de sa position au sein de la société »¹⁴⁰. De fait, cette interprétation ne restreint pas la notion de vie privée à l'intimité, mais permet, au contraire, un décloisonnement entre les deux notions de vie privée et de vie publique, favorable à l'autonomie et au libre choix en matière identitaire¹⁴¹.

Ce fondement implique également que les limites de l'article 8(2) de la Convention européenne s'appliquent. Ainsi, toute mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui pourra venir limiter la portée du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones.

En ce qui concerne le fondement de la norme devant le Comité des droits de l'homme, l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* reconnaît des droits aux individus appartenant à des groupes minoritaires et non à des groupes en tant que tel. Il s'agit donc d'un droit individuel, mais dont l'exercice présuppose une collectivité¹⁴². De même, l'article 27 du Pacte protège des « cultures

¹⁴⁰ *Connors c. Royaume Uni*, préc., note 139, § 82.

¹⁴¹ Sur le contexte interprétatif imposé par l'introduction du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones à l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* et donc au sein de la notion de vie privée et familiale et de domicile, voir J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., note 29, p. 227-232 et François RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1990.

¹⁴² Helen O'Nions indique sur ce point qu'il existe un double effet : « *The final version of Article 27, following an amendment by a British delegate, refers to 'members of minorities' rather than the minority itself as the right bearer. [...] A collective dimension is added however, by the phrase 'in community with the other members of their group'. Although the intention of this addition appears to have been to avoid a concern that any individual could claim the benefits of the rights for minorities, the effect is to recognize that the rights of members of minorities are not independent and can only be fully realized within the security of the group. Thus, Article 27 can be described as having a 'double-effect' which establishes collective goods realization through individual rights. The HRC General Comment recognizes that the protection of minority identity is dependent on recognition of the group. The double-effect approach however is limited by the failure to recognize a collective right of petition under the optional protocol of 1976 [...] This raises a further problem in that there is no obligation on member states to recognize minorities legally, despite the argument that the allocation of resources may depend on such recognition by the state. In delineating his desirable criteria for a minority*

propres ». Cela pourrait signifier que la compréhension du concept de mode de vie est restreinte à la portée d'un droit culturel. Que penser de l'affirmation selon laquelle « [...] l'un ou l'autre des droits consacrés dans cet article [l'article 27] - par exemple, le droit d'avoir sa propre vie culturelle - peut consister en un mode de vie étroitement associé au territoire et à l'utilisation de ses ressources »¹⁴³ ? Cette assertion confirme le fait que l'assise de la protection des modes de vie minoritaires ou autochtones se situe dans l'article 27 du Pacte, que les concepts de culture et de mode de vie sont interreliés et tous deux de nature sociale, économique et spirituelle. Néanmoins, on peut aussi se demander s'il n'y a pas une confusion possible entre culture et mode de vie. Certaines déclarations du Comité nuancent cette hypothèse, dans la mesure où cet organe évoque parfois les deux concepts indépendamment l'un de l'autre¹⁴⁴. Par ailleurs, dans son observation générale, le Comité indique à propos de cet article qu'il vise « à assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle, religieuse et sociale des minorités concernées »¹⁴⁵. Il met alors l'accent sur la proximité et sur l'interconnexion, plutôt que sur la fusion, entre les concepts de culture, de mode de vie et d'identité, le second impliquant nécessairement les deux autres.

Enfin, la *Convention américaine des droits de l'homme* impose également un cadre au droit au respect des modes de vie autochtones, dont la rigidité est moins importante. Les juges interaméricains interprètent ses dispositions de manière plus flexible, consacrant des droits collectifs et reconnaissant aussi un droit collectif de

*Convention, Roth regards the recognition of minorities as the fundamental 'linchpin' to rights recognition. Jackson-Preece observes that giving states the right to determine whether minorities 'existed' allowed them to redefine national minorities to avoid the international obligations », H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law – The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 195. Pour une analyse de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* voir P. THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, préc., note 28 ; H. O'NIONS, préc., note 49, p. 193-203.*

¹⁴³ C.D.H., *Observation générale n°23, Les droits des minorités (article 27)*, 08 avril 1994, § 3.2.

¹⁴⁴ Par exemple, lorsqu'il indique que « [l]es inégalités historiques mentionnées par l'État partie et certains faits plus récents menacent le mode de vie et la culture de la bande du lac Lubicon et constituent une violation de l'article 27 tant qu'ils n'auront pas été éliminés », *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, communication n°167/1984, (10 mai 1988) C.D.H., en ligne :

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/750d146488937439c1256ac50051a3d3?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/750d146488937439c1256ac50051a3d3?Opendocument)

(consulté le 22.09.08), § 33.

¹⁴⁵ C.D.H., *Observation générale n°23*, préc., note 143, § 9.

propriété qui va au-delà de la lettre du texte, dont ils se détachent davantage. Le cadre proposé par la Convention américaine ne semble donc pas conditionner autant que dans les deux autres cas la norme nouvelle.

Ce cadre conventionnel participe à l'émergence directe ou indirecte de la norme et fonde son établissement, corollairement à l'interprétation qu'en font les juges. Il y participe moins en tant que source de la norme qu'en tant que justification juridique de la démarche, ces fondements conventionnels faisant l'objet d'une instrumentalisation plus ou moins grande. Ceux-ci et les contextes sociopolitiques nationaux ou régionaux donnent lieu à des mécanismes d'objectivation de la norme de deux formes, qui sont explicites ou implicites.

Section 2 : Un mécanisme explicite d'objectivation de la norme

Nous qualifions le mécanisme d'objectivation de la norme d'explicite lorsque l'organe juridictionnel ou quasi-juridictionnel crée ou reconnaît expressément un droit ou une obligation incombant à l'État défendeur, en matière de protection des modes de vie minoritaires ou autochtones. Il existe alors une référence directe à la norme nouvelle.

La Commission européenne des droits de l'homme procède ainsi lorsqu'elle crée un *droit au respect du mode de vie propre* au peuple Sami¹⁴⁶. La Cour européenne des droits de l'homme emploie également un mécanisme explicite d'objectivation de la norme quand elle impose aux États contractants *l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie*¹⁴⁷. Toutes deux se fondent sur l'article 8(1) de la Convention européenne pour dégager cette

¹⁴⁶ « La Commission est d'avis qu'au regard de l'article 8, un groupe minoritaire est théoriquement fondé à revendiquer le droit au respect de son mode de vie propre, puisqu'il s'agit de « vie privée », de « vie familiale » ou de « domicile » [c'est nous qui soulignons], *G et E c. Norvège*, requêtes n°9278/81 et n°9415/81, décision, (03 octobre 1983) Com. E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=8916432&skin=hudoc-fr>, p. 42.

¹⁴⁷ « [...] l'article 8 impose donc aux États contractants l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie », *Chapman c. Royaume Uni*, préc., note 42, § 96 [c'est nous qui soulignons].

interprétation¹⁴⁸. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies utilise aussi ce type de mécanisme, en indiquant que « le droit d'avoir sa propre vie culturelle – peut consister en un mode de vie étroitement associé au territoire et à l'utilisation de ses ressources »¹⁴⁹. Il ne crée pas un droit dérivé de l'article 27 du Pacte, mais en propose une interprétation élargie. Il lui arrive également d'évoquer un droit à poursuivre son mode de vie traditionnel¹⁵⁰. Dans ces exemples-ci, les organes juridictionnel ou quasi-juridictionnel reconnaissent explicitement l'existence d'un droit au mode de vie. L'objectivation de la norme est alors évidente et apparaît clairement aux justiciables et aux États.

Ce caractère explicite de l'émergence est utile dans la mesure où l'apparition de la norme est plus tangible. L'esprit et la volonté qui l'impulsent sont clairement établis. En revanche, le caractère explicite de l'émergence n'a pas pour effet d'attribuer une force juridique plus grande à la norme nouvelle. Il ne garantit pas non plus son application ou son efficacité. Par exemple, la Cour ou la Commission européenne des droits de l'homme affirment l'existence d'un droit ou d'une obligation positive, mais paradoxalement ne spécifient aucune condition d'application. Le recours à un mécanisme explicite, sans direction quant aux conditions d'application, se justifie par le fait qu'il ne comporte pas d'enjeu majeur ; le droit ou l'obligation en résultant n'ayant qu'une portée limitée sur la réalité sociale. Par ailleurs, l'absence de consensus parmi les États membres du Conseil de l'Europe sur la question minoritaire et la sensibilité de la question rom sont deux éléments qui jouent en défaveur de l'émergence de normes efficaces et adaptées à la situation de ce peuple et de ses membres.

Section 3 : Un mécanisme implicite d'objectivation de la norme

L'objectivation de la norme procède d'un processus différent lorsqu'elle est implicite. Dans ce cas, la poursuite par le requérant d'un mode de vie rom, autochtone ou tribal n'est pas qualifiée de « droit » ou « d'obligation », mais représente l'objectif

¹⁴⁸ *Convention européenne des droits de l'homme*, article 8 préc., note 136.

¹⁴⁹ C.D.H., *Observation générale n°23*, préc., note 143, § 3(2).

¹⁵⁰ *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144.

des mesures spéciales adoptées par l'organe juridictionnel. La référence à une protection des modes de vie minoritaires ou autochtones est alors indirecte.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme utilise un tel mécanisme. Par exemple, elle reconnaît aux communautés autochtones un droit collectif de propriété sur leurs territoires ancestraux¹⁵¹ ou sur les ressources naturelles présentes sur celui-ci et « essentielles à la poursuite de leurs modes de vie »¹⁵², un droit à une vie digne¹⁵³ ou un droit au consentement préalable, libre et éclairé¹⁵⁴. Ces différents droits affectent favorablement la poursuite du mode de vie de la communauté autochtone ou tribale requérante, cette préservation représentant un objectif juridique sous-jacent et recherché par la Cour.

Par exemple, en complément du droit collectif de propriété des territoires ancestraux, la Cour reconnaît, dans l'affaire *Saramaka people v. Suriname*, du 28 novembre 2007, le droit de jouir et d'utiliser les ressources naturelles qui se situent sur ce territoire et qui sont essentielles au mode de vie de la communauté. L'objectif de ces mesures spéciales est de garantir au peuple Saramaka la possibilité de maintenir son mode de vie, son identité, sa structure sociale, son système économique, ses coutumes, croyances et traditions. La Cour l'indique clairement:

« [...] *the right to use and enjoy their territory would be meaningless in the context of indigenous and tribal communities if said right were not connected to the natural resources that lie on and within the land. That is, the demand for collective land ownership by members of indigenous and tribal peoples derives from the need to ensure the security and permanence of their control and use of the natural resources,*

¹⁵¹ *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, requête n°11577, arrêt, (31 août 2001) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf.

¹⁵² *Saramaka People v. Suriname*, requête n°12338, arrêt, (28 novembre 2007) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf.

¹⁵³ *Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay*, requête n°12313, arrêt, (17 juin 2005) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf, § 168.

¹⁵⁴ « [...] *members of tribal and indigenous communities have the right to own the natural resources they have traditionally used within their territory for the same reasons that they have a right to own the land they have traditionally used and occupied for centuries. Without them, the very physical and cultural survival of such peoples is at stake. Hence the need to protect the lands and resources they have traditionally used to prevent their extinction as a people. That is, the aim and purpose of the special measures required on behalf of the members of indigenous and tribal communities is to guarantee that they may continue living their traditional way of life, and that their distinct cultural identity, social structure, economic system, customs, beliefs and traditions are respected, guaranteed and protected by States* », *Saramaka People v. Suriname*, préc., note 152, § 121 [c'est nous qui soulignons].

which in turn maintains their very way of life. This connectedness between the territory and the natural resources necessary for their physical and cultural survival is precisely what needs to be protected under Article 21 of the Convention in order to guarantee the members of indigenous and tribal communities' right to the use and enjoyment of their property. From this analysis, it follows that the natural resources found on and within indigenous and tribal people's territories that are protected under Article 21 are those natural resources traditionally used and necessary for the very survival, development and continuation of such people's way of life »¹⁵⁵.

La protection juridique d'un mode de vie autochtone est un objectif à atteindre pour la jurisprudence de la Cour, même si elle ne l'affiche pas d'emblée. Avoir recours à la reconnaissance de la propriété collective des territoires ancestraux pour protéger un mode de vie autochtone ou tribal est une garantie supplémentaire, gage de sécurité juridique, puisque l'accès à la terre est un élément majeur de la poursuite des modes de vie autochtones, en raison de la relation particulière que ces peuples entretiennent avec elle. *A contrario*, protéger les modes de vie autochtones et tribaux, sans donner d'assise juridique solide à l'accès à la terre peut avoir des effets très limités. En contexte autochtone, l'absence d'accès à la terre peut fragiliser le mode de vie, bien qu'il puisse en partie se perpétuer sans cet élément, celui-ci ne se réduisant pas à la relation au territoire. Corrélativement, les mesures imposées par la Cour se fondent sur l'existence d'un mode de vie dit « distinct ». La relation entre ce concept et les mesures adoptées est donc évidente. Par conséquent, l'approche de la Cour interaméricaine a le mérite de créer une protection renforcée.

Le recours à un mécanisme implicite d'objectivation obscurcit cependant l'émergence de la norme, dans le sens où celle-ci n'est pas d'emblée discernable. Néanmoins, la volonté de trancher en faveur de son existence est tout aussi forte. La mise en œuvre de la protection peut être autant, voire plus efficace, que dans le cas où l'émergence est explicite.

Trois raisons justifient le recours à un tel mécanisme implicite : le pragmatisme des juges, la préservation de leur légitimité et le conditionnement de la requête par les requérants eux-mêmes. En effet, le raisonnement de la Cour interaméricaine est un peu différent de celui de son homologue européenne ou de celui du Comité. La protection des modes de vie autochtones et tribaux ne passe pas

¹⁵⁵ *Saramaka People v. Suriname*, préc., note 152, § 122.

par la reconnaissance d'un droit, mais par la consécration d'éléments essentiels et concrets, comme le droit de propriété collectif, autant d'outils efficaces pour que ces modes de vie puissent s'épanouir. Ainsi, à la différence des deux autres organes, qui ont davantage tendance à considérer les normes déjà établies pour résoudre le problème qui se présente à eux, la Cour interaméricaine privilégie la réalité du requérant et développe ensuite un raisonnement juridique, qui apporte une réponse en droit à cette réalité, à travers les droits consacrés. En outre, les enjeux sont grands en Amérique, dans la mesure où des communautés autochtones actives sont présentes au sein de chaque État et sont en processus d'affirmation de leurs revendications. Leur attribuer directement un droit au respect des modes de vie comporte donc le risque, pour les juges, de perdre leur légitimité auprès des États. Enfin, les requérants ne revendiquent pas directement un droit à leur propre mode de vie au sein de leurs requêtes, mais recherchent en premier lieu des droits au territoire et aux ressources naturelles, ce qui oriente la marge de manœuvre dont dispose les juges pour statuer.

Par conséquent, le choix du mécanisme d'objectivation de cette norme dépend, *a priori*, du contexte politique dans lequel s'inscrivent les questions minoritaires ou autochtones et au sein duquel se situe la juridiction. Il est aussi fonction de la philosophie juridique privilégiée par celle-ci, à savoir positiviste ou plus dogmatique. Il en résulte une manière différente, pour les organes juridictionnels, de signifier l'émergence de normes nouvelles – explicite pour la Cour européenne et le Comité des droits de l'homme et implicite pour la Cour interaméricaine.

En somme, les indicateurs de l'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones sont de quatre ordres. Le premier se manifeste par l'expression ou l'affirmation de revendications, qui s'extériorisent par le dépôt de requêtes, la production de mémoires et de moyens par des requérants minoritaires ou autochtones, sur la scène judiciaire¹⁵⁶. Le second indicateur porte sur la réceptivité

¹⁵⁶ Par exemple, lorsque la communauté Awas Tingni du Nicaragua revendique, devant la Cour interaméricaine, la reconnaissance de son droit collectif de propriété sur ses terres ancestrales ou lorsqu'un membre de la communauté rom revendique l'autorisation d'aménager le terrain dont il est propriétaire pour s'y installer et y vivre selon sa tradition.

des juges et des experts. L'expression de revendications est toutefois insuffisante pour générer à elle seule une norme juridique positive. Encore faut-il qu'elle soit accueillie favorablement par une autorité juridique ayant la capacité de produire du droit. En l'espèce, cette autorité est représentée par les juges des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme et par les experts du Comité des droits de l'homme. Le troisième indicateur consiste en l'adaptation du droit aux problématiques minoritaires ou autochtones, à travers la création d'obligations ou d'objectifs juridiques nouveaux pour les États. On peut remarquer à cet égard que le mécanisme d'objectivation de la norme est explicite ou implicite selon les systèmes juridiques. Enfin, le contexte législatif et politique supranational représente le dernier indicateur de l'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones.

De tout cela résulte une transformation du droit qui provient de l'activisme des communautés minoritaires et autochtones dans l'objectif de faire valoir leurs intérêts et du degré d'attention portée par les professionnels de la justice, notamment les juges, aux questions identitaires. Nous avons noté que le contrôle de l'État sur cette émergence était mesuré. S'exerce-t-il de manière aussi limitée en ce qui a trait à la définition du caractère juridique de la norme ? Concentrons-nous maintenant sur cet aspect, afin d'évaluer quels sont les effets de la décentralisation de l'émergence des normes sur leur juridicité.

TITRE 2 : LE CARACTÈRE JURIDIQUE DU DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES

Selon le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, le concept de juridicité signifie

« 1. En sociologie juridique : « ligne de partage entre le droit et le social juridique » : c'est « le caractère hypothétique ... par (le)quel ... les règles de droit peuvent être mises à part de l'ensemble des règles de conduite sociale » (Carbonnier) [...]. 3. En philosophie du droit : « ce qui donne à (un) phénomène (le) caractère « juridique » par quoi il est spécifié » (Amselek) »¹⁵⁷.

Le caractère juridique des normes permet donc de les différencier des règles issues d'autres espaces normatifs que sont, par exemple, la société, la famille ou l'entreprise. En la matière, l'analyse du caractère obligatoire de la norme nouvelle, consistera en l'examen de sa nature et de sa *force normative*, concept – ou paradigme, pour certains¹⁵⁸ – récemment défini par un collectif d'auteurs et approprié à l'étude des nouvelles régulations, des normes de *soft law* ou de règles émergentes¹⁵⁹. En bref, l'objectif des lignes suivantes est de dessiner le statut juridique du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones.

Comme nous venons de le démontrer, ce droit est une norme qui émerge de décisions judiciaires¹⁶⁰. À travers elle, les organes juridictionnels tendent à

¹⁵⁷ André-jean ARNAUD et Manuel ATIENZA, « Juridicité », dans A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., note 60, p. 322.

¹⁵⁸ André-Jean ARNAUD, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », dans C. THIBIERGE et *Alii.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, préc., note 57, p. 13-18.

¹⁵⁹ C. THIBIERGE et *Alii.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, préc., note 57, 891 p.

¹⁶⁰ Étant face à un vide juridique, les juges de Strasbourg, de San José ainsi que les experts du Comité des droits de l'homme sont allés au-delà des prescriptions adoptées par les États dans les Conventions de protection des droits de l'homme. L'une des justifications de cette démarche fut d'ordre méthodologique. Ils retiennent, en effet, la méthode évolutive d'interprétation des documents auxquels ils doivent donner sens. Cette méthode fut d'abord employée par le juge de Strasbourg en matière de droit au respect de la vie privée, indiquant que « la convention européenne des droits de l'homme est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles », voir *Tyrer c. Royaume Uni*, arrêt, (25 avril 1978) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=9&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=11862135&skin=hudoc-fr> ; *Marckx c. Belgique*, arrêt, (13 juin 1979) Cour E.D.H., en ligne :

reconnaître la multiplicité des façons de vivre, d’agir et de penser ainsi que, dans une certaine mesure, le choix dont disposent les minorités ou les Autochtones en la matière. Provenant de décisions judiciaires, la norme que nous analysons bénéficie d’un caractère juridique¹⁶¹. Cependant, quel est le juste niveau de juridicité qui émane de ces décisions ?

Pour le savoir, nous vérifierons le respect par le droit au respect des modes de vie roms, tribaux ou autochtones des caractéristiques intrinsèques de la norme juridique (Chapitre 1) et de celles propres à la norme juridique internationale (Chapitre 2).

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=6&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=11862135&skin=hudoc-fr>). Un raisonnement identique fut appliqué par la Cour interaméricaine, se fondant sur l’article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* et sur la jurisprudence européenne, mais aussi sur l’article 2 de la *Convention américaine des droits de l’homme*. Voir les décisions: *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Gurantees of the Due Process of Law*, Avis consultatif, (01 octobre 1999) Cour I.D.H., § 115 ; *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man*, avis consultatif, (1989) Cour I.D.H. ; *Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153, § 125-129. Consulter ces trois décisions en ligne :

<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?&CFID=198638&CFTOKEN=89546150>.

Ainsi, les juges ne prennent pas en compte la volonté des États au moment de l’adoption et selon la lettre des deux conventions. Ils interprètent cette volonté à la lumière des besoins et nécessités actuels, ce qui autorise une plus grande marge de manœuvre. Les juges créent donc des obligations nouvelles à la charge des États. Leur objectif réside dans la recherche d’efficacité des droits garantis, qui se manifeste clairement, devant la Cour interaméricaine, par l’application d’un droit adapté au cas d’espèce et aux besoins des requérants, de par l’adoption d’un traitement différentiel.

Quant aux limites et aux dangers de cette interprétation créative, lire Opinion dissidente, Juge Morenilla, dans *Kroon et autres c. Pays Bas*, arrêt, (27 octobre 1994) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=11862135&skin=hudoc-fr>.

¹⁶¹ *Statut de la Cour internationale de justice*, article 38, préc., note 64.

CHAPITRE 1 : UNE NORME JURIDIQUE ?

Pour que la protection des modes de vie minoritaires ou autochtones soit une norme juridique, elle doit respecter les caractéristiques générales de la norme juridique. Pour cela, nous nous basons sur certaines analyses déjà menées par la doctrine internationale, qui proposent une définition de la norme et de la juridicité¹⁶². Jean Rivero, lorsqu'il se demandait ce qu'est un droit, indiquait :

« La science juridique répond : un pouvoir, reconnu par la société à un sujet déterminé, d'imposer aux autres certaines obligations soit négatives – s'abstenir de s'immiscer dans la sphère de liberté propre à chacun -, soit positives : fournir des prestations et des services à celui qui est fondé à les réclamer. Tout droit exige donc la réunion de trois éléments : un sujet déterminé, un objet précis, et possible, et enfin un débiteur auquel le droit puisse être opposé »¹⁶³.

Il affirmait aussi que « les droits de l'homme [...] présentent les caractères qui permettent de voir un droit, au sens propre du terme, dans une possibilité reconnue à l'homme : un titulaire, un objet précis, un sujet auquel s'opposer ».¹⁶⁴ D'autres auteurs ont défini des marqueurs de juridicité plus adaptés aux manifestations contemporaines du droit. Leurs contributions permettent d'évaluer le caractère juridique des normes nouvelles sous un autre angle et selon de nouveaux concepts, tel que celui de *force normative*. Conséquemment, les paragraphes suivants articulent des marqueurs de juridicité plus classiques aux côtés de critères plus récents. Les plus pertinents pour notre objet d'étude sont la nature et l'objet de la norme juridique (Section 1), sa « force normative » (Section 2) ainsi que ses titulaires et sujets (Section 3).

¹⁶² Des auteurs tels que Jean Rivero, Paul Reuter, Michel Virally, Prosper Weil, André Jean-Arnaud, Catherine Thibierge ou Ronald Dworkin se sont penchés sur l'étude de la norme juridique nationale ou internationale.

¹⁶³ Le professeur Jean RIVERO, cité dans B. MARTIN, « Les droits culturels comme mode d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme », préc., note 18, p. 238.

¹⁶⁴ Jean RIVERO, *Les libertés publiques. Les droits de l'homme*, Tome 1, Éditions Thémis, droit public, P.U.F., 1997, p. 21.

Section 1 : Nature et objet de la norme nouvelle

La protection des modes de vie minoritaires ou autochtones apparaît comme norme ou objectif juridique nouveau et flou. Émergeant de décisions d'instances juridictionnelles supranationales, elle représente une règle dérivée de l'interprétation téléologique de normes reconnues à tous les citoyens par certaines conventions des droits de l'homme¹⁶⁵.

Cette protection représente une obligation positive en tant que telle, pour la Cour européenne¹⁶⁶, alors qu'elle est un objectif pour la Cour interaméricaine¹⁶⁷. Selon le Comité des droits de l'homme, le droit d'avoir une vie culturelle propre comprend les modes de vie étroitement associés au territoire et aux ressources¹⁶⁸.

L'objet de cette norme est de valoriser la conservation d'un choix de vie alternatif correspondant à des identités non majoritaires, reconnues par les statuts particuliers de peuples autochtones et de minorités, qui sont élaborés en droit international. Il s'agit, en quelque sorte, de proposer une forme d'accommodement, plus ou moins important, entre modes de vie majoritaire et minoritaire. Au-delà de cet objet spécifique, les acteurs de l'émergence ont deux autres objectifs à l'esprit, qui sont la sauvegarde du pluralisme identitaire et celle de la diversité culturelle, représentant deux enjeux contemporains importants¹⁶⁹.

Vu l'objet ainsi que le caractère général de la protection des modes de vie minoritaires et autochtones, la distinction que fait Ronald Dworkin entre règles et

¹⁶⁵ Les conventions européenne et américaine des droits de l'homme ainsi que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

¹⁶⁶ *Chapman c. Royaume Uni*, préc., note 42.

¹⁶⁷ Sur le mécanisme implicite d'objectivation de la norme, voir *supra* première partie, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁶⁸ « La jouissance des droits énoncés à l'article 27 ne porte pas atteinte à la souveraineté et à l'intégrité territoriale d'un État partie. Toutefois, l'un ou l'autre des droits consacrés dans cet article - par exemple, le droit d'avoir sa propre vie culturelle - peut consister en un mode de vie étroitement associé au territoire et à l'utilisation de ses ressources », C.D.H., *Observation générale n°23*, préc., note 143, § 3(2). Devant le Comité, la protection des modes de vie autochtones dérive de l'interprétation de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

¹⁶⁹ Opinion séparée du juge Augusto Cançado Trindade, § 21, dans *Moiwana Village v. Suriname Interpretation of the June 15, 2005 Judgment on the Preliminary Objections, Merits and Reparations*, arrêt, (08 février 2006) Cour I.D.H., en ligne:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_ing.pdf.

principes est appropriée afin de définir la nature de la norme. Selon cet auteur, un principe est

« A standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality »¹⁷⁰.

Il précise ensuite qu'un droit impose l'atteinte d'un résultat précis alors qu'un principe commande un comportement général¹⁷¹. Oscar Schachter propose une distinction similaire. D'après lui, les règles sont des normes qui exigent un résultat spécifique, alors que les principes sont des normes générales et de nature abstraite qui n'ont pas de caractère précis – *definiteness*¹⁷². Pour autant, les principes ne sont pas dépourvus de force obligatoire, même s'ils permettent une interprétation plus flexible ou évolutive.

Par conséquent, en tant qu'obligation positive ou qu'objectif juridique et en raison de son caractère général, la protection des modes de vie minoritaires ou autochtones dispose d'une nature juridique, en tant que principe. Cette norme a un objet général mais précis, qui s'inscrit dans la sauvegarde du pluralisme socioculturel. Qu'en est-il maintenant de sa force juridique ?

Section 2 : La force normative de la norme étudiée

La *force obligatoire* d'une norme juridique signale son « obligatorité »¹⁷³. Elle est définie comme suit:

« Qui oblige juridiquement (en droit), normatif, qui a pour les sujets de droit le caractère d'une obligation, en tant que pièce de l'ordre juridique, de Droit objectif ; en ce sens, toute règle de droit, toute loi, toute coutume a une force obligatoire

¹⁷⁰ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, préc., note 98, p. 22.

¹⁷¹ *Id.*, p. 25.

¹⁷² Oscar SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p.20.

¹⁷³ « Construit sur obligatoire. Qualité de ce qui est obligatoire (sens 1) ; pouvoir d'obliger (sens 1) inhérent à la règle de droit. Ex. obligatorité de la loi, de la coutume », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., note 61, p. 629.

(quelle que soit l'intensité variable de cette force, par exemple que la loi soit impérative ou supplétive) »¹⁷⁴.

Le concept de force obligatoire est adapté à l'étude de normes établies et claires. Néanmoins, il confère à la juridicité une étendue restrictive, inadaptée aux nouvelles formes de régulation incarnée notamment par la *soft law* ou par les « droits à ». Plusieurs auteurs se sont ainsi positionnés en faveur d'une conception plus large du caractère juridique des normes. Pour ce faire, ils introduisent le concept de force normative¹⁷⁵, très approprié à l'étude du caractère juridique de normes émergentes et floues. C'est pourquoi, pour les fins de cette étude, il sera privilégié à la seule « force obligatoire ».

Faisant la synthèse de diverses contributions, la classification opérée par Catherine Thibierge est éclairante. Afin d'encadrer la définition du concept de force normative, cette auteure en repère plusieurs interprétations. Il peut tout d'abord être compris « classiquement comme force obligatoire et contraignante » - la force obligatoire n'en est donc pas exclue. Il peut ensuite être reçu de façon plus large et s'en détacher. En outre, ce peut être une « force de référence » : « La norme est alors dotée de la force d'un modèle qui n'est pas nécessairement obligatoire pour ses destinataires. Ce peut être la force d'un modèle d'interprétation, ou encore d'un

¹⁷⁴ « Obligatoire », dans G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., note 61, p. 629.

¹⁷⁵ André-Jean Arnaud en propose une définition. Il indique que : « [...] avec la « force normative » ainsi conçue, ce pourrait bien être, plus que d'un concept, d'un véritable paradigme qu'il s'agit. En venant malmener – n'est-ce pas ce qui ressort des pages qui suivent ? – le paradigme traditionnel d'un droit identifié à l'obligatoire et caractérisé par la contrainte étatique, celui qui nous vient d'une théorie « pure » du droit, la « force normative » se présente comme bien autre chose qu'un simple concept. Si la force normative est d'intensité variable, et susceptible de modulations en magnitude et dans le temps ; si la force d'une norme a partie liée avec les conditions de son émanation autant que celles de sa réception ; si l'on peut tirer des conséquences de sa nature (symbolique ou régulatrice), ou de sa qualité (originale ou dérivée ; objective ou subjective ; intrinsèque ou extrinsèque) ; si elle est capable de distorsions (effectivité, ineffectivité, consolidation, obsolescence) ; si, de plus, il y a bien, comme on le lit dans l'introduction, consubstantialité au droit, par le trait d'union qu'elle établit entre des concepts qui nous sont familiers, des concepts aussi traditionnels que « source du droit », « effectivité », « force créatrice », « pouvoir normateur », « valeur normative », « portée normative », pour n'en citer que quelques-uns, alors, cette « force de référence [...] pour l'agir » - qui n'est autre que la « force normative » - constitue bien un nouveau paradigme, au sens où l'entendait Kuhn, qui le définissait, on s'en souvient, comme un faisceau de concepts reconnus universellement, susceptibles, à une époque déterminée, de fournir à une communauté de chercheurs, et pour un certain temps, des mécanismes de problématisation et des solutions à des problèmes anciens aussi bien que nouveaux », A.-J. ARNAUD, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », préc., note 158, p. 15.

modèle de solution »¹⁷⁶. Elle évoque également certaines définitions très larges indiquant qu'il s'agit de la « capacité d'une norme à orienter, à servir de guide à des comportements et à des pratiques » ou de la « capacité d'une norme à provoquer des comportements, guider des conduites, influencer des pratiques et/ou servir de modèle ou de standard pour juger ces mêmes comportements, conduites ou pratiques »¹⁷⁷.

Dans le cadre de l'étude du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, la force normative sera comprise en tant que « force de référence », « modèle », « guide à des comportements » ou capacité à en provoquer. Nous adoptons donc une définition large de ce concept.

Catherine Thibierge met également en évidence certaines caractéristiques de la force normative. Il s'agit de l'**intensité variable** de la force normative et de son **caractère évolutif** à travers le temps. De plus, la force normative a **différents degrés**. De ce fait, elle n'exclut pas la force obligatoire. Ceci constitue un cadre d'analyse adapté au contexte d'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones. Ces caractéristiques guideront donc notre analyse. Nous examinerons d'abord les degrés de force normative de la norme nouvelle (§ 1), avant d'étudier son intensité (§ 2) – critère qui s'inspire de la synthèse de Catherine Thibierge mais que nous adapterons.

Paragraphe 1 : Les degrés de force normative du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones

Catherine Thibierge indique que la force normative peut être impérative, obligatoire et exécutoire, obligatoire et contraignante, mais peut aussi être moins intense. Par exemple, dans le cas de la Cour européenne des droits de l'homme, les « droits à » ont une force graduelle qui est

« susceptible de trois degrés : le premier degré est constitué par la force d'inspiration, pour le législateur, des droits proclamatoires ou déclaratoires énoncés dans certains instruments internationaux, non sanctionnés et non obligatoires ; le

¹⁷⁶ Catherine THIBIERGE, « Synthèse », dans C. THIBIERGE et *alii*, préc., note 57, p. 755.

¹⁷⁷ *Id.*

degré intermédiaire est celui de la force incitative, exercée tant sur les juges que sur les législateurs internes, bien illustré par les droits européens des droits de l'homme, cette force d'incitation étant liée au caractère justiciable de ces droits devant la CEDH et à leur vocation à intégrer le droit interne ; et le degré le plus fort est celui de la force obligatoire et contraignante des « droits à » d'ores et déjà érigés en droits subjectifs »¹⁷⁸.

Le dernier degré de force normative concerne les normes imprécises et incertaines, telles qu'issues de la *soft law*. Celles-ci peuvent néanmoins avoir une force référentielle, facultative ou incitative¹⁷⁹.

Cette définition va nous permettre de situer le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dans ses degrés de force normative. Cette norme se manifeste de différentes manières au sein des trois systèmes juridiques analysés. Elle procède différemment selon que nous soyons dans le cadre d'un mécanisme explicite ou implicite d'objectivation. En conséquence, sa force normative a des degrés variables en fonction des espaces de référence.

Ce droit est, par principe, d'intensité moins forte lorsqu'il est consacré par le Comité des droits de l'homme, qui, en tant qu'organe quasi-juridictionnel, rend des communications obligatoires mais non exécutoires ou contraignantes. Au contraire, il dispose, *a priori*, d'une force obligatoire et contraignante lorsqu'il s'inscrit au sein de décisions judiciaires supranationales consacrées par les Cours européenne et interaméricaine. Néanmoins, devant les trois organes, ce droit représente davantage une « force d'inspiration » ou une « force incitative » pour les États, voire « une force de référence »¹⁸⁰, puisque ceux-ci disposent d'une marge de manœuvre plus ou moins grande selon les systèmes pour le mettre en œuvre.

Plus concrètement, concentrons-nous d'abord sur l'émergence de la norme par un mécanisme explicite d'objectivation. La Cour et la Commission européennes indiquent que les États ont une obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie ou reconnaissent aux Samis un droit au respect de leur mode

¹⁷⁸ *Id.*, p.763 [c'est nous qui soulignons].

¹⁷⁹ Sur les degrés de la force normative, C. THIBIERGE, « Synthèse », préc., note 176, p. 761-765 [c'est nous qui soulignons].

¹⁸⁰ La « force de référence » se définit ainsi : « la norme est alors dotée d'un modèle qui n'est pas nécessairement obligatoire pour ses destinataires. Ce peut être la force d'un modèle d'interprétation, ou encore d'un modèle de solution », C. THIBIERGE, « Synthèse », préc., note 176, p. 755.

*de vie propre*¹⁸¹. Le Comité des droits de l'homme précise, quant à lui, que l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, peut s'interpréter comme attribuant, d'une part, un droit à une identité culturelle, religieuse et sociale propre¹⁸² ou, d'autre part, une protection des modes de vie étroitement associés au territoire et à l'utilisation des ressources¹⁸³. La norme visant à protéger les modes de vie roms, tribaux ou autochtones fait alors partie du Droit objectif, dans la mesure où elle représente un principe imposé par une juridiction¹⁸⁴. Dans ce cas, elle dispose en principe d'une force juridique obligatoire et contraignante. Néanmoins, elle est consacrée en tant qu'obligation de moyens et la Cour ne mentionne aucun modèle de conduite ou aucune solution précise propre à sa mise en œuvre. Identifier sa force à une force d'incitation plutôt qu'à une force obligatoire et contraignante ou d'inspiration, paraît donc plus approprié.

La démonstration de la force juridique est toute différente lorsqu'on est confronté à un mécanisme implicite d'objectivation de la norme. En la matière, aucun droit au sens strict n'est formellement édicté. En effet, la Cour interaméricaine ne reconnaît aucune obligation en tant que telle. Elle mentionne uniquement que la sauvegarde des modes de vie autochtones ou tribaux représente l'objectif des mesures spéciales adoptées par elle. Leur protection n'est pas alors une règle de droit au sens strict. Néanmoins, elle dispose d'une force normative certaine. Premièrement, elle représente une conduite indirectement promue par la Cour et solidement encadrée par elle, à travers la consécration de droits aux territoires, aux ressources ou à une vie digne. Deuxièmement, il s'agit d'un objectif recherché par elle¹⁸⁵. En ce sens, elle

¹⁸¹ *Chapman c. Royaume Uni*, préc., note 42 [c'est nous qui soulignons] ; *G et E c. Norvège*, préc., note 146 [c'est nous qui soulignons] ; voir également pour plus de développement, Doris FARGET, « La protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones : analyse comparée des décisions de deux juridictions régionales », (2008) 13(2) *Lex Electronica*, en ligne : http://www.lex-electronica.org/docs/articles_4.pdf, p. 5-12.

¹⁸² *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144.

¹⁸³ C.D.H., *Observation générale n°23*, préc., note 143, § 3(2).

¹⁸⁴ Selon Gérard Cornu, la notion de Droit objectif est définie comme suit : « Ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., note 61, p. 333.

¹⁸⁵ Voir *supra*, le mécanisme d'objectivation implicite, Titre 1, Chapitre 2 de cette partie et D. FARGET, « La protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones : analyse comparée des décisions de deux juridictions régionales », préc., note 181, p. 12-21.

représente donc une norme moins tangible¹⁸⁶, mais dont la force n'en demeure pas moins normative, puisqu'elle dispose d'une force incitative ainsi que d'une force d'inspiration – en raison de l'introduction de modèles de mise en œuvre. Elle dispose aussi d'une force obligatoire via le droit collectif au territoire et aux ressources.

Ainsi, que nous soyons au sein du système juridique européen, interaméricain ou onusien, la protection des modes de vie minoritaires ou autochtones a une force normative propre à définir toute norme juridique. Celle-ci n'exclut pas cependant l'existence d'une force obligatoire puisque le concept de force normative inclut, dans certains cas, celui de force obligatoire. Afin de mieux en situer l'intensité, il s'avère important de préciser, en l'espèce, quelles en sont les variables.

Paragraphe 2 : Une force à intensité variable

La force du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones est d'intensité variable en fonction des espaces, des destinataires, des sujets de droit et des interprètes¹⁸⁷. En outre, son « intensité obligationnelle » n'est que relative, en raison de son fondement et de limites posées à la norme via l'établissement par les juridictions de tests de proportionnalité.

Tout d'abord, les juges et experts ne reconnaîtront pas le même poids, ni le même sens à ce droit, en raison de la nécessité de respecter le contexte géopolitique au sein duquel se situe la juridiction, mais aussi le contexte social et culturel des requérants. De plus, les obligations prescrites varieront selon le mode de vie et les besoins des requérants.

Ensuite, bien qu'elle émerge de décisions consacrées par des tribunaux supranationaux et que celles-ci fassent jurisprudence, cette norme n'a pas de statut conventionnel ou coutumier. En effet, elle provient de l'interprétation évolutive de conventions, dont les dispositions n'avaient pas initialement pour objectif de

¹⁸⁶ François Terré ne reconnaît-il pas que les normes « permettent d'accorder le groupe social à des objectifs reconnus ». Norme juridique et objectif sont donc intrinsèquement liés. François TERRÉ, « Forces et faiblesses de la norme », dans C. THIBIERGE et *alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, préc., note 57, p. 20.

¹⁸⁷ Sur l'intensité variable de la force normative, C. THIBIERGE, « Synthèse », préc., note 176, p. 757-759.

réglementer la question autochtone ou minoritaire ou celle des modes de vie. Elle est, à ce titre, une norme dérivée¹⁸⁸. De ce fait, sa force normative et sa portée se limitent théoriquement au cas d'espèce, même si la méthode du précédent lui apporte en pratique un caractère obligatoire et une portée plus grande. La source juridique de la norme oriente donc sa force.

Par ailleurs, il ne s'agit pas d'une norme absolue, puisque des limites ont été imposées au sein de chacun des systèmes juridiques, à travers l'établissement de tests de proportionnalité. Ceux-ci sont mis en œuvre de façon variable par les différentes juridictions.

La Commission et la Cour européenne appliquent, pour leur part, le test de l'article 8(2) de la *Convention européenne des droits de l'homme*¹⁸⁹, dans la mesure où la protection des modes de vie « distincts » dérive de l'article 8(1). Il en résulte une mise en œuvre nuancée, mais qui, si l'on se réfère au dernier arrêt rendu par la Cour concernant le mode de vie rom¹⁹⁰, pourrait changer. Celle-ci provient du fait que le test conduit à la rationalisation de la norme, c'est-à-dire à son encadrement strict par la Cour, aboutissant parfois à l'anéantissement du droit qu'elle venait de consacrer. En effet, la légitimité du but recherché et la proportionnalité de l'ingérence imposées par l'article 8(2), ont souvent été envisagées selon les références majoritaires¹⁹¹. En ce sens, il s'agit d'une mise en œuvre classique du contrôle, sans prise en compte des intérêts, de la réalité sociale ni de la rationalité propres aux requérants. À l'inverse, le test peut favoriser la protection du mode de vie rom, tel qu'il est mis en œuvre dans l'arrêt *Connors c. Royaume-Uni*. Dans cette affaire, la Cour en vient à contrôler strictement les conditions de l'expulsion de familles roms installées sur des espaces de stationnements publics et condamne cette expulsion exécutée en l'absence de motif impérieux la justifiant¹⁹². En exerçant effectivement sa compétence de contrôle et en renforçant l'exigence du contrôle, la Cour tend ainsi

¹⁸⁸ Ce qui n'a pas d'impact sur sa force.

¹⁸⁹ *Convention européenne des droits de l'homme*, Article 8(2), préc., note 136.

¹⁹⁰ Nous nous référons ici à *Connors c. Royaume Uni*, préc., note 139.

¹⁹¹ Ce fut le cas par exemple dans les affaires *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130 et *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42.

¹⁹² *Connors c. Royaume-Uni*, préc., note 139.

à construire une protection plus solide, tout en conservant sa légitimité vis-à-vis des États¹⁹³.

La Cour interaméricaine, quant à elle, met en œuvre un test de proportionnalité dans la décision *Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay*, du 17 juin 2005. Dans cette affaire, la communauté Yakye Axa revendiquait le droit collectif à son territoire ancestral et le droit à des traitements humains après qu'elle ait été dépossédée de ses terres, au XIX^{ème} siècle, par la création de propriétés foncières par des personnes privées et que les membres de la communauté aient également été exploités par eux. Le territoire fut divisé et l'accès à celui-ci limité. En conséquence, le mode de vie de la communauté autochtone, son identité et son mode de subsistance ne pouvaient plus être exprimés ou pratiqués. Leurs conditions de vie se dégradèrent causant de grandes souffrances et dommages. Posant les limites du droit collectif de propriété consacré en 2001 dans l'affaire *Awás Tingni*, les restrictions doivent satisfaire au test suivant : elles doivent être établies par la loi (1), être nécessaires (2), proportionnelles (3), et prises dans le but d'atteindre un objectif légitime dans une société démocratique (4)¹⁹⁴. Le test doit, enfin, être appliqué au cas par cas. Bien qu'il s'applique aux dispositions de l'article 21 de la Convention américaine sur le droit de propriété, nous le considérons comme pertinent, dans la mesure où le droit collectif de propriété des territoires ancestraux est un fondement de la protection des modes de vie autochtones et tribaux au sein du système interaméricain.

Il faut d'abord souligner l'audace avec laquelle la Cour interaméricaine met en œuvre ce test. Elle affirme que, conformément à la *Convention américaine des droits de l'homme* et au principe de proportionnalité, la restriction de la propriété individuelle des particuliers peut s'avérer nécessaire pour servir l'objectif collectif de préservation des identités culturelles au sein d'une société démocratique et pluraliste,

¹⁹³ En effet, en l'absence de consensus des États sur la question des minorités, il est actuellement plus difficile pour la Cour de développer une obligation positive de permettre aux Roms de suivre leur mode de vie, qui soit très contraignante, sans porter atteinte à sa légitimité.

Sur la mise en œuvre du test de proportionnalité de l'article 8(2) dans le cadre de la protection juridique des modes de vie roms et samis, voir D. FARGET, « La protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones : analyse comparée des décisions de deux juridictions régionales », préc., note 181, p. 22-28. Sur la légitimité des juges, voir cette étude, Partie III.

¹⁹⁴ *Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153, § 144.

si elle représente une juste indemnisation pour les préjudices subis par les communautés autochtones¹⁹⁵. Elle déclare ainsi que la propriété individuelle ne prime pas automatiquement sur la propriété collective, justifiant sa position sur la base de la gravité des conséquences de la dépossession et du déracinement sur les communautés autochtones. Cette affirmation est précisée dans une affaire ultérieure – *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, du 29 mars 2006, dont les faits sont similaires à ceux de l'affaire *Yakye Axa*. Celle-ci indique que l'État doit procéder à la restitution du territoire ancestral Sawhoyamaxa de deux manières : soit en restituant le territoire ancestral lui-même, soit, et uniquement s'il y a impossibilité justifiée pour l'État d'y parvenir, en cédant un autre territoire à la communauté, de taille et de qualité identiques, choisi après avoir consulté la dite communauté¹⁹⁶. Or, la Cour ne considère pas que le transfert, il y a plusieurs dizaines d'années, des territoires ancestraux à des propriétaires privés constitue une impossibilité justifiée de les restituer¹⁹⁷. Le droit de propriété privée des compagnies d'exploitation s'y appliquant, peut alors être remis en cause. De ce fait, on peut se demander si la Cour crée tacitement une hiérarchisation entre propriété collective et propriété individuelle ou si elle déconstruit la hiérarchie existante au sein des systèmes juridiques occidentaux.

Les critères du test sont réitérés dans une décision récente, *Saramaka people v. Suriname*, du 28 novembre 2007. Dans sa requête, le peuple Saramaka, une communauté tribale, revendiquait le droit collectif de propriété à son territoire et aux ressources naturelles s'y attachant, alors que des compagnies minières et forestières y exploitaient des ressources en concessions – obtenues d'ailleurs sans obtention du consentement préalable de la communauté par l'État – et avaient pollué

¹⁹⁵ « *Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención* ». Selon notre propre traduction : « *Par contre, la restriction du droit de propriété privée des particuliers pourrait être nécessaire pour remplir l'objectif collectif de préservation des identités culturelles dans une société démocratique et pluraliste, conformément à la Convention américaine, et de façon proportionnée, à condition que cela représente une juste indemnisation aux préjudices, en conformité avec l'article 21 (2) de la Convention* », *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153, § 148.

¹⁹⁶ *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, requête n°0322/2001, arrêt, (29 mars 2006) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf.

¹⁹⁷ *Id.*, § 137.

l'environnement des Saramakas, dont certaines ressources *essentiels* à leur mode de vie. La Cour rappelle ainsi que les restrictions appliquées au droit collectif de propriété des peuples autochtones et tribaux ne doivent pas sacrifier les traditions et coutumes de ces communautés, ni porter atteinte à leur survie physique et culturelle. Elle pousse également son raisonnement plus loin, en imposant trois conditions supplémentaires. Premièrement, la décision qui affecte le territoire ancestral d'un peuple doit avoir été prise avec la participation de celui-ci. Deuxièmement, un bénéfice raisonnable issu de l'exploitation doit être attribué au peuple en question. Troisièmement, une évaluation de l'impact environnemental et social de l'exploitation doit être effectuée par une entité indépendante¹⁹⁸. La Cour impose alors un processus de consultation, de même que l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé de la communauté pour l'exploitation des ressources naturelles *essentiels* à un mode de vie et pour les projets d'exploitation d'envergure¹⁹⁹.

La mise en œuvre du test de proportionnalité est donc bien différente de celle de la Cour européenne, dans le sens où elle prend effectivement en compte les intérêts des requérants. Elle tend à les considérer de manière équivalente aux intérêts de la majorité. Ceci confirme la particularité de l'approche interaméricaine, par laquelle le juge fait preuve d'une capacité évidente à adapter le droit à la réalité qu'il rencontre.

En dernier lieu, le Comité des droits de l'homme a également établi un test de proportionnalité, rationalisant la norme consacrée à l'article 27 du Pacte et conditionnant l'intensité de sa force obligatoire. Il a d'emblée encadré le droit à sa culture propre, en indiquant que les restrictions posées par les législations nationales affectant ce droit, pour être valides, devaient avoir une justification raisonnable et objective et être compatibles avec les autres dispositions du Pacte, puisque celles-ci s'interprètent les unes à la lumière des autres²⁰⁰.

¹⁹⁸ *Saramaka people v. Suriname*, préc., note 152, § 127-129.

¹⁹⁹ *Id.*, § 136 et 137 et § 144-155.

²⁰⁰ *Sandra Lovelace c. Canada*, communication no 24/1997, (30 juillet 1981) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/cc245da4e1c73a55c1256a16003b21a8?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/cc245da4e1c73a55c1256a16003b21a8?Opendocument), § 16. Cette solution de principe fut ensuite réitérée à plusieurs reprises, voir par exemple : *Kitok c. Suède*, communication 197/1985, (10 août 1988) C.D.H., en ligne :

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/11fb8e3a24b069ffc1256ab60028b283?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/11fb8e3a24b069ffc1256ab60028b283?Opendocument), § 9.8 : « le Comité s'est inspiré de l'argumentation qui a présidé à la décision prise dans l'affaire Lovelace (No 24/1977, Lovelace c. Canada), à savoir qu'une limitation des droits d'un individu

L'affaire *Länsman c. Finlande*, du 08 novembre 1994, offre un bel exemple d'application du test. Elle opposait des éleveurs samis à la Finlande, en raison de l'autorisation d'exploitation du Mont Riutusvaara délivrée par l'État à la compagnie minière, Arktinen Kivi Oy (Arctic Stone Company). Ce Mont est un site de haute importance spirituelle et un espace de pâturage pour les rennes. Dans cette communication, le Comité réitère le critère de la « raisonnable de l'atteinte » et nous procure une illustration quant à sa mise en œuvre. Il rejette la violation de l'article 27 du Pacte par la Finlande. Pour y parvenir, il se réfère, d'une part, aux quantités de pierres déjà extraites, qui sont, selon lui, raisonnables. D'autre part, il rappelle que les éleveurs de rennes samis ont été consultés précédemment à l'exploitation²⁰¹. Cependant, il n'examine pas les conditions de la consultation, afin de vérifier s'il s'agit ou non d'une consultation préalable, libre et éclairée. Le Comité semble adhérer d'emblée à l'équation selon laquelle consultation signifie nécessairement accommodement des intérêts samis, alors qu'elle peut aussi se révéler être une procédure cosmétique, créant une illusion de participation de ce peuple à la prise de décisions²⁰². Par ailleurs, le Comité mesure le caractère raisonnable de

appartenant à une minorité doit reposer sur une justification raisonnable et objective et faire la preuve de sa nécessité pour la survie et le bien-être de la minorité dans son ensemble». Le test de proportionnalité sera également mis en œuvre dans les trois affaires *Länsman c. Finlande*. Voir *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, communication n°511/1992, (08 novembre 1994) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/8eac0dd733269a14802566e3003a2aac?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/8eac0dd733269a14802566e3003a2aac?Opendocument) (consulté le 22.09.08) ; *Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande*, communication n°671/1995, (22 novembre 1996) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/a5adb18467c59f8a80256713005f6b69?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/a5adb18467c59f8a80256713005f6b69?Opendocument) (consulté le 22.09.08) ; *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Muotkatunturi Herdsmen's Committee c. Finlande*, communication n°1023/2001, (15 avril 2005) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d8ae78014c9bc2e6c125700a004e6a75?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d8ae78014c9bc2e6c125700a004e6a75?Opendocument) (consulté le 22.09.08). Voir aussi, *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c. France*, requête 549/1993, (29 décembre 1997) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/0c902a138ddadbf802566e1003a95e9?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/0c902a138ddadbf802566e1003a95e9?Opendocument), § 10.1-10.3 et *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande*, communication n°547/1993, (15 novembre 2000) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/266fb46c7173f2fbc1256a1c0030ce28?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/266fb46c7173f2fbc1256a1c0030ce28?Opendocument), § 9.6.

²⁰¹ *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 9.6.

²⁰² La communication du 22 novembre 1996, *Länsman c. Finlande*, (préc., note 200, § 10.5) pose un problème identique. Le simple fait qu'il y ait eu consultation à propos de l'exploitation forestière d'une partie du territoire sami va de pair, pour le Comité, avec une prise en compte effective, par les autorités, des intérêts des requérants ainsi que des intérêts économique de la région. En revanche, dans l'affaire *Apirana Mahuika et al. c. Nouvelle Zélande*, du 15 novembre 2000, la question de la participation à la prise de décision et de la consultation est à nouveau soulevée et le Comité s'interroge

l'exploitation d'un site sacré en fonction de la quantité de pierres extraites. Or, il s'agit d'un calcul mathématique qui exprime une forme de rationalité, celle à laquelle adhèrent les experts du Comité ainsi que l'État. Ce calcul ne tient compte en aucun cas de la rationalité, ni de la spiritualité samies. Il privilégiera à nouveau ce type de raisonnement dans la communication *Länsman c. Finlande*, du 22 novembre 1996. Les experts se fondent alors sur l'ampleur de l'exploitation forestière pour conclure à l'absence de violation du droit à une vie culturelle propre²⁰³. Le Comité reconnaît, toutefois, l'importance de considérer la diversité des activités d'exploitation dans leur ensemble (minière et forestière en l'espèce), puisque individuellement elles peuvent ne pas porter atteinte à l'article 27 du Pacte, mais violer cette disposition lorsqu'elles sont évaluées collectivement dans plusieurs secteurs²⁰⁴ et dans le temps²⁰⁵. On peut, cependant, se questionner sur le caractère adapté des critères privilégiés par le Comité, à savoir l'ampleur et la quantité de ressources extraites.

On constate ainsi, sans véritable surprise, que la norme examinée est dotée d'une force normative au sein des trois systèmes. Cette règle étant circonscrite de manière spécifique par chacun des systèmes, elle est porteuse de limites. Par ailleurs, l'intensité de sa force est multiple et varie au sein de chacun d'eux, entre une force de référence, d'incitation, d'inspiration et une force obligatoire. Cette norme est pourvue d'une force obligatoire, d'inspiration, de référence et d'incitation devant la Cour

sur la mise en œuvre de la consultation et sur le statut des personnes consultées au sein de la minorité : « Le Comité a noté que les auteurs faisaient valoir qu'eux-mêmes et la majorité des membres de leurs tribus n'avaient pas approuvé le Règlement, et qu'ils affirmaient que leurs droits en tant que membres de la minorité maorie n'avaient pas été pris en compte. Dans de telles circonstances où le droit des individus d'avoir leur propre culture est en conflit avec des droits parallèles exercés par d'autres membres du groupe minoritaire ou par la minorité dans son ensemble, le Comité peut se demander si la limitation en cause est dans l'intérêt de tous les membres de la minorité, et s'il existe une justification raisonnable et objective à son application aux individus qui prétendent en subir des conséquences néfastes », *Apirana Mahuika et al. c. Nouvelle Zélande*, préc., note 200, § 9.6. Le Comité conclut : « Tout en notant avec préoccupation que le règlement et le processus qui y a conduit ont contribué à des divisions au sein des communautés maories, le Comité conclut que l'État partie, en procédant à un vaste processus de consultation avant de légiférer et en accordant une attention particulière au maintien des activités de pêche des maoris, a pris les mesures nécessaires pour faire en sorte que le Règlement sur les pêches et son application, y compris par le biais du système des quotas, soient compatibles avec l'article 27 », *Apirana Mahuika et al. c. Nouvelle Zélande*, préc., note 200, § 9.8.

²⁰³ *Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 10.6.

²⁰⁴ *Id.*, § 10.7.

²⁰⁵ *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Muotkatunturi Herdsmen's Committee c. Finlande*, préc., note 200, § 10.2.

interaméricaine. Elle est munie de force obligatoire et d'incitation devant la Cour européenne et n'est dotée que de force symbolique ou d'incitation devant le Comité.

Section 3 : Titulaires et sujets de la norme juridique examinée

Selon Jean Rivero, deux des trois critères qui permettent d'attribuer le caractère juridique à une norme sont la présence d'un titulaire et d'un sujet de droit. Nous allons donc vérifier ces deux critères (§ 2 et § 3). Toutefois, pour plus de clarté, nous devons d'abord définir deux concepts fondamentaux, ceux de peuples autochtones et de minorités (§ 1).

Paragraphe 1 : Les concepts de peuples autochtones et de minorités

Cette recherche n'a pas pour but de reconceptualiser les concepts de minorités et de peuples autochtones, pas plus que son sujet d'étude n'exige de le faire. Nous nous bornerons donc à préciser l'acception qui leur sera donnée. Cette démarche vise à cerner qui sont les détenteurs de la protection des modes de vie établie par les juridictions supranationales. Il s'agit de qualifier deux concepts incontournables, mais aussi d'identifier certains des acteurs du processus d'émergence de la norme juridique analysée²⁰⁶. Précisons d'emblée qu'une définition complexe, flexible et constructiviste des concepts de peuples autochtones (I.) et de minorités (II.) sera

²⁰⁶ La définition des concepts de peuple et de nation a volontairement été éliminée de ce propos, car les distinguer des concepts de minorités et de peuples autochtones n'a pas été jugé utile. Notre objet d'étude ne le nécessite pas. La qualification ou la non-qualification en tant que peuple ou que nation n'a que peu d'implication immédiate dans le fait de reconnaître ou non un droit au mode de vie à un groupe. Cette reconnaissance devrait avoir lieu, peu importe cette qualification, à partir du moment où l'on rencontre un mode de vie n'allant pas dans le sens du modèle dominant par une minorité ou un peuple autochtone. Pour quelle raison un groupe reconnu en tant que peuple ou en tant que nation serait-il plus justifié à bénéficier d'une telle protection ? Enfin, la qualification en tant que peuple ne se pose que peu dans le cadre de notre étude puisque les peuples autochtones et tribaux bénéficient de la dénomination – voir sur ce point Alexandra XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 135 et 136. Le peuple Rom également – voir sur ce point François RIGAUX, « Mission impossible : la définition de la minorité. Réflexions préliminaires », (1997) *R.T.D.H.*, p. 165. Enfin, selon Ilona Klimova-Alexander la distinction entre peuple et minorité est inutile, Ilona KLIMOVA-ALEXANDER, « Transnational Romani and indigenous non-territorial self-determination claims », (2007) 6/3 *Ethnopolitics*, p. 409.

privilegiée, puisque leurs identités et leurs cultures renvoient elles-mêmes à des réalités complexes²⁰⁷.

I. Définition du concept de peuples autochtones

Il n'existe, en droit international, aucun consensus autour d'une définition de ce qu'est un peuple autochtone, en raison de leur diversité et des enjeux politiques d'une telle définition²⁰⁸. Cette terminologie inclut, néanmoins, les peuples autochtones et certains peuples tribaux qui vivent sur un territoire depuis des temps immémoriaux²⁰⁹. Malgré l'absence de définition normative, différents critères apparaissent à partir des années 1980, qui mettent fin à une vision primitiviste des peuples autochtones. Certains documents, principalement trois, nous les fournissent. En revanche, la toute récente *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* demeure muette sur ce plan²¹⁰. Examinons d'abord les documents officiels pour une définition du concept de peuple autochtone (A.) avant de nous concentrer sur les éléments doctrinaux de définition (B.).

²⁰⁷ Voir R. NIEZEN, *The Origins of Indigenism. Human Rights and the Politics of Identity*, préc., note 122, p. 6.

²⁰⁸ Frédéric DEROCHE, « La notion de « peuples autochtones » : une synthèse des principaux débats terminologiques », dans J-C. FRITZ et *alii*, préc., note 28, p. 47 et 48.

²⁰⁹ Certains peuples tribaux ne sont pas autochtones. Ils peuvent alors revendiquer le statut de minorité. Néanmoins, la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne distingue pas de manière aussi stricte les concepts de peuples autochtones et de minorités. Dans une décision de 2005, sur la situation du peuple Maroons, déplacé d'Afrique par les colons européens, puis soumis en esclavage au Suriname, la Cour a tout de même qualifié le peuple Maroons d'autochtone, au motif que celui-ci entretenait une relation particulière à la terre tout en n'étant pas originaire de son sol même. *Moiwana Village v. Suriname*, requête n°11821, arrêt, (15 juin 2005) Cour I.D.H., en ligne :

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_ing.pdf (consulté le 22.09.08). Sur les limites de la distinction entre peuples autochtones et tribaux, voir le rapport Erica-Irene DAES, *Document de travail sur la notion de peuples autochtones*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 juin 1996, en ligne : [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/921178d494879d84c1256b3a003f769e/\\$FILE/G9612981.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/921178d494879d84c1256b3a003f769e/$FILE/G9612981.pdf) (consulté le 30 mars 2010), § 29-34 et § 72.

²¹⁰ Pour un historique plus précis du concept de peuples autochtones en droit international, dans le courant du XX^{ème} siècle, voir Bénédicte CORTEZ, « Les enjeux politiques d'une définition juridique des peuples autochtones », (1993) 25 *Droit et Culture*, p. 69-90 et Malcom N. SHAW, « *The Definition of Minorities in International Law* », dans Yoram DINSTEIN et Mala TABORY, *The Protection of Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 13-16.

A. La définition dans les documents officiels

Le premier document officiel proposant une définition du concept de peuple autochtone est le rapport de José R. Martínez Cobo, intitulé *Étude de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, de 1986²¹¹. Il fut rédigé pour la sous-Commission de lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, et nous indique plusieurs critères de l'autochtonie.

D'une part, ce rapport mentionne les critères d'existence collective d'un peuple autochtone, qui sont au nombre de quatre. Un peuple autochtone détient une **continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion**. Il forme une **communauté qui se juge distincte**. Celle-ci dispose d'une **position non dominante** et est **déterminée à conserver, développer ou transmettre son territoire et son identité**²¹². Ce rapport précise également ce que signifie le critère de continuité historique et comment il peut s'illustrer. Celui-ci se détermine à partir de l'occupation de terres ancestrales, l'ascendance commune avec les premiers occupants, la culture, la langue ou l'implantation. Il s'illustre de différentes manières et dispose ainsi d'un aspect souple et ouvert²¹³. D'autre part, le rapport de José R. Martínez Cobo mentionne deux critères de l'autochtonie sur un plan individuel qui sont **l'auto-identification** et de **l'acceptation par le groupe**²¹⁴.

Le second document pertinent fut produit par l'Organisation internationale du travail, qui, à l'article 1^{er} de la *Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux*²¹⁵, donne plusieurs éléments de définition de ce qu'est un peuple autochtone indigènes. D'abord, cet article distingue ce concept de celui de peuples tribaux. Selon la définition proposée, les peuples tribaux n'ont pas à « descendre de populations qui occupaient le pays au moment de la colonisation », comme cela est requis pour les

²¹¹ José R. MARTINEZ COBO, *Étude de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1986/7, Volume V, 1986, en ligne : <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/en/spdaip.html> (consulté le 16 juin 2010), § 362-382.

²¹² *Id.*, § 379.

²¹³ *Id.*, § 380.

²¹⁴ *Id.*, § 381 et 382.

²¹⁵ *Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, préc., note 8.

peuples autochtones²¹⁶. Ensuite, il favorise trois critères. Pour être autochtone un peuple doit être descendant de **populations qui habitaient le pays à l'époque de la colonisation**. Il doit avoir **conservé ses institutions propres** ; et partager un **sentiment d'appartenance**²¹⁷. Ces critères rejoignent ceux établis par le rapport Cobo, notamment celui de la continuité historique et du caractère distinct, puisque la Convention invoque la persistance d'institutions propres. Par contre, ils s'en distinguent dans la mesure où ils n'insistent pas sur la position non dominante et invoquent clairement la colonisation comme critère de définition – le rapport Cobo mentionnait « la continuité historique avec des sociétés précoloniales »²¹⁸.

Enfin, le rapport d'Erica-Irène A. Daes, du 10 juin 1996, représente l'un des documents les plus récents proposant une définition « officielle » des peuples autochtones²¹⁹. Erica-Irène Daes fait le point sur le concept « d'autochtone » ou d'autochtonie, à la lumière des rapports, conventions et autres documents officiels, dont le rapport Cobo ainsi que la Convention 169. Elle indique :

« [L]es facteurs considérés aujourd'hui comme pertinents par les organisations internationales et les experts juridiques (y compris les experts juridiques autochtones et les universitaires) pour comprendre le concept d'"autochtone" sont :

- a) L'antériorité s'agissant de l'occupation et de l'utilisation d'un territoire donné;
- b) Le maintien volontaire d'un particularisme culturel qui peut se manifester par certains aspects de la langue, une organisation sociale, des valeurs religieuses ou spirituelles, des modes de production, des lois ou des institutions;
- c) Le sentiment d'appartenance à un groupe, ainsi que la reconnaissance par d'autres groupes ou par les autorités nationales en tant que collectivité distincte; et

²¹⁶ *Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, article 1(1)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 ».

²¹⁷ *Convention. n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, article 1(1)b et article 1(2) : « 1(1)b. aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles. 2. 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 ».

²¹⁸ J. R. M. COBO, *Étude de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, préc., note 211, § 379.

²¹⁹ E-I. DAES, *Document de travail sur la notion de peuples autochtones*, préc., note 209.

d) Le fait d'avoir été soumis, marginalisé, dépossédé, exclu ou victime de discrimination, que cela soit ou non encore le cas »²²⁰.

Ce rapport confirme ainsi les critères antérieurement soulevés. De fait, il fournit une définition pertinente du concept, d'autant plus qu'il insiste sur son propre caractère relatif²²¹.

B. Éléments doctrinaux de définition

Au-delà des documents officiels, plusieurs auteurs nous guident dans la définition du concept de peuples autochtones.

Julian Burger en propose une définition générique. Selon lui, pour être qualifié d'autochtone, un peuple devrait répondre à l'ensemble des critères suivants ou seulement quelques-uns, à savoir :

« *Indigenous peoples :*

1. *are the descendants of the original inhabitants of a territory which has been overcome by conquest;*
2. *are nomadic or semi-nomadic peoples, such as shifting cultivators, herders and hunters and gatherers, and practice a labour-intensive form of agriculture which produces little surplus and has low energy needs;*
3. *do not have centralized political institutions and organize at the level of the community and make decisions on a consensus basis;*
4. *have all the characteristics of a national minority: they share a common language, religion, culture and other identifying characteristics and a relationship to a particular territory, but are subjugated by a dominant culture and society;*
5. *have a different world view, consisting of a custodial and non-materialist attitude to land and natural resources, and want to pursue a separate development to that proffered by the dominant society;*
6. *consist of individuals who subjectively consider themselves to be indigenous, and are accepted by the group as such* »²²².

²²⁰ *Id.*, § 69 [c'est nous qui soulignons].

²²¹ « Les facteurs précités ne constituent pas, et ne peuvent constituer, une définition générale ou exhaustive. Il s'agit simplement de facteurs qui peuvent être présents, de façon plus ou moins marquée, dans différentes régions et dans différents contextes nationaux et locaux. En tant que tels, ils peuvent fournir certaines indications générales pour la prise de décision », E-I. DAES, *Document de travail sur la notion de peuples autochtones*, préc., note 209, § 70.

²²² Julian BURGER, *Report from the Frontier. The State of the World's Indigenous Peoples*, London and New Jersey, Zed Books Ltd., 1987, p. 9.

Le premier critère cité par Burger, celui de la **colonisation**, permet de distinguer les peuples autochtones de certaines minorités, comme les Roms qui n'ont pas subi la conquête, étant arrivés en Europe, en tant que peuple nomade, par les voies de l'immigration²²³. Le dernier critère, celui de l'**autodéfinition**, semble le plus

²²³ Tous les auteurs ne se positionnent pas en faveur d'une telle distinction entre les concepts de peuples autochtones et de minorités. Le débat est vif en doctrine. Certains suggèrent au contraire l'inclusion du concept de peuples autochtones dans celui de minorités, comme Ingrid Roy. D'autres proposent un rapprochement entre les deux concepts. Ilona Klimova-Alexander souligne ainsi le caractère similaire des réalités roms et autochtones. Un avis rendu en 2001 par les instances de l'Organisation internationale du travail soutient également le rapprochement entre les deux concepts. Il affirmait que le peuple Rom pouvait bénéficier de la *Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, s'il se déclarait lui-même être un peuple tribal. Néanmoins, nous pouvons questionner la pertinence de ce rapprochement. D'abord, selon Ilona Klimova-Alexander, les représentants du peuple Rom ne considèrent pas leur population comme étant tribale ou autochtone. Ensuite, il convient de se demander ce que peut signifier ce rapprochement. Mettrait-il un terme à un débat international aux enjeux majeurs, mais indéfini compte tenu de la distinction à effectuer ? Pour les fins de cette recherche, il ne paraît pas approprié. En effet, l'histoire de ces groupes est différente. La minorité rom, elle, n'a pas une présence immémoriale sur un territoire, qui soit gage de légitimité en termes d'autodétermination territoriale. La majeure partie des peuples autochtones, eux, ont directement été confrontés au colonialisme, alors que toutes les minorités ne le sont pas. Par ailleurs, les peuples autochtones tiennent à conserver leur statut propre, puisqu'il est porteur de droits spécifiques, adaptés à leurs besoins et qu'il reconnaît le principe d'antériorité. D'où l'importance de la distinction, celle-ci ayant des répercussions sur la mise en œuvre du droit à l'autodétermination ainsi que sur ce que recouvre le sens et la portée du droit au mode de vie. Comme Geneviève Koubi et Isabelle Schulte-Tenckhoff le soulignent : « Alors que la définition des peuples autochtones s'attache à des acteurs historiques enracinés dans l'espace et dans le temps, la notion de minorité ne détiend de sens qu'au sein d'une relation d'échange ou d'opposition ponctuelle; de ce fait, la notion de minorité demeure indéfiniment mouvante, tributaire qu'elle est des formes d'émergence des groupes minoritaires, de leurs stratégies identitaires, de leurs forces revendicatives... et, bien sûr, des politiques menées par les États eux-mêmes. Cet élément déterminant permet de signifier la dissociation entre peuples autochtones et minorités, les critères de distinction entre peuples autochtones et minorités s'inscrivant ainsi dans les modalités d'inscription des identités spirituelles et culturelles dans le temps de la colonisation et dans l'espace politique : la question dépasse donc le seul phénomène de la territorialisation des référents culturels » (Geneviève KOUBI et Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, « « Peuple autochtone » et « minorité » dans les discours juridiques : imbrications et dissociations », (2000) 45 *Revue interdisciplinaire d'Études Juridiques*, p. 26). Ces deux auteures insistent ainsi sur le critère de la colonisation. Enfin, les enjeux, revendications, conceptions et stratégies d'affirmation privilégiés par les peuples autochtones ne sont pas les mêmes que ceux des minorités et de la minorité rom en particulier. Sur ce point, James Anaya indique de manière pertinente que les peuples autochtones ont acquis, sur le plan international, un statut d'acteurs non étatiques *sui generis*. Quant à lui, Will Kymlicka propose une réglementation similaire pour les peuples autochtones et les minorités nationales, via le concept de *citoyenneté multiculturelle* et l'autonomie territoriale. Il considère d'ailleurs que les peuples autochtones, tout comme les nations sans États, sont des minorités nationales. Néanmoins, il distingue les peuples autochtones des nations sans États en se fondant sur le critère du rôle que ces groupes ont joué dans la formation de l'État, les peuples autochtones ayant été isolés de ce processus et n'ayant donc pas été influencés de la même manière. Will Kymlicka s'oppose ainsi *in fine* à la confusion des deux catégories, bien qu'il leur reconnaisse des « droits génériques » identiques. La différence entre les statuts de peuple autochtone et de minorité se joue donc, pour lui, en matière de « droits ciblés », puisqu'il admet que chacune d'entre elles devrait bénéficier de droits adaptés à leurs propres situations. Sur ce débat, voir, Ingrid ROY, *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'État ?*, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 2006, p. 30 et 31, § 72, et p. 33, §

pertinent pour les fins de cette recherche, puisqu'en pratique un mode de vie est autochtone à partir du moment où il est qualifié comme tel par des Autochtones, même si d'un point de vue juridique, cela ne vaut pas toujours, en raison de la l'étendue de ce critère.

Par ailleurs, les approches plus précises proposées par les juristes Geneviève Koubi, James Anaya et Benedict Kingsbury, de même que les points de vue des anthropologues Adrian Tanner, John Bodley, Ronald Niezen, Vered Amit et Noel Dyck seront prises en compte. Elles permettent de placer le concept de peuples autochtones dans le cadre de la vision complexe et constructiviste de l'identité, tel qu'annoncé ci-dessus.

Selon Geneviève Koubi et Isabelle Schulte-Tenckhoff, le critère principal de définition du concept de peuples autochtones repose sur le **colonialisme occidental**, à côté des critères de la **continuité historique** et de la **territorialité**. À cet égard, elles indiquent :

« [...] le qualificatif « autochtone » prend tout son sens dans une configuration spécifique de rapports de domination, mettant en jeu quatre critères principaux, à savoir l'antériorité dans un territoire donné, la conquête ou la colonisation, la situation de non-dominance et la revendication identitaire. L'« autochtonie » ne peut donc être conçue qu'en fonction de l'expansionnisme et du colonialisme de l'Occident »²²⁴.

79 et 80 ; I. KLIMOVA-ALEXANDER, « Transnational Romani and indigenous non-territorial self-determination claims », préc., note 206, p. 397 et I. KLIMOVA-ALEXANDER, *The Romani Voice in World Politics. The United Nations and Non-State Actors*, Aldershot, Ashgate Publishing Limited, 2005, p. 52 ; James ANAYA, « Indigenous Law and Its Contribution to Global Pluralism », (2007) 6 *Indigenous Law Journal*, p. 11. Voir aussi Douglas SANDERS, « Self-determination and Indigenous Peoples », dans Christian TOMUSCHAT (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 74 et 75 ; W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, préc., note 21, p. 107-151 ; Will KYMLICKA, « American Multiculturalism and the 'Nations Within' », dans Duncan IVISON, Paul PATTON et Will SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2002, p. 221-223 ; Will KYMLICKA, « Theorizing Indigenous Rights », (1999) 49 *University of Toronto Law Journal*, p. 282 ; Will KYMLICKA, *Multicultural Odysseys : Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 299-301 ; voir aussi Juliet HOOKER, « Defining Indigeneity in Latin America : How to Classify Afro-descendants? », dans Avigail EISENBERG et Will KYMLICKA (dir.), *Institutions and Identities : How Public Institutions Mediate Identity Politics*, Vancouver, University of British Columbia Press, à paraître.

²²⁴ G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF, « « Peuple autochtone » et « minorité » dans les discours juridiques : imbrications et dissociations », préc., note 223, p. 7.

Rappelons ici que la *Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux* invoque également la conquête et la colonisation comme critère de définition du concept de peuples autochtones²²⁵.

James Anaya, pour sa part, n'énumère pas clairement quels sont les critères de l'autochtonie. Toutefois, dès le début de son ouvrage et sans le préciser, il en évoque plusieurs. La **présence immémoriale**, c'est-à-dire le critère historique, **l'attachement profond aux territoires ancestraux**, même si ces peuples ne les occupent pas nécessairement, le **sentiment d'appartenance** à la communauté ainsi que la **subordination historique** due au colonialisme sont les quatre éléments de définition que cet auteur met en exergue. De plus, il qualifie les peuples autochtones de « **groupes culturellement distincts** », insistant de manière indirecte sur le critère de la distinction²²⁶. Enfin, la **souveraineté historique** dont disposent, selon lui, les peuples autochtones, représenterait le critère permettant de distinguer les peuples autochtones des minorités nationales. Toutefois, cette interprétation a suscité de vives critiques. Stephen Allen s'y est opposé en partie, en indiquant que

« Anaya appreciates that the historical sovereignty is no match for the concept of sovereignty conceived and exercised by modern States. He understands that assertions of original indigenous sovereignty will not result in a return to the status quo before the arrival of European colonialism. Instead, as he implicitly acknowledges, it is the ideological or rhetorical value (the symbolism) of indigenous sovereignty that remains important. In particular, the historical sovereignty argument underpins the endeavour to redeem indigenous sovereignty not as something directly competing with State-centred conceptions of sovereignty but as an attribute to be regained via the contemporary human rights discourse. [...] The strategy of emphasising indigenous sovereignty and, therefore, the DRIP's corrective purpose has the additional benefit of distancing indigenous claims from those of other minority societal groups who also seek the right of self-determination (and other rights similar to those claimed by indigenous peoples). However, because national minorities converged with modernity (either before or after they were overwhelmed by dominant societal groups) they cannot establish the pre-modern cultural distinctiveness which necessarily underpins the indigenous sovereignty argument; consequently, they cannot advance contemporary human rights claims in the same way »²²⁷.

²²⁵ *Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, article 1^{er}, préc., note 8.

²²⁶ J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 3-5.

²²⁷ Stephen ALLEN, « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project in the Indigenous Context », dans Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *Reflections on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and International Law*, Oxford, Hart Publishing, (à paraître). Will Kymlicka fait une remarque

Quant à lui, Benedict Kingsbury dégage d'abord quatre facteurs pour définir le concept au niveau international :

« For the purposes of international legal instruments intended to have general rather than regional or highly specific application, four factors seem relatively unproblematic as requisites for a group to be an « indigenous people » : self-identification as a distinct ethnic group; historical experience of, or contingent vulnerability to, severe disruption, dislocation or exploitation; long connection with the region; and the wish to retain a distinct identity. These four criteria establish a set narrower than « ethnic group » and more focused than « ethnic minority », but still overly broad to delimit the category of « indigenous peoples » as it is employed in contemporary practice »²²⁸.

Ces critères ne doivent pas être interprétés de façon stricte, précise-t-il. Ils représentent des indices suggérant la présence probable d'un peuple autochtone. L'auteur évoque également trois autres critères, à savoir la **non-dominance**, un **attachement profond à un territoire particulier** et la **continuité historique après la colonisation**. Tout comme Erica-Irène A. Daes, Ronald Niezen et Julian Burger, Benedict Kingsbury souligne ainsi les dangers d'une définition stricte et trop fixe. Le premier consiste en l'exclusion injuste de certaines communautés autochtones qui s'identifient et qui sont reconnues comme telles par les autres communautés autochtones. Le second danger est celui de l'essentialisation d'identités hétérogènes et mouvantes.

Analyser le droit au respect des modes de vie roms, tribaux ou autochtones de même qu'examiner tout phénomène identitaire nécessitent une grande prudence, due à la complexité inhérente aux phénomènes de cette nature. Ronald Niezen insiste sur la manière d'aborder les identités autochtones. Il souligne d'abord l'importance de considérer l'identité comme un tout :

« Many of the patterns commonly recognized in the identity formations of ethnic nationalisms – above all the development of a historiography through which

similaire, voir W. KYMLICKA, « Theorizing Indigenous Rights », préc., note 223, p. 287.

²²⁸ Benedict KINGSBURY, « « Indigenous Peoples » in International Law : A Constructivist Approach to the Asian Controversy », (1998) 92(3) *The American Journal of International Law*, p. 453 [c'est nous qui soulignons]. Voir aussi, Benedict KINGSBURY, « Self-Determination and “Indigenous Peoples” », (1992) 86 *American Society of International Law, Proceedings*, p. 386.

the ethnic group sees itself as a unique community, the infusion of collective identity with exclusivist moral imperatives, and the use of identity to consolidate and pursue political goals – are shared with indigenous identity. Indigenism, however, is not a particularized identity but a global one that acts almost the same way as ethnic particularism. It sets social groups and networks apart from others in a global “we-they” dichotomy. It identifies a boundary of membership and experience that can be crossed only by birth or hard-won international recognition. It links local, primordial sentiments to a universal category »²²⁹.

Cet auteur analyse également la construction des identités. Celles-ci sont bâties en opposition à l'État tout en restant influencées par lui. Elles se construisent à partir des images qui proviennent de l'extérieur et que les groupes s'approprient ou à partir des mythes propres à la communauté²³⁰. Selon lui,

« Indigenous history is “invented” in different ways than are the narratives of large ethnic groups or nation-states. It is developed largely in response to oppression, usually at the hands of the state. This makes indigenous historical identity, like that of many ethnonationalisms, in large measure a counterpoint to state domination, based largely upon victimization. But, much more than ethnonationalism, indigenous identity both struggles against and is implicated with popular stereotyping – usurpation by the spiritual eclecticism of the New Age movement and other sources of popular romanticism. Many of the ecological, spiritual, and egalitarian ideals associated with indigenous identity have thus been distorted by pseudosympathizers... One of these externally imagined, then internalized, identities is the very notion of an international underclass or “underethnicity” known as “indigenous peoples”. It is a category of human society first invented through human rights reforms, then adapted, internalized, personalized, and collectively transformed by “indigenous peoples” themselves, with conviction and occasionally strident passion »²³¹.

Il souligne ainsi l'instrumentalisation dont font l'objet les identités autochtones, qui permet néanmoins l'établissement par ces peuples d'un front commun, dans le but de renverser le rapport de force en présence.

Enfin, au-delà du développement d'une certaine « éthique de la conception des identités »²³², Niezen propose des critères pour permettre de définir le concept de

²²⁹ R., NIEZEN, *The Origins of Indigenism. Human Rights and the Politics of Identity*, préc., note 122, p. 9 [c'est nous qui soulignons].

²³⁰ Il rejoint en cela l'analyse faite par Gérard BOUCHARD, *Raison et contradiction. Le mythe au secours de la pensée*, Montréal, Nota bene / Cefan, 2003, 129 p.

²³¹ R. NIEZEN, *The Origins of Indigenism. Human Rights and the Politics of Identity*, préc., note 122, p. 11.

²³² Ce concept est employé par Kwame Anthony Appiah. Ce philosophe s'inspire de John Stuart Mill et met l'accent sur l'importance de « cultiver sa propre individualité » et son développement propre,

peuple autochtone. L'un d'entre eux porte sur l'importance d'écouter les peuples eux-mêmes. Il insiste sur la place qui doit être réservée au **processus d'auto-identification** et indique : « *Indigenous peoples are not only those who say they are indigenous but also those who are accepted by a global network of nations and communities with similar claims and sources of recognition* »²³³. Selon lui, le sentiment d'appartenance à un tout unifié doit être pondéré avec la diversité existante en son sein. De même, ce sentiment doit être tempéré par une prise en compte du vécu de l'identité par chaque individu membre d'une communauté, tel que Vered Amit et Noel Dyck le mettent en exergue, puisque ceux-ci se l'approprient, l'intègrent et l'expriment de façons diverses²³⁴.

Ainsi, pour les fins de notre analyse, nous retenons deux critères essentiels afin de définir un peuple autochtone, que nous interprétons de manière flexible. Il s'agit de la **relation particulière au territoire** et du **sentiment d'être autochtone** ou d'appartenir à une communauté autochtone²³⁵. La non-dominance ne représente pas un critère central, ni pour désigner un peuple autochtone, ni pour définir une minorité, puisque, comme cela a déjà été indiqué plus haut, ils représentent des acteurs actifs du processus d'émergence de la norme étudiée, bien qu'ils soient marginalisés sur le plan social. Les considérer comme seulement marginalisés ne permet pas d'apprécier à leur juste valeur la capacité et la volonté d'agir de ces acteurs. Cela comporte également un risque de victimisation et de reproduction du paternalisme déjà à l'œuvre. En revanche, ceci ne signifie pas que nous envisageons ces peuples comme totalement libres et émancipés. À l'image de l'ensemble des acteurs en présence, ils

tout en ayant conscience de ce que la société nous apporte ainsi que de l'autre. À la différence de l'individualisme, il propose une « éthique de l'identité » qui prenne en considération le collectif, sans négliger le développement ou la créativité individuelle de chacun – en d'autres mots la diversité – au lieu et place de l'homogénéité. Voir Kwame Anthony APPIAH, *The Ethics of Identity*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2005, 358 p.

²³³ R. NIEZEN, *The Origins of Indigenism. Human Rights and the Politics of Identity*, préc., note 122, p. 22.

²³⁴ Vered AMIT et Noel DYCK, « On Claiming Individuality: An Introduction to the Issues », dans Vered AMIT et Noel DYCK (dir.), *Claiming Individuality*, London, Pluto Press, 2006, p. 1-12.

²³⁵ Le sentiment d'appartenance implique une auto-identification à la communauté, en tant qu'autochtone. Il implique aussi une reconnaissance par les autres membres de la communauté de la personne qui se considère être autochtone. Ainsi, les Autochtones eux-mêmes disposent de la maîtrise du statut d'autochtone. Ils sont les seuls à pouvoir identifier qui est autochtone et qui ne l'est pas.

disposent d'une marge de manœuvre plus ou moins grande, évoluant notamment en fonction de celle des autres agents²³⁶.

II. Définition du concept de minorités

L'interprétation prudente et flexible proposée par Ronald Niezen et Benedict Kingsbury dans la définition du concept de peuples autochtones s'applique également à celle du concept de minorités, puisqu'il s'agit de traiter à nouveau d'un phénomène identitaire, complexe et hétérogène. Dans cette perspective, et en l'absence de définition, nous allons nous référer à plusieurs documents internationaux ainsi qu'aux auteurs qui ont contribué à fouiller ce concept²³⁷. Nous ferons état de ces recherches (A.) avant de personnaliser ce concept (B.).

²³⁶ Le critère de marginalisation ou de minorisation n'est pas non plus un critère approprié pour les anthropologues Adrian Tanner et John Bodley. Ceux-ci indiquent : « *The technical definitions of the terms 'aboriginal' and 'indigenous' is to be sought in the root meanings of the terms, and from the needs of comparative ethnography, rather than in the connotations they have acquired in use under particular historical circumstances. I thus avoid linking them to historic events like European colonialism or the current self-determination movement, as Wilmsen and Bodely do. I take 'aboriginality' and 'indigenusness' to both refer to a socially-recognized feature of certain ethnic groups living in complex multi-cultural societies, that is, to the group's occupation of territory earlier than other groups. The definition assumes that this distinction between 'earlier arriving' and 'later arriving' groups, or some such closely similar distinction, is socially recognized. Where there are only two categories of people, an earlier and a later one, in regard to their recognized time of arrival in the territory, 'aboriginal' and 'indigenous' both apply equally and interchangeably to the 'earlier arriving' group. However, 'aboriginal' has a more precise meaning in contrast to 'indigenous' in cases where several 'earlier arriving' groups are recognized, but where they are understood to have arrived at different times. 'Aboriginal' in such cases refers in particular to that group designated as having arrived first. 'Indigenous' refers to all 'earlier arriving' groups, whether or not they were first. Thus 'aboriginal' is somewhat more specific than is 'indigenous' »*, A. TANNER, « Power and the Peoples of the Fourth World », préc., note 111, p. 21. Voir aussi John H. BODLEY, *Victims of Progress*, 3^{ème} édition, Mountain View, Mayfield, 1990, 261 p. Bien que ce critère ne soit pas central, il ne doit pas pour autant être éliminé. En effet, les peuples autochtones, et c'est aussi vrai pour les minorités, se situent au sein d'une tension entre action et marginalisation. De ce fait, ils ne sont pas uniquement marginalisés ou uniquement libres d'agir. Leur situation au sein de cette dichotomie varie en fonction du temps, des lieux et du peuple en question.

²³⁷ Pour un historique plus précis du concept de minorité, en droit international, dans le courant du XX^{ème} siècle, voir Malcom N. SHAW, « *The Definition of Minorities in International Law* », préc., note 210, p. 8-13.

A. Le concept de minorités en droit international public

Deux types de sources précisent le concept de minorités : d'une part, les rapports et documents officiels internationaux, dont la jurisprudence (1.), d'autre part, la doctrine (2.).

1. Les rapports et documents officiels

Quatre rapports, une recommandation régionale et une décision de justice ont de l'importance pour définir le concept de minorités. Il s'agit d'un rapport de Trygve Lie, premier Secrétaire général des Nations Unies, de la proposition de Jules Deschênes, de celle de Francisco Capotorti et du récent rapport de A. Eide et de E. I. Daes. En outre, une décision de la Cour permanente de justice internationale sera aussi utile. De plus, la recommandation 1201 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe définit le concept de minorité nationale. Celle-ci développe cinq critères, que sont **la résidence ou la citoyenneté dans un État, l'entretien de liens anciens, solides et durables avec celui-ci, l'existence de caractéristiques spécifiques, la représentativité du groupe et son infériorité numérique** et, enfin, **la volonté du groupe de préserver son identité**²³⁸. Enfin, précisons qu'aucun autre document officiel portant sur le droit des minorités, tel que la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*²³⁹, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁴⁰ ou la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*²⁴¹, ne précise ce que signifie ce concept.

²³⁸ Recommandation 1201 relative à un protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme sur les droits des minorités nationales, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 1993, en ligne :

<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta93/FREC1201.htm> (consulté le 14 mai 2010).

²³⁹ *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, préc., note 6.

²⁴⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 38.

²⁴¹ *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, préc., note 38.

En 1950, le Secrétaire général des Nations Unies, Trygve Lie se réfère à deux éléments importants de la définition, qui sont la notion de **communauté**, que la Cour Permanente de Justice Internationale avait déjà définie dans l'avis consultatif sur la *question des communautés Gréco-Bulgares*²⁴², ainsi que la **différence vis-à-vis du groupe dominant**²⁴³.

Le second document traitant de cette question date de 1985. À cette époque, Jules Deschênes élabore une définition pour la sous-Commission de lutte contre les discriminations et la protection des minorités. Selon lui, une minorité est

*« a group of citizens of a State, constituting a numerical minority and in a non-dominant position in that State, endowed with ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the majority of the population, having a sense of solidarity with one another, motivated, if only implicitly, by a collective will to survive and whose aim is to achieve equality with the majority in fact and in law »*²⁴⁴.

Les critères qui résultent de cette définition sont la **citoyenneté** des membres de la minorité, **l'infériorité numérique**, la **situation de non-domination** du groupe, l'existence de **caractéristiques propres**, la **volonté collective de survie**, le **sentiment de solidarité** et la **recherche d'égalité** avec la majorité.

De plus, en 1991, le rapporteur spécial à la sous-Commission de lutte contre les discriminations et la protection des minorités, Francesco Capotorti, élabore une définition, qui pour certains, semble encore valable :

²⁴² « D'après la tradition qui a une force si particulière dans les pays d'Orient, la « communauté » apparaît comme 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 au génie de leur race et de s'assister mutuellement », *Question des « communautés » Gréco-Bulgares*, C.P.J.I. Recueil (série B), no 17, Avis consultatif, (31 juillet 1930), p. 21, en ligne : http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf (consulté le 22 septembre 2008).

²⁴³ « Frequently used at present in a more restricted sense ; it has come to refer mainly to a particular kind of community, and especially to a national or similar community, which differs from the predominant group in the State », Trygve H. LIE, Secrétaire général des Nations Unies, *Definition and Classification of Minorities*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/85, 27 décembre 1949, § 39. Voir aussi sur ce point, P. THORBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, préc., note 28, p. 164.

²⁴⁴ Jules DESCHÊNES, *Proposal concerning a Definition of the term « Minority »*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1985/31, 1985, § 181.

« 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 traditions, leur religion ou leur langue »²⁴⁵.

Cinq critères sont mis en exergue : l'**infériorité numérique** ; la **position non-dominante** ; la **nationalité** des membres du groupe ; l'existence de **caractéristiques culturelles, religieuses ou linguistiques distinctes** et le **sentiment de solidarité**.

Si ces documents n'ont pas permis la formation d'un consensus international sur ce concept, certains auteurs, récemment, se sont positionnés en faveur de deux critères, apparaissant comme suffisants à la qualification. Il s'agit de la **taille du groupe** et de son **caractère distinct**²⁴⁶. En outre, un scepticisme, qui paraît justifié, est apparu à l'égard de deux autres critères, que sont la nationalité ou la citoyenneté et l'infériorité numérique²⁴⁷. Avant de nous étendre sur les définitions proposées en doctrine, arrêtons-nous sur celle qui est développée dans un quatrième document officiel.

Deux rapporteurs des Nations Unies ont établi les modèles idéaux d'une minorité et d'un peuple autochtone, sans toutefois parvenir à susciter un consensus international. Ils soulignent que le concept de minorités met en évidence le **contexte de discrimination** vécu par le groupe, alors que celui de peuples autochtones insiste davantage sur le **rapport au territoire**. Ainsi, les rapporteurs confirment l'existence de deux statuts différents entre ces différents groupes, tout en rappelant leur possible convergence et leur fluidité²⁴⁸. Les documents officiels ayant été présentés,

²⁴⁵ Francesco CAPOTORTI, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Genève, publication des Nations Unies, 1991, § 568.

²⁴⁶ A. EIDE, E/CN.4/Sub.2/1993/34, § 29. Pour une critique de cette définition, voir P. THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, préc., note 28, p. 6-13.

²⁴⁷ Voir *infra*, p. 109 et 110, sur le concept de minorité dans la doctrine internationale, les positions de Patrick Thornberry et de Ingrid Roy.

²⁴⁸ « 48. Compte tenu du problème conceptuel qui se pose, je propose de dire que le type idéal de "peuple autochtone" est un groupe aborigène (autochtone) qui, sur le territoire sur lequel il réside aujourd'hui, choisit de perpétuer une identité culturelle distincte et une organisation politique et sociale collective distincte à l'intérieur dudit territoire. Le type idéal d'une "minorité" est un groupe qui a été victime d'exclusion ou de discrimination de la part de l'État ou de ses citoyens en raison de ses caractéristiques ou de son ascendance ethniques, nationales, raciales, religieuses ou linguistiques.

49. Ainsi, dans une perspective téléologique, le type idéal de "minorité" met l'accent sur l'expérience par le groupe de la discrimination parce que l'objectif des normes internationales existantes est de

demandons-nous maintenant comment se positionne la doctrine vis-à-vis du concept de minorités.

2. La doctrine internationaliste

De nombreux auteurs font référence à la définition élaborée par le rapporteur spécial Francesco Capotorti, ce qui démontre son importance, bien que certains paraissent aussi s'en détacher, en mettant en lumière ses limites.

La définition du concept de minorité à laquelle adhère Patrick Thornberry renvoie d'abord à un élément objectif, à savoir l'**existence en fait du groupe minoritaire**, qui se manifeste par le **maintien de différences** culturelles, religieuses ou linguistiques. Elle se compose, ensuite, d'un élément subjectif : le **sentiment de solidarité**. En outre, l'auteur explique que lorsque le concept de minorité s'applique dans le cadre de l'article 27 du Pacte international, il protège les *groupes non dominants* et nécessite pour le requérant, d'avoir la *qualité de citoyen* ou la *nationalité du pays*. Néanmoins, il indique qu'il s'agit d'une vision restrictive, ce critère de la nationalité étant, par ailleurs, controversé²⁴⁹. Il ne considère donc pas la

lutter contre la discrimination, qu'elle touche le groupe dans son ensemble ou ses membres à titre individuel, et de leur donner la possibilité de s'intégrer librement dans la vie du pays dans la mesure où ils le souhaitent. De la même façon, le type idéal de "peuple autochtone" met l'accent sur l'aboriginalité, la territorialité et le désir de demeurer collectivement distinct, autant d'éléments qui sont liés logiquement à l'exercice du droit à l'autodétermination interne et à l'autonomie.

50. Bien entendu, il y aura des cas correspondant à la fois au type idéal de "minorité" et à celui de "peuple autochtone" et méritant les deux sortes de protection. Ainsi, un groupe peut être "autochtone" et revendiquer non seulement un certain degré d'autodétermination mais aussi le droit de s'intégrer librement dans la société à des fins données. Un groupe que l'on qualifierait de "minorité" peut néanmoins avoir un certain degré d'aboriginalité et de territorialité et revendiquer une certaine forme d'autonomie qui représente pour lui un moyen raisonnable de se protéger de la discrimination. Le fait que les chevauchements soient inévitables ne remet pas en cause l'approche que je propose ni ne la rend inopérante dans la pratique. Au contraire, si l'on veut être pratique et réaliste, il faut à mon avis adopter une approche téléologique et relier les caractéristiques des groupes à leurs aspirations et aux droits qu'ils peuvent revendiquer et dont il est réaliste de penser qu'ils peuvent les exercer », E-I. DAES, « Document de Mme Erica-Irene Daes » dans A. EIDE et E-I. DAES, *Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones*, E/CN.4/Sub.2/2000/10, 19 juillet 2000, en ligne :

<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/4b3232bc0596aaf7c125692900513f0e?Opendocument>, § 48-50.

²⁴⁹ Bien que le critère de la nationalité ou de la citoyenneté s'applique à la mise en œuvre de l'article 27 du Pacte, interprétation à laquelle adhère l'auteur, il n'en demeure pas moins que Patrick Thornberry remet en cause cette condition. Il expose sa vision critique à plusieurs reprises: P. THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, préc., note 28, p. 8 et p. 171.

qualité de citoyen et le fait d'être un groupe non dominant comme des critères essentiels à la définition du concept de minorité.

Pour sa part, Ingrid Roy utilise la dénomination de « groupes en situations minoritaires » pour désigner les minorités²⁵⁰. Elle élimine deux des critères du rapport Capotorti : l'infériorité numérique et la nationalité ou la citoyenneté²⁵¹, tout comme Patrick Thornberry. Elle fait appel à cinq critères de reconnaissance, développés par d'autres auteurs. Il s'agit de la présence d'un **groupe de personnes en nombre suffisamment élevé** pour être reconnu en tant que groupe ; des **caractéristiques physiques, ethniques, religieuses, linguistiques, culturelles** « *ou une histoire et des liens nationaux qui diffèrent du reste de la population au sein d'un État donné* » ; de la formation du groupe sur la base d'une **adhésion volontaire**, souvent implicite de ses membres ; d'un **sentiment de solidarité constant et stable** ; d'une position non dominante ou d'une **minorisation**²⁵².

Les points de vue d'autres auteurs, tels que Will Kymlicka, Norbert Rouland²⁵³, Peter Kovacs²⁵⁴, Jennifer Jackson Preece²⁵⁵ ou Jarmila Lajcakova²⁵⁶, sont

²⁵⁰ « Nous insistons sur l'expression « groupes en situations minoritaires », compte tenu qu'à notre avis, ce n'est pas tant le fait qu'une minorité existe objectivement au sein d'un État qui entraîne des difficultés, mais plutôt le fait qu'un groupe en particulier puisse faire l'objet d'une « minorisation » au sein d'un État. Par ailleurs, l'utilisation de l'expression « groupes en situations minoritaires » plutôt que « minorité » donne une perception moins péjorative du groupe. Elle a l'avantage de ne plus placer le groupe en position d'infériorité par rapport aux autres groupes et met en évidence le fait que c'est la situation qui crée problème et non le groupe en tant que tel », I. ROY, préc note 223, p. 22.

²⁵¹ *Id.*, p. 23 et 24.

²⁵² *Id.*

²⁵³ Norbert Rouland retient deux éléments pour définir une minorité ethnique. Le premier se réfère à des **populations socialement et juridiquement défavorisées**. Le second porte sur **la conscience d'être une minorité**. Norbert ROULAND, « Chronique d'anthropologie juridique : le temps des minorités », (1993) 25 *Droit et Culture*, p. 101. Par ailleurs, cet auteur s'oppose à l'assimilation des deux statuts (minorité et peuple autochtone), voir Norbert ROULAND, « L'émergence du droit des minorités et des peuples autochtones dans les conventions et traités internationaux », dans Norbert ROULAND, *Le droit à la différence*, p. 193. Pour une définition des concepts de minorité et de peuple autochtone, voir aussi, N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, P.U.F., 1996, 581 p.

²⁵⁴ P. KOVACS, *La protection internationale des minorités nationales aux alentours du millénaire*, préc., note 28, 95 p.

²⁵⁵ Jennifer JACKSON PREECE, *Minority rights: between diversity and community*, Cambridge, Polity Press, 2005, 213 p.

²⁵⁶ Sur les limites de la combinaison des critères objectif et subjectif (auto-identification) et sur une approche renouvelée fondant la justification de la protection des minorités sur trois critères – à savoir, la paix et la sécurité humaine, la dignité et la culture –, en contexte rom et en Slovaquie, J. LAJCAKOVA, *Ethnocultural Justice for the Roma in Slovakia*, préc., note 102, p. 160-169.

également pertinents. Par exemple, la distinction opérée par Will Kymlicka entre Nations sans États et peuples autochtones est intéressante,

« There is no universally agreed criteria for distinguishing indigenous peoples from stateless nations, but one criteria concerns the role these groups played in the process of state formation. As a rule, stateless nations were contenders but losers in the process of European state formation, whereas indigenous peoples were entirely isolated from that process until very recently, and so retained a pre-modern way of life until well into this century. Stateless nations would have liked to form their own states, but lost in the struggle for political power, whereas indigenous peoples existed outside this system of European states. The Catalans, Puerto Ricans, Flemish, Scots and Québécois, then, are stateless nations, whereas the Sami, Inuit and American Indians are indigenous peoples »²⁵⁷.

Le rôle joué par le groupe dans le processus de formation de l'État déterminerait donc son statut²⁵⁸. Cependant, cette distinction ne permet pas, *a priori*, de différencier peuples autochtones et peuple Rom. De plus, ce dernier n'est ni une nation sans État au sens de Kymlicka, ni un peuple autochtone.

Cet auteur distingue également les minorités nationales et les groupes ethniques ou immigrants²⁵⁹. Les premières sont, selon lui, des **communautés historiques, distinctes et potentiellement autonomes politiquement**. Elles occupent un **territoire** donné et **partagent une culture** ainsi qu'**une langue**. Elles ont été incorporées au sein de l'État volontairement ou involontairement et de manière collective. De plus, leurs membres partagent un sentiment d'appartenance. Au contraire, entrent dans la catégorie des groupes ethniques les immigrants, qui ont quitté leur communauté nationale individuellement et volontairement, pour s'intégrer à une autre société. Comme le souligne Jarmila Lajcakova, de nombreuses communautés, peuples ou nations se situent dans la « zone grise » de la dichotomie, entre minorités nationales et groupes ethniques, dont le peuple Rom. Elle fait valoir que ce peuple a quitté son territoire originel pour s'établir ailleurs, mais, ses membres

²⁵⁷ W. KYMLICKA, « Theorizing Indigenous Rights », préc., note 223, p. 282 ; W. KYMLICKA, « American Multiculturalism and the 'Nations Within' », préc., note 223, p. 221 et 222 [c'est nous qui soulignons].

²⁵⁸ Voir aussi sur ce point : Will KYMLICKA, « Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy ? », dans S. ALLEN et A. XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, préc., note 227, à paraître.

²⁵⁹ W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, préc., note 21, p. 10-33.

partagent néanmoins une langue et une culture spécifique ainsi qu'un fort sentiment d'appartenance. D'où la difficulté à le classer parmi l'une ou l'autre des catégories proposées²⁶⁰. La distinction opérée par Kymlicka met en relief la relation au territoire qu'ont les minorités et néglige la vision déterritorialisée de l'identité. Migration, sentiment d'appartenance et partage d'une identité forte à travers une langue et une culture ne sont pas incompatibles. Par ailleurs, il existe une grande hétérogénéité de situations au sein du peuple Rom, certains groupes pouvant être qualifiés de minorités ethniques dans certains pays ou de minorités nationales dans d'autres. C'est pourquoi, la distinction proposée par cet auteur paraît restrictive dans le cadre de notre objet d'étude.

Dans un article récent, Kymlicka évoque le cas des Roms, les qualifiant de « groupe subordonné » [*subaltern group*] aux côtés des immigrants²⁶¹. Les Roms étant associés aux immigrants – association critiquable, par ailleurs – l'auteur laisse entendre que ces deux groupes appartiennent à la catégorie des minorités ethniques ayant des droits polyethniques.

Il convient de s'interroger sur la pertinence de l'association entre peuple Rom et immigrants. Nous pourrions alors critiquer la multiplication des catégories de droits et de bénéficiaires qui en résulterait, pouvant déboucher sur un système juridique à géométrie variable qui perde en lisibilité. Cependant, Kymlicka poursuit en mettant en exergue les dangers liés à la reconnaissance de normes adaptées aux besoins des peuples autochtones, telle qu'elle est envisagée par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, alors qu'aucun équivalent n'existe pour les minorités nationales. Selon lui, la Déclaration validant la distinction entre peuples autochtones et minorités nationales légalise aussi la création artificielle des deux catégories. Le principal danger qui guette alors le concept de peuple autochtone consiste en l'extension artificielle à l'infini de celui-ci, incluant les minorités nationales et offrant une porte de sortie à ces communautés quasiment ignorées par le droit international. De fait, sans l'indiquer explicitement, Kymlicka

²⁶⁰ J. LAJČAKOVA, *Ethnocultural Justice for the Roma in Slovakia*, préc., note 102, p. 174 et s.

²⁶¹ Will KYMLICKA, « Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy ? », dans S. ALLEN et A. XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, préc., note 227, à paraître.

paraît en réalité se désolidariser de la définition du concept de peuples autochtones, qui lui semble illégitime et paraît promouvoir une reconceptualisation qui rassemblerait les statuts de peuples autochtones et de minorités²⁶².

Ceci nous ramène une fois encore à la pertinence de la distinction entre les concepts de minorité et de peuple autochtone. Malgré la difficulté de définir, puis de distinguer les peuples autochtones, tribaux et les minorités, et malgré la fluidité des concepts, nous considérons que les revendications et les enjeux restent différents pour chacun d'eux, d'où la pertinence de la différenciation. Pour autant, cela ne signifie pas que les minorités, tel le peuple Rom, soient moins légitimes à bénéficier de droits et d'accommodements²⁶³.

De ce fait, nous retiendrons trois critères pour définir le concept de minorité. Il s'agit de la *position non dominante*²⁶⁴ au sein de la société globale et du *sentiment de solidarité* ou d'appartenance à un groupe minoritaire. Un troisième critère est

²⁶² « *A durable international framework will require a more coherent account of the relationship between indigenous peoples and national minorities, and a more consistent approach to self-government rights. And this in turn will require a dramatic rethinking of the underlying concepts and categories used in international law. We need to recognize that indigenous peoples aren't the only group in need of targeted rights – this is also true, in different ways, of national minorities, the Roma, Dalits, immigrants, and others. The idea of indigenous rights as just a one-off exception to the rule that minorities are a single category with generic minority rights is not sustainable, either morally or politically. This broader rethinking of categories is needed not only to achieve the broader transformative potential of the indigenous Declaration for other groups, but also perhaps to prevent a retreat in support for indigenous peoples themselves.*

Unfortunately, I am not optimistic that such a rethinking is likely in the foreseeable future. Security-based fears about national minorities are deeply entrenched in the international order, and neither states nor indigenous groups have much interest in questioning the current exclusion of national minorities from the debate. Both states and indigenous peoples are likely therefore to continue to act on the assumption of a firewall, even amidst the growing signs of its dissolution. Sooner or later, however, we will need to address more systemic questions about the relationship between national minorities and indigenous peoples, between generic rights and targeted rights, and between normative principles of justice and geo-political security fears. Without a more coherent account of these relationships, the indigenous Declaration rests on shifting sands », W. KYMLICKA, « Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy ? », préc., note 260.

²⁶³ Il sera important de vérifier les effets de l'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones sur les concepts de peuple autochtone et de minorité ainsi que sur leur distinction. Voir pour cela, cette étude, Partie III, Titre 2, Chapitre 2.

²⁶⁴ Comme dans le cas des peuples autochtones, celle-ci doit être distinguée de la capacité d'action dont disposent les minorités. Elles ne sont pas dominantes, puisque leurs membres sont numériquement moins nombreux et souvent marginalisés. Néanmoins, elles disposent d'un certain pouvoir. Voir sur ce point cette Partie, Chapitre 1 du Titre 1.

retenu, cité par la plupart des auteurs et des documents officiels sous la notion de « diversité culturelle » ou de « caractère distinct ». Nous préférons nous y référer sous le concept de « *diversité profonde* », signalant qu'un groupe est porteur d'une identité collective propre et comparable à celle d'une nation²⁶⁵. Ce concept n'élimine pas pour autant l'existence possible de similitudes avec l'identité du groupe dominant et met l'accent sur une diversité qui n'est pas seulement liée au folklore, mais qui est au contraire plus globale, réelle et concrète, de l'ordre du socioculturel, des comportements sociaux²⁶⁶ et fortement influencée par une « mémoire collective »²⁶⁷. Nous devons cependant en user avec prudence de sorte qu'il ne conduise pas à la muséification des identités minoritaires et autochtones, ce qui contribuerait au processus d'enfermement identitaire.

B. Illustrations du concept de minorités appliqué à cette recherche

Sont inclus dans le concept de minorités, pour les fins de cette recherche, les communautés et les individus ayant un mode de vie propre, qu'ils considèrent souvent porteur de valeurs et de conceptions différentes de celles de la majorité. Il s'agit de communautés qui ne bénéficient pas du statut de peuples autochtones, n'étant en principe pas « issus du sol même où ils habitent »²⁶⁸. Les groupes minoritaires ne sont pas dominants au sein d'un État, d'une entité subétatique ou d'un groupe d'États et revendiquent une identité propre. De plus, cette dénomination inclut certains peuples tribaux non autochtones²⁶⁹. Ce pourrait être le cas, par exemple, du

²⁶⁵ Charles TAYLOR, *Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, Montreal, Kingston, McGill-Queen's University Press, 1993, 208 p. Selon cet auteur, les Québécois et les Autochtones entretiennent une « diversité profonde » alors que les immigrants au Canada ont une diversité identitaire, mais qui n'est pas comparable à celle d'une nation.

²⁶⁶ Samim AKGÖNÜL, « La naissance du concept de minorité en Europe », dans Jean-Pierre BASTIAN et Francis MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, p. 41 et 42.

²⁶⁷ Yves BIZEUL, « Définition sociologique : minorité versus majorité », dans Jean-Pierre BASTIAN et Francis MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, préc., note 266, p. 95-104.

²⁶⁸ Josette REY-DEBOVE, *Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2005, p. 134.

²⁶⁹ Ceux dont « l'élément historique, le fait d'être les descendants des premiers habitants d'un territoire qui étaient prédominants dans la définition des autres termes [autochtone et indigène] sont ici absents, l'organisation sociale comprise dans un sens large étant ici l'élément principal de la définition », F.

peuple Maroons du Suriname, déporté d'Afrique au moment de la colonisation européenne, qui n'est pas issu du sol même où il habite.

Enfin, tout au long de cette recherche, le concept de minorités se référera principalement au peuple Rom. Le peuple Rom se situe essentiellement sur le territoire européen, et ce depuis le XIV^{ème} siècle. Certains de ses membres vivent selon les règles du nomadisme et d'autres sont sédentaires²⁷⁰.

Par conséquent, le concept de minorités n'inclut pas ici les minorités sociales comme les femmes et les homosexuels ou les minorités politiques, telles que les Québécois ou les Wallons²⁷¹. Il n'intègre pas non plus celles qui se définissent en référence à un art de vivre ou à une contre-culture, comme les hippies. Ces groupes ont leurs spécificités propres, mais ils n'entrent pas actuellement dans la catégorie des titulaires de la norme que nous étudions.

Paragraphe 2 : Les titulaires de la norme : entre droit individuel et droit collectif

La définition des concepts de peuples autochtones et de minorités, les décisions et documents internationaux font référence à deux types de titulaires de la norme. Ils sont individuels ou collectifs et varient en fonction du système juridique de référence²⁷².

En Europe, et plus spécifiquement devant la Cour ou la Commission européenne des droits de l'homme, l'obligation positive ou le droit au respect des

DEROCHE, « La notion de « peuples autochtones » : une synthèse des principaux débats terminologiques », préc., note 208, p. 51.

²⁷⁰ À propos du peuple Rom, voir J-P. LIEGEOIS, *Roms en Europe*, préc., note 124, 311 p.

²⁷¹ Sur la distinction entre minorités sociales et politiques, voir Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, préc., note 112.

²⁷² Sur le débat entre droits individuels et droits collectifs, voir Francesco CAPOTORTI, « Are Minorities Entitled to Collective International Rights ? », dans Y. DINSTEIN et M. TABORY, *The Protection of Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 505-511 ; Michael McDONALD, « *Should Communities Have Rights ? Reflections on Liberal Individualism* », dans A. A. AN-NA'IM, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, a Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, p. 134-161 ; B. MARTIN, « Les droits culturels comme mode d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme », préc., note 18, p. 241-243 ; J. M. LARRALDE, « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », préc., note 21, p. 1247-1274 ; F. BENOÎT-ROHMER, « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », préc., note 20, p. 563-586 ; Florance BENOÎT-ROHMER, « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? », (2001) *R.T.D.H.*, p. 999-1015.

modes de vie propres bénéficient uniquement aux individus membres des communautés roms ou samies. Ce principe fut précisé par la Commission, en 1983, dans l'affaire *G. et E. c. Norvège*. Il fut ensuite confirmé par diverses affaires ayant contribué à l'établissement de l'obligation positive à l'égard des Roms²⁷³. La possibilité de reconnaître une telle obligation à un groupe d'individus, par exemple à une communauté autochtone, a été formellement éliminée²⁷⁴.

Bien que les dispositions de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* profitent tant aux individus qu'aux groupes, l'adoption de ce document par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2007 ou même sa rédaction durant les vingt années qui ont précédé, n'ont pas pour autant influé sur l'approche privilégiée par le Comité des droits de l'homme²⁷⁵. Sans négliger la portée collective

²⁷³ *Beard c. Royaume Uni*, requête n°24882/94, arrêt, (18 janvier 2001) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=5&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08) ; *Buckley c. Royaume Uni*, préc., note 130 ; *Chapman c. Royaume Uni*, préc., note 42 ; *Connors c. Royaume Uni*, préc., note 139 ; *Coster c. Royaume uni*, requête n°24876/94, arrêt, (18 janvier 2001) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08) ; *Jane Smith c. Royaume Uni*, requête n°25154/94, arrêt, (18 janvier 2001) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08) ; *Lee c. Royaume Uni*, requête n° 25289/94, arrêt, (18 janvier 2001) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08) ; *Noack et autres c. Allemagne*, requête n° 46346/99, décision, (25 mai 2000) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=46346/99&sessionid=44175527&skin=hudoc-fr> (consulté le 15.12.09) ; *Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2)*, requêtes n° 41138/98 et 64320/01, arrêt (12.07.05) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=41138/98&sessionid=60687517&skin=hudoc-en> (consulté le 15.12.09) ; *Stenegry et Adam c. France*, requête n°40987/05, décision, (22 mai 2007) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=FRANCE&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03.06.10).

²⁷⁴ *G et E c. Norvège*, préc., note 146 ; *Konkama et 38 autres villages Sames c. Suède*, requête n° 27033/95, décision, (25 novembre 1996), Com E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=konkama&sessionid=60687517&skin=hudoc-en> (consulté le 12.09.10) ; *Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales*, préc., note 38.

²⁷⁵ Précisons que la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* possède la valeur d'une recommandation de l'Assemblée générale. Elle est non juridictionnelle et de l'ordre du politique. Le Comité des droits de l'homme n'a donc pas compétence sur sa mise en œuvre. Néanmoins, en tant que document adopté à l'Assemblée générale par 143 États, le 13 septembre 2007 et constituant le cadre général pour les droits des peuples autochtones sur le plan international, nous pensons qu'elle représente un outil d'interprétation du droit international des droits de l'homme en vigueur actuellement et notamment des deux pactes des Nations Unies.

des communications fondées sur l'article 27 du Pacte, ce dernier se positionne en faveur de l'attribution de droits individuels lorsqu'il statue sur une requête ayant trait à cette disposition²⁷⁶. Il différencie régulièrement les affaires présentées sur le fondement de l'article 27, qui attribue un droit individuel, de celles qui pourraient intervenir sur le fondement de l'article 1^{er} du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui reconnaît un droit collectif à l'autodétermination. Néanmoins, le Comité, tout en réitérant le fait que l'article 27 du Pacte confère des droits individuels, reconnaît également le contexte collectif de l'exercice de ces droits ainsi que les intérêts des groupes. Reprenant la formulation de l'article 27 du Pacte, il précise ainsi très souvent que le droit à sa culture propre est exercé par l'individu en commun avec les autres membres de la communauté²⁷⁷. C'est pourquoi, selon James Anaya, « [...] in its practical application article 27 protects group as well as individual interests in cultural integrity »²⁷⁸. De même, pour Patrick Thornberry, l'article 27 du Pacte consacre un droit hybride, entre droit individuel et droit collectif, bénéficiant aux individus, mais nécessitant un exercice collectif²⁷⁹.

La Cour interaméricaine attribue, pour sa part, des droits au territoire aux communautés autochtones ou tribales. Par exemple, le droit de propriété sur les territoires ancestraux bénéficie aux communautés et non aux individus qui en sont membres²⁸⁰. Il en va de même pour le droit au consentement préalable, libre et éclairé²⁸¹. La collectivité de ces droits est confirmée par le *projet de Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*, qui consacre à la fois des droits collectifs et individuels²⁸². Le système interaméricain est actuellement le seul à mettre en oeuvre des droits collectifs, bien que le système onusien ait ouvert une brèche en leur faveur, à travers l'adoption de la *Convention n°169 relative aux*

²⁷⁶ C.D.H., *Observation générale n°23*, préc., note 143, § 1 et 3(1).

²⁷⁷ Voir par exemple la communication *Lovelace c. Canada*, préc., note 200, § 173.

²⁷⁸ J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 135.

²⁷⁹ P. THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, préc., note 28, p. 173. Pour l'ensemble des critères voir le même ouvrage, p. 165-173.

²⁸⁰ *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151.

²⁸¹ *Saramaka People v. Suriname*, préc., note 152.

²⁸² *Projet de Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*, AG/RES.1022 (XIX-O/89), Organisation des États Américains, en ligne : <http://cidh.org/ProjetDeclartion.htm>.

peuples indigènes et tribaux et de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.

L'analyse de ces trois systèmes fait ressortir, une fois de plus, la reproduction de la dichotomie entre droits collectifs et droits individuels. Or, malgré la consubstantialité des dimensions individuelle et collective en matière identitaire, la norme nouvelle conserve, quel que soit le système, la rigidité de cette catégorisation²⁸³.

Précisons enfin que toutes les minorités et les peuples autochtones du globe ainsi que leurs membres ne souhaitent et ne peuvent revendiquer sur la scène judiciaire supranationale un mode de vie spécifique. Étant prétorienne, la protection juridique examinée ne peut pas, en théorie, bénéficier à tous. Les critères importants qui devraient être retenus, pour qu'une communauté et ses membres bénéficient de la protection, sont le *sentiment de pratiquer un mode de vie minoritaire ou autochtone* et le *fait de suivre ce mode de vie*. Ce second critère suppose l'attachement à des références et des conceptions propres, un rapport spécifique au temps, à l'espace et aux autres ainsi que la volonté de conserver un tel mode de vie, malgré certains empêchements « techniques », tels que l'absence d'accès à son territoire ancestral pour certains Autochtones ou le manque d'espaces de stationnement auquel sont confrontés les Roms nomades. Enfin, un élément accessoire semble avoir de l'importance pour être titulaire de ce droit : celui de la *marginalisation* ou de la minorisation du mode de vie de la communauté au sein de la société globale²⁸⁴.

²⁸³ Sur la rigidité de ces catégories dans le traitement des questions identitaires, notamment autochtones, D. M. JOHNSTON, « *Native Rights as Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation* », préc., note 21.

²⁸⁴ La Partie II de cette étude se penche sur ce que signifie le concept de mode de vie. Afin d'éliminer toute ambiguïté, précisons d'emblée que la volonté effective de suivre un mode de vie propre peut uniquement être appréciée par le recours à une auto-évaluation (c'est-à-dire en fonction des revendications du requérant). Elle ne peut donc pas être évaluée de l'extérieur. Nous adhérons à une conception immatérielle du mode de vie, selon laquelle un mode de vie n'est pas nécessairement visible ou manifeste au regard de l'autre, mais fait référence, au contraire, à un vécu, visible et concret ou non. D'où la difficulté d'en juger de l'extérieur. Par ailleurs, nous interprétons le concept de mode de vie de façon souple, incluant le métissage des modes de vie.

Paragraphe 3 : Les sujets de la norme

Les effets du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones sont uniquement verticaux. C'est pourquoi, les sujets de la norme sont toujours les États, peu importe le système juridique. Aucune juridiction n'a encore reconnu la production d'effets horizontaux par cette norme, intervenant, par exemple, à l'égard de compagnies multinationales, dans les cas d'exploitation des ressources naturelles sur les territoires autochtones.

Étant donné que le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dispose d'une nature juridique, d'un objet précis, d'une force obligatoire, de titulaires et de sujets de droits, il présente les caractéristiques intrinsèques pour être qualifié de norme juridique. L'émergence de cette norme se produit au sein d'ordres juridiques supranationaux des droits de l'homme. Bien que les caractéristiques propres à une norme juridique soient également valides au sein de ceux-ci, elles ne sont pas suffisantes. La présence d'autres critères, liés à la nature internationale et à l'objet de ces ordres, celui des droits de l'homme, doivent donc être analysés. Si l'on veut établir un portrait complet du régime juridique de la norme examinée, la question qu'il faut se poser est donc de savoir si la norme nouvelle respecte les caractéristiques propres de la norme juridique internationale.

CHAPITRE 2 : LE DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES, UNE NORME JURIDIQUE INTERNATIONALE ?

La résolution 41/120, du 04 décembre 1986, sur l'*Établissement de normes internationales dans le domaine des droits de l'homme*, prévoit plusieurs conditions pour l'élaboration de nouveaux standards de protection des droits de l'homme et donc pour l'émergence de normes nouvelles en la matière. Parmi ces conditions, relevons le respect de l'ensemble du droit international des droits de l'homme en vigueur, le caractère fondamental de cette norme, le fait qu'elle procède de la dignité et, enfin, sa valeur inhérente pour la personne humaine. Elle doit également être suffisamment précise pour que les droits et obligations qui en résultent puissent être définis et mis en pratique²⁸⁵. Le cas échéant, elle doit être assortie de mécanismes d'application réalistes et efficaces, y compris des systèmes d'établissement de rapports. Enfin, elle doit susciter un vaste soutien international²⁸⁶.

Tout en nous fondant sur les critères proposés par cette résolution, nous allons également les nuancer, puisque nous n'adhérons pas intégralement à la vision classique de l'émergence des normes, mais à celle qui reconnaît leur caractère polycentrique²⁸⁷. En la matière, l'existence ou non d'un vaste soutien international ne nous paraît pas être un critère pertinent. C'est pourquoi nous nous interrogerons d'abord sur la nécessité du consentement des États, de la justiciabilité et de la sanction en tant que critères essentiels à la qualification des normes juridiques internationales (Section 1). Cette partie nous permettra d'ailleurs de démontrer l'association de la norme à des mécanismes d'application réalistes et efficaces. Nous contrôlerons, ensuite, l'existence du rattachement de la norme étudiée à un ordre juridique structuré (Section 2). Nous vérifierons, enfin, qu'elle respecte le droit

²⁸⁵ Nous avons déjà traité de cette question lorsque nous avons abordé la nature juridique, l'objet et la force normative de la norme, voir première partie, Titre 2, Chapitre 1.

²⁸⁶ *Établissement de normes internationales dans le domaine des droits de l'homme*, résolution A/RES/41/120, 04 décembre 1986, Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/498/42/IMG/NR049842.pdf?OpenElement> (consulté le 23.09.08), § 4.

²⁸⁷ Sur la vision de l'émergence du droit privilégiée par cette étude, voir *supra*, première partie, Titre 1, Chapitre 1.

international et les droits de l'homme en vigueur (Section 3). Ainsi nous démontrerons son caractère fondamental.

Section 1 : Nécessité du consentement des États, justiciabilité et sanction

Comme nous y faisons référence au début de la partie I, le droit international n'est pas abordé ici selon l'approche classique. Au contraire, cette étude s'inscrit dans la lignée de celles qui considèrent le droit et la norme juridique comme un espace métissé ou polycentrique. Par conséquent, les normes juridiques n'ont pas à être prescrites directement par les États. Elles n'ont pas non plus besoin d'être absolument respectées par les sujets de droits, ni sanctionnées afin d'exister²⁸⁸.

En l'espèce, les États n'ont pas formellement et directement consentis à l'émergence du droit au respect des modes de vie roms, tribaux et autochtones, puisqu'il s'agit d'une norme jurisprudentielle issue de l'interprétation évolutive de conventions des droits de l'homme. Néanmoins, le consentement des États n'est pas totalement absent puisque ce droit nouveau émerge de l'interprétation de textes eux-mêmes adoptés par les États. À cet égard, ces derniers ont attribué compétence aux juges et aux experts des systèmes européen, interaméricain et onusien des droits de l'homme afin de garantir le respect de ces conventions. Bien qu'indépendants, ces derniers disposaient donc de l'aval des États pour consacrer un droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones. En conséquence, les acteurs primaires du droit international ont indirectement acquiescé à cette norme. Leur consentement n'est pas exprès, mais tacite et indirect.

De plus, le droit au respect des modes de vie roms, tribaux ou autochtones est justiciable, puisque, comme cette recherche le démontre, il peut être revendiqué par des requérants devant des tribunaux et organes quasi-juridictionnels supranationaux.

Enfin, lorsque les cours européenne ou interaméricaine reconnaissent la violation de ce droit, par un État, à l'égard d'un requérant, elles peuvent imposer une sanction. La Cour interaméricaine a, par exemple, imposé le dédommagement des

²⁸⁸ Thomas M. FRANCK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990, p. 10-20 ; C. THIBIERGE et Alii., *La force normative. Naissance d'un concept*, préc., note 57, 891 p.

communautés requérantes ou la création par l'État d'un régime collectif de propriété des territoires ancestraux²⁸⁹. Ceci n'est pas le cas du Comité des droits de l'homme qui, en tant qu'organe quasi-juridictionnel de règlement des différends, ne peut rendre de sanctions et ne fait que déclarer la violation par l'État d'une disposition du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Néanmoins, dans les trois cas, des mécanismes d'application réalistes et efficaces existent bel et bien, même si l'existence d'un droit n'est pas nécessairement conditionnée à l'établissement ni à l'efficacité d'une sanction.

Section 2 : Le rattachement à un ordre juridique structuré

Bien que cette norme émerge en raison d'un contexte social et politique spécifique, il n'en demeure pas moins qu'elle est rattachée à des ordres juridiques structurés. En effet, nous ne considérons pas les espaces normatifs juridiques ou non comme étanches les uns des autres. Au contraire, ils évoluent les uns par rapport aux autres et son enchevêtrés. En ce sens, il est impossible de les délimiter précisément et définitivement. De ce fait, la norme que nous examinons est un produit métissé résultant de la volonté de différents acteurs. Néanmoins, son émergence s'inscrit dans un ordre juridique traditionnel. Elle représente donc une norme juridique à la fois positive et polycentrique. D'où son rattachement à des ordres juridiques structurés.

Elle apparaît au sein de trois systèmes juridiques. Il s'agit du système interaméricain des droits de l'homme garanti par l'Organisation des États Américains, du système européen, en particulier au sein du Conseil de l'Europe, et du système onusien. Ceux-ci sont autant d'ordres juridiques auxquels se rattache la norme visant à protéger les modes de vie minoritaires et autochtones.

Ils représentent des ordres structurés, car ils sont tous composés d'un ensemble de normes ordonnées et hiérarchisées les unes par rapport aux autres. Chacun comporte un texte fondateur qui se situe au sommet de cet ordre, tel que la *Charte des Nations Unies*, le *Traité de Londres* et la *Charte de l'organisation des*

²⁸⁹ Notamment dans les décisions *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151 ; *Moiwana Village v. Suriname*, préc., note 209 et *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153.

Etats Américains. Par la suite, les organisations ainsi que leurs États membres ont adopté des textes spécifiques portant sur la protection des droits de l'homme, tels que la *Convention américaine des droits de l'homme*, la *Convention européenne des droits de l'homme* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Chacune de ces conventions supranationales est cohérente et respecte tant le contexte que la philosophie initiale issue des Chartes fondatrices. Elles sont également plus ou moins cohérentes avec les autres conventions, résolutions ou déclarations adoptées par l'organisation.

Par conséquent, la norme émergente que nous cherchons à circonscrire est effectivement rattachée à des ordres juridiques structurés.

Section 3 : Respect du droit international en vigueur et des droits de l'homme ?

Selon la résolution 41/120, du 04 décembre 1986, intitulée *Établissement de normes internationales dans le domaine des droits de l'homme*, les normes nouvelles des droits de l'homme, doivent, pour être valides, respecter le droit international en vigueur ainsi que les droits de l'homme et être fondamentales.

En ce qui concerne le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, la reconnaissance de cette norme, nous l'avons déjà mentionné, dérive d'ancres communes en matière de droits de l'homme, à savoir la *Convention européenne des droits de l'homme*, la *Convention américaine des droits de l'homme* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Plus largement, ce droit peut être considéré comme étant une application du principe de dignité, ce qui lui procure un caractère fondamental²⁹⁰.

Deuxièmement, la création du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones procède de dispositions inscrites en droit international et régional des

²⁹⁰ L'aspect fondamental de cette norme apparaîtra plus clairement une fois le concept de mode de vie exposé et l'enjeu qu'il représente en termes d'identité, d'épanouissement et de reconnaissance pour les communautés autochtones, tribales et roms ainsi que leurs membres. Sur les enjeux de la reconnaissance identitaire pour les groupes particuliers, voir Charles TAYLOR, *Multiculturalism and « the Politics of Recognition »*, préc., note 23, 112 p. ; Patrice MEYER-BISCH, « Quatre dialectique pour une identité », dans Will KYMLICKA et Sylvie MESURE (dir.), *Comprendre les identités culturelles*, Revue de philosophie et de sciences sociales n°1, P.U.F., 2000, p. 271-273 et *infra*, Partie II.

droits de l'homme et représente un exemple de mise en œuvre de ce droit à l'égard des communautés minoritaires ou autochtones. Le fait que cette norme soit interprétée et mise en œuvre par les juridictions et quasi-juridictions supranationales des droits de l'homme constitue une garantie solide de respect de ces droits²⁹¹. Le respect du droit international des droits de l'homme représente une frontière entre ce que la norme juridique nouvelle autorise et ce qu'elle ne permet pas. Les points de vue de Will Kymlicka et de James Anaya soutiennent cette position. Le premier invoque deux limites à la reconnaissance de droits spécifiques à des minorités nationales. Ceux-ci doivent respecter les droits de l'homme en vigueur ainsi que garantir le libre choix des individus membres de la communauté²⁹². Concernant la reconnaissance du droit à l'intégrité culturelle, James Anaya indique que

*« The affirmation of the cultural integrity norm within the framework of human rights establishes a strong foundation for the norm within international law. However, it also necessarily means that the exercise of culture is limited by that very framework, such that certain cultural practices may not be protected »*²⁹³.

La proximité entre le droit à l'intégrité culturelle et le droit au respect des modes de vie étant importante, on peut présumer un encadrement juridique identique.

Néanmoins, la question de l'encadrement des droits reconnus aux peuples autochtones et aux minorités soulève un débat plus profond. James Anaya le formule ainsi,

« [b]y what process of decision making may it be legitimately determined that a particular cultural practice is illegitimate? [...] It may be paradoxical to think of universal human right having to accommodate to diverse cultural traditions, but that is a paradox embraced by the international human rights regime by including rights

²⁹¹ Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dérivant d'ancres communes telles que les conventions régionales des droits de l'homme, on peut présumer que, dans l'hypothèse d'une violation d'une disposition fondamentale des droits de l'homme (comme le droit à des traitements humains, le droit à une vie digne, le droit à la vie, la prohibition des discriminations) par l'exercice d'un mode de vie minoritaire ou autochtone, cette violation se verrait condamnée. On peut donc penser que cette norme nouvelle s'exerce dans le cadre préexistant des droits de l'homme, même si cela peut impliquer des accommodements ou une adaptation du droit et des droits existants. Une telle hypothèse de conflit de normes ne s'est pas encore présentée, les revendications autochtones ou minoritaires n'ayant pas pour objectif de remettre en cause la normativité existante en matière de droits de l'homme, mais recherchant plutôt une application adaptée à leur cas d'espèce.

²⁹² Voir W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, préc., note 21, p. 152 et s.

²⁹³ J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 133.

of cultural integrity among the universally applicable human rights, precisely in an effort to promote common standards of human dignity in a world in which diverse cultures flourish »²⁹⁴.

Selon lui, les groupes concernés devraient avoir une certaine marge d'appréciation quant à la réglementation de leurs propres pratiques culturelles. D'une part, l'imposition de limites à la norme par une autorité extérieure serait illégitime. D'autre part, appliquer la limite du respect des droits de l'homme tels qu'ils sont universellement consacrés serait paradoxal, sachant que l'on cherche à préserver la diversité²⁹⁵. Toutefois, le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones étant une norme juridique émergeant des contentieux internationaux, si des pratiques non conformes aux droits humains étaient revendiquées – ce qui n'a pas encore été le cas –, les juges des droits de l'homme représenteraient l'autorité compétente pour trancher. Il est fort probable que ceux-ci favorisent alors soit leur limitation, soit leur prohibition, en ce fondant sur les dispositions des conventions dont ils sont les gardiens.

Au vue de ce qui précède, le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones dispose ainsi des caractéristiques essentielles propres à une norme juridique, mais aussi – ce que le chapitre 2 tentait de démontrer – des caractéristiques de la norme juridique internationale. En effet, les États membres des trois systèmes

²⁹⁴ *Id.*

²⁹⁵ *Id.*, p. 133. Elsa Stamatopoulou évoque également ce paradoxe, quant au droit à sa propre culture. À ce titre, elle indique « *International human rights law forbids rites that violate human rights* ». Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence sur ce point, on peut appliquer la même équation au droit à son mode de vie propre, en ce sens que les pratiques portant atteintes aux droits humains qui sont issues d'un mode de vie spécifique, sont considérées comme illégales. Le seul bémol porte sur l'évaluation de ce qu'est un droit humain et de ce qu'est une atteinte. Sur ce point, l'auteure s'interroge : « *The difficulty is where to draw the line between the essential and the non-essential in order to call it a human right, a cultural right worthy of promotion, protection and fulfillment on the part of the State. Here the issue of time and location is crucial. What is essential for people in one geographical area is not so for people in other areas of the same country for that matter, or what was essential yesterday may not be so tomorrow. The issue of degree is also important, i.e. what degree of presence of certain circumstances or what degree of their absence is "essential" so as to be called a "human right"* », Elsa STAMATOPULOU, *Cultural Rights in International Law. Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 113, voir aussi, cet ouvrage p. 112-115 et p. 18-28. Pour sa part, Patrick Macklem s'oppose à la définition de limites à une pratique de l'extérieur, Patrick MACKLEM, *Indigenous difference and the Constitution of Canada*, Toronto, Toronto University Press, 2001, 334 p

juridiques examinés ont indirectement consenti à cette norme. Elle est également justiciable devant les organes de règlement des différends attachés à ces systèmes. De plus, elle est reliée à des ordres juridiques structurés et respecte le droit international en vigueur ainsi que les droits de l'homme. Nous pouvons donc affirmer que la norme visant à protéger les modes de vie roms, tribaux ou autochtones dispose d'un caractère juridique.

En dernier lieu, nous observons que le caractère décentralisé de son émergence n'a pas d'impact majeur sur sa juridicité, puisque le lieu de concrétisation de son émergence en est un qui est traditionnellement envisagé par le droit positif, à savoir l'ordre juridique international.

CONCLUSION : LA PROTECTION DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES, DU NÉANT À LA CONCRÉTISATION JURIDIQUE

Nous venons de démontrer les modalités d'établissement de la norme juridique visant à protéger les modes de vie roms, tribaux ou autochtones, en droit supranational. Cette norme émane d'un contexte politico-juridique où s'expriment dissensions et affirmations et qui par la détermination de plusieurs protagonistes, au premier rang desquels on compte les communautés requérantes ainsi que leurs membres et représentants²⁹⁶, donne naissance à une règle de droit nouvelle.

Revendiquée et reconnue au sein de l'espace judiciaire supranational, cette norme émerge ainsi en droit positif, selon les lois de la polycentricité, démontrant le caractère inapproprié des théories classiques de la production des normes, qui attribuent aux seuls États la maîtrise de ce processus. Au contraire, la protection juridique des modes de vie roms, tribaux et autochtones²⁹⁷ met clairement en évidence l'existence d'une multiplicité de centres de production du droit. Ces pôles œuvrent ensemble à la création des normes juridiques positives, mais dans un climat non consensuel. Celles-ci représentent alors le produit d'un métissage contraint et inégal de conceptions. La réalité de la polycentricité de la norme a été révélée tout au long de cette partie. En revanche, ses conséquences sur la norme nouvelle elle-même restent encore à démontrer et ce sera l'enjeu de la partie II de cette étude. Celle-ci permettra de résoudre les interrogations suivantes : dans quelle mesure la norme nouvelle étudiée est-elle effectivement le produit d'un métissage ? Y a-t-il un acteur dont le point de vue est favorisé et qui dispose alors du rapport de force dans la définition de la norme nouvelle ? Si oui, les effets de la polycentricité en matière de production des normes juridiques ne seraient-elles qu'illusion ?

Les signaux de cette émergence sont divers. La Cour et la Commission européenne des droits de l'homme ainsi que le Comité des droits de l'homme des

²⁹⁶ Sans oublier les juges et experts, la communauté internationale ainsi que la société civile.

²⁹⁷ De même que d'autres normes juridiques de droit positif, si l'on prend le temps de regarder la production du droit sous un autre angle que celui proposé par la théorie du positivisme juridique. Voir, par exemple, l'étude de l'émergence de la loi 120 sur les services de santé et les services sociaux au Québec, D. DUCHARME, G. ROCHER et A. LAJOIE, « Les médias écrits et le processus d'émergence de la Loi 120 », préc., note 118, p. 125-150.

Nations Unies utilisent un mécanisme d'objectivation de la norme explicite, contenant la norme dans des droits et obligations. La Cour interaméricaine des droits de l'homme s'en remet à un mécanisme implicite et poursuit clairement, depuis 2001, un objectif juridique sous-jacent tendant à la protection des modes de vie autochtones et tribaux, à travers l'interprétation et l'application adaptées des dispositions de la Convention américaine. Le processus d'émergence est alors indirect, mais est tout aussi présent d'autant plus si l'on adopte la force normative comme concept.

La norme, d'inexistante à émergente, apparaît finalement comme juridique, puisqu'elle dispose des attributs de la juridicité. De ce fait, la protection des modes de vie minoritaires et autochtones constitue une norme juridique : elle en a la nature et dispose d'un objet précis, d'une force normative qui peut être synonyme de force obligatoire, mais dont les degrés et l'intensité sont variables. Elle est également une norme juridique internationale, dans la mesure où elle se rattache à des ordres juridiques structurés et respecte le droit supranational en vigueur ainsi que les droits de l'homme.

La partie qui suit, portant sur les significations du concept de mode de vie en droit, va souligner la relativité des normes juridiques elles-mêmes. Une norme peut être juridique, mais lorsque son sens est nébuleux, il est plus difficile de savoir sur quoi porte l'obligation. S'arrêter à l'étude de sa seule juridicité s'avère alors insuffisant, puisque le sujet de la norme et les titulaires ne peuvent connaître de façon précise le résultat attendu par le juge ou par le législateur. Cela conduit souvent le juriste positiviste à ne considérer que les normes établies, ou dites « dures », au détriment de celles en émergence ou de *soft law*, une des raisons pour lesquelles également, en droit international, les droits civils et politiques ont une justiciabilité plus grande que les droits économiques, sociaux et culturels. Or, même si le sens de ces normes s'exprime de manière implicite, pour autant, elles restent porteuses de contrainte(s) et de droit(s) bénéficiant aux individus et aux groupes²⁹⁸. Notre objectif est donc de renverser cette tendance, afin de démontrer que juridicité et signification des normes sont deux paramètres pareillement essentiels à leur établissement.

²⁹⁸ La norme protégeant les modes de vie autochtones et tribaux devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme dispose d'un caractère juridique implicite, en tant qu'objectif inexprimé mais sous-jacent de la Cour.

PARTIE II :
LE DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE
MINORITAIRES ET AUTOCHTONES :
LA SIGNIFICATION DE LA NORME JURIDIQUE

La juridicité d'une norme ne garantit ni son utilité sociale, ni l'atteinte de l'objectif juridique qu'elle poursuit. Elle indique qu'une règle est en vigueur en droit et réglemente un ou des comportements sociaux, mais elle n'apporte aucune indication sur le contenu de celle-ci. Cette imprécision pose problème et impose de compléter l'étude du caractère juridique de la norme par une recherche sur sa substance, c'est-à-dire sur son contenu et sa portée.

Pareille démarche exige un détour vers les théories de l'interprétation²⁹⁹. Y avoir recours est d'autant plus nécessaire que la norme étudiée, embryonnaire, n'a pas de signification claire ou évidente. En l'espèce, le concept de *mode de vie* décrit une réalité complexe ; il est en lui-même abstrait et polysémique et encourt ainsi un danger de « totalisme conceptuel » puisque son contenu pourrait être gonflé artificiellement³⁰⁰. Son utilisation n'est donc pas dépourvue d'ambiguïté. Il est susceptible de connoter différentes significations, selon la collectivité minoritaire ou autochtone de référence et les membres du groupe de référence. En ce sens, il expose l'observateur à l'hétérogénéité des vécus et à la multiplicité des appartenances. Par ailleurs, son sens juridique est indéfini puisqu'aucune convention ne le précise ou ne reconnaît de droit au mode de vie. Le concept est d'autant plus variable que les juges des cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme et les experts du Comité des droits de l'homme des Nations Unies l'emploient pour qualifier des réalités sociales différentes, lui attribuant ainsi des significations juridiques diverses. Ainsi, son sens ne sera pas identique et n'aura pas la même portée selon le système juridique de référence. D'où l'importance d'y consacrer une analyse attentive.

Cela implique d'adopter une approche sémantique afin d'examiner le discours des juges, lui-même susceptible d'éclairer le contexte linguistique des décisions de justice, afin de donner la meilleure interprétation possible du concept de mode de vie et de préciser la signification de cette nouvelle norme juridique. Le discours des juges se fondant notamment sur les discours minoritaires et autochtones, ceux-ci doivent

²⁹⁹ Pour une définition de l'interprétation voir J. WRÓBLEWSKI, « Interprétation », préc., note 83, p. 314. Voir aussi, N. MacCORMICK, « La texture ouverte des règles juridiques », préc., note 86, p. 110.

³⁰⁰ Selon Jean Leclair, le totalisme conceptuel « vise à faire entrer la totalité du réel dans un seul concept », Voir J. LECLAIR, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales », préc., note 122, p. 3.

eux-mêmes être pris en considération. En outre, la consultation d'études anthropologiques finalisées, portant à la fois sur le concept de mode de vie et sur les identités minoritaires ou autochtones, nous offre un point de vue externe modéré au droit, de même qu'une interprétation, dans une discipline autre, d'un concept originellement non juridique. Ces études sont essentielles à l'interprétation de la norme que nous souhaitons proposer. Dans l'optique de réaliser cet exercice de sémiologie normative, les analyses systémale et herméneutique seront utilisées³⁰¹.

D'après Andrée Lajoie,

« [...] il est possible de croire que «l'efficacité du champ des valeurs dominantes» dans une société donnée y oriente les décisions judiciaires [...] De même, pour qu'exceptionnellement des décisions, judiciaires ou politiques, favorisent non pas les valeurs dominantes mais celles des minorités, sociales ou politiques, il faut, au moins au Canada, une certaine intersection (au sens que donne à ce terme la théorie mathématique des ensembles) entre les valeurs majoritaires et minoritaires ou, à tout le moins, une absence d'incompatibilité totale entre les valeurs — ou, pour le dire plus crûment, les intérêts — de ces deux groupes »³⁰².

Nous postulons donc que malgré la recherche de solutions pragmatiques par l'ensemble des juridictions analysées, toutes défendent des positions biaisées et dogmatiques. À ce titre, le concept de *surdétermination* est central. Selon ce dernier,

« [...] la production du droit se déploie à l'intérieur d'un champ de valeurs, d'un code culturel propre à chaque société, qui lui sert de support interprétatif et dont découlent un certain nombre de contraintes pour son application et son effectivité »³⁰³.

Ce champ de valeurs ainsi que ce code culturel sont susceptibles d'influer sur la réception juridique que font les juges des revendications minoritaires ou autochtones. Dans la mesure où celles-ci sont reçues de manière décalée ou s'il y avait « projection » de la part des juges, l'utilité de la norme nouvelle pourrait alors être

³⁰¹ A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, préc., note 90. Sur l'analyse systémale, G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, préc., note 97 et G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, préc., note 97, 204 p. ; H-G. GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, préc., note 89, 534 p.

³⁰² A. LAJOIE, « Dans l'angle mort de l'analyse systémale », préc., note 91. Ce point de vue rejoint celui de D. BELL, *Silent Covenants. Brown v. Board of Education*, préc., note 84, 230 p.

³⁰³ A. LAJOIE, « Surdétermination », préc., note 92, p. 85.

restreinte. Son sens pourrait faire l'objet d'une dénaturation par rapport aux perspectives autochtones ou minoritaires.

Afin de préserver l'objectivité de cette analyse, la recherche de l'existence d'un « discours commun partagé »³⁰⁴, potentialité inverse et complémentaire à celle de la dénaturation, occupera une place centrale dans la démonstration qui suit. Jeremy Webber définit ce qu'est un discours commun partagé :

« [...] nous cherchons à décrire l'émergence d'un discours normatif commun accepté par les Autochtones et les non-Autochtones, et régissant leurs relations. Le point critique est, pour nous, le moment où il y a émergence d'un discours normatif partagé, même si ce discours est forcément restreint et n'exclut pas des conflits, parfois violents, entre les participants. [...] Quelle que soit la terminologie employée, l'important, pour nous, est que l'on retienne l'émergence d'un discours normatif partagé comme fait significatif, que l'on admette la possibilité qu'une seule personne puisse participer à plusieurs discours en même temps – les uns très riches, les autres peut être plus restreints – et que l'on écarte toute définition présument qu'un discours normatif doit nécessairement être unique et exclusif »³⁰⁵.

Cette partie II s'articulera autour de l'hypothèse de l'émergence d'un « discours commun partagé ». D'après celle-ci, les juges bâtiraient la norme nouvelle en s'appuyant sur une communauté de discours et d'intérêts, dont ils constateraient vite le caractère restreint. Ce faisant, la norme juridique consacrée ne pourrait prendre en considération l'ensemble des discours et des besoins des Autochtones ou des membres de groupes minoritaires. On serait alors confronté à une norme lacunaire. Cette restriction serait encore accentuée par l'orientation et le conditionnement plus ou moins important de cette norme en fonction d'un champ de valeurs et d'un code culturel inapproprié aux réalités sociales des requérants. En revanche, elle conserverait une utilité sociale, produisant une forme de reconnaissance juridique à l'égard des bénéficiaires et de leurs identités.

³⁰⁴ J. WEBBER, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés », préc., note 85, p. 113-149. Voir également A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights*, préc., note 102.

³⁰⁵ J. WEBBER, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés », préc., note 85, p. 117. Ce point de vue rejoint celui de Derrick Bell, dans un autre registre et concernant la théorie de la convergence des intérêts, voir D. BELL, *Silent Covenants – Brown v. Board of Education*, préc., note 84. La reconnaissance partielle des revendications autochtones ou minoritaires pourrait également provenir du caractère légitime de la norme aux yeux des majorités nationales, sur la légitimité, Thomas M., FRANCK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, préc., note 288, p. 10-20.

Afin de confirmer ou d'infirmier cette hypothèse, nous exposerons d'abord le sens du concept de mode de vie en anthropologie (Titre 1). Cette démonstration se poursuivra par l'exposé de notre analyse des discours minoritaires, autochtones et judiciaires, en soulignant leurs points de convergence et leurs écarts. Cette étape devrait en outre mettre en exergue le décalage existant entre ces discours et le point de vue anthropologique extérieur au droit (Titre 2). Cette partie se terminera par la vérification de l'hypothèse ayant trait à la *surdétermination* du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones (Titre 3).

TITRE 1 : UNE DÉFINITION ANTHROPOLOGIQUE DU CONCEPT DE *MODE* *DE VIE*

L'anthropologie permet une compréhension plus globale de la norme, offrant au juriste des éléments d'analyse ayant trait à la saisine des différences et des identités. Incitant à s'extraire d'une conception strictement interne au droit, elle favorise donc une analyse plus complexe de la norme juridique, dans sa forme et dans sa substance³⁰⁶.

Pour les fins de cette recherche, nous ferons, toutefois, un usage tempéré de cette discipline. En effet, l'objectif n'est pas de produire une analyse anthropologique, mais juridique, ce qui justifie un recours encadré à l'interdisciplinarité, qui se conçoit, en l'espèce, par l'utilisation de certaines études empiriques déjà conduites³⁰⁷. Celles-ci ont été sélectionnées en fonction de critères, tels que la réflexivité de leurs auteurs ainsi que leur engagement éthique³⁰⁸.

³⁰⁶ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Une anthropologie juridique rimbaldienne ? », dans E. LE ROY (dir.), *Anthropologie et droit. Intersections et confrontations*, Paris, Karthala, 2004, p. 171-178.

³⁰⁷ Concernant certains peuples autochtones au Québec : Karine GENTELET, Alain BISSONNETTE et Guy ROCHER, *La sédentarisation : effets et suites chez des Innus et des Atikamekw*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, 118 p. ; Jean-Paul LACASSE, *Les Innus et le territoire*, Collection territoires, Québec, Septentrion, 2004, 274 p.

Concernant le peuple Sami : S. KUOLJOK et J.E. UTSI, *Les Samis, Peuple du Soleil et du Vent*, Jokkmokk, Suède, Éditions Ajtte, 2000, 59 p. ; J. T. SOLBAKK, *The Sami People. A Handbook*, Davvi Girji OS, 2006, 295 p. ; O. H. MAGGA, « Sami Past and Present and the Sami Picture of the World », (1994) 6 *Arctic Centre Publications*, p. 74-80 ; Hugh BEACH, « The Saami », dans M. M. R. FREEMAN, *Endangered Peoples of the Arctic*, Greenwood Press, 2000, en ligne: [www-hotel.uu.se/antro/personal/beach_hugh/index.html](http://www.hotel.uu.se/antro/personal/beach_hugh/index.html) (consulté le 12 août 2007), p. 223-246.

Concernant le peuple Rom : Jean-Pierre LIÉGEOIS, *Roms en Europe*, préc., note 124, 311 p. ; Jean-Pierre LIÉGEOIS, « Une minorité entre l'image et la réalité », dans G. VERBUNT (dir.), *Diversité culturelle, Société industrielle, Etat national*, Paris, l'Harmattan, 1984, p. 135-145 ; Bernard DROBENKO (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, Les Cahiers du C.R.I.D.E.A.U. n° 12, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2005, 231 p. ; Walter Otto WEYRAUCH, et Maureen Anne BELL, « Autonomous Lawmaking : The Case of the 'Gypsies' », (1993-1994) 103 *The Yale Law Journal*, p. 340-397 ; Brian BELTON, « Knowing Gypsies », dans Damian Le BAS et Thomas ACTON (dir.), *All Change ! Romani Studies through Romani Eyes*, Hatfield, University of Hertfordshire Press, 2010, p. 61-69 ; David MAYALL, *Gypsy Identities 1500-2000. From Egipcians and Moon-men to the Ethnic Romany*, London, New-York, Routledge, 2004, 313 p.

³⁰⁸ Sur l'éthique de la recherche : voir l'énoncé de politique des trois Conseils : *Éthique de la recherche avec des êtres humains*, en ligne : http://www.pre.ethics.gc.ca/francais/pdf/TCPS%20June2003_F.pdf, et plus précisément le chapitre 6 sur la recherche avec des peuples autochtones. Il est également important de mettre en œuvre la

Rappelons que ces études nous aideront non seulement à cerner le sens du concept de mode de vie, mais aussi à évaluer les conceptions des juges ou des experts à son égard.

La définition commune qui paraît être la plus adaptée à cette analyse fait référence au mode de vie en tant que façon d'être, de penser, de vivre, de concevoir le monde et la vie³⁰⁹. La réalité étant plus complexe, les deux chapitres suivants proposeront une définition du concept qui soit générale et valable pour toutes les communautés évoquées dans les prochains développements. Le premier visera à poser le cadre de la définition (Chapitre 1), tandis que le second se penchera sur le contenu du concept. Nous y présenterons alors les trois rapports, liés au temps, à l'espace et aux autres, dans le cadre desquels ce concept s'inscrit (Chapitre 2). Tout en gardant à l'esprit la dichotomie existant entre similitudes et différences, nous exposerons alors en quoi et dans quelle mesure les modes de vie minoritaires ou autochtones se distinguent de ceux des majorités nationales, l'enjeu, d'un point de vue juridique, étant la mise en œuvre d'un traitement différentiel³¹⁰.

méthode réflexive, pour déconstruire le regard paternaliste ou biaisé qu'un chercheur non autochtone ou non membre d'une minorité pourrait avoir. Enfin, ces collectivités manifestent souvent une volonté de se distinguer par rapports aux autres, impliquant un rapport *outsiders / insiders*. Néanmoins, le dernier aspect éthique consiste à resituer les problématiques minoritaires ou autochtones au sein de la dichotomie existante entre similitudes et différences, les différences n'excluant pas les similitudes et vice-versa. À ce titre, l'approche des différences en matière identitaire ne doit pas faire l'objet de stéréotypes, d'une idéalisation ou d'une essentialisation. Sur ce point, voir Philippe POUTIGNAT et Jocelyne STREIFF-FENART, *Théorie de l'ethnicité*, préc., note 34, p. 135. Voir aussi, S. BENHABIB, *Democracy and difference*, Princeton University Press, 1996, p. 120-135.

³⁰⁹ Ce terme est polysémique en anthropologie, en sociologie et dans le langage courant. Selon le Grand dictionnaire terminologique, un mode de vie est une « Manière d'être et façon de vivre des personnes prises individuellement ou en groupe. synonyme(s) : genre de vie.

Note(s) : Le mode de vie se caractérise par les types de consommation (utilisation du revenu), les façons de se vêtir, de s'alimenter, de se loger, la durée du travail, les comportements culturels, religieux, sociaux, etc. Ce terme ne doit pas être confondu avec niveau de vie », *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index1024_1.asp (consulté le 22 septembre 2008). Selon le Grand Robert de la langue française, un mode de vie est une « Manière collective de vivre, de penser, de juger propre à une époque, à un pays, à un milieu. Cette conduite était conforme aux modes de l'époque. Coutume, habitude, mœurs, pratique, usage », Alain REY, (dir.), *Grand Robert de la langue française*, en ligne : <http://gr.bvdep.com> (consulté le 22.09.2008).

³¹⁰ Le recours au caractère distinct de l'identité de certains peuples, par les professionnels du droit ainsi que par le législateur, permet souvent de justifier l'application d'un régime spécifique ou d'un traitement différentiel. Malheureusement, en tant que justification légitime principale, il présente des dangers, dont celui de ne concevoir les identités minoritaires ou autochtones que dans ce qu'elles représentent de différent, avec pour résultat leur essentialisation.

Enfin, avant d'entamer cette analyse, une difficulté inhérente à cette recherche doit être soulevée, celle de comprendre ce que sont les modes de vie roms ou autochtones, sans les réduire mais sans non plus les idéaliser. Pareille interrogation mène inévitablement à la question de savoir ce que sont les identités autochtones ou roms. Le juriste attend une réponse claire, générale, homogène et non ambiguë, alors que ces identités sont en réalité hétérogènes et dynamiques. Le chercheur et le juriste s'approchent ainsi progressivement de la réalité de ces modes de vie et de ces identités, mais ne les intègre jamais parfaitement, car ils y restent extérieurs et conservent leur objectif de théorisation – allant de pair avec la généralisation. Ceci représente une difficulté et une limite de l'approche scientifique, interdisciplinaire et critique privilégiées par cette analyse.

CHAPITRE 1 : L'ENCADREMENT THÉORIQUE DU CONCEPT DE *MODE DE VIE*

Le concept de mode de vie pourrait être défini de manière circulaire. Il s'agit d'une manifestation sociale propre à un milieu spécifique. Il structure le vécu d'une communauté donnée et de ses membres. À l'échelle individuelle, il ne peut être totalement détaché des contextes collectifs d'appartenance, se situant eux-mêmes au confluent entre « tradition » et « modernité »³¹¹. Cette définition est circulaire, car le vécu des membres d'une communauté – qui n'est pas identique d'une personne à une autre – transforme le mode de vie initialement pratiqué par la collectivité. Le processus d'acculturation est alors inhérent à cette transformation et représente son facteur central.

Cette définition générale présente un grand intérêt. Elle permet, premièrement, de mettre en exergue le caractère structurant des modes de vie et, deuxièmement, de les présenter comme une manifestation sociale mouvante. Ceci s'applique aux modes de vie de toutes les communautés du globe, et non spécifiquement à ceux des peuples autochtones ou de certaines minorités.

Néanmoins, le concept de mode de vie est porteur de vives tensions. Celles-ci sont de quatre ordres et s'avèrent être plus marquées en contexte minoritaire ou autochtone. Elles se manifestent, d'abord, entre l'individu et la ou les collectivités d'appartenance ; ensuite, entre « novation » et « tradition », puis, entre le donné et l'acquis ou le choisi et, enfin, entre « démarches discursives » et réalité du vécu. Ces tensions rendent plus importante encore la tâche de circonscrire ce concept et d'en

³¹¹ Le droit a trop souvent tendance à réduire la réalité des identités autochtones ou roms à ce qu'elles ont de « traditionnel », mettant ainsi l'accent uniquement sur les pratiques exercées depuis des temps immémoriaux, comme si la « modernité » n'existait pas au sein de ces communautés. Or, cette étude postule au contraire que les modes de vie sont en constante transformation et qu'ils restent néanmoins autochtones ou roms. L'analyse de Marshall Sahlins sur le concept d'« indigénisation de la modernité » soutient cette approche. Marshall SAHLINS, « Goodbye to Tristes Tropes: Ethnography in the Context of Modern World History », (1993) 65 *Journal of Modern History*, p. 1-25. Sur la remise en cause de la dichotomie entre tradition et modernité en contexte rom, voir B. BELTON, « Knowing Gypsies », préc., note 307, p. 61-69 et D. MAYALL, *Gypsy Identities 1500-2000. From Egipcians and Moon-men to the Ethnic Romany*, préc., note 307, 313 p. Pour sa part, Jean Leclair qualifie la confusion entre identité autochtone et tradition « d'hyperbolisation d'une facette de la réalité », J. LECLAIR, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales », préc., note 122, p. 13.

préciser les fondements. Pour ce faire, cette analyse s'inscrit dans la lignée de recherches sur le concept d'identité déjà conduites en droit³¹².

Conséquemment, la présentation des caractères à la fois structurant et construit des modes de vie paraît fondamentale (Section 1) et la conception des processus d'acculturation, tenus par cette recherche pour inhérents à tous les modes de vie, occupe également une place de choix (Section 2).

Section 1 : Les caractères structurant et construit des modes de vie

La définition du concept de mode de vie que nous retenons pour les fins de cette recherche associe les caractères structurant et construit de l'identité, car ce concept tel qu'il se manifeste sur le plan social, les polarise tous les deux, si bien qu'il est impossible d'en privilégier l'un au détriment de l'autre. Le faire rendrait la définition incomplète. Toutefois, nous n'emploierons pas la notion de structuration dans le même sens que l'ont fait les structuralistes. Notre objectif, en effet, n'est pas d'encadrer le concept de mode de vie par le principe de l'invariabilité de la culture ou par des règles universelles³¹³. Le recours au caractère structurant du mode de vie n'a pas non plus pour but de réduire ce concept à une structure inconsciente, car ce dernier, issu du donné ou du transmis, est équilibré par une maîtrise relative du mode de vie par l'individu qui l'exerce.

Ainsi, le mode de vie est-il un cadre ou un modèle social organisant la vie en collectivité. Il se construit et continue à s'établir en fonction des divers besoins du groupe et de ses membres, qui l'alimentent au fil des générations. Il est à la fois le

³¹² Telles que celles de Jean-François Gaudreault-DesBiens, Jeremy Webber, Sébastien Grammond ou Ghislain Otis, voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Angoisse identitaire et critique du droit. La « critique juridique identitaire américaine » comme objet et source de réflexion théorique », (2003) 50 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, p. 1-79 ; J-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Identitarisation du droit et perspectivisme épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identitaire », préc., note 56, p. 33-74. Sébastien GRAMMOND, *Identity Captured by Law. Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 4-16.

Ghislain OTIS et André EMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », (1996) 41 *McGill Law Journal*, p. 543-570.

³¹³ Denis CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris, Éditions La découverte, 1996, p. 43-45.

produit et la structure de l'action et des rapports sociaux³¹⁴, en ce qu'il est transformé par eux et en ce qu'il les encadre. En tant que convoyeur de règles sociales et culturelles, il structure les façons d'être, d'agir, de penser, de croire et de concevoir la vie, au sein d'institutions particulières. En ce sens, il est une institution socioculturelle porteuse de valeurs et de normes³¹⁵.

Son caractère structurant se retrouve au sein de toutes les sociétés. Dans la perspective autochtone, il peut se faire sentir ainsi :

« Les modes de vie développés par les peuples autochtones ont prospéré en codant la viabilité biologique dans le corps de pratiques, de mythes et d'interdits transmis des parents aux enfants. Ces pratiques, mythes et interdits se sont répétés pendant de nombreuses générations, ils constituent donc des habitudes bien établies »³¹⁶

Parmi ces pratiques, mythes et interdits transmis ou répétés, certains émergent alors que d'autres s'éteignent. Le caractère structurant n'empêche donc pas un possible renouveau du mode de vie.

Ce dernier consiste en un schéma socioculturel transmis de la collectivité à l'individu. Il participe à la socialisation, au conditionnement des personnes et devient ainsi partie intégrante de leur identité, mais non pas source définitive de « condensation identitaire »³¹⁷.

Concevoir son caractère structurant selon un schéma rigide, serait en effet dangereux et réducteur, puisque la capacité de l'individu à maîtriser sa propre vie, à être autonome et à faire des choix indépendants serait totalement négligée. Prendre acte de cette autonomie relative s'avère nécessaire afin de concevoir les modes de vie de manière réaliste.

³¹⁴ Selon Guy Rocher, « [L]'action sociale [...] c'est toute manière de penser, de sentir et d'agir dont l'orientation est structurée suivant des modèles qui sont collectifs, c'est-à-dire qui sont partagés par les membres d'une collectivité quelconque de personnes », Guy ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, Montréal, Éditions Hurtubise HMH, 1992, p. 42.

³¹⁵ Henri MENDRAS, *Éléments de sociologie*, 4^{ème} édition, Paris, Éditions Armand Colin, 1996, p. 79-81.

³¹⁶ Nadia BELAIDI, « Le modèle des conceptions cosmiques : apport de la vision du monde des peuples autochtones à la question environnementale sous l'angle juridique », dans J-C. FRITZ, et *alii*, *La nouvelle question indigène. Peuples autochtones et ordre mondial*, préc., note 28, p. 412.

³¹⁷ J-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Angoisse identitaire et critique du droit. La « critique juridique identitaire américaine » comme objet et source de réflexion théorique », préc., note 312, p. 1-79.

Les caractères structurant et construit impliquent que la définition de ce concept prenne en compte trois éléments : le milieu (§ 1), l'action du groupe et de ses membres (§ 2) et les contextes collectifs d'appartenance (§ 3).

Paragraphe 1 : Le milieu

Comme l'affirme Guy Rocher, le milieu social renvoie à la question des

« [...] « dynamiques de groupes », c'est-à-dire la façon dont un groupe, assez restreint pour que ses membres soient en contact direct les uns avec les autres (ce que l'on appelle en anglais « face-to-face relationships »), s'organise, se structure, s'articule et évolue, en d'autres termes constitue un véritable microcosme social »³¹⁸.

En ce sens, le milieu prodigue un contexte spatio-temporel et social spécifique, qui est source de conditionnement.

Le mode de vie se forge au sein d'un milieu environnemental, géographique et climatique propre à un espace, qui donne lui-même naissance à un milieu social, culturel et philosophique spécifique. Des normes et des valeurs en émanent³¹⁹. Défini ainsi, le milieu représente l'assise du mode de vie, puisqu'il produit, aux côtés de la composition du groupe, des actions et des interactions entre individus, son conditionnement. Il est une composante du « donné ». Néanmoins, il ne produit rien à lui seul et n'est pas un élément isolable. C'est pourquoi la prise en compte de l'action du groupe et de ses membres est d'une grande importance.

³¹⁸ G. ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, préc., note 314, p. 155-161.

³¹⁹ Nous adoptons une définition des modes de vie dans laquelle les approches holiste, structuraliste et interactionniste convergent, et où les points de vue microsociologique et macrosociologique cohabitent. Ceci n'est pas forcément le cas de tous les chercheurs. À ce propos et pour une définition différente, voir I. ROY, *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'État ?*, préc., note 223, p. 46-52. Nous tenons cependant pour trop restrictive la définition proposée par cette auteure, dans la mesure où elle n'intègre dans « les particularités du mode de vie » que « *le mode d'établissement géographique* » de la communauté et « *les besoins et aspirations* » de la communauté. Or, le mode de vie se forme en fonction d'un milieu physique, géographique, climatique, historique, culturel et social.

Paragraphe 2 : L'action du groupe et de ses membres

« La somme et l'interaction de toutes les réinterprétations individuelles font évoluer la culture. [...] la culture n'est pas un « donné » que l'individu recevrait comme un tout, une fois pour toutes, au cours de l'éducation. La culture ne se transmet pas comme les gènes. L'individu « s'approprie » sa culture progressivement tout au long de sa vie [...] »³²⁰.

Ne concevoir le mode de vie qu'en tant que structure serait incomplet. Le comprendre dans une perspective « naturaliste », en tant que donnée naturelle issue du milieu, serait également indûment limité. Ces approches ne laissent que peu d'espace à l'action humaine et ne reconnaissent que de façon très limitée le pouvoir dont dispose l'individu sur son vécu. Elles éliminent également la diversité des vécus.

Selon de nombreux auteurs, l'action permanente du groupe et de ses membres définit et modifie les modes de vie. Ces derniers sont remodelés en permanence par eux, du fait de leurs interventions et de leurs choix³²¹. Ils peuvent également décider d'abandonner le mode de vie qu'ils ont reçu, bien que cela soit peu courant, en raison de l'impossibilité pour un individu de faire table rase de ses racines.

Conséquemment, cette définition constructiviste ou interactionniste attribue aux individus une certaine maîtrise sur le type de mode de vie qu'ils recherchent et qu'ils perpétuent.

Le renouvellement des modes de vie, du fait de l'action des individus, est vecteur de transformation et de métissage. En effet, la multiplicité des appartenances individuelles, produite par l'adhésion des membres d'un groupe à plusieurs autres communautés ou par l'adoption de choix différents, est intrinsèque à la réalité des collectivités³²². Les valeurs et les normes que partagent les individus sont, dans ces conditions, plurielles et varient d'un groupe d'appartenance à un autre. Ceci signifie

³²⁰ D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, préc., note 313, p. 40.

³²¹ Notamment, G. ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, préc., note 314, p. 9-47 ; D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, préc., note 313, 123 p. ; K. GENTELET, A. BISSONNETTE et G. ROCHER, *La sédentarisation : effets et suites chez des Innus et des Atikamekw*, préc., note 307 ; H. MENDRAS, *Éléments de sociologie*, préc., note 315, 248 p. ; D. MAYALL, *Gypsy Identities 1500-2000. From Egipcians and Moon-men to the Ethnic Romany*, préc., note 307, p. 276-278.

³²² Jeremy Webber soutient cette approche. Voir J. WEBBER, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés », préc., note 85, p. 116 et 117.

que les individus, par leurs actions et leurs vécus, peuvent nuancer les normes et les valeurs préexistantes, y agencer des éléments nouveaux et, de fait, produire un métissage constant, qui transforme le mode de vie de la communauté. La sinuosité et la « transformabilité » des modes de vie, mais aussi leur « décollectivisation » sont ainsi mises en évidence. Ce constat de diversité est souligné par Damian Le Bas quant aux implications de la diaspora sur la manière de vivre l'identité rom. L'auteur indique : « *This is possibly to be viewed as a side effect of diaspora, which for all peoples results in diversity of appearance where we presume things had once been clearer* ». Il ajoute ensuite, « *This is why care must be taken over the nature and the extent of emphases on homogeneity, purity, and deep-qua-Indic language, as important as these may be to Romani communities themselves as persistent signifiers of identity* »³²³.

Le caractère interactionniste repositionne l'individu au cœur de la construction des modes de vie, en tant qu'agent relativement autonome³²⁴. D'où l'importance en droit d'intégrer la protection des modes de vie à travers la recherche de la volonté des requérants. En ce sens, il ne peut ignorer certains « faits désagréables » que peuvent parfois constituer les choix de ces derniers.

Paragraphe 3 : Contextes collectifs et « décollectivisation » des modes de vie

Le concept de mode de vie peut tout autant être analysé comme une dynamique de groupe – c'est-à-dire un vécu collectif – qu'en tant que dynamique(s) individuelle(s) – soit des vécus individuels. Appréhendé selon la seconde approche, il ne doit pas être détaché du ou des contextes collectifs d'appartenance de l'individu³²⁵

³²³ Damian LE BAS, « The possible implications of diasporic consciousness for Romani identity », dans D. LE BAS et T. ACTON (dir.), *All Change ! Romani Studies through Romani Eyes*, préc., note 307, p. 67 et 68.

³²⁴ Sur l'autonomie de l'individu ou sa liberté relative au sein de la collectivité, voir Joseph YACOUB, « À l'épreuve des civilisations et des cultures, repenser les Droits de l'homme. Une approche critique », dans J. FERRAND et H. PETIT, *Enjeux et perspectives des droits de l'homme, L'Odyssée des droits de l'homme III*, Paris, l'Harmattan, 2003, p. 197 et 198.

³²⁵ G. ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, préc., note 314, p. 40 ; Peter BERGER et Thomas LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1992, p. 69-127 ; A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights*, préc.,

- le pluriel étant utilisé en raison de cette multiplicité. Chaque membre de la collectivité de référence peut avoir des appartenances multiples et distinctes. Celles-ci varient selon les membres, impliquant une individualisation contraire à l'image homogène des modes de vie et des communautés³²⁶.

La tension existant entre l'individuel et le collectif conduit elle-même à évoquer celle qui perdure entre « démarches discursives » et réalité du vécu. Cette dernière est bien synthétisée par le concept des « imaginaires collectifs ». Selon Gérard Bouchard, les imaginaires collectifs se construisent sur trois sources différentes, qui sont la raison, le mythe et l'imagination. Cet historien et sociologue définit ainsi le concept :

« Si l'on s'en remet à la première acceptation du terme, celle qui renvoie au produit du discours plutôt qu'à l'acte de production lui-même, l'imaginaire collectif se présente comme une construction symbolique à trois dimensions, dans la mesure où il comporte : 1) des représentations de l'environnement physique en vertu de laquelle l'espace, réalité neutre et froide, devient territoire, c'est-à-dire un lieu parcouru, habité, aménagé, investi de sens, de conscience, d'appartenance ; autrement dit : approprié ; 2) des représentations de soi au singulier (individu) et au pluriel (collectivité), à la fois au passé (mémoire), au présent (identité) et au futur (utopie) ; 3) des représentations de l'autre, celui dont la propriété – et parfois la faute – est d'être différent de soi »³²⁷.

Ce concept expose clairement l'hétérogénéité des mythes au sein d'une même communauté, qui influe sur les vécus individuels, et qui nous confronte également à des constructions discursives symboliques, collectives et individuelles, non exemptes de contradictions. Il fait ainsi référence à l'invention des identités ou à leur construction³²⁸.

note 102, p. 117 ; J. LAJČAKOVA, *Ethnocultural Justice for the Roma in Slovakia*, préc., note 102, 293 p.

³²⁶ Philippe Poutignat et Jocelyne Streiff-Fenart expliquent cette réalité sous le concept de Saillance. Voir P. POUTIGNAT et J. STREIFF-FENART, *Théorie de l'ethnicité*, préc., note 34, p. 182. Voir aussi D. LE BAS, « The possible implications of diasporic consciousness for Romani identity », préc., note 323, p. 67 et 68.

³²⁷ G. BOUCHARD, *Raison et contradiction. Le mythe au secours de la pensée*, préc., note 230, p. 18.

³²⁸ D'autres auteurs adoptent cette approche. Voir P. POUTIGNAT et J. STREIFF-FENART, *Théorie de l'ethnicité*, préc., note 34, p. 181 ; D. MAYALL, *Gypsy Identities 1500-2000. From Egipcians and Moon-men to the Ethnic Romany*, préc., note 307, p. 1-22.

La prise en compte de la pluralité des contextes collectifs, de la décollectivisation du vécu des identités et de la multiplication des sources de mythes déconstruisent ainsi l'image harmonieuse et homogène des collectivités et de leur sentiment d'appartenance. Une représentation désuète laisse place à une réalité plus complexe, dans laquelle l'hétérogénéité n'est plus un tabou. Cela n'empêche pas, pour autant, l'instauration d'une cohésion sociale garantissant la structure même et la pérennité des communautés. Dans ce contexte, la tradition cohabite avec la novation.

Section 2 : Entre « tradition » et « novation » : le processus d'acculturation comme variable inhérente à la constitution des modes de vie

« Outre la religion et la langue, la notion de culture inclut également des pratiques, des coutumes, héritées du passé, propres à un groupe donné et dotés pour celui-ci d'une valeur symbolique, qu'on peut rassembler sous le terme de *traditions*. La tradition, c'est « *ce qui d'un passé persiste dans le présent où elle est transmise et demeure agissante et acceptée par ceux qui la reçoivent et qui, à leur tour, au fil des générations, la transmettent* »³²⁹.

Le processus d'acculturation³³⁰, à distinguer de l'assimilation qui comporte un élément de contrainte, est inhérent à toutes les sociétés humaines. Il représente un phénomène spontané et incontournable qui dépolarise l'identité du seul élément traditionnel. Ce processus permet donc l'intégration d'éléments nouveaux³³¹ aux modes de vie, que les membres d'un groupe imposent ou s'approprient³³².

³²⁹ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., note 29, p. 221.

³³⁰ Le processus d'acculturation est employé ici comme synonyme de métissage et comme antonyme de fixité. Il va de pair avec une description non figée de la réalité. L'acception que nous retenons de cette notion n'est donc pas péjorative, comme cela peut parfois être le cas. Au contraire, cette étude postule que la réalité contemporaine sous-tend l'acculturation et en produit nécessairement. Pour autant, cela ne justifie pas les processus d'acculturation lorsqu'ils procèdent de l'assimilation forcée d'où qu'elle provienne – des États, de populations numériquement ou politiquement dominantes ou autre -, puisqu'elle est contraire aux droits et libertés fondamentaux. Pour une définition du métissage, voir, D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, préc., note 313, p. 66.

³³¹ La nouveauté peut être le résultat de l'histoire, des actions et interactions individuelles, de l'adaptation d'éléments traditionnels à des circonstances nouvelles ou de choix divers. Elle peut aussi provenir du contact avec d'autres communautés d'appartenance, même si celui-ci n'entraîne pas automatiquement métissage et peut aller de pair avec « le maintien des frontières sociales » entre

Ainsi, le mode de vie se compose-t-il d'éléments traditionnels, c'est-à-dire transmis de génération en génération, ainsi que d'éléments nouveaux, qui permettent d'abord l'adaptation constante du groupe à son milieu, à des perspectives nouvelles et aux réalités changeantes propres à la vie en société³³³ et qui autorisent ensuite l'expression de la créativité des membres de la communauté.

Ce processus d'acculturation n'anéantit pas automatiquement les particularismes. Il ne fait jamais non plus table rase de l'ensemble des valeurs et des traditions préexistantes³³⁴, mais permet néanmoins le renouveau et la flexibilité. Tout comme le phénomène de décollectivisation des identités, il garantit la diversité des référents. Sur ce point et en contexte rom, Udo Mischek explique qu'il existe « *three levels of identity construction : level one is the intra – community identification, level two the recognition of other communities, as related, and level three refers to the nationhood hence, describing oneself as a member of a certain nation state* »³³⁵. Brian Belton soutient un point de vue identique lorsqu'il souligne que

« *The knowledge of self and identity cannot be an exception to this standard and, as such, whatever you might conceive or believe Gypsy identity to be, the only sure thing that can be said about it is, like everything else, it is ever-changing as ideas and people themselves adapt to, develop and incorporate their environment. The notion of a permanent and unchanging Gypsy identity is, as such, related much more to the thinking of the 'dark ages' than it is to post-enlightened thought; it is in fact regressive* »³³⁶.

À travers les pages qui précèdent, le caractère complexe et pluridimensionnel du concept de mode de vie vient d'être mis en exergue de manière théorique. La combinaison de tensions, classiquement conçues comme contradictoires, mais qui

communautés, voir sur ce point Frederick BARTH (dir.), *Ethnic groups and boundaries. The social organization of culture difference*, Bergen, Oslo, Universitetsforlaget, 1969.

³³² P. POUTIGNAT et J. STREIFF-FENART, *Théorie de l'ethnicité*, préc., note 34, p. 173.

³³³ D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, préc., note 313, p. 52-54.

³³⁴ Michel DELSOUC, « Approche socio-ethnologique de l'identité tsigane », dans Bernard DROBENKO (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, préc., note 307, p. 50 et 51.

³³⁵ Udo MISCHEK, « Mahalle Identity Roman (Gypsy) Identity under Urban Conditions », dans Adrian MARSH et Elin STRAND (dir.), *Gypsies and the problem of identities. Contextual, Constructed and Contested*, Swedish Research Institute in Istanbul Transactions vol. 17, I. B., London and New-York, Tauris and Co Ltd., 2006, p. 158 et 159.

³³⁶ B. BELTON, « Knowing Gypsies », préc., note 307, p. 42.

sont complémentaires, permet de le concevoir de manière plus réaliste. La conception nuancée qui en résulte entraîne la conciliation des notions de « novation » et de « tradition » ou des contextes individuels et collectifs. Elle dissocie également le concept d'acculturation de celui d'assimilation. Enfin, le décroisement du concept de mode de vie par rapport aux seules notions de tradition et de culture et par rapport au contexte collectif auquel il est souvent malencontreusement restreint, renforce l'intérêt de cette définition. C'est dans ce cadre que les rapports au temps, à l'espace et aux autres seront conçus, à savoir, dans la diversité intrinsèque à chaque groupe.

CHAPITRE 2 : LE CONTENU DU CONCEPT DE *MODE DE VIE*

Si chaque mode de vie comporte ses spécificités, qu'il soit minoritaire, autochtone ou majoritaire, leur caractère « distinct » est souvent davantage remarqué en contextes minoritaires ou autochtones et les individus membres de ces collectivités y sont particulièrement attachés. À côté de ces différences, ils comportent également des pratiques qui se retrouvent ailleurs. Réduire les modes de vie autochtones ou minoritaires à leurs seules distinctions serait donc inapproprié, suscitant le risque d'essentialiser et de muséifier, voire de folkloriser, la réalité. De plus, la qualification de mode de vie « distinct » dépend également de la vision hégémonique de celui qui le définit, lorsqu'elle est posée par une personne extérieure à la communauté. Elle ne représente pas alors un constat objectif. En outre, ne fonder leur protection juridique que sur ce caractère « distinct » peut avoir pour conséquence de supplanter d'autres fondements, que sont la liberté ou le principe de dignité.

Plusieurs raisons justifient une intervention du droit au titre de la dignité et des droits de la personne plutôt qu'au titre de la distinction³³⁷. La première repose sur l'attachement individuel et collectif à l'égard de ces modes de vie. Leur adoption ne relève pas uniquement de la volonté consciente et réfléchie des membres des communautés minoritaires ou autochtones, puisque celle-ci est en partie issue de la tradition et de la transmission. Ces modes de vie « préexistent » partiellement aux membres de ces communautés. En ce sens, leur pratique dépasse le simple choix rationnel. Les deux autres raisons qui soutiennent la pertinence du fondement sur la dignité sont la présence d'une volonté de perpétuer ces modes de vie ainsi que la garantie d'un choix libre en la matière.

Néanmoins, la distinction est aussi un moyen de définir. De plus, elle renvoie à une certaine réalité. C'est pourquoi cette étude y a recours. Trois mises en garde doivent toutefois être faites. Elles concernent la description de rapports mouvants, qui comporte le risque de les figer, la généralisation, qui empêche l'expression des nuances, et le risque de folklorisation, folklore et identité étant deux notions différentes. Les lignes qui suivent doivent donc être relativisées, sachant qu'un

³³⁷ J. LAJČAKOVA, *Ethnocultural Justice for the Roma in Slovakia*, préc., note 102.

spectre de nuances plus vaste serait requis pour présenter la réalité des modes de vie minoritaires ou autochtones.

Par conséquent, ceux-ci pourraient être définis au moyen de trois rapports : à l'espace (Section 1), au temps (Section 2) et aux autres (Section 3)³³⁸. Ces trois rapports existent chez toutes les communautés du monde, mais sont appréhendés de façons diverses, chacune d'entre elles en ayant des conceptions propres.

Section 1 : Le rapport à l'espace

Le rapport à l'espace est le produit d'un métissage plus ou moins important selon les communautés, entre leurs visions propres et celles des majorités nationales. Par exemple, pour de nombreux Roms, le « territoire est d'abord celui de *Gadjé* [ceux qui ne sont pas Roms] »³³⁹. Le rapport à l'espace, la relation et les conceptions du territoire sont donc différents de celles des Autochtones, qui eux expriment un attachement au territoire et qui rappellent souvent leur statut de premiers arrivants.

Traditionnellement, en contexte autochtone, le rapport à l'espace contient le rapport au territoire, aux ressources, à la nature, aux ancêtres – donc au passé – et aux objets³⁴⁰. Pour nombre de ces peuples, ce rapport, avant d'être économique, monétaire ou marchand, est psychologique et affectif³⁴¹. Il est ainsi qualifié par les spécialistes de spirituel, matériel (source de subsistance), social (« un espace social habité par un réseau familial »), sacré, mythique, identitaire, collectif,

³³⁸ L'exposition de ces trois rapports se fonde sur l'ouvrage de K. GENTELET, A. BISSONNETTE et G. ROCHER, *La sédentarisation : effets et suites chez des Innus et des Atikamekw*, préc., note 307, p. 22-26 et p. 47-54. Voir aussi H. MENDRAS, *Éléments de sociologie*, préc., note 315, p. 30-32.

³³⁹ Alain REYNIERS, « Migrations, mobilité et territorialité chez les tsiganes », dans B. DROBENKO (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, préc., note 307, p. 68.

³⁴⁰ Frédéric DEROCHÉ, « Les peuples autochtones et leur relation à la terre et aux ressources naturelles », dans J-C. FRITZ et al. (dir.), *La nouvelle question indigène, peuples autochtones et ordre mondial*, préc., note 28, p. 276-280 ; Ghislain OTIS, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », (2006) 47 *Les Cahiers de droit*, p. 781-814, § 31-34.

³⁴¹ N. BELAIDI, « Le modèle des conceptions cosmiques : apport de la vision du monde des peuples autochtones à la question environnementale sous l'angle juridique », préc., note 316, p. 405.

intergénérationnel, intime et généalogique³⁴². Les aspects matériel et psychologique ou spirituel coexistent à des degrés divers en fonction des communautés.

Le nomadisme, pratiqué par certains Roms ou Autochtones – bien que de manière différente –, révèle encore d'autres aspects du rapport à l'espace. La mobilité peut être conçue comme une garantie de l'identité, de la survie du groupe et elle représente une barrière vis-à-vis de l'isolement. Pour les Roms sédentarisés, la mobilité n'est plus une pratique quotidienne, mais même occasionnelle – lors de réunions familiales – elle demeure un rempart à l'isolement. De plus, en contexte de valorisation de la mobilité, le rapport à l'espace est souvent provisoire et cyclique³⁴³.

Par ailleurs, le déplacement n'est pas laissé au hasard. Il est une réalité cohérente et rationnelle qui dépend d'une conception du territoire³⁴⁴. Ainsi, « [...] en tant que donnée identitaire, le voyage est avant tout lié à une structuration de l'espace. Il devient lié au seul déplacement dès qu'il est appréhendé à partir des référents non tsiganes, la structuration de l'espace étant dans ce cas celle utilisée par les non-Tsiganes »³⁴⁵. Cette structure se maintient, malgré l'existence de référents divers, provenant aussi bien de processus d'acculturation que de la multiplicité des conceptions au sein d'un peuple. La diversité des référents explique, d'une part, que le rapport à l'espace soit conçu de manière diverse. Elle justifie, d'autre part, que le nomadisme soit exercé de façon plus ou moins régulière ou soit même absent de certaines pratiques. Dès lors, l'itinéraire, la durée du voyage, la manière d'envisager le nomadisme, mais aussi le fait de l'envisager ou non changent au sein de la même

³⁴² Erica-Irene DAES, *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Document de travail E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 juin 2001, § 20 ; F. DEROCHE, « Les peuples autochtones et leur relation à la terre et aux ressources naturelles », préc., note 340, p. 275-280.

³⁴³ « Le territoire prend l'allure d'un parcours toujours en formation, toujours renégocié au sein des communautés et avec les Gadjé (ou leurs autorités). L'insertion dans un territoire de polarisation ou dans un territoire de parcours est autant liée à des formes particulières d'exploitation des ressources [...] qu'à l'extension du réseau familial et à des prédispositions psychologiques. Aussi ne peut-on distinguer ces territoires à l'étendue de l'espace qu'ils occupent. Un territoire de parcours peut se limiter à deux ou trois cantons comme il peut s'étendre à l'Europe entière. Un territoire de polarisation peut être limité à quelques grosses bourgades contiguës comme à des villes distantes de plusieurs centaines de kilomètres », A. REYNIERS, « Migrations, mobilité et territorialité chez les tsiganes », préc., note 339, p. 68.

³⁴⁴ *Id.*, p. 69.

³⁴⁵ M. DELSOUC, « Approche socio-ethnologique de l'identité tsigane », préc., note 334, p. 58 et 59.

collectivité. Autrement dit, la structuration de l'espace est susceptible de transformation³⁴⁶.

Enfin, une conception spécifique du territoire et de l'environnement se manifeste derrière chaque rapport à l'espace. Traditionnellement, en contexte autochtone, celle-ci privilégie une vision holiste, non bornée et étendue du territoire. La conception de l'environnement englobe l'ensemble des éléments, tels que l'eau, l'air, la terre, le feu ainsi que les ressources végétales, minérales et animales³⁴⁷. En revanche, la conception de l'environnement et du territoire n'a pas à se limiter à cela pour être autochtone.

De fait, ces conceptions sont plus ou moins présentes dépendant des communautés. Certaines collectivités autochtones vivent aujourd'hui au sein de réserves créées par les États, notamment au Canada. L'instauration du système de réserves porte atteinte au rapport à l'espace tel que conçu originellement, en réduisant grandement le territoire et son accès, en dépossédant et en sédentarisant les populations et en modifiant la relation au territoire ancestral. Bien que les rapports à l'espace, au temps et aux autres soient transformés en conséquence, ils ne sont pas rompus³⁴⁸. Là encore, la complexité de la réalité sociale – complexité qui tient à l'absence d'absolu, de pureté ou de simplicité – doit être prise en considération.

Ainsi, la reconnaissance juridique effective des conceptions diverses du territoire et de la vie implique une mise en œuvre différenciée et même, dans certains cas, une redéfinition des droits garantis, tels que les droits au logement et de l'urbanisme. Cela permettrait une saisie juridique plus adéquate des diverses manières de vivre. De même, ces conceptions spécifiques du rapport à l'espace ont des répercussions sur l'appréhension, par les peuples autochtones, de la notion de propriété et, de fait, sur celle du droit de propriété. Traditionnellement, le territoire n'étant pas borné, la propriété individuelle, définie de manière métrique et précise, ne peut exister. Chez les Roms, « [l]a notion de propriété est différente suivant les

³⁴⁶ *Id.*, p. 55.

³⁴⁷ J-C. FRITZ et al. (dir.), *La nouvelle question indigène, peuples autochtones et ordre mondial*, préc., note 28, p. 276 et 277 et p. 405 et 406 ; K. GENTELET, A. BISSONNETTE et G. ROCHER, *La sédentarisation : effets et suites chez des Innus et des Atikamekw*, préc., note 307, p. 51.

³⁴⁸ *Id.*

niveaux d'acculturation, rendant certaines actions coupables dans un cas, alors qu'elles seront sinon tolérées, du moins non réprimandées dans l'autre : vol de fruits sur un arbre, en bord de route, par exemple »³⁴⁹. Pour de nombreuses collectivités, cette notion est conçue à l'extérieur de l'individualisation, c'est-à-dire dans un cadre collectif. C'est pourquoi, en contexte autochtone, afin de pérenniser le rapport à l'espace ainsi conçu, le principe d'exo-intransmissibilité limite l'appropriation individuelle du territoire et son aliénabilité. Il prohibe, par ailleurs, sa transmission à des membres extérieurs au groupe. Il a pour conséquence la délégitimation de la conception classique du droit de propriété, puisque la seule propriété individuelle s'oppose à la conception que la plupart de ces peuples ont du territoire et de la nature. Il en résulte une inadéquation des concepts de possession, de domination ou de cession du territoire par les individus. Ceci place le territoire et la communauté, en relation perpétuelle et au centre des préoccupations.

Néanmoins, cette reconnaissance juridique de conceptions diverses ne doit pas conduire à une prise en compte uniforme des identités, car aucune collectivité ne se forme ni ne se perpétue dans l'homogénéité – par exemple, le nomadisme n'est pas une caractéristique qui peut être généralisée à tous les Roms. La réponse formulée en droit à cette quête de reconnaissance doit, par conséquent, être flexible.

Section 2 : Le rapport au temps

Pour les communautés autochtones, Roms et tribales, le temps est conçu comme un élément cyclique et diachronique, mais aussi de manière linéaire, objective ou métrique – une approche peut aussi en dominer une autre selon les communautés. De plus, traditionnellement, en milieu autochtone, le temps ne comporte pas de séparation entre le passé et le présent³⁵⁰, ni d'opposition entre la vie et la mort³⁵¹. Dans ce cadre, un lien continu est maintenu entre les communautés autochtones et

³⁴⁹ M. DELSOUC, « Approche socio-ethnologique de l'identité tsigane », préc., note 334, p. 60.

³⁵⁰ H. MENDRAS, *Éléments de sociologie*, préc., note 315, p. 31 ; K. GENTELET, A. BISSONNETTE et G. ROCHER, *La sédentarisation : effets et suites chez des Innus et des Atikamekw*, préc. Note 307, p. 49-51.

³⁵¹ *Id.* et J-P. LACASSE, *Les Innus et le territoire*, préc., note 307, 274 p.

leurs ancêtres. Celui-ci justifie l'attachement au territoire ancestral, l'importance des sépultures ainsi que le respect et la célébration des ancêtres³⁵².

Au sein de certaines communautés roms, un temps subjectif et le moment présent conservent une importance :

« La prise en compte d'un temps subjectif se manifestera essentiellement par des attitudes et des comportements liés au moment présent, ce qui entraînera des réactions spontanées ; les décisions seront souvent prises en fonction de données ponctuelles »³⁵³.

La spontanéité ou la gestion du temps liée à une action et non à son écoulement sont les marqueurs d'une conception subjective, la double maîtrise de ces deux conceptions – objective et subjective – correspondant davantage à la réalité³⁵⁴. À titre d'exemple, dans le cas de certains membres nomades du peuple Rom, le jour de départ peut être spontanément décidé : « Ce départ ne constitue en aucun cas une « fuite », mais au contraire, une affirmation de soi, une décision prise dans le domaine que l'on peut maîtriser, dans son champ d'autonomie »³⁵⁵.

Le rapport au temps peut donc être fondé sur des conceptions non majoritaires. Toutefois, rappelons qu'il est important de ne pas d'emblée généraliser l'adhésion à ces conceptions par l'ensemble des membres de peuples autochtones ou Rom, puisque certains vivent selon un temps linéaire et métrique, tout en conservant leurs identités rom ou autochtone. Partant, d'un point de vue juridique, il faut trouver une réponse adaptée aux situations complexes et à la mixité des conceptions et appartenances.

³⁵² K. GENTELET, A. BISSONNETTE et G. ROCHER, *La sédentarisation : effets et suites chez des Innus et des Atikamekw*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 51.

³⁵³ M. DELSOUC, « Approche socio-ethnologique de l'identité tsigane », dans B. DROBENKO (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, Cahiers du C.R.I.D.E.A.U. n° 12, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2005, p. 52 et 53.

³⁵⁴ *Id.*, p. 54.

³⁵⁵ *Id.*, p. 52 et 53.

Section 3 : Le rapport aux autres

Le rapport aux autres se manifeste au sein de la famille et de la communauté. Il se caractérise par des responsabilités, des devoirs, des tensions³⁵⁶ et des rôles qui varient à la fois en fonction de l'institution au sein de laquelle on se situe – famille ou communauté – et en fonction du statut de l'individu au sein du groupe – jeune, aîné(e), parent, enfant³⁵⁷.

Par exemple, en contexte autochtone, les aînés sont souvent considérés comme les gardiens des connaissances. À ce titre, ils exercent un rôle d'éducateurs et de transmetteurs du savoir. Par ailleurs, un rapport d'interdépendance avec autrui coexiste de manière plus ou moins prononcée avec une recherche de respect de l'indépendance de chacun. L'individualisme n'est traditionnellement pas une valeur promue, ni au sein des communautés autochtones, ni au sein des collectivités roms, le rapport aux autres se caractérisant davantage par un sentiment d'appartenance ou de solidarité. Alain Reyniers indique en la matière :

« Un Tsigane vit rarement seul. [...] [II] voyage avec sa famille [...] Le noyau familial est fréquemment associé, de manière temporaire, à d'autres noyaux qui forment des ensembles sociaux plus vastes et mouvants, au gré des va-et-vient. C'est au sein de ces ensembles que chaque Tsigane trouve des possibilités d'entraide et de solidarité, au besoin en jouant sur ses relations de parenté. L'édifice social qui résulte du mouvement des familles est parcouru de tensions multiples : la collectivité, qui pousse à l'unanimité de ses membres, notamment à l'harmonisation du niveau de vie, à l'adoption de valeurs similaires, à sa pérennité dans le resserrement des liens matrimoniaux n'est pas toujours soutenue par les cellules familiales qui ont sur tous ces points leurs exigences propres »³⁵⁸.

³⁵⁶ B. DROBENKO (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, préc., note 307, p. 67.

³⁵⁷ K. GENTELET, A. BISSONNETTE et G. ROCHER, *La sédentarisation : effets et suites chez des Innus et des Atikamekw*, préc., note 307, p. 48 et 49 ; H. MENDRAS, *Éléments de sociologie*, préc., note 307, p. 79-81.

³⁵⁸ A. REYNIERS, « Migrations, mobilité et territorialité chez les tsiganes », préc., note 339, p. 67. Sur le sentiment de solidarité en contexte autochtone, voir aussi J-C., FRITZ et al., *La nouvelle question indigène. Peuples autochtones et ordre mondial*, préc., note 28, p. 428, p. 406 et 412.

Nous avons déjà mentionné que le rapport à l'espace se caractérisait par des liens généalogiques et de filiation entre l'individu et son environnement³⁵⁹. De façon similaire, en contexte nomade les rapports au temps et à l'espace sont vécus de manière plus cyclique. De plus, en contexte autochtone le rapport au territoire se révèle à travers les rapports aux autres, au temps et à l'espace³⁶⁰. Le rapport aux autres dépend aussi, chez les Autochtones, de la conception du territoire privilégiée.

« Les liens généalogiques génèrent alors des responsabilités morales envers le monde naturel et tous les êtres vivants ce qui donne naissance à des relations réciproques définissant des responsabilités entre les êtres humains et l'environnement. Un ensemble de droits et d'obligations, de codes de conduite sont élaborés et permettent de gérer les relations entre l'homme et son environnement »³⁶¹.

Pour les Roms, l'interdépendance entre les rapports au territoire et aux autres se vérifie également, puisque, les déplacements – qui renvoient aux rapports au temps et à l'espace – garantissent l'organisation sociale et familiale du groupe. Cela met en évidence l'interdépendance et la perméabilité des trois types de rapports.

Cependant, les aspects traditionnels du rapport aux autres tendent parfois à se réduire, en raison du déclin des valeurs « traditionnelles ». Pour autant, cela n'aboutit pas toujours à une disparition d'un mode de vie rom ou autochtone, puisqu'il peut y avoir une appropriation et une réinterprétation de valeurs initialement non roms ou non autochtones adaptées aux choix de vie de ces communautés. Cela renvoie à la définition même de ce que l'on considère comme étant autochtone ou rom³⁶².

Par conséquent, l'existence de spécificités dans les conceptions valorisées, issues ou non de la tradition, est une constante qui ressort clairement des rapports au temps, aux autres et à l'espace. Elles cohabitent souvent avec des aspects plus

³⁵⁹ F. DEROCHE, « Les peuples autochtones et leur relation à la terre et aux ressources naturelles », préc., note 340, p. 278.

³⁶⁰ K. GENTELET, A. BISSONNETTE et G. ROCHER, préc., note 307, p. 22-26.

³⁶¹ *Id.*

³⁶² Cette définition appartient aux membres des communautés eux-mêmes. Néanmoins, l'obtention d'une définition par eux pose deux difficultés. D'une part, comment déterminer les autorités légitimes pour y parvenir, sachant que le problème de leur représentativité est présent ? D'autre part, à quelle fin servira-elle en droit, sachant qu'une définition de ce qui est autochtone ou rom peut aisément conduire à l'essentialisation, voire à des politiques de séparation ?

communs, démontrant une fois de plus l'importance d'une approche nuancée. Afin de saisir correctement cette manifestation identitaire qu'est le mode de vie, une approche holiste et une vision interreliée seront privilégiées. De plus, elle sera comprise en tant que phénomène socialement construit.

En somme, le concept de mode de vie fait référence à une réalité complexe, en raison notamment de sa mutabilité et de son métissage. Il fait aussi référence à une réalité sensible et humaine, d'où les conséquences non négligeables que peuvent avoir sur lui les pressions provenant de l'extérieur et de l'intérieur des communautés, sciemment ou inconsciemment imposées. Cela demande tant aux chercheurs qu'au législateur d'en traiter avec précaution et minutie. L'interprétation juridique des modes de vie minoritaires et autochtones sera évaluée à la lumière de l'exposé qui précède.

TITRE 2 : LA SIGNIFICATION DE LA NORME DANS LES DISCOURS JURIDIQUES

Excepté l'article 8j de la *Convention sur la diversité biologique*, conclue à Rio de Janeiro le 05 juin 1992, la législation supranationale ne contient aucune disposition mentionnant de manière explicite le concept de mode de vie. Cet article se positionne en faveur de la préservation des modes de vie autochtones, en indiquant que

« Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, [l'État] respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques »³⁶³.

Selon cette disposition, les modes de vie autochtones représentent des connaissances, des innovations et des pratiques. Cela reste toutefois insuffisant.

Afin de parvenir à une compréhension plus précise de ce concept ainsi qu'à une juste évaluation de la norme juridique consacrée, nous analyserons les discours juridiques des requérants minoritaires ou autochtones, puis ceux des juges des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et des experts du Comité des droits de l'homme. Alors que nous nous sommes jusqu'à présent fondés sur un point de vue extérieur au droit, celui issu de l'anthropologie, cette étape-ci met l'accent sur la perspective des principaux acteurs participant au processus d'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones³⁶⁴.

L'objectif des lignes qui suivent est de comprendre le sens que ceux-ci attribuent au concept de modes de vie minoritaires et autochtones ainsi qu'à la norme juridique qui protège cette manifestation sociale. Avant de commencer, signalons d'emblée une nuance importante déjà soulevée par certains auteurs. Ces derniers

³⁶³ *Convention sur la diversité biologique*, article 8j, préc., note 38.

³⁶⁴ Précisions que ces deux chapitres n'aborderont pas le point de vue des États, qui lui a été évoqué dans la première partie et le sera à nouveau dans la partie III de cette étude.

indiquent que l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, et l'interprétation qu'en fait la Cour, protège un droit *au respect* et non un droit *d'adopter* un mode de vie particulier³⁶⁵. Cette remarque demeure pertinente au regard de la jurisprudence contemporaine de la Cour européenne et s'applique aussi dans le cadre des deux autres systèmes juridiques étudiés. De fait, chaque juridiction reçoit des revendications, puis articule un cadre juridique réglementant la poursuite de modes de vie minoritaires ou autochtones établis et structurés. La jurisprudence actuelle n'élabore en aucun cas une protection de modes de vie émergents et isolés de pratiques dites « traditionnelles ». Cette distinction se fonde implicitement sur leurs caractères durables et enracinés, mais aussi sur la nécessité de les protéger en tant qu'élément profond et partie intégrante de l'identité des requérants. Ces décisions n'excluent toutefois pas l'abandon d'un mode de vie minoritaire ou autochtone. *A fortiori*, le droit d'en changer ou de l'abandonner existe, de même que le droit d'en adopter un nouveau. Cette distinction permet déjà de cerner la portée de la norme nouvelle.

Afin de développer sur son sens et sur l'objet des obligations imposées par les juridictions et par le Comité, examinons d'abord les discours des requérants roms, tribaux et autochtones (Chapitre 1) avant d'analyser ceux des juges et experts (Chapitre 2). Enfin, les derniers développements seront présentés sous la forme d'un bilan concernant l'existence ou non d'un « discours commun partagé » (Chapitre 3).

³⁶⁵ C. MARQUAND, cité dans H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 80.

CHAPITRE 1 : LE SENS DU CONCEPT DE MODE DE VIE ET DE LA PROTECTION REVENDIQUÉE DANS LES DISCOURS DES REQUÉRANTS ROMS, TRIBAUX ET AUTOCHTONES

Le concept de mode de vie et la norme qui en résulte sont initialement revendiqués par les requérants, de façon directe dans le cas des Roms et des Samis ou indirecte dans le cas des peuples autochtones et tribaux des Amériques. Ces derniers conçoivent et expriment leurs identités de façon holistique, c'est-à-dire dans leur globalité et en établissant une interrelation entre identité, culture, territoire, mode de vie et spiritualité. De ce fait, les requêtes déposées ont nécessairement un lien avec la protection des modes de vie minoritaires ou autochtones, quand bien même on ne se référerait pas explicitement au concept.

Afin d'analyser le discours des requérants et de comprendre quelles sont leurs attentes, nous allons d'abord rechercher l'intérêt que représente pour eux l'utilisation du concept de mode de vie (Section 1). Ensuite, nous présenterons leurs visions du sens de la norme en résultant, ainsi que son étendue (Section 2). Les points de vue des peuples sur lesquels cette analyse se fonde ont été identifiés à partir des arguments et moyens qu'eux ou leurs avocats ont soumis à l'un des trois organes de règlement des différends dont la jurisprudence est examinée ici³⁶⁶.

Section 1 : L'intérêt du recours au concept de mode de vie pour les requérants roms, tribaux et autochtones

Les requérants roms ont eux-mêmes introduit le concept de mode de vie devant la Cour européenne des droits de l'homme. Un juge de la Cour participant aux entrevues le confirme : « si ce terme était employé [par les juges] dans *Chapman*, c'est certainement parce qu'il faisait partie des observations du requérant. C'était cela

³⁶⁶ Cette analyse se fonde principalement sur les points de vue des requérants et de leurs avocats, tel que ceux-ci apparaissent au sein des décisions rendues par les différentes juridictions, en particulier dans la partie de ces jugements qui rappelle les moyens des requérants. Nous avons également consulté, mais de manière accessoire et non systématique, les documents de certaines organisations non gouvernementales représentant ces peuples ou défendant leurs intérêts, via leurs sites internet.

le caractère central de la requête »³⁶⁷. Devant la Cour interaméricaine ou le Comité des droits de l'homme, les requérants autochtones fondent leur discours sur le territoire ou la culture, concepts qu'ils conçoivent de manière étendue, ce qui est également propre à intégrer celui de mode de vie. D'ailleurs, y recourir présente plusieurs intérêts.

Son intérêt initial repose sur son caractère englobant, provoquant une prise en compte des interconnexions entre les pratiques, la culture, l'identité, la tradition et le territoire lorsque cet élément est essentiel. Le concept de mode de vie paraît dépasser, sans les éliminer, les dimensions culturelle et traditionnelle souvent associées à l'identité pour y inclure une dimension sociale, territoriale, contemporaine et permettre l'inclusion de valeurs et de conceptions particulières et pluridimensionnelles. Dans le cas des Roms nomades ou semi-nomades, il permet d'associer, d'une part, les besoins en termes de logement adéquat – autrement dit, en matière de création d'espaces de stationnement –, d'autre part, l'expression d'une identité culturelle et d'une réalité sociale spécifiques³⁶⁸, mais aussi un mode de vie transformé. Dans le cas des peuples autochtones, il allie culture et territoire³⁶⁹.

Il en résulte une extension et une confusion possible des concepts de mode de vie, de territoire et de culture, source de réalisme. Par exemple, le concept de culture utilisé à l'article 27 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* chevauche, lorsqu'il s'applique aux autochtones, ceux de mode de vie, de territoire et de spiritualité. Selon les requérants Maoris, « la pêche est un aspect fondamental de leur culture et de leur religion »³⁷⁰. Elle est profondément reliée à l'identité collective de ce peuple et individuelle de chaque Maori, d'où sa quasi « sacralité » et l'importance de l'impact

³⁶⁷ Entrevue 2, p. 1.

³⁶⁸ CENTRE EUROPÉEN POUR LES DROITS DES ROMS, Commentaires écrits dans les affaires *Chapman c. Royaume-Uni*, *Thomas and Jessica Coster c. Royaume-Uni*, *John and Catherine Beard c. Royaume-Uni*, *Jane Smith c. Royaume-Uni* et *Thomas Lee c. Royaume-Uni*, 2001, § 5 et 6, en ligne : http://www.errc.org/Archivum_index.php (consulté le 03 février 2010) ; ORGANISATION POUR LE SÉCURITÉ ET LA COOPÉRATION EN EUROPE, *Report on the situation of Roma and Sinti in the OSCE Area*, 2000, en ligne : http://www.osce.org/documents/hcnm/2000/03/241_en.pdf (consulté le 03 février 2010), p. 95-127.

³⁶⁹ Voir l'association proposée par ces peuples et validée par les experts du Comité entre droit à sa culture propre et territoire.

³⁷⁰ *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 8.2.

que le non-respect des pratiques de pêche maories peut produire. Un requérant indique, par exemple :

« Dans l'idiome maori, le mot "taonga", lorsqu'il est employé dans le contexte de la pêche, signifie ressource, source de nourriture, occupation, et source de biens pour l'échange de présents, et s'inscrit dans la relation complexe existant entre les Maoris et leurs terres et eaux ancestrales. Dans le contexte de la pêche, le taonga dénote une vision qui s'étend au passé, englobant 1 000 ans d'histoire et de légende, et se confond du point de vue mythologique avec les concepts de dieux et de taniwha ainsi que de tipuna et de kaitiaki. Le taonga se perpétue dans le temps par-delà les changements dans l'occupation des zones tribales et dans la propriété des ressources, fondant en un tout - englobant tout ce qui est vivant et non vivant - la terre, les eaux, les dieux, les animaux, les plantes et le cosmos lui-même dans leur totalité. [...] S'agissant de la pêche, le taonga crée des relations entre l'individu et la tribu, les poissons et les zones de pêche, non seulement en termes de propriété ou d'appartenance, mais aussi du point de vue de l'identité personnelle ou tribale, des liens du sang et de la généalogie, et de la vie spirituelle. Cela signifie qu'une "atteinte" à l'environnement ou aux pêches peut être ressentie personnellement par un Maori ou une tribu maorie, et c'est non seulement l'être physique, mais aussi le prestige, les émotions et le mana qui en pâtissent.

Le taonga de la pêche à l'instar d'autres taonga est une manifestation de la conception physico-spirituelle complexe que les Maoris ont de la vie et des forces de la vie. Il est non seulement une source de bienfaits économiques, mais aussi un fondement de l'identité personnelle, un symbole de stabilité sociale et un réservoir de force émotionnelle et spirituelle. »³⁷¹.

Il met en évidence l'étendue des interrelations ainsi que l'importance réelle, pour les requérants, du respect de leurs conceptions propres. En outre, le concept de mode de vie est directement associé, par les requérants, à ceux de culture et de pêche, démontrant ainsi leur croisement³⁷². Le point de vue de George Howard peut aussi illustrer le décloisonnement à l'œuvre et permettre une meilleure compréhension des conceptions autochtones. Membre de la Première Nation de Hiawatha, qui se situe au sein de la province canadienne de l'Ontario, il déplore l'impossibilité d'exercer individuellement ou avec d'autres membres de sa communauté les droits de pêche qui sont liés à son statut d'autochtone, et ce, sur l'ensemble du territoire ancestral de la communauté, c'est-à-dire au-delà du territoire de la réserve. Selon lui, cette impossibilité met en péril la survie culturelle, spirituelle et sociale de sa communauté. Partant, il associe culture et spiritualité pour remettre en cause l'accès au territoire tel

³⁷¹ *Id.*, § 8.2.

³⁷² *Id.*, § 6.2.

qu'il est défini par la loi canadienne et le système de réserves établi par l'État³⁷³. De plus, outre les croyances et les activités économiques traditionnelles, il met en évidence l'importance de la forme de l'établissement qui, selon lui, est attachée à son mode de vie. Le fait d'être contraint à la sédentarité, en raison de l'établissement par le Canada d'un système de réserves fondé sur un confinement spatial limitant l'accès aux territoires ancestraux, va selon George Howard à l'encontre du mode de vie de sa communauté, fondé sur la chasse et le piégeage. Le concept se réfère alors à une définition de la vie sur le territoire et à un fonctionnement social³⁷⁴. Par ailleurs, afin de mettre en évidence l'enjeu que comporte la possibilité d'exprimer leurs modes de vie, les requérants autochtones vont jusqu'à manifester nettement l'existence du lien entre celui-ci et leur propre vie, si bien que dans certaines espèces, l'atteinte à la pratique du premier est assimilée à la violation du droit à la vie ou du droit à des traitements humains. Devant le Comité des droits de l'homme, le chef Bernard Ominayak de la bande du lac Lubicon, en Alberta du nord (Canada), établit deux liens intéressants. D'une part, il expose la relation entre l'exploitation, par des compagnies privées autorisées par l'État, des ressources pétrolières et gazières se situant sur le territoire de la bande et l'impossibilité pour les membres de sa communauté d'exercer leur mode de vie. D'autre part, Bernard Ominayak établit un rapport entre cette exploitation et la dégradation de la santé, voire le décès, de nombreuses personnes de la bande, dus à la destruction de l'environnement³⁷⁵.

La large portée de ce concept lui donne un second intérêt, qui est le vaste potentiel qu'il contient en termes d'accueil des diverses « micro-réalités ». Il dispose d'une capacité d'intégrer des réalités hétérogènes, ouverture essentielle, puisque les peuples autochtones et minoritaires du monde n'ont pas un vécu homogène. Au sein des Amériques, le concept lui-même n'est pas directement employé, mais sa signification englobante est toute aussi présente. Dans toutes les affaires tranchées par

³⁷³ *George Howard c. Canada*, communication n°879/1999, (04 août 2005) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/a981f075b1aa655ec1257068004b2140?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/a981f075b1aa655ec1257068004b2140?Opendocument) (consulté le 22.09.08), § 3.2.

³⁷⁴ *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144, § 23.2

³⁷⁵ *Id.*, § 16.2 et 16.4. Cette communication est similaire, dans la revendication et dans l'ampleur de l'impact des atteintes sur la vie des communautés, aux affaires *Moiwana Village v. Suriname*, préc., note 209 et *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153.

la Commission ou par la Cour interaméricaine, les requérants autochtones démontrent qu'ils disposent de « caractéristiques sociales, culturelles et économiques différentes des autres parties de la communauté nationale, incluant une relation spécifique avec leurs territoires ancestraux »³⁷⁶. Cette déclaration expose à l'observateur extérieur la relation entre culture, économie, territoire et société. Les Roms, quant à eux, revendiquent souvent, devant la Cour européenne, un mode de vie qu'ils présentent en lien direct avec la tradition du voyage, mais qui est aussi adapté à la réalité contemporaine, dans la mesure où ils revendiquent le droit de s'établir sur des territoires privés tout en continuant à vivre en caravane³⁷⁷.

Cette ouverture comporte cependant un inconvénient, puisque certains requérants associent leur manière de faire et de concevoir la vie à celle de leur communauté d'appartenance toute entière. Il en résulte une prise en compte subjective, reposant sur la réalité d'un individu dont la perspective peut ne représenter qu'une minorité de membres. Par exemple, seuls les Roms nomades ou semi-nomades se perçoivent et sont perçus par les juges comme disposant d'un mode de vie « distinct » et susceptible d'être protégé. Aucun Rom ne revendique devant la Cour un mode de vie lié uniquement à des valeurs spécifiques ou à un ressenti. De fait, aucune décision ne s'attache à la situation de Roms sédentaires vivant au sein de logements identiques à ceux de la majorité. En droit, cette réalité semble ne pas exister. On peut alors se demander si, dans l'éventualité où elle était plaidée, les juges reconnaîtraient un droit au mode de vie rom ou non. N'associeraient-ils pas la sédentarisation à un abandon de ce mode de vie, résultant à l'impossibilité d'exercer ce droit ?

Nous constatons ainsi que la compréhension du concept de mode de vie s'arrête souvent à l'existence de signaux objectivés, tangibles et concrets, marqueurs de différences, alors qu'il comporte également des éléments invisibles ou inexprimés, appartenant à la sphère du symbolique et du « ressenti » de l'individu. Ce constat soulève les risques, pour un observateur extérieur tel que le juge, de restreindre un

³⁷⁶ *Moiwana village v. Suriname*, préc., note 209 ; *Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153 ; *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, préc., note 196 ; *Saramaka People v. Suriname*, préc., note 152, § 78-84 et 86.

³⁷⁷ *Chapman c. Royaume Uni*, préc., note 42, § 11-13.

mode de vie à ces signaux tangibles – tels que le nomadisme ou la pratique d’une activité traditionnelle – et de consacrer une protection juridique adaptée au cas d’espèce en présence, mais décalée par rapport à la réalité d’autres membres de la même communauté³⁷⁸. Par exemple, certains autochtones adhèrent à une vision plus traditionaliste de leur mode de vie³⁷⁹. Bien que leur objectif soit souvent stratégique, sachant qu’en droit, la différence est un fondement essentiel de la reconnaissance d’un traitement spécifique, l’image authentique qu’ils mettent alors en exergue peut avoir tendance à renforcer le caractère « distinct » et, en cela, figer ou essentialiser l’identité de l’ensemble du groupe. D’autres autochtones ont, au contraire, un point de vue différent. Ils affichent simultanément le profil de leur mode de vie transformé par le temps³⁸⁰ et la vivacité du caractère spécifique de celui-ci. Les requérants ont une maîtrise de l’image qu’ils veulent donner de leur propre identité et insistent parfois volontairement sur une facette de celle-ci plutôt que sur une autre.

Nous observons ainsi dans leurs discours le caractère englobant de revendications initialement fondées sur le droit à sa propre vie culturelle, à son territoire, à sa vie privée et familiale ou à son domicile, mais élargies pour inclure le concept de mode de vie³⁸¹. Aussi, bien que celui-ci ne soit pas toujours directement exprimé, il n’est pas pour autant absent du discours des requérants. La question qui se pose à cet égard consiste à savoir comment il est possible de se saisir juridiquement des questions identitaires de manière appropriée, c’est-à-dire en respectant la réalité hétérogène. Comment le droit peut-il élaborer un régime juridique fondé sur la mise en œuvre d’un traitement spécifique, mais uniforme pour tous les membres d’une même communauté, sans que celui-ci soit inapproprié à l’égard d’un certain nombre ?

³⁷⁸ Concernant le peuple Rom, par exemple, l’accent est mis sur le nomadisme ou le semi-nomadisme – voir à ce titre le rapport de l’O.S.C.E. et celui du Comité européen pour les droits des Roms – alors que cette pratique ne touche qu’une minorité de membres. En France, seul 10% des Roms sont nomades.

³⁷⁹ Voir *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144.

³⁸⁰ *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200 ; *Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200 ; *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Muotkatunturi Herdsmen’s Committee c. Finlande*, préc., note 200 ; *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande*, préc., note 200.

³⁸¹ *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144, § 3.8.

Section 2 : Le sens de la norme juridique nouvelle pour les requérants

Au-delà du fait d'introduire le concept de mode de vie, les requérants en proposent également une interprétation. Cela apparaît clairement dans les affaires qui se présentent à la Cour interaméricaine des droits de l'homme³⁸², mais aussi dans celles soumises à la Cour européenne, même si la reprise des moyens des requérants n'est pas aussi évidente. Si l'on compare la manière selon laquelle Tracy Chapman présente son mode de vie à la Cour à ce que cette dernière en retient, il n'y a aucune différence. Tracy Chapman indique que suivre le mode de vie tsigane traditionnel va de pair avec le fait de vivre dans une habitation mobile qui permette le voyage³⁸³. La Cour répond à cela en indiquant que :

« [...] la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité tsigane de la requérante car cela s'inscrit dans la longue tradition du voyage suivie par la minorité à laquelle elle appartient. Tel est le cas même lorsque, en raison de l'urbanisation et de politiques diverses ou de leur propre gré, de nombreux Tsiganes ne vivent plus de façon totalement nomade mais s'installent de plus en plus fréquemment pour de longues périodes dans un même endroit afin de faciliter l'éducation de leurs enfants, par exemple. Des mesures portant sur le stationnement des caravanes de la requérante n'ont donc pas seulement des conséquences sur son droit au respect de son domicile, mais influent aussi sur sa faculté de conserver son identité tsigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition »³⁸⁴.

Dans l'affaire *Connors c. Royaume-Uni*, les requérants semblent avoir une vision plus ouverte. Ils insistent néanmoins sur la mobilité des Roms³⁸⁵. La Cour répond :

³⁸² Notamment *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151.

³⁸³ « La requérante affirme que les mesures menaçant de l'empêcher de continuer à occuper son terrain avec ses caravanes constituent une atteinte à son droit non seulement au respect de son domicile, mais aussi au respect de sa vie privée et familiale, dans la mesure où elle suit le mode de vie traditionnel des Tsiganes : vivre dans une habitation mobile qui permet de voyager. Elle renvoie à l'approche constante suivie par la Commission dans son affaire et d'autres cas similaires », *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 71 [c'est nous qui soulignons].

³⁸⁴ *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 73 [c'est nous qui soulignons].

³⁸⁵ Ils indiquent : « il conviendrait de rapprocher les dispositifs d'hébergement des Tsiganes de ceux qui existent en matière de logement traditionnel et de les considérer comme une forme d'habitat spécifiquement adaptée aux besoins de ces populations. Il serait possible de protéger les intérêts des nomades en destinant certains emplacements au « passage » tout en accordant un droit au maintien dans les lieux à la majorité des occupants des aires d'accueil municipales pour Tsiganes », *Connors c. Royaume Uni*, préc., note 139, § 74 [c'est nous qui soulignons].

« En ce qui concerne l'argument tiré du mode de vie nomade des Tsiganes, la Cour relève qu'il ne semble plus que les aires municipales d'accueil des Tsiganes soient destinées à une population itinérante. Le rapport d'octobre 2002 (paragraphe 55 à 63 ci-dessus) indique qu'une large majorité de Tsiganes ne se déplacent plus que de manière marginale, ce qui ressort également d'une série d'affaires dont la Cour de Strasbourg a eu à connaître au cours des vingt dernières années. La plupart des sites en question accueillent des populations sédentarisées. 86 % d'entre eux hébergent des résidents installés depuis plus de trois ans et il est rare d'y trouver des places vacantes. Sur un total de 5 000 emplacements environ, seulement 300 sont destinés à des occupants de passage. Dans ces conditions, il ne semble guère réaliste de soutenir que la plupart des aires municipales ont pour obligation ou objectif de disposer régulièrement d'emplacements libres pour héberger les Tsiganes qui se déplacent dans les environs ou qui y passent. Dès lors, la Cour n'est pas convaincue que la flexibilité revendiquée par le Gouvernement ait un quelconque rapport avec le souci de répondre aux besoins d'une minorité de Tsiganes – dont le nombre n'a pas été précisé – qui demeureraient nomades et pour lesquels il serait nécessaire de prévoir un minimum d'emplacements vacants. Il apparaît en réalité qu'il existe des sites spéciaux – dénommés « aires de transit » – distincts des autres terrains municipaux pour Tsiganes, lesquels sont de loin les plus nombreux. De toute évidence, les éléments dont la Cour dispose n'indiquent pas que la procédure sommaire d'expulsion est utilisée dans le but de garantir que des places se libèrent périodiquement ou d'empêcher les familles d'occuper durablement les emplacements »³⁸⁶.

Ainsi, les requérants attendent de la norme juridique nouvelle qu'elle soit adaptée à leurs besoins propres ainsi qu'à ce qu'ils considèrent être leurs conditions socioculturelles. Peu importe la juridiction, ces conceptions donnent lieu à des interprétations novatrices du droit positif, inclusives de préoccupations non majoritaires et propres à alimenter les fondements juridiques établis.

Les Roms formulent leurs revendications de manière à ce qu'elles s'accordent avec les dispositions de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Par exemple, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, s'inspirant des recommandations formulées par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (O.S.C.E.), le Centre européen sur les droits des Roms ainsi que la requérante associent la protection des éléments culturels du logement à l'article 8 de la Convention, sur le respect de la vie privée, familiale et du domicile. C'est également le cas dans les affaires *Buckley c. Royaume-Uni* et *Connors c. Royaume-Uni*, mais aussi pour les

³⁸⁶ *Id.*, § 88 [c'est nous qui soulignons].

Samis de Norvège³⁸⁷. Par ailleurs, les requérants autochtones et tribaux influencent l'interprétation des fondements juridiques des communications et décisions rendues par le Comité ou par la Cour interaméricaine. Par exemple, pour parvenir à la reconnaissance de leur droit au territoire ancestral, les membres de la communauté Awas Tingni et leurs avocats suggèrent une interprétation de l'article 21 de la *Convention américaine des droits de l'homme* qui tienne compte de leur situation spécifique. Cet article protège le droit de chaque personne à l'utilisation et à la jouissance de sa propriété³⁸⁸. Il ne définit pas le concept de propriété, qui fait en principe référence à la propriété privée³⁸⁹. Néanmoins, les requérants autochtones exploitent l'imprécision de la disposition pour en proposer une interprétation différente, conforme à leur droit coutumier. Celle-ci intègre le caractère collectif au concept de propriété et ce, afin de revendiquer un droit de propriété, appartenant à la communauté, sur son territoire ancestral³⁹⁰. Toujours en contexte autochtone, la démonstration des relations existant entre, d'une part, la négligence des valeurs d'une communauté, de son identité et de son accès au territoire ancestral et, d'autre part, son droit à une vie digne, est un autre exemple d'adaptation de l'interprétation d'une disposition conventionnelle³⁹¹. Le choix du fondement de la requête et son adaptation à la réalité des divers requérants orientent ainsi le sens de la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones.

Afin d'examiner plus en détail les adaptations proposées par les requérants et leurs conceptions de cette norme naissante, nous allons, tout d'abord, concentrer notre propos sur les revendications formulées en Europe par des membres du peuple Rom.

Pour ces requérants, *la nécessité de l'ingérence étatique dans une société démocratique* devrait être appréciée eu égard au principe d'égalité de fait³⁹². Celle-ci

³⁸⁷ *G et E c. Norvège*, préc., note 146 ; *Buckley c. Royaume Uni*, préc., note 130 ; O.S.C.E., *Report on the situation of Roma and Sinti in the OSCE Area*, préc., note 368, p. 100.

³⁸⁸ *Convention américaine des droits de l'homme*, article 21, préc., note 138.

³⁸⁹ *The Mayagna Community Awas Tigny v. Nicaragua*, préc., note 151, § 143.

³⁹⁰ *Id.*, § 140.

³⁹¹ *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153.

³⁹² Celui-ci veut que le contexte de l'affaire soit pris en compte au lieu d'interpréter le principe d'égalité de manière abstraite. Ainsi, les situations différentes devraient donner lieu à des interprétations différentes, permettant l'élaboration d'un traitement différent.

devrait, en outre, être évaluée en tenant compte des besoins et des conceptions de la minorité représentée³⁹³. Une recherche d'accommodement des intérêts roms avec la politique d'aménagement territorial adoptée par les autorités étatiques européennes apparaît clairement, d'où la nécessité de questionner cette politique amplement fondée sur les besoins, les valeurs et les normes majoritaires. Le Centre européen pour les droits des Roms, qui intervient dans le cadre d'un *amicus curiae* pour soutenir la requête de Madame Chapman, demande d'ailleurs l'adoption de mesures spécifiques et d'obligations positives incombant aux États, notamment celle de créer un nombre d'espaces de stationnement suffisant. Dans le cas des populations roms, le Centre n'hésite pas à allier la reconceptualisation de la notion de résidence et du droit au logement à la prise en compte de l'identité culturelle et du mode de vie spécifique de ce peuple³⁹⁴.

Un parallèle peut être fait avec le cas du peuple Sami, traité par la Commission européenne en 1983. Le droit au mode de vie n'est alors pas lié au logement ni à la résidence, mais à une manière de vivre sur le territoire. La décision d'exploiter la rivière Alta, en Norvège, par la construction d'un barrage hydroélectrique et l'immersion de terres ancestrales a conduit les requérants à combiner les articles 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* et 1^{er} du Protocole additionnel n°1, sur le droit de propriété³⁹⁵, afin de dénoncer la dépossession des terres qu'ils subissent et qui affecte leur mode de vie³⁹⁶.

³⁹³ Moyens de Madame Chapman sur la violation de l'article 14 de la Convention, dans *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 127.

³⁹⁴ Sur les arguments du Centre européen sur les droits des Roms, voir *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 89 et CENTRE EUROPÉEN POUR LES DROITS DES ROMS, *Written comments*, préc., note 368, § 4, 6 et § 39-41.

³⁹⁵ *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* tel qu'amendé par le Protocole no 11, article 1^{er}, protection de la propriété : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ». Ce protocole fut adopté par le Conseil de l'Europe en 1952 et entra en vigueur le 1^{er} novembre 1998, en ligne : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/009.htm> (consulté le 10 janvier 2007).

³⁹⁶ *G et E c. Norvège*, préc., note 146, p. 43.

En se fondant sur l'article 8 de la Convention, qui promeut « le respect de la vie privée individuelle et sociale »³⁹⁷, les requérants recherchent la reconnaissance d'un traitement différencié et l'établissement d'une coexistence plus équitable. *L'obligation de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie* équivaut alors à la reconnaissance d'un droit de vivre différemment de la majorité, à la manière tsigane contemporaine – c'est-à-dire de façon semi-nomade, tout en disposant de lieux d'ancrage plus durables pour permettre l'adhésion des membres de la communauté au fonctionnement social majoritaire, notamment en matière d'éducation et de santé. Telle qu'invoquée par les requérants, cette obligation requiert une compréhension élargie du concept de résidence, incluant la vie en caravane³⁹⁸. Cela nécessite une mise en œuvre différenciée du droit par un réajustement des normes conventionnelles. Tenir compte des revendications roms se présentant à la Cour nécessite une reconceptualisation du droit de l'urbanisme, inclusive d'un plus grand nombre de destinataires et d'intérêts. À partir d'une telle conception pluraliste, la mise en œuvre d'une obligation positive imposant aux États de créer des espaces de stationnement en nombre suffisant est demandée³⁹⁹. Ces revendications n'en demeurent pas moins partielles et partiales, ne prenant en compte qu'une facette de l'identité rom, celle proposée par les membres nomades ou semi-nomades de ce peuple.

L'adaptation de la *Convention américaine des droits de l'homme* ou de la *Déclaration américaine sur les droits et devoirs de l'homme*⁴⁰⁰ – selon l'organe de règlements des différends qui intervient, soit la Cour interaméricaine pour la première, soit la Commission interaméricaine pour la seconde – aux besoins et à la situation des peuples autochtones et tribaux est également recherchée. Ceux-ci revendiquent la reconnaissance par la Cour⁴⁰¹ et par la Commission⁴⁰² d'obligations

³⁹⁷ Entrevue 2, p. 1.

³⁹⁸ *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130.

³⁹⁹ O.S.C.E., *Report on the situation of Roma and Sinti in the OSCE Area*, préc., note 368.

⁴⁰⁰ *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, 02 juin 1998, AG/RES. 1591(XXVIII-O/98), Conférence internationale des États Américains, en ligne : <http://www.oas.org/juridico/English/ga-Res98/Eres1591.htm> (consulté le 23.09.08).

⁴⁰¹ Notamment *The Mayana Community Awas Tingny v. Nicaragua*, préc., note 151.

⁴⁰² *The Yanomami Case v. Brazil*, résolution n°12/85, case n°7615, (05 mars 1985) Com. I.D.H., en ligne : <http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85eng/Brazil7615.htm> (consulté le 03 juin 2010) ; *Mary*

et de mesures spécifiques, telles que l'obligation de démarcation et d'attribution d'un titre aux communautés sur leurs territoires ancestraux. Les requérants demandent en outre que soient prohibés les déplacements forcés, ce qu'ils justifient par le rapport qu'ils entretiennent avec leurs territoires ancestraux⁴⁰³. Le droit d'être consultés et de donner leur consentement, de manière libre et éclairée, préalablement à toute forme d'exploitation, routière, forestière, minière, pétrolière, gazière ou autre, de leurs territoires, représente une autre requête prépondérante⁴⁰⁴. La redéfinition du droit à une vie digne paraît alors essentielle, afin qu'il intègre leur conception de la vie. Lorsque ce n'est pas le cas, cela porte atteinte à la dignité de ces peuples, à leur santé, voire même à leur vie⁴⁰⁵. La présentation par eux de revendications devant le système juridique interaméricain contient donc une demande prégnante de considération, de reconnaissance et de respect de leur vision.

Simultanément à cette quête d'adaptation des systèmes juridiques supranationaux, les prétentions des peuples autochtones et tribaux devant la Cour et la Commission interaméricaine contiennent une redéfinition de certains concepts, afin qu'ils soient interprétés en adéquation avec leurs réalités quotidiennes. Par exemple, les Maroons de la communauté N'djuka située au Suriname – qui ne forment pas un peuple autochtone au sens strict puisqu'ils furent déplacés au moment de la colonisation et établis au Suriname par les puissances occidentales, mais auxquels la Cour attribue les mêmes droits en raison de leur relation particulière au territoire – font part de leur conception de la souffrance et de la maladie en informant la Cour de leur propre vécu. Ayant été attaqués par l'armée du Suriname en 1986, les requérants ont assisté au meurtre de nombreux membres de leur village et ont eux-mêmes subi la violence des soldats, notamment par les coups qu'ils ont reçus, mais aussi en raison de la destruction de leur village auquel l'armée mettra finalement le feu. Les survivants

and Carrie Dann v. United States, report no75/02, petition n°11.140, Com. I.D.H. (27 décembre 2002), en ligne: <http://www.cidh.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm> (consulté le 23.09.08).

⁴⁰³ Voir le cas des membres du peuple Maroons dans *Moiwana Village v. Suriname*, préc., note 209 et celui du peuple Yanomani dans *The Yanomami Case v. Brazil*, préc., note 402.

⁴⁰⁴ Notamment pour les peuples Saramaka et Sawhoyamaya : *Saramaka People v. Suriname*, préc., note 152 ; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, préc., note 196.

⁴⁰⁵ *Moiwana Village v. Suriname*, préc., note 209 et *The Yanomami Case v. Brazil*, préc., note 402.

ont été forcés à fuir leurs terres, sans pouvoir ensevelir les dépouilles de leurs proches selon la tradition. Ils qualifient ainsi leurs souffrances :

« d) The alleged victims have suffered great anxiety in the knowledge that their failure to obtain justice for those killed has violated fundamental norms and obligations of their society and has “invited the wrath of the spirits of the dead,” which may also inflict suffering upon their children and future generations;

e) The alleged victims’ anguish was made substantially worse in this case due to the State’s affirmative obstruction of justice;

g) The alleged victims have also suffered intensely because they have been unable to provide proper burials for their loved ones and because they have had to endure two decades of forcible separation from their traditional land, which is the seat of their culture and spiritual well-being »⁴⁰⁶.

Ces requérants demandent ainsi à la Cour interaméricaine de prendre en considération leur conception de la maladie et de la souffrance aux moments d’interpréter de façon adéquate les dispositions de la Convention puis de rendre leur jugement. Cette recherche de redéfinition s’applique aussi au concept de territoire. Par exemple, selon l’un des témoins membre de la communauté Awas Tingni,

« The territory of the Mayagna is vital for their cultural, religious, and family development, and for their very subsistence, as they carry out hunting activities (they hunt wild boar) and they fish (moving along the Wawa River), and they also cultivate the land. It is a right of all members of the Community to farm the land, hunt, fish, and gather medicinal plants; however, sale and privatization of those resources are forbidden. The territory is sacred for them, and throughout the territory there are several hills which have a major religious importance, such as Cerro Mono, Cerro Urus Asang, Cerro Kiamak and Cerro Quitiris. There are also sacred places, where the Community has fruit trees such as pejibaye, lemon, and avocado. When the inhabitants of Awas Tingni go through these places, which date 300 centuries, according to what his grandfather said, they do so in silence as a sign of respect for their dead ancestors, and they greet Asangpas Muigeni, the spirit of the mountain, who lives under the hills »⁴⁰⁷.

Conséquemment, devant la Cour interaméricaine, les requérants ne formulent pas leurs revendications en invoquant un droit aux modes de vie. Leurs requêtes y parviennent cependant *in fine*, en raison de l’approche holiste qu’ils emploient. De plus, ils proposent une redéfinition des concepts, mais aussi des sources de

⁴⁰⁶ *Moiwana Village v. Suriname*, préc., note 209, § 87.

⁴⁰⁷ Voir, par exemple, *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151, p. 20 et 21.

dommages, de la réparation et des droits eux-mêmes par leur collectivisation. La collectivisation des droits fut d'ailleurs réclamée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Awás Tingni*. Dans cette espèce, la Commission représentait les requérants. Elle demandait la condamnation du Nicaragua et reprenait, pour ce faire, les revendications des requérants en matière de droit collectif de propriété⁴⁰⁸. La Cour accueillit la demande et procéda également à une collectivisation de la réparation, étendant la réparation du dommage immatériel causé par l'absence de délimitation du territoire ancestral des Awás Tingni et par la violation de l'article 21 de la Convention à la communauté dans son ensemble plutôt qu'à chacun de ses membres. Plus précisément, elle impose à l'État une compensation monétaire de 50 000 dollars américains à investir en travaux et services d'intérêt collectif au bénéfice de la communauté toute entière⁴⁰⁹. Cela représente un bon exemple d'ouverture du droit à la pluralité identitaire, dans l'objectif de le rendre applicable à tous.

Les revendications des peuples autochtones s'expriment aussi devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Leurs requêtes soulèvent deux types de questions. Premièrement, celle de la substance de la protection juridique des modes de vie, reliée à l'interprétation que font les membres des communautés autochtones de certaines dispositions du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont le Comité est le gardien. Deuxièmement, il s'agit de la question du contenant de cette protection nouvelle, c'est-à-dire sa forme.

Avant d'aborder le contenu de ces revendications, une mention initiale doit être faite quant à la redéfinition par les requérants de concepts essentiels, tels que ceux de territoire ou de famille⁴¹⁰, pour qu'ils prennent en compte les besoins des requérants. Certains Samis de Norvège indiquent que :

⁴⁰⁸ *Id.*, § 140.

⁴⁰⁹ *Id.*, § 167.

⁴¹⁰ Le concept de famille est introduit à l'article 23 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, sur la protection de la famille, le droit de se marier et de fonder une famille. Pour une interprétation adaptée du concept de famille à la réalité autochtone polynésienne : *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c. France*, préc., note 200.

« La renniculture nécessite de grands espaces, et les rennes ne paissent pratiquement jamais dans la même zone d'une année sur l'autre. Ils utilisent tout l'espace dont ils disposent pour paître. Ils sont faits pour s'adapter à leur environnement, à la topographie, à la situation des pâturages, aux conditions météorologiques et au régime des vents. Ces conditions déterminent l'étendue de la superficie nécessaire aux pâturages. Étant donné que la pérennité de la culture samie dépend de l'utilisation de ces terres, les conditions norvégiennes régissant l'acquisition de terres ont pour effet de les priver de leurs droits fondamentaux consacrés par l'article 27 du Pacte. Les auteurs citent la déclaration faite par le Parlement Sami le 27 novembre 1997 »⁴¹¹.

Considérant l'étendue des besoins en matière de renniculture, le droit à sa culture propre doit, selon les requérants, aboutir à la reconnaissance d'un droit au territoire qui soumette l'utilisation des terres faite par l'État au respect de ces besoins samis.

Devant le Comité des droits de l'Homme, la protection juridique des modes de vie, telle que suggérée par les requérants autochtones, doit se fonder sur l'interprétation des articles 1^{er} et 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁴¹². Le premier garantit à tous les peuples le droit à l'autodétermination. Le second reconnaît aux individus le droit à leur propre vie culturelle. Les Lubicons ont été les seuls à revendiquer expressément « le droit des habitants originels de cette région à poursuivre leur mode de vie traditionnel »⁴¹³. Or, ce droit, aux côtés des droits aux territoires, a une grande valeur pour les nations autochtones. Il permet de garantir la cohésion de leurs communautés ainsi que de pérenniser leur existence⁴¹⁴. Cette protection a une double signification. Elle touche, d'abord, au concept d'autodétermination, dans la mesure où les requérants recherchent un contrôle sur leur territoire et leurs ressources, dans le but d'avoir une marge de manœuvre plus importante sur leur propre vie socioculturelle et sur les choix qu'ils souhaitent promouvoir. Le concept de vie culturelle doit ici être compris au sens large alors que le concept d'autodétermination est conçu au sens classique, incluant l'autonomie territoriale et le droit à un développement propre. Par exemple, les Lubicons, dans la

⁴¹¹ *M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, communication n°942/2000, 12 novembre 2002, C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.76.D.942.2000.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.76.D.942.2000.Fr?Opendocument) (consulté le 23.09.08), § 3.10.

⁴¹² *Kitok c. Suède*, préc., note 200 ; *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144.

⁴¹³ *Id.*, § 2.3.

⁴¹⁴ *Id.*, § 3.2.

communication *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, demandent la reconnaissance de la violation, par l'État, des articles 1^{er} et 27 du Pacte, suite à l'autorisation, par les autorités provinciales et fédérales, des activités de prospection et d'exploitation pétrolière et gazière d'une compagnie privée :

« L'auteur fait état de violations, par le Gouvernement canadien, du droit que possède la bande du lac Lubicon de disposer d'elle-même et, en vertu de ce droit, de déterminer librement son statut politique et poursuivre son développement économique, social et culturel, ainsi que de son droit de disposer de ses richesses et ressources naturelles et de ne pas être privée de ses propres moyens de subsistance »⁴¹⁵.

L'interprétation combinée des articles 1^{er} et 27 du Pacte protégerait donc un droit au territoire, dont les corollaires seraient le droit à un développement territorial d'un type différent, ainsi que le droit à la maîtrise de ce territoire et de ses ressources, socles du droit à un mode de vie basé sur des choix propres à la communauté et à l'individu⁴¹⁶. Les requérants demandent alors à être reconnus en tant qu'acteurs centraux du processus de prise de décisions, lorsqu'il s'agit, par exemple, pour certaines compagnies d'obtenir des autorisations d'exploiter sur leurs territoires ancestraux ou lorsque l'État impose une réglementation contraignante sur des activités les concernant, tel que l'élevage de rennes⁴¹⁷. Au-delà de la revendication d'un droit au

⁴¹⁵ *Id.*, § 2.1.

⁴¹⁶ *Id.* ; *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200 ; *Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200 ; *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Muotkatunturi Herdsmen's Committee c. Finlande*, préc., note 200 ; *M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, préc., note 411, § 3.2 et 3.3 ; *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 10.2.

⁴¹⁷ Quant à l'exploitation par les compagnies minières, forestières, pétrolières, gazières et touristiques des territoires autochtones ou lorsque l'État construit des routes facilitant cette exploitation, voir les trois communications *Länsman*, préc., note 200. Quant à la réglementation de l'élevage de rennes voir, par exemple, *Ivan Kitok c. Suède*, préc., note 200 et *Mme Anni Äärelä et M. Jouni Näkkäljärvi c. Finlande*, communication n°779/1997, 07 novembre 2001, C.D.H., en ligne :

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.73.D.779.1997.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.73.D.779.1997.Fr?Opendocument) (consulté le 23.09.08). Quant à la réglementation de la pêche voir, par exemple, *George Howard c. Canada*, préc., note 373. L'article 27 impose, selon les arguments de George Howard, une obligation de consultation lorsque l'État veut abroger ou modifier la législation concernant les Autochtones. En effet, le requérant considère comme portant atteinte à l'article 27 toute décision unilatérale de la part des paliers fédéral et provincial de gouvernement, *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 3.3.

Dans la communication *Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, les auteurs évoquent le manque de consultation et d'inclusion ressenti par les Samis. Pour ce faire, ils revendiquent la prohibition des discriminations, principe violé selon eux par le royaume de Norvège, dans la mesure où la réglementation de leurs activités et de leur territoire est fondée sur une

territoire et à sa propre vie culturelle apparaît aussi celle d'un statut au sein du processus de prise de décisions publiques. Cette position est nécessaire afin de garantir l'efficacité des droits revendiqués. Conçu ensemble, le tout représente un socle solide permettant l'émergence d'un droit au mode de vie.

Le « droit pour un peuple ou une communauté à ses propres moyens d'existence », tel que revendiqué par les Lubicons⁴¹⁸, alimente aussi la protection juridique des modes de vie. Il en résulterait un droit à ses propres activités économiques, telles que l'élevage de rennes⁴¹⁹ ou la pêche⁴²⁰, et le droit à des activités de subsistance économique⁴²¹. George Howard précise, sur ce point, que c'est « l'importance culturelle et sociétale du droit à la pêche, à la chasse, au piégeage et à la cueillette qui est au cœur de sa communication, non son aspect économique »⁴²². En d'autres mots, il s'agit d'un droit de pêcher selon des références et des conceptions autres, nécessairement différentes de celles de la majorité politique ou des pêcheurs amateurs. Il justifie cet argument par son statut d'autochtone⁴²³, mais aussi par l'existence de savoirs et de techniques autres. Il devrait en résulter un droit à des pratiques de pêche différentes ainsi qu'un droit de contrôle sur les pêches⁴²⁴. Il comporterait aussi selon lui un droit de pêcher d'après les méthodes et les techniques traditionnelles – c'est-à-dire en ayant recours à des filets, aux pièges et à la pêche sur glace. Ce droit s'appliquerait non seulement sur la réserve et les cours d'eau adjacents, mais aussi sur l'ensemble du territoire de la première nation⁴²⁵.

situation de non-considération et de subordination par rapport aux autres Norvégiens, voir *M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, préc., note 411, § 3.1. Pour ce faire, les requérants décrivent et analysent la philosophie sous-jacente aux décisions et appréciations de la Cour suprême de Norvège et des autorités sur les 100 dernières années, voir *Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, préc., note 411, § 3.4-3.17 et 5.1-5.13.

⁴¹⁸ *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144, § 7.

⁴¹⁹ Voir ci-après, les communications impliquant la Finlande et le peuple Sami.

⁴²⁰ *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 10.2

⁴²¹ *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200 ; *Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200 ; *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Muotkatunturi Herdsmen's Committee c. Finlande*, préc., note 200 ; *Mme Anni Äärelä et M. Jouni Näkkäljärvi c. Finlande*, préc., note 417, § 3.1.

⁴²² *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 3.3 et 10.4.

⁴²³ *Id.*, § 10.7.

⁴²⁴ *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande*, préc., note 200, § 8.1.

⁴²⁵ *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 10.9.

De manière similaire, certains membres du peuple Sami revendiquent, sur le fondement de l'article 27 du Pacte, l'obligation de protéger les aspects matériels et immatériels de leur culture. Les moyens de subsistance – en l'espèce l'élevage de rennes – ainsi que le territoire lui-même sont partie intégrante des aspects matériels, des richesses et des ressources naturelles présentes sur leur territoire ancestral⁴²⁶. L'article 27 du Pacte comporterait alors un droit d'usage des territoires ancestraux, un droit aux ressources qui sont sur son sol, un droit aux activités économiques traditionnelles, un droit à des conceptions propres et, indirectement, un traitement différent, ceci dérivant du droit à une vie culturelle propre⁴²⁷.

On constate dans les années 1990, la réduction progressive du fondement au seul article 27 du Pacte. Le Comité ayant rejeté à plusieurs reprises l'application de l'article 1^{er} du Pacte à l'égard des requérants autochtones, en raison du fait que cet article protège un droit collectif et qu'une requête individuelle ne peut représenter la communauté dans son ensemble⁴²⁸, le fondement des revendications territoriales se reporta alors et pour la suite sur l'article 27 du Pacte, même si celui-ci protège un droit individuel.

Au-delà de l'élargissement de la notion de vie culturelle que cela comporte, les requêtes de membres de communautés autochtones soulèvent la question de la forme ou du contenant de ce droit. Ainsi, l'article 27 du Pacte comporterait une obligation positive incombant à l'État et permettant aux bénéficiaires d'exercer leur propre vie culturelle⁴²⁹. La revendication de mesures spécifiques et celle d'une obligation positive de permettre aux individus issus d'une minorité d'avoir en commun avec les autres membres de son groupe sa propre vie culturelle, résultent de l'interprétation des articles 2(2)⁴³⁰ et 27 du Pacte. De telles revendications sont de

⁴²⁶ Par exemple, *M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, préc., note 411, § 3.3.

⁴²⁷ *Id.*, § 3.8.

⁴²⁸ Par exemple, *Kitok c. Suède*, préc., note 200, § 6.3.

⁴²⁹ Cette obligation est aussi évoquée par l'État, *M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, préc., note 411, § 4.10. Les requérants, pour leur part, revendiquent un traitement différentiel, cette communication, § 5.5.

⁴³⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 38, article 2(2) : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures

plus en plus présentes dans les dernières communications rendues par le Comité⁴³¹. Obligation positive et mesures spécifiques imposées à l'État sont invoquées par George Howard⁴³², selon qui l'article 27 du Pacte prescrirait

« [...] l'obligation de restaurer les droits fondamentaux sur lesquels repose la survie culturelle et spirituelle des Premières Nations, à un degré suffisant pour assurer la survie et le développement de la culture de la Première Nation grâce à la survie et au développement des droits de ses membres pris individuellement »⁴³³.

Pour conclure sur la forme et sur le contenu du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones tel que revendiqué par les requérants, il faut, premièrement, mettre en exergue son caractère englobant et son potentiel d'accueil des diverses « micro-réalités ». Bien que la vaste portée du concept de mode de vie ait ses inconvénients, elle procure aussi des avantages, dont la possibilité d'accueillir des conceptions diverses et hétérogènes, mais aussi d'éviter l'atomisation des identités.

Ainsi, pour les requérants autochtones, le concept de mode de vie comprend à la fois le droit au territoire et à sa maîtrise, le droit de disposer des ressources naturelles qui se situent sur les terres ancestrales, le droit de participer à la prise de décisions réglementant l'utilisation des territoires ancestraux ainsi que leurs modalités d'occupations ou le droit aux activités traditionnelles, telles que la pêche ou l'élevage de rennes. Les requérants roms signifient également, à travers le concept de mode de vie, le droit de s'établir différemment, c'est-à-dire le droit à une autre forme de résidence, le droit de vivre de manière non sédentaire et celui de fonctionner autrement sur le territoire.

Enfin, la conclusion plus générale qui peut être tirée porte sur la quête d'une reconnaissance juridique et de respect de modes de vie marginalisés par les autorités nationales ainsi que par les membres de la société majoritaire. Les requêtes visent à la

d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur » [c'est nous qui soulignons].

⁴³¹ *M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, préc., note 411 ; *George Howard c. Canada*, préc., note 373 ; *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande*, préc., note 200.

⁴³² *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 3.2 et 10.8.

⁴³³ *Id.*, § 3.3. Les requérants Maoris revendiquent également l'application de mesures positives dérivant de l'article 27 du Pacte. Voir *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 8.2.

création d'un accommodement entre les modes de vie minoritaires ou autochtones et celui des tiers majoritaires. Les requérants aspirent clairement, peu importe la juridiction, à la reconnaissance d'espaces et de marges de manœuvre plus étendus, afin de vivre leurs identités. En ce sens, ils se situent dans une démarche d'affirmation et d'expansion de leur liberté individuelle et collective. Ils l'expriment à travers des moyens qui reflètent leurs perspectives, mais qui mettent en cause l'espace juridique accordé aux tiers, c'est-à-dire à la majorité. Ces requêtes manifestent ainsi la volonté de ces peuples et de leurs membres d'exercer un contrôle plus étendu sur leurs choix de vie. C'est pourquoi leurs revendications portent sur la création d'espace, l'identité, la reconnaissance et la non-discrimination.

Elles exigeraient ainsi un aménagement de la coexistence, peu importe la juridiction visée. Celui-ci imposerait la reconnaissance et la réglementation d'espaces géographiques, politiques, culturels et sociaux juridiquement protégés et destinés aux communautés autochtones et minoritaires, ainsi qu'une mise en œuvre du droit de manière adaptée à des références non dominantes. En conséquence, le territoire et les droits fonciers représentent la base du droit de poursuivre un mode de vie propre, mais nous verrons que la Cour européenne n'en dit mot.

Le concept de mode de vie étant introduit en droit par les requérants, il nous faut maintenant examiner comment ce discours est reçu par les juges et experts, car ce sont eux qui ont le pouvoir ultime de transformer ces revendications en normes juridiques.

CHAPITRE 2 : LE SENS DU CONCEPT DE MODE DE VIE ET DE LA NORME JURIDIQUE L'INSTITUANT EN DROIT DANS LES DISCOURS DES JUGES ET DES EXPERTS

Comme nous l'avons évoqué, plusieurs instances judiciaires ont explicitement ou implicitement créé une protection du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones. Néanmoins, le sens et la portée de ce concept peuvent varier en fonction du système juridique de référence, d'où l'importance de concevoir le discours judiciaire sous un mode pluriel. En outre, la protection juridique établie intervient par la consécration d'obligations négatives et positives. L'examen des décisions des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme ainsi que des communications du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sera donc conduit sous l'angle de la recherche de la signification de ces deux obligations. Cet exposé sera dirigé par une interrogation, à laquelle les trois sections suivantes tenteront de répondre, celle de savoir dans quelle mesure ces obligations tiennent compte du discours des requérants, signalant peut-être l'établissement d'un « discours commun partagé ». Cette réflexion nous guidera afin de savoir si les trois organes de règlement des différends parviennent à créer un espace juridiquement protégé, qui permette l'expression effective de modes de vie minoritaires ou autochtones.

Pour ce faire, cette analyse se penchera sur la teneur des obligations négatives protégeant ces modes de vie (Section 1) ainsi que sur celle des obligations positives susceptibles d'accroître cette protection (Section 2). Elle vérifiera enfin l'existence d'un « discours commun partagé » concernant cette protection, entre les requérants et les acteurs des trois systèmes judiciaires (Section 3).

Section 1 : La protection juridique des modes de vie minoritaires ou autochtones par des obligations négatives

Dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, l'opinion dissidente commune à plusieurs juges indique que :

« si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer, de surcroît, des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie privée et familiale et du domicile. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat ne se prête pas à une définition précise ; dans certains cas particuliers, comme l'espèce, il peut même y avoir chevauchement. Les principes applicables sont néanmoins comparables. A ce double titre, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »⁴³⁴.

Ainsi, bien que les juridictions mettent davantage en évidence l'intervention des États par l'adoption de mesures spécifiques, des obligations négatives y sont sous-jacentes. Elles imposent de ne pas porter atteinte aux modes de vie minoritaires ou autochtones et se situent en amont des obligations de faire. Il s'agit d'obligations de respect, plus passives que les secondes. Tout en impliquant le respect de la législation nationale en vigueur, elles imposent néanmoins à l'État de ne pas commettre de discrimination systématique à l'égard de l'expression ainsi que de la pratique des modes de vie roms, tribaux ou autochtones. Autrement dit, elles consacrent une forme de tolérance encadrée, se caractérisant par une prohibition des politiques assimilationnistes. Elles représentent le seuil minimum de protection juridique accordé aux modes de vie minoritaires ou autochtones. Cependant, ceci n'est pas toujours propre à satisfaire les attentes des requérants qui revendiquent le plus souvent l'intervention de l'État plutôt que son inaction. Par l'établissement d'un traitement différent ou par l'adoption de mesures positives, ils recherchent la réduction effective des inégalités existantes entre leur situation et celle des groupes dominants.

La reconnaissance d'obligations négatives au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones n'est jamais évoquée par les juges et les experts.

⁴³⁴ Opinion dissidente des juges M. Pastor Ridruejo, M. Bonello, M^{me} Tulkens, M^{me} Strážnická, M. Lorenzen, M. Fischbach et M. Casadevall, dans *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 2.

Pourtant, leur existence paraît relever de l'évidence. Il s'agit de ne pas empêcher systématiquement la concrétisation de certaines conceptions de la vie et de certains usages du territoire reflétant une manière autre pour l'individu, seul ou en collectivité, de fonctionner et de tirer profit d'un espace et de l'environnement qui l'entoure. Plus précisément, cela signifie de ne pas empêcher l'expression d'une cosmovision, de traditions, de modes d'organisation sociales, d'activités, de croyances, d'une spiritualité, de valeurs et d'un patrimoine culturel.

Au même titre que les obligations positives, la mise en œuvre de celles qui sont négatives demande un arbitrage entre le respect des droits fondamentaux, tels que le droit à la vie, la prohibition de l'esclavage, des traitements inhumains et dégradants et celui de l'intérêt de la société dans son ensemble. Ces obligations impliquent, de fait, une conciliation équilibrée entre les divers intérêts en présence au sein d'une société.

L'effet des obligations négatives n'est pas à négliger, notamment leur capacité à œuvrer à une conscientisation sociale favorable à la tolérance de modes de vie différents de ceux de la majorité. Ces obligations représentent donc, malgré le faible impact qu'elles peuvent avoir sur leur exercice effectif, un pas supplémentaire vers la reconnaissance identitaire. Cependant, leur portée demeure plus théorique et philosophique que pratique. Vu la situation sociopolitique d'un grand nombre de communautés roms, tribales et autochtones, qui vivent dans un contexte de marginalisation sociale, économique et politique, la garantie de l'exercice de modes de vie minoritaires ou autochtones ne peut être effective si elle se fonde sur une seule obligation de respect. Au contraire, en l'état actuel, des obligations positives incombant aux États sont nécessaires, dans la mesure où la reconnaissance de ces modes de vie – et la diminution proportionnelle de leur marginalisation – ne dépend pas des seules communautés concernées. Elle est également fonction de facteurs que ces dernières ne maîtrisent pas, du fait qu'elles soient amenées à coexister sur le même territoire qu'un groupe majoritaire disposant souvent d'un rapport de force favorable. En ce sens, l'État, en tant qu'institution principale de réglementation de la vie en société pour tous ses citoyens, doit intervenir afin de contrebalancer le déséquilibre entre la pratique de modes de vie majoritaires et celle de modes de vie

minorisés, l'objectif étant de concilier de manière juste et équitable, les intérêts des Autochtones et des Roms avec ceux de la majorité et vice-versa.

Section 2 : Le sens des obligations positives reconnues par les juges et experts

La protection juridique des modes de vie roms, autochtones ou tribaux prend également la forme d'obligations positives, encore appelées obligations de faire, tel que le revendiquent les requérants. Par leur consécration, les juges et les experts imposent aux États une protection active et concrète, se basant sur des mesures spécifiques ou sur l'établissement d'un traitement différent, dont ils encadrent, en principe, l'application. En ce sens, les obligations positives vont au-delà d'une simple tolérance juridique ; elles permettent d'intervenir sur une situation par le recours à des actions concrètes. Leur potentiel est plus important que celui des obligations négatives, en ce qu'elles peuvent mener à la création d'espaces physiques et sociaux permettant l'expression et la pratique *effectives* de modes de vie différents. Il est toutefois loisible de se demander si leur objectif est toujours d'accommoder ces modes de vie avec celui de la majorité et si, en supposant que ce soit le cas, elles y parviennent réellement. En effet, constituent-elles vraiment des outils propres à protéger de manière appropriée les modes de vie minoritaires ou autochtones ? Au-delà, contribuent-elles à la construction de la coexistence de communautés différentes sur un même territoire ?

Les juridictions étudiées ont reconnu l'application d'obligations positives en invoquant le caractère dynamique des conventions et la méthode évolutive d'interprétation⁴³⁵. Cependant, la précision et l'efficacité de leur consécration varient

⁴³⁵ Sur la reconnaissance d'obligations positives par la Cour européenne des droits de l'homme et sur le fondement de l'article 8 de la Convention : voir les arrêts *Marckx c. Belgique*, préc., note 160 ; *Airey c. Irlande*, requête n°6289/73, arrêt, (09 octobre 1979) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=54732138&skin=hudoc-fr> (consulté le 02 juin 2010) ; *D. Van Oosterwijck c. Belgique*, requête n°7654/76, décision, (01 mars 1979) Com. E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=9&portal=hbkm&action=prof&highlight=BELGIQUE&sessionid=54845312&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010) ; *X. et Y. c. Pays-Bas*, requête n°8978/80, arrêt, (26 mars 1985), Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=7&portal=hbkm&action=html&highlight=PAYS->

en fonction des systèmes juridiques. Malgré l'imposition explicite de telles obligations, certaines laissent une marge d'application étendue aux États dans leur mise en œuvre, ce qui semble réduire l'impact concret des obligations positives sur la réalité des communautés concernées. Dès lors, ces obligations risquent de devenir plus symboliques et formelles qu'efficaces.

Chacun des systèmes adoptant une approche particulière, ils seront donc abordés séparément. Examinons d'abord ce qu'il en est devant la Cour européenne des droits de l'homme (§ 1), devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (§ 2), et enfin devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme (§ 3).

Paragraphe 1 : Le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones devant la Cour européenne des droits de l'homme

L'objectif de cette partie est d'analyser le sens des obligations positives émergeant devant la Cour et la Commission européenne des droits de l'homme en matière de mode de vie. C'est en 2001 que la Cour a explicitement consacré une *obligation positive de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie*⁴³⁶. Celle-ci intervient dans la lignée du *droit au respect du mode de vie Sami* reconnu des années auparavant par la Commission européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* – disposition portant

[BAS&sessionid=54845312&skin=hudoc-fr](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=IRELAND&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr) (consulté le 03 juin 2010) ; *Johnston et autres c. Irlande*, requête n°9697/82, arrêt, (16 décembre 1986) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=IRELAND&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010) ; *Gaskin c. Royaume-Uni*, Requête n°10454/83, arrêt, (07 juillet 1989) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ROYAUM E-UNI&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010). Voir également Carlo, RUSSO, « Article 8 § 1 », dans L. E., PETTITI, E. DECAUX et P. H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 307-321.

Sur la reconnaissance d'obligations positives par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : voir *Interpretation of the Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, avis consultatif OC-10/89, (14 juillet 1989) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_ing1.pdf (consulté le 22.09.08).

⁴³⁶ *Chapman c. Royaume Uni*, préc., note 42, § 96. Le même jour, la Grande chambre a également rendu quatre autres décisions aux faits et aux solutions similaires : *Beard c. Royaume Uni*, préc., note 273 ; *Coster c. Royaume uni*, préc., note 273 ; *Jane Smith c. Royaume Uni*, préc., note 273 et *Lee c. Royaume Uni*, préc., note 273. Ces décisions étant identiques à celle rendue dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, nous ne les évoquerons qu'à travers celle-ci.

sur le droit au respect de la vie privée et familiale. La Commission indiquait « qu'au regard de l'article 8, un groupe minoritaire est théoriquement fondé à revendiquer le droit au respect de son mode de vie propre, puisqu'il s'agit de « vie privée », de « vie familiale » ou de « domicile » ». Elle n'a cependant pas appliqué ce droit dans le cas d'espèce. Selon elle, bien que l'ingérence produite par la construction d'un barrage hydroélectrique sur la rivière Alta avait pour conséquence la limitation des droits des requérants par l'immersion de pâturages utilisés pour l'élevage de rennes, elle restait nécessaire au regard de l'article 8(2), afin de garantir le bien-être économique du pays⁴³⁷. Dans l'arrêt *Chapman*, La Cour européenne mentionne également l'obligation de protéger la sécurité, l'identité et le mode de vie de la minorité Rom⁴³⁸. De fait, elle impose aux États membres d'intervenir dans le but de faciliter la pratique de modes de vie minorisés⁴³⁹, obligation générale dont l'intensité et la portée varient selon les contextes.

Cette décision précède l'établissement de standards européens sur le traitement des membres du peuple Rom, mais se fonde aussi sur un contexte supranational changeant et de plus en plus aux prises avec les questions minoritaires. À ce titre, les divers rapports rendus par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe⁴⁴⁰, l'adoption par l'Assemblée générale du Conseil de l'Europe de la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*⁴⁴¹ ou

⁴³⁷ *G et E c. Norvège*, préc., note 146, p. 42. Cette interprétation faite par la Commission sera pour la première fois reprise par la Cour européenne dans l'affaire *Noack et autres c. Allemagne*, qui reconnaît aux requérants issus de la minorité Sorabe une protection de son mode de vie, sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Cependant, comme dans l'affaire *Buckley c. Royaume-Uni* la Cour considère que l'ingérence imposée par l'État – qui consiste en l'espèce à transférer la population d'un village Sorabe sur un autre territoire – est légitime, sur le fondement de l'article 8(2). *Noack et autres c. Allemagne*, préc., note 273.

⁴³⁸ *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 93.

⁴³⁹ J. NEWMAN cité dans H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 83.

⁴⁴⁰ Notamment C.S.C.E., *Acte final d'Helsinki*, 1975 ; C.S.C.E., *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, 29 June 1990 ; C.S.C.E., *Concluding document of the Vienna meeting of the CSCE*, 04 November 1986 ; C.S.C.E., *Report of the Geneva Meeting of Experts on National Minorities*, Chapter VI, 1990 ; C.S.C.E., *Document of the Helsinki follow-up Meeting*, Chapter IV, 1992 ; C.S.C.E., *Roma (Gypsies) in the CSCE Region Report of the High Commissioner on National Minorities*, 1993.

⁴⁴¹ *Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales*, préc., note 38. La Convention a été ratifiée par 35 États. Voir plus précisément l'article 5 de la Convention cadre : « 1 Les Parties s'engagent à promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités

encore l'affaire *G. et E. c. Norvège*, tranchée par la Commission européenne des droits de l'homme⁴⁴², annonçait déjà l'émergence d'un débat⁴⁴³. Sur le plan judiciaire, les décisions de la Cour européenne adoptées, à partir des années 2000, sur le fondement des articles 2, 3 et 14 de la Convention et condamnant les violations commises aux droits à la vie et à des traitements humains, ainsi que les discriminations à l'encontre de membres du peuple Rom, démontrent aussi la polarisation du débat sur la scène judiciaire⁴⁴⁴.

nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel.

2. Sans préjudice des mesures prises dans le cadre de leur politique générale d'intégration, les Parties s'abstiennent de toute politique ou pratique tendant à une assimilation contre leur volonté des personnes appartenant à des minorités nationales et protègent ces personnes contre toute action destinée à une telle assimilation ». Cet article peut être interprété comme imposant une protection des modes de vie minoritaires, puisque les notions de cultures, d'identités et de patrimoine culturel, invoquées au paragraphe 1, sont vastes et propres à accueillir, sur un plan juridique, le concept de mode de vie. En outre, selon les déclarations interprétatives, comme celle de la Suède, le concept de minorité nationale inclut également le peuple Sami (voir la liste des déclarations interprétatives en ligne :

<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=157&CM=&DF=&CL=FR&VL=0> (consulté le 13 janvier 2007)). L'article 5 protège alors aussi la culture, l'identité et le patrimoine culturel de ce peuple. En outre, il confirme la reconnaissance de la mise en œuvre d'obligations positives. À ce titre, selon Geoff Gilbert, l'obligation positive en résultant garantie aux minorités leur implication à l'identification de leurs besoins. Cela entraîne une obligation pour l'État de prodiguer les ressources nécessaires à leur satisfaction. Voir Geoff GILBERT, cité dans H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 214.

⁴⁴² *G et E c. Norvège*, préc., note 146, p. 42.

⁴⁴³ Sur ce contexte, lire notamment H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 205-222.

⁴⁴⁴ *Convention européenne des droits de l'homme*, préc., note 38, article 2 : « 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. 2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire: a. pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale; b. pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue; c. pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

Convention européenne des droits de l'homme, article 3 : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

Convention européenne des droits de l'homme, article 14 : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Sur ce fondement, la Cour européenne rendit plusieurs décisions, dont : *Šečić c. Croatie*, requête n°40116/02, arrêt, (31 mai 2007) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=40116/02>

Néanmoins, malgré la consolidation apportée par les juges et l'évolution marquante qu'elle contient⁴⁴⁵, la portée de la décision *Chapman c. Royaume-Uni*⁴⁴⁶ est très similaire à celle de *Buckley c. Royaume-Uni*, rendue en 1996, et n'améliore pas la situation juridique des requérants roms. Dans l'affaire *Buckley*, la requérante, avec ses trois enfants et après plusieurs années de voyage dans le district de Cambridge-Sud, s'était installée à Meadow Drove avec ses caravanes sur une parcelle de terrain lui appartenant. Une fois établie, elle demanda rétroactivement un permis d'aménagement foncier au conseil du district, qui le lui refusa en invoquant trois motifs. Selon lui, il existait des capacités d'accueil suffisantes pour les caravanes roms ailleurs. Ensuite, une telle utilisation du terrain porterait atteinte au « caractère rural et dégagé du paysage, contrairement à l'objectif fixé dans le plan local d'aménagement, qui était de protéger la campagne en n'autorisant que les aménagements indispensables ». Enfin, Meadow Drove était un passage trop étroit pour permettre à deux véhicules de se croiser en toute sécurité. Quelques semaines après ce refus, le conseil adressa à la requérante une mise en demeure lui enjoignant d'enlever ses caravanes. La requérante fit appel de cette mesure, mais n'obtint pas gain de cause. Elle tenta ainsi plusieurs recours jusqu'à parvenir devant la Commission, puis la Cour européenne des droits de l'homme.

Les faits sont similaires dans l'affaire *Chapman*, puisque la requérante et sa famille se voient refuser l'autorisation d'aménagement qui leur aurait permis de

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=15250/02&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010) ; *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, requête n°15250/02, arrêt, (13 décembre 2005) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=43577/98&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010) ; *Nachova et autres c. Bulgarie*, requête n°43577/98 et 43579/98, arrêt, (06 juillet 2005) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=38361/97&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010) ; *Angelova c. Bulgarie*, requête n°38361/97, arrêt, (13 juin 2002) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=41488/98&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010) ; *Velikova c. Bulgarie*, requête n°41488/98, arrêt, (18 mai 2000) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=15250/02&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

⁴⁴⁵ Alastair R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Vol. 2, Oxford, Hart Publishing, Human Rights Law in Perspective, 2004, p. 179.

⁴⁴⁶ Ainsi que les décisions adoptées le même jour dans les quatre affaires similaires tranchées par la grande chambre et qui ont bénéficiées de solutions identiques, préc., note 436..

s'installer légalement sur un terrain leur appartenant dans la région du Hertfordshire. Ce refus du conseil de district résultait du zonage du terrain qui se trouvait dans la ceinture verte métropolitaine, protégée de l'urbanisation.

Au-delà des faits, la Cour traite ces deux affaires de la même manière. La portée juridique des affaires *Chapman* et *Buckley* ne facilite pas l'exercice effectif du mode de vie des requérants roms. En effet, cette solution provient du désaccord idéologique existant entre les juges de la Cour eux-mêmes, certains adhérant à une vision plus conservatrice du droit des minorités, donc restrictive, et d'autres, dont l'influence grandit, mais demeure insuffisante, promouvant un point de vue plus ouvert et davantage interventionniste. Le résultat de cette décision s'explique en outre par la situation d'illégalité qu'avaient elles-mêmes entretenues les requérantes en s'installant sans permis d'aménagement sur leurs parcelles.

Enfin, la décision *Chapman c. Royaume-Uni* laisse aux États le soin de mettre en œuvre à leur guise l'obligation positive de « facilitation du mode de vie rom », sans donner plus d'indication sur la manière de parvenir à son respect. La Cour précise que cette obligation n'exige pas la mise à disposition de sites ou d'emplacements en nombre suffisant⁴⁴⁷ et rejette l'application d'un traitement différent. Bien que l'obligation positive ne confère pas de droit spécifique, mais puisse, en théorie, permettre une application différente des lois existantes, la Cour rejette cette solution, car la revendication se fonde en l'espèce sur une situation illégale. Elle ne tient cependant pas compte des raisons de l'illégalité commise, à savoir, l'absence de sites de stationnement disponibles qui contraint la requérante à l'infraction. Elle ne donne pas non plus d'exemple concret sur ce que signifie « l'application différente de lois existantes », et rejette explicitement la création de sites en nombre suffisant – ce qui pourtant pourrait être une forme de traitement différencié⁴⁴⁸.

La Cour élimine donc deux interprétations pourtant pertinentes et potentiellement efficaces pour l'amélioration de la réalité des requérants roms nomades ou semi-nomades. Elle impose un objectif, mais laisse aux États la liberté de

⁴⁴⁷ *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 98.

⁴⁴⁸ *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 95 et 96. Pour des conclusions similaires, *Stenegry et Adam c. France*, préc., note 273, p. 13.

l'interprétation et des moyens pour y parvenir. Elle paraît ainsi réticente à exercer un contrôle véritable sur les actions étatiques. Le résultat, en termes d'accommodement et de reconnaissance est donc limité. On peut notamment l'expliquer par la volonté des juges majoritaires qui s'opposaient au développement précis de l'obligation positive. Alastair Mowbray expose le clivage existant au sein de la Cour. D'après lui,

« The disagreement between the majority and the minority in Chapman concerned the stage of development of that obligation in the context of gypsies. The dissidence believed that the European consensus required more practical measures of support for persons like the applicant from governments than the majority were willing to demand under the Convention at that time. The relatively large size of the group of dissentients (seven) in Chapman suggests that future cases may require even greater practical measures of support for minorities from governments. The views of the two groups of judges also revealed an important difference of opinion as to the extent to which Article 8 could be invoked to require states to provide individuals with homes. The majority did not accept that such a right existed under the Article, whilst the minority would not rule out the existence of a positive obligation upon states to provide housing to particular individuals who are in dire need for accommodation. This divergence of judicial views is significant for demonstrating the uncertain outer boundaries of positive obligations under Article 8, especially the degree to which they can be applied to require the provision of social welfare facilities under the Convention »⁴⁴⁹.

Conséquemment, selon les décisions *Buckley* et *Chapman c. Royaume-Uni*, le mode de vie rom se compose de deux éléments majeurs, qui sont la vie en caravane et le nomadisme. Mais même là, on peut se demander si ces décisions favorisent concrètement la mobilité des Roms, en raison du raisonnement restrictif qu'elles comportent. Ne vont-elles pas à l'encontre de dispositions ayant une position certes inférieure à la Convention européenne dans la hiérarchie des normes, mais qui n'en constitue pas moins des sources interprétatives ? En particulier, comment s'articulent-elles avec les articles 16 et 17(1) de la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, ainsi qu'avec les Résolutions n° (75) 13 *portant recommandation sur la situation sociale des nomades en Europe*⁴⁵⁰ et n° R (83) 1

⁴⁴⁹ A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, préc., note 445, p. 179 et 180.

⁴⁵⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, Résolution no (75) 13 *portant recommandation sur la situation sociale des nomades en Europe*, 22 mai 1975, en ligne :

[http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/documentation/recommendations/resCM\(1975\)13_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/documentation/recommendations/resCM(1975)13_fr.pdf)

(consulté le 18 février 2010). Vu la définition donnée par le document de la notion de « population nomade », les membres nomades du peuple Rom en sont des bénéficiaires, en tant que *personnes*

*relative aux nomades apatrides ou de nationalité indéterminée*⁴⁵¹, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ? L'article 16 de la Convention-cadre prohibe les déplacements de population et les expulsions forcées⁴⁵². Néanmoins, son interprétation reste floue. Le rapport explicatif attaché au texte de la Convention-cadre le démontre :

« 81. Cet article a pour objet d'offrir une protection contre les mesures qui modifient les proportions relatives de la population dans les aires géographiques où résident des personnes appartenant à des minorités nationales et qui visent à limiter les droits et libertés découlant de la présente Convention-cadre. A titre d'exemples de telles mesures, on pourrait citer l'expropriation, l'expulsion ou la modification des limites des circonscriptions administratives en vue de limiter la jouissance de ces droits et libertés.

82. L'article n'interdit que les mesures qui ont pour but de porter atteinte aux droits et libertés découlant de la Convention-cadre. Il a été jugé impossible d'étendre l'interdiction aux mesures ayant pour effet de limiter ces droits et libertés, étant donné que ces mesures peuvent être parfois entièrement justifiées et légitimes (par exemple, le déplacement des habitants d'un village en vue de la construction d'un barrage) »⁴⁵³.

Le paragraphe 82 de ce rapport ne définit pas clairement quelles sont les mesures justifiées et légitimes qui peuvent porter atteinte à l'article 16. De plus, il semble tolérer toutes les ingérences prévues par la loi et nécessaires à la protection de l'ordre public, de la sécurité, du bien-être économique du pays ou à la défense des droits d'autrui. En ce sens, il peut aussi être interprété de manière cohérente avec les deux

traditionnellement habituées à un mode de vie itinérant.

⁴⁵¹ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, Résolution no R (83) 1 *relative aux nomades apatrides ou de nationalité indéterminée*, 22 février 1983, en ligne :

[http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/documentation/recommendations/recCM\(1983\)1_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/documentation/recommendations/recCM(1983)1_fr.pdf)

(consulté le 18 février 2010).

⁴⁵² *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, préc., note 38, article 16 : « Les Parties s'abstiennent de prendre des mesures qui, en modifiant les proportions de la population dans une aire géographique où résident des personnes appartenant à des minorités nationales, ont pour but de porter atteinte aux droits et libertés découlant des principes énoncés dans la présente Convention-cadre ». Helen O'Nions souligne, « *Article 16 prohibits expulsion and forced eviction, something to which the Roma are particularly vulnerable as recognized by the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Although the Advisory Committee has offered little analysis of Article 16, the evictions of many Greek Roma from land designated for Olympic Games developments will obviously invite some comments. The actions of the Greek authorities led to a violation of the rights to family life and housing under Article 16 of the European Social Charter* », H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 214.

⁴⁵³ CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif à la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, STE no 157, Strasbourg, en ligne :

<http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/157.htm> (consulté le 18 février 2010), § 81 et 82.

décisions de la Cour, celles-ci pouvant être analysées comme étant conformes à ce paragraphe. Néanmoins, la recommandation *relative à l'amélioration des conditions de logement des Roms et des Gens du voyage en Europe*, adoptée en 2005 par le Comité des Ministres, est venue rappeler l'interdiction des expulsions forcées et collectives⁴⁵⁴, ce qui encadre davantage les ingérences autorisées. Quant à l'article 17(1) de la Convention-cadre, il protège le droit des membres de minorités de circuler librement au-delà des frontières nationales, afin de maintenir des contacts au sein d'autres États⁴⁵⁵. Cet article, de même que la résolution n° 75, qui protège le logement et le stationnement des peuples nomades⁴⁵⁶, et la résolution n° R (83) 1 qui prohibe les discriminations basées sur la mobilité traditionnelle du mode de vie des membres de communautés nomades⁴⁵⁷, fonde le droit des individus membres de minorités à la

⁴⁵⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des Ministres, Recommandation Rec (2005) 4 *relative à l'amélioration des conditions de logement des Roms et des Gens du voyage en Europe*, 23 février 2005, en ligne :

[http://www.coe.int/T/DG3/RomaTravellers/documentation/recommendations/rec\(2005\)4logement_fr.asp](http://www.coe.int/T/DG3/RomaTravellers/documentation/recommendations/rec(2005)4logement_fr.asp) (consulté le 18 février 2010), § 26.

⁴⁵⁵ *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, préc., note 38, article 17(1) : « Les Parties s'engagent à ne pas entraver le droit des personnes appartenant à des minorités nationales d'établir et de maintenir, librement et pacifiquement, des contacts au-delà des frontières avec des personnes se trouvant régulièrement dans d'autres États, notamment celles avec lesquelles elles ont en commun une identité ethnique, culturelle, linguistique ou religieuse, ou un patrimoine culturel ».

⁴⁵⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, Résolution no (75) 13, *portant recommandation sur la situation sociale des nomades en Europe*, préc., note 450, Section B : « 1. Le stationnement et le séjour des nomades sur des terrains aménagés de façon à garantir des normes satisfaisantes de sécurité, d'hygiène et de bien-être devraient être facilités et encouragés.

2. En règle générale, ces terrains devraient être situés à proximité des agglomérations ou, tout au moins, de façon à offrir des facilités en ce qui concerne l'accès aux communications, l'approvisionnement, la fréquentation scolaire des enfants, l'exercice d'activités professionnelles et autres contacts sociaux.

3. L'installation des nomades désireux de se sédentariser, dans des logements convenables, devrait être facilitée ».

⁴⁵⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, Résolution no R (83) 1 *relative aux nomades apatrides ou de nationalité indéterminée*, préc., note 451, § 1 : « Dans leur droit et leur pratique applicables à la circulation et à la résidence des personnes, les États s'abstiendront de toute mesure conduisant à une discrimination envers les nomades fondée sur le mode de vie de ceux-ci », et § 6 : « L'application des principes énoncés dans la présente recommandation ne devra pas entraîner un traitement moins favorable pour les nomades que celui accordé aux termes du droit ou de la pratique de chaque État membre », ce deuxième paragraphe est *à fortiori* favorable à la mise en œuvre d'un traitement différentiel, dans les cas où, en l'absence d'un tel traitement, la discrimination est toujours existante. La nécessité d'adopter des mesures spéciales de protection en faveur de la minorité Rom fut expressément imposée en 1993 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution 1203 (1993) *relative aux Tsiganes en Europe*, 02 février 1993, en ligne :

<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta93/FREC1203.htm> (consulté le 18 février 2010), § 9.

mobilité. Or, ce droit n'est garanti que de façon très incertaine et théorique par les décisions de la Cour portant sur le mode de vie rom. En effet, la Cour s'opposant à la création d'emplacements en nombre suffisant, vient dans les faits restreindre la mise en œuvre du droit à la mobilité. Son efficacité s'en trouve réduite d'autant, ce qui conduit à vider le droit au respect du mode de vie rom de son contenu. Le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, dans un avis concernant le Royaume-Uni, déplore lui-même l'absence d'emplacements adéquats. Selon ce document,

« [...] de nombreux Rom/Tsiganes et Gens du Voyage irlandais sont confrontés à des difficultés socio-économiques considérables en comparaison avec la majorité et les autres minorités nationales, notamment dans les domaines de l'éducation, de la santé, de l'emploi et du logement, en particulier pour trouver des emplacements où s'arrêter (cette question est examinée plus en détail à l'article 5). Cette situation est reconnue par le gouvernement du Royaume-Uni et requiert la planification et l'application de mesures visant à parvenir à une égalité pleine et effective, en tenant compte de la Recommandation (2001) 17 sur la situation économique des Roms/Tsiganes et des Voyageurs en Europe »⁴⁵⁸.

Puis, ce même rapport indique,

« Le Comité consultatif est préoccupé par l'absence d'emplacements adéquats pour les Rom/Tsiganes et les Gens du Voyage irlandais (voir l'article 4 ci-dessus) et par les effets de cette situation sur leur capacité à conserver et à développer leur culture et à préserver les éléments essentiels de leur identité, dont le voyage est l'un des plus importants. D'après le dénombrement des « caravanes tsiganes » effectué par le gouvernement, 3316 familles vivaient sans un emplacement légal où s'arrêter en juillet 2000 »⁴⁵⁹.

Par ailleurs, la Cour se fonde sur des éléments de surface afin de parvenir à ces solutions. Selon elle, le nœud des affaires *Buckley c. Royaume-Uni* et *Chapman c. Royaume-Uni* repose sur les illégalités commises par les requérantes dans l'aménagement des parcelles dont elles sont les propriétaires. Cela justifie le rejet de la mise en œuvre de l'article 8(1) de la Convention à leur égard. June Buckley et

⁴⁵⁸ *Avis sur le Royaume-Uni*, ACF/INF/OP/I(2002)006, avis, (30 novembre 2001) Comité consultatif de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales, en ligne : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_1st_OP_UK_fr.pdf (consulté le 18 février 2010), § 29.

⁴⁵⁹ *Id.*, § 40.

Sally Chapman, toutes deux Roms de nationalité britannique, s'étaient établies sur leurs propres terrains avec leurs caravanes, sans avoir obtenu de permis d'aménagement et la propriété de la seconde se situait au sein d'une zone classée en ceinture verte, prohibant le développement de l'urbanisation. Cependant, les requérantes avaient-elles un autre choix que de s'établir avec leurs familles dans l'illégalité ? En l'absence d'espaces de stationnement disponible au sein du district de Mme Chapman et à défaut de site disponible et sécurisé dans le cas de Mme Buckley, les illégalités commises n'étaient-elles pas plus contraintes que volontaires ? L'avis du Comité consultatif de la Convention-cadre expose les conditions de vie contraignantes auxquels sont confrontés les Roms nomades au Royaume-Uni :

« [...] depuis l'abrogation en 1994 de l'article 6 de la loi sur les sites pour caravanes (*Caravan Sites Act*) de 1968, les autorités locales ne sont plus obligées de fournir un logement approprié aux Rom/Tsiganes et aux Gens du Voyage irlandais. Ce changement de la politique du gouvernement a eu pour effet de transférer, des autorités locales vers le secteur privé, la responsabilité des sites. Le Comité consultatif note que cette politique n'a entraîné aucune augmentation du nombre de sites, mais a eu l'effet contraire. En outre, il note que les Rom/Tsiganes et les Gens du Voyage irlandais ont de plus en plus de difficultés à trouver des endroits où s'arrêter et qu'ils risquent des sanctions pénales aux termes de l'article 77 de la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre (*Criminal Justice and Public Order Act*), s'ils ne se déplacent pas quand les autorités locales le leur demandent. Le Comité consultatif constate que cela a contribué à ce que de nombreux Rom/Tsiganes et Gens du Voyage irlandais doivent abandonner leur mode de vie itinérant. Il est également conscient des difficultés rencontrées par les membres de ces groupes pour obtenir le droit d'installer leurs caravanes sur des terrains dont ils sont propriétaires. A cet égard, un certain nombre d'affaires ont été examinées par la Cour européenne des droits de l'homme »⁴⁶⁰.

Il poursuit :

« Le Comité consultatif considère le manque d'emplacements disponibles au Royaume-Uni comme problématique du point de vue de l'article 5. Associée à une série de mesures législatives et administratives, cette insuffisance a pour effet d'empêcher le nomadisme et, dans la pratique, de nier aux Gens du Voyage, le droit de conserver, de préserver ou de développer l'un des éléments essentiels de leur culture et de leur identité, à savoir le voyage. Le Comité consultatif considère donc que le gouvernement et les exécutifs décentralisés doivent prendre des mesures supplémentaires afin de garantir la disponibilité d'emplacements adéquats

⁴⁶⁰ *Id.*, § 41.

supplémentaires où les Rom/Tsiganes et les Gens du Voyage irlandais peuvent s'arrêter »⁴⁶¹.

Vu le contexte législatif, politique et social britannique, le choix de la légalité n'était-il pas impossible pour elles et leurs familles⁴⁶² ? Dans la mesure où elles ont fait la démonstration de l'absence d'autre choix possible – en prouvant soit l'insécurité des sites de stationnement existant à proximité de leur installation soit l'absence de sites disponibles⁴⁶³ – n'est-il pas disproportionné d'accorder tant d'importance, dans le raisonnement et dans la solution des deux affaires, aux illégalités commises ?

Tant et si longtemps que la Cour analysera cette situation d'illégalité de manière formelle, en attribuant une vaste marge d'appréciation aux États

⁴⁶¹ *Id.*, § 42.

⁴⁶² Pour une idée générale, lire les arguments de la Commission européenne des droits de l'homme ainsi que de la requérante, dans *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42. Voir aussi les arguments des autorités nationales, par exemple dans l'affaire *Buckley* : le rapport de l'inspectrice nommée par le ministère de l'environnement indique : « Il m'apparaît donc clairement qu'il existe un manque d'emplacements autorisés. (...) Cependant, j'estime qu'il importe de maintenir à un faible niveau la concentration en sites pour Tsiganes, car ces derniers sont ainsi mieux acceptés par la communauté locale. (...) la concentration de sites pour Tsiganes a atteint à Willingham le seuil maximal souhaitable et je ne pense donc pas que le besoin global en sites doive être considéré, en l'espèce, comme l'emportant sur les objections urbanistiques », *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130, § 16.

⁴⁶³ Le manque d'emplacements autorisés est soulevé par les deux requérantes, dans *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130, § 24, 25 et 27 ; *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 11 et 12. Sur l'indisponibilité des sites d'établissement, voir également *Chapman*, préc., note 42, § 30-33, ainsi que la position des juges dissidents, qui indiquent « Nous observons qu'il a été admis au cours des procédures d'aménagement qu'il n'existait pas d'autres sites où la requérante aurait pu s'installer, que ce soit dans le district ou dans le comté en général. Le Gouvernement a signalé la présence d'autres sites dans le comté et indiqué que la requérante était libre d'en chercher un en dehors de ce dernier. Il apparaît toutefois, en dépit des statistiques avancées par le Gouvernement (§ 53 de l'arrêt), qu'il y a toujours un manque important de sites officiels et autorisés pour les Tsiganes dans l'ensemble du pays et que l'on ne saurait partir du principe qu'il existe ailleurs des emplacements libres ou accessibles aux Tsiganes. Il apparaît également que la législation et les politiques d'aménagement adoptées au cours des cinquante dernières années ont réduit considérablement les terrains où les Tsiganes peuvent légalement stationner leurs caravanes pour faire étape. Avec l'adoption de la dernière loi en date, à savoir la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public, les campeurs non autorisés – c'est-à-dire les personnes qui garent leur caravane sur le bas-côté d'une route, sur un terrain occupé sans l'autorisation du propriétaire ou sur tout autre terrain inoccupé – se rendent coupables d'une infraction pénale lorsqu'ils refusent d'obtempérer à l'ordre de déguerpir », Opinion dissidente commune à M. Pastor Ridruejo, M. Bonello, M^{me} Tulkens, M^{me} Strážnická, M. Lorenzen, M. Fischbach et M. Casadevall, Juges, dans *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 4. Le rapport d'une inspectrice nommée par le Ministère de l'environnement est également cité dans l'affaire *Buckley c. Royaume-Uni*, et reconnaît ce manque, voir *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130, § 16. Des rapporteurs nommés par le gouvernement et cités dans l'affaire *Chapman* ont également, et depuis plusieurs dizaines d'années, fait état de cette situation, voir par exemple, *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 35-37 et § 50-52. Par ailleurs l'insécurité de certains sites est soulevée par June Buckley dans *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130, § 26.

contractants⁴⁶⁴, elle ne pourra reconnaître de droits spécifiques, puisque le refus de regarder au-delà de l'illégalité signifie tacitement que la Cour n'a pas totalement pris acte des tensions profondes auxquelles est confronté le peuple Rom.

Le test de proportionnalité permet la limitation des droits garantis⁴⁶⁵. Sans chercher à le discréditer totalement, il apparaît néanmoins que plus la marge d'appréciation est étendue, moins la problématique soulevée par le requérant semble faire l'objet d'un consensus et être perçue comme légitime⁴⁶⁶. L'absence de réaction de la part des juges majoritaires vis-à-vis de la politique britannique de protection environnementale est claire dans les arrêts *Buckley* et *Chapman*. Or cette politique a pour effet de minimiser la présence rom au sein de certaines régions⁴⁶⁷. N'en résulte-t-il pas alors une séparation entre Roms et non-Roms, voire une situation de discrimination ? Le fait que les juges majoritaires à la Cour n'aient aucune réaction à l'égard d'une telle violation révèle l'importance des lacunes existantes concernant la prise en considération des questions minoritaires. Il en résulte un accroissement du pouvoir discrétionnaire accordé à l'État, autorité que les juges considèrent mieux à même de régler le problème, parce qu'en contact direct avec celui-ci. La politique de la marge nationale d'appréciation a donc pour conséquence d'attribuer à l'État – partie défenderesse au procès – le règlement du problème. En ce sens, le test de proportionnalité, qui évalue les intérêts de la requérante par rapport à l'intérêt général, est mis en œuvre de manière théorique, sans considération pour les dimensions concrètes de l'affaire ou pour son impact sur les plans pratique et humain. En outre, la détermination d'une vaste marge nationale d'appréciation privilégie la position de l'État. Malgré le fait que le principe soit mis en œuvre par la Cour, il favorise toujours le point de vue de l'État, qui est aussi l'une des deux parties au procès. Or, dans la mesure où la Cour traite du droit des minorités, ceci ne permet pas une protection sécurisée des droits des membres de ces groupes, ni une prise en

⁴⁶⁴ *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130, § 75 ; *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 91-94.

⁴⁶⁵ Sur l'encadrement du droit au respect des modes de vie sami ou rom par le test de proportionnalité imposé à l'article 8(2) de la Convention européenne et sur la mise en œuvre de ce test, voir *supra*, première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, paragraphe 2.

⁴⁶⁶ Pour un point de vue similaire, voir Howard Charles YORROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, International Studies in Human Rights vol. 28, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 13.

⁴⁶⁷ Rapport de l'inspectrice, dans *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130, § 80.

compte des intérêts roms. Le recours à la marge d'appréciation n'a pas non plus pour effet de susciter le débat sur la manière de coexister sur un même territoire. En cela, il est possible de questionner la façon selon laquelle la Cour exerce sa compétence de contrôle des politiques nationales. Certains auteurs soulignent le caractère biaisé du test :

« En présentant les intérêts en conflit comme étant, d'un côté, celui d'un individu à se voir autoriser à vivre en caravane sur son terrain, de l'autre, celui de l'ensemble de la collectivité à ce que les règles d'aménagement foncier soient respectées, la Cour donne de l'enjeu de l'affaire une vision réductrice et biaisée en faveur de l'État »⁴⁶⁸.

Dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni* ainsi que dans les quatre autres cas qui ont été jugés le même jour par la Grande Chambre, seuls les juges dissidents souhaitaient réduire l'étendue de la marge nationale d'appréciation. Selon eux, l'expulsion décidée par les autorités, alors qu'il n'existe aucun autre espace de stationnement disponible dans le district et dans le comté, était disproportionnée. Ceux-ci indiquent :

« Nous avons donc mis en balance la gravité de l'ingérence dans les droits de la requérante avec les arguments relatifs à la protection de l'environnement et qui s'opposent à ce qu'elle occupe son terrain. Sans être négligeables, ces derniers ne sont pas selon nous d'une nature ou d'une importance telle qu'ils témoignent d'un « besoin social impérieux » lorsqu'on les compare avec ce qui est en jeu pour la requérante. Rien dans la procédure d'aménagement n'a montré qu'il existait un autre endroit où la requérante aurait pu raisonnablement aller s'installer avec ses caravanes. Il a été constaté en 1985 que les autorités locales n'avaient pas respecté leur obligation de fournir aux Tsiganes des capacités d'accueil suffisantes dans la région ; le ministre leur a intimé l'ordre d'y remédier, sans qu'aucune amélioration concrète ne soit intervenue depuis lors. Dans ces conditions, nous constatons que les mesures d'aménagement et d'exécution ont outrepassé la marge d'appréciation accordée aux autorités internes et n'étaient pas proportionnées au but légitime que constitue la protection de l'environnement. Elles ne sauraient donc passer pour « nécessaires dans une société démocratique » »⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., note 29, p. 240 ; voir aussi sur le même point, O. DE SCHUTTER, « Le droit au mode de vie Tsigane devant la Cour européenne des droits de l'homme : droits culturels, droit des minorités, discrimination positive », préc., note 16, p. 64 et p. 90.

⁴⁶⁹ Opinion dissidente conjointe des juges Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Straznicka, Lorenzen, Fischbach et Casadevall, Juges, § 4, dans *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42.

La décision *Connors c. Royaume-Uni* de 2004 procède à cette limitation⁴⁷⁰. La gravité de l'atteinte ainsi que les obstacles entravant l'exercice du mode de vie des requérants roms sont finalement reconnus par la Cour⁴⁷¹. Néanmoins, la marge nationale d'appréciation n'est que partiellement réduite. Cette limitation concerne les cas d'ingérence substantielle dans la vie privée du requérant⁴⁷². Elle porte également sur un cas d'occupation légale de l'espace⁴⁷³. La Cour insiste d'ailleurs sur la distinction entre les faits de la cause dans cette affaire et dans *Chapman et Buckley*⁴⁷⁴. En ce sens, l'affaire *Connors* n'est pas « un cas difficile ». De fait, son contexte général et la situation des Roms en Europe auraient pu conduire la Cour à se positionner en faveur du principe d'égalité de fait, mais elle n'y procède pas. En outre, l'arrêt de 2004, bien que s'inscrivant dans un processus d'intégration des questions minoritaires au droit européen des droits de l'homme, n'éclaircit ni le contenu ni l'étendue de l'obligation positive.

En ce sens, l'*obligation positive de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie*, telle qu'elle est actuellement reconnue par la Cour, n'a pas pour effet de créer un espace géographique, politique ou social plus important pour les Roms. En cela, elle vient contredire les dispositions et l'esprit de la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe *relative à l'amélioration des conditions de logement des Roms et des Gens du voyage en Europe*, adoptée en 2005⁴⁷⁵. Cette recommandation affirme expressément la mise en œuvre d'un traitement différent à

⁴⁷⁰ Notons l'efficacité des opinions dissidentes, qui, dans le processus d'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones en Europe, ont souvent conduit à une modification jurisprudentielle. Un participant aux entrevues confirme cette dynamique. Entrevue 2, p. 1.

⁴⁷¹ *Connors c. Royaume-Uni*, préc., note 139, § 85-94.

⁴⁷² *Id.*

⁴⁷³ Une interprétation a été rendue par la Chambre des Lords (Royaume-Uni) de l'affaire *Connors*. Selon cette haute juridiction, l'occupation illégale ne peut se justifier que dans des cas exceptionnels, malgré l'existence de l'obligation positive et la restriction de la marge d'appréciation. Voir *Lambeth BC v. Kay ; Price v. Leeds City Council* [2006] UK House of Lords 10. Selon Helen O'Nions, « *The fact that the applicants were Gypsies and entitled to positive support from the state was expressly recognized as an exceptional circumstance. However, the court confined the use of the article 8(2) defence to cases where the applicants had occupied the land for a significant period of time such that it could be regarded as their "home" under article 8(1)* », H. O'NIONS, préc., note 49, p. 84.

⁴⁷⁴ *Connors c. Royaume-Uni*, préc., note 139, § 86.

⁴⁷⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des Ministres, Recommandation Rec (2005) 4 *relative à l'amélioration des conditions de logement des Roms et des Gens du voyage en Europe*, préc., note 454, § 6, 7, 8 et 16.

l'égard des Roms, afin qu'ils puissent exercer leur mode de vie librement⁴⁷⁶. Celle-ci interprète la notion de logement de manière à intégrer leurs conceptions. Elle indique, au paragraphe consacré à la *liberté de choix du mode de vie*, que :

« Les Etats membres devraient affirmer le droit au libre choix de son mode de vie, sédentaire ou itinérant. Les autorités nationales, régionales et locales devraient faire en sorte que chacun bénéficie de toutes les conditions nécessaires à la pratique du mode de vie choisi, le cas échéant – en fonction des ressources disponibles et des droits des tiers, dans le cadre juridique relatif aux constructions, à l'aménagement du territoire et à l'accès à des terrains privés »⁴⁷⁷.

Autrement dit, comme le soulevaient les juges dissidents dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, « il appartient aux autorités d'adopter les mesures qu'elles estiment adéquates pour que le système d'aménagement se concilie réellement avec le droit des Tsiganes »⁴⁷⁸. En ce qui concerne les Roms nomades ou semi-nomades, ces mesures pourraient consister en la création d'espaces de stationnement en plus grand nombre. Or, la création d'espaces de stationnement ne dépend pas des membres du peuple Rom, mais de la volonté des autorités ou de personnes privées, tels que les gestionnaires de campings.

De plus cette *obligation positive de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie* cautionne une discrimination indirecte entre Roms nomades et non-Roms, puisque les plans d'urbanisme intègrent davantage les besoins et la vision des seconds. En effet, rien ne les empêche en théorie de s'établir avec leurs caravanes dans le district de *Three River*, mais en pratique cela n'est pas possible en raison de l'absence d'espace de stationnement. À moins que Madame Chapman ne décide de s'installer dans une des maisons d'un village et de se sédentariser à la manière de la majorité. À ce titre, Frédéric Krenc rappelle la décision *Thlimmenos c. Grèce* et indique :

« Comme le relève le professeur Sudre, l'organe de contrôle de la Convention « paraît considérer a contrario que les Tsiganes et les non-Tsiganes sont

⁴⁷⁶ *Id.*, § 3 et 4.

⁴⁷⁷ *Id.*, § 3.

⁴⁷⁸ Opinion dissidente conjointe des juges Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Straznicka, Lorenzen, Fischbach et Casadevall, Juges, dans *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 5.

dans des situations analogues en matière de logement », ce qui ne peut être approuvé. L'on sait en effet que depuis l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, le juge européen des droits de l'homme a admis le principe de la discrimination positive [...]. Bien qu'elle s'y réfère, la Cour n'applique pas cette jurisprudence en l'espèce et s'en tient malheureusement à une conception purement formelle du principe de non-discrimination »⁴⁷⁹.

S'ajoute à cela la difficulté pour un Rom d'acheter un terrain sur lequel il puisse s'installer légalement tout en respectant les pratiques de sa communauté. Il devient alors plus évident de s'établir sur des emplacements publics créés par l'État. Dans ce cas, la possibilité de faire des choix autonomes quant à son lieu de vie reste limitée, puisque ce sont les autorités qui décident du lieu des espaces de stationnement et que ces endroits se situent souvent à la périphérie des villes, en bordure d'autoroutes ou dans des lieux précaires. La marge de choix dont dispose un non-Rom, en termes de lieu de vie – même s'il ne peut s'établir n'importe où et n'importe comment et quand bien même il serait limité par ses conditions sociales et économiques – paraît donc plus importante que celle dont dispose un Rom nomade ou semi-nomade.

Cette situation de discrimination était dénoncée dès l'affaire *Chapman* par les juges dissidents⁴⁸⁰. Elle fut récemment avérée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa résolution *relative à l'amélioration des conditions de logement des Roms et des Gens du voyage en Europe*, celle-ci indiquant :

« Les Etats membres, par l'intermédiaire de leurs autorités compétentes, devraient entreprendre une révision systématique de leurs législations, politiques et pratiques en matière de logement, et supprimer toutes les dispositions ou pratiques administratives qui ont pour effet une discrimination directe ou indirecte à l'encontre des Roms, qu'elle soit le résultat de l'action ou de l'inaction des acteurs étatiques ou non étatiques. Ils devraient mettre en place des mécanismes appropriés (parlement, Commissions des Droits de l'Homme, médiateurs, etc.) pour assurer et promouvoir le respect des lois anti-discrimination concernant les questions de logement. Ces

⁴⁷⁹ F. KRENC, « Le sort des Tsiganes devant la Cour européenne des droits de l'homme », préc., note 31, p. 108 et 109.

Voir la décision elle-même, *Thlimmenos c. Grèce*, requête no 34369/97, arrêt (06 avril 2000) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=29&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=14092881&skin=hudoc-fr> (consulté le 23.09.08).

⁴⁸⁰ Opinion dissidente commune aux juges Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Straznicka, Lorenzen, Fischbach et Casadevall, § 8, dans *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42.

mécanismes devraient prévoir la participation de représentants des Roms et des ONG à tous les stades du suivi »⁴⁸¹.

Ainsi, une des limites principales à l'*obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie* réside dans l'absence de remise en cause, d'une part, des lois déjà existantes, notamment en matière d'urbanisme, et, d'autre part, de l'absence d'autonomie conférée aux membres du peuple Rom. Le droit de l'urbanisme tel qu'il est conçu aujourd'hui par de nombreux États européens ne prend pas en compte les intérêts des Roms nomades. Par exemple, il confond souvent résidence et maison, même si la première est mieux à même d'intégrer les résidences mobiles. Cela se produit au détriment du déplacement. Il est également le produit d'une vision de l'esthétique d'un lieu et du bien-être des populations, orientée par les conceptions majoritaires. De plus, la marge nationale d'appréciation laissée aux États restant étendue, une caution tacite semble être accordée par la Cour en faveur des conceptions, du fonctionnement et du droit qui sont déjà existants. Cette manière formelle de penser l'intégration de la question rom en Europe préserve les équilibres juridiques et sociaux existants, mais n'incite guère à l'élaboration d'une législation plus accommodante.

Ce résultat insatisfaisant est dû à des tensions profondes qui s'expriment et s'expliquent de diverses manières. Tout d'abord, les juges majoritaires semblent attachés à la détermination d'un juste niveau de protection du mode de vie rom, dans la mesure où les citoyens appartenant au groupe social majoritaire ainsi que les Roms sédentaires ne peuvent pas non plus s'établir sans contrainte, c'est-à-dire de la manière et là où ils le souhaitent. Ainsi, comment interpréter le principe d'égalité entre Roms et non-Roms ayant une situation économique identique ? Les jugements rendus par la Cour laissent, en outre, apparaître un décalage entre le fait de constater que certains Roms nomades ont un mode de vie autre que celui de la majorité, le fait

⁴⁸¹ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des Ministres, Recommandation Rec (2005) 4 *relative à l'amélioration des conditions de logement des Roms et des Gens du voyage en Europe*, préc., note 454, § 19. Il est à noter qu'outre le constat de discriminations directe et indirecte, cette recommandation indique également des solutions et un cadre intéressants afin d'établir une législation plus équitable et plus adaptée au mode de vie et à l'identité des membres du peuple Rom, en ce qui a trait à la protection et à l'amélioration des logements existants, au cadre des politiques de logement, au financement des logements et aux normes en matière de logement. Les outils proposés semblent aussi plus inclusifs des membres de ce peuple et de leurs points de vue. Voir cette recommandation, § 23-52.

de le comprendre et le fait de proposer des solutions qui tiennent compte de leurs intérêts. Enfin, la justification principale, quant à ces tensions, pourrait résider dans la quête d'équilibre des juges entre leur pouvoir informel de création du droit et la préservation de leur légitimité face aux États et aux populations nationales, la forte présence des préjugés n'étant pas un facteur favorable à la mise en œuvre d'un droit adapté⁴⁸².

Les décisions judiciaires et, de manière générale, les documents officiels adoptés au sein du Conseil de l'Europe oscillent donc entre la volonté de prendre en compte les intérêts spécifiques des Roms et le respect unilatéral des droits des tiers majoritaires. Au regard de ce contexte, la production d'un accommodement équitable et satisfaisant pour tous constitue manifestement un objectif laborieux à atteindre, pour ne pas dire impossible.

Paragraphe 2 : Le droit aux modes de vie autochtones devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies

Devant la quasi-juridiction que constitue le Comité et concernant la protection des modes de vie, seules des requêtes provenant d'autochtones se sont jusqu'à ce jour présentées. La signification de la norme juridique étudiée se décompose en quatre éléments.

En premier lieu, il s'agit de la reconnaissance de droits de chasse, de pêche, de piégeage et de cueillette. Par exemple, dans l'affaire *Howard c. Canada*, où un Autochtone revendiquait des droits de pêche sur le territoire ancestral de sa communauté, mais à l'extérieur des territoires réservés, à travers l'article 27 du Pacte et le droit à sa propre culture, le Comité sans lui donner gain de cause *in fine*, reconnaît toutefois

« [...] qu'il est indiscutable que l'auteur est membre d'une minorité qui jouit de la protection de l'article 27 du Pacte et qu'il est donc en droit d'avoir, en commun

⁴⁸² Voir *infra*, cette étude, Partie III, Titre 2, Chapitre 2, section 3.

avec les autres membres de son groupe, sa propre culture. Il est indiscutable que la pêche fait partie intégrante de la culture de l'auteur »⁴⁸³.

Le droit à sa propre culture peut consister en un droit d'avoir avec les autres membres de son groupe des activités économiques et sociales qui s'inscrivent dans la culture de leur communauté⁴⁸⁴. Par exemple, le Comité a reconnu que le droit à l'élevage de rennes était un élément essentiel de la culture du peuple Sami⁴⁸⁵ et que les formes de pêches traditionnelles ainsi que le contrôle des pêches constituaient des éléments essentiels de la culture Maorie⁴⁸⁶.

En second lieu, la protection juridique des modes de vie autochtones s'exprime à travers la reconnaissance d'un rapport privilégié au territoire ancestral⁴⁸⁷, qui peut consister en un droit de propriété⁴⁸⁸ ou d'accès au territoire⁴⁸⁹. Ce rapport

⁴⁸³ *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 12.4. Concernant l'élevage de rennes, voir aussi *Ivan Kitok c. Suède*, préc., note 200.

⁴⁸⁴ *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144, § 32.2. Cette interprétation a été réitérée à plusieurs reprises, notamment dans *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 9.3.

⁴⁸⁵ *Ivan Kitok c. Suède*, préc., note 200, § 9.2 ; C.D.H., *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 9.1 et 9.2 ; *Jouni E. Länsman et Consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 10.2 ; *Mme Anni Äirelä et M. Jouni Näkkäljärvi c. Finlande*, préc., note 417, § 7.5 ; *M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, préc., note 411, § 2.3 ; *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Comité des éleveurs de Muotkatunturi c. Finlande*, préc., note 200, § 10.1.

⁴⁸⁶ *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 9.3.

⁴⁸⁷ Celui-ci est systématiquement présent dans les moyens des requérants autochtones et il est sous-jacent dans les solutions apportées par le Comité. Voir notamment, C.D.H., *Observation générale n°23 : Les droits des minorités*, préc., note 143 ; *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144 ; *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200 ; *Jouni E. Länsman et Consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 2.2 et 2.4 ; *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c. France*, préc., note 200. Dans cette dernière affaire, la construction d'un complexe hôtelier sur une terre où se situe un lieu de sépulture ancestrale est jugée porter atteinte aux articles 17 et 23 du Pacte, protégeant le droit à la vie privée et familiale ainsi qu'à la famille. L'importance du rapport au territoire se fonde sur les notions de famille et d'ancêtre et sur la sacralité du site. Le Comité se base sur ces deux dispositions, car la France a émis une réserve à l'article 27 du Pacte. Cependant, on peut penser que dans la mesure où cette réserve n'avait pas existé, il se serait fondé sur cet article (ceci est également soutenu par l'opinion individuelle dissidente de M. David Kretzmer, de M. Thomas Buergenthal, cosignée par M. Nisuke Ando et Lord Colville, dans cette affaire, § 5), car les requérants mettent d'emblée en évidence l'importance de ce site pour leur histoire, leur culture et pour leur vie (§ 2.3), argument que reprend le Comité lors de l'examen de l'affaire au fond (§ 10.3).

⁴⁸⁸ *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ne protège pas le droit de propriété ou les droits fonciers. Néanmoins, le Comité des droits de l'homme a abordé la question de la propriété des terres ancestrales de la communauté Awas Tingni dans un rapport rendu dans le cadre de l'examen périodique sur le Nicaragua. À cette occasion, il a lié la question territoriale à l'article 27, C.D.H., *Examen des rapports soumis par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte – Observations finales du Comité des droits de l'homme, Nicaragua*, CCPR/C/NIC/CO/3, 12 décembre 2008, en ligne :

inclut la protection de l'accès aux ressources naturelles⁴⁹⁰, impliquant un droit de consultation préalable à leur exploitation⁴⁹¹ et un droit à la libre disposition des richesses et des ressources naturelles essentielles aux communautés autochtones. La relation entretenue par ces communautés avec leurs territoires et leurs ressources est bien exprimée par les requérants Maoris, dans l'affaire *Apirana Mahuika c. Nouvelle-Zélande*. Ceux-ci

« [...] font valoir que la loi de 1992 leur impose une division artificielle de leurs droits ou intérêts en matière de pêche, au mépris du caractère sacré du lien qui existe entre les auteurs (liens personnels et liens tribaux) et leurs pêches; elle restreint effectivement la possibilité pour les auteurs et leurs tribus ou leurs clans de protéger leurs pêches pour les générations futures; elle éteint et/ou abroge effectivement leurs droits ou intérêts au regard de la *common law* et du Traité de Waitangi; elle restreint leurs possibilités d'exploiter et de gérer leurs pêches conformément à leurs coutumes et traditions culturelles et religieuses; elle institue un régime qui a pour effet de transférer entre les mains du Directeur général des pêches le pouvoir réglementaire sur les pêches maories »⁴⁹².

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/456/93/PDF/G0845693.pdf?OpenElement> (consulté le 20 mars 2010), § 21.

⁴⁸⁹ Le droit d'accès au territoire ancestral, sans être toujours mentionné est un droit reconnu de manière sous-jacente dans certaines communications, notamment *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c. France*, préc., note 200, § 10.3. En reconnaissant la violation des articles 17 et 23 du Pacte par la construction d'un complexe hôtelier sur des lieux de sépulture ancestraux polynésiens et en condamnant l'État pour ces faits, le Comité préserve un droit d'accès à ce site sacré.

⁴⁹⁰ *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200.

⁴⁹¹ C.D.H., *Observation générale n°23 : Les droits des minorités*, préc., note 143, § 7 ; *Jouni E. Länsman et Consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 10.5. Dans cette communication le Comité semble privilégier une conception très restrictive du processus de consultation, derrière lequel l'État tente de se parer. Les requérants, pour leur part, le qualifient de « processus d'information » et non de « consultation ». Or le Comité tranche en faveur de l'existence d'une consultation sans justifier sa démarche. Il faut noter, par ailleurs, que le Comité n'aborde dans aucune de ses communications la question de la compensation des communautés autochtones suite à une dépossession du territoire. Sur la consultation, voir aussi *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 9.5. Durant l'année 2009, l'Australie et la Suède ont été réprimandées, dans le cadre de l'examen périodique, pour ne pas avoir respecté l'obligation de consultation reconnue aux peuples autochtones, lorsqu'il s'agit de l'exploitation de leurs territoires ancestraux. En ce qui concerne l'Australie, voir C.D.H., *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant – Concluding observations of the Human Rights Committee*, CCPR/C/AUS/CO/5, 07 mai 2009, en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/422/14/PDF/G0942214.pdf?OpenElement> (consulté le 20 mars 2010), § 13-18. En ce qui concerne la Suède, voir C.D.H., *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant – Concluding observations of the Human Rights Committee*, CCPR/C/SWE/CO/6, 07 mai 2009, en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/422/07/PDF/G0942207.pdf?OpenElement> (consulté le 20 mai 2010), § 20 et 21.

⁴⁹² *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 8.3.

L'importance du contrôle des rapports au territoire et aux ressources résulte de l'interprétation combinée des articles 1^{er} et 27 du Pacte, telle que revendiquée par les requérants. Elle donne lieu à un droit aux moyens de subsistance traditionnels. Si à travers celui-ci, le Comité fait preuve d'ouverture en indiquant que « l'article 27 protège certes les moyens de subsistance traditionnels des minorités, mais implique également que ceux-ci puissent s'adapter aux modes de vie et aux technologies modernes »⁴⁹³, la dimension « authentique » des modes de vie demeure très présente dans ses communications.

En troisième lieu, la protection juridique de ces derniers s'exprime par l'interprétation adaptée aux conceptions autochtones de certains concepts. Par exemple, à la différence des moyens soutenus par la France⁴⁹⁴ dans l'affaire *Francis Hopu c. France*, le Comité des droits de l'homme va donner priorité à une définition ouverte du concept de famille, permettant une forme de protection de l'identité, de la spiritualité et des croyances polynésiennes. Bien que cette interprétation soit due aux circonstances de l'affaire – à la réserve émise par la France sur l'article 27 du Pacte – et soit ainsi le produit d'un « montage juridique », le Comité indique que

« [...] les objectifs du Pacte exigent que le mot de "famille" soit interprété au sens large, de manière à viser toutes les personnes qui composent la famille telle qu'elle est perçue dans la société concernée. Il s'ensuit que les traditions culturelles devraient être prises en considération quand il s'agit de définir le terme de "famille" dans une situation particulière. Il ressort des allégations des auteurs qu'ils estiment que le lien avec leurs ancêtres est un élément essentiel de leur identité et joue un rôle important dans leur vie de famille, ce que l'Etat partie n'a pas contesté; l'Etat partie n'a pas non plus contesté l'argument selon lequel les sites de sépulture en question tiennent une place importante dans leur histoire, leur culture et leur vie. L'Etat partie n'a contesté les allégations des auteurs que sur le point de leur lien de parenté entre les restes découverts dans le cimetière et eux-mêmes, lien qui, d'après l'Etat, n'est pas établi. Le Comité estime qu'il n'est pas possible de retenir contre les auteurs le fait qu'ils n'aient pas pu établir un lien de parenté direct, dans les circonstances de l'affaire, puisque les lieux de sépulture en question existaient avant l'arrivée des colons européens et sont reconnus comme renfermant les restes des ancêtres des Polynésiens qui vivent aujourd'hui à Tahiti »⁴⁹⁵.

⁴⁹³ *Id.*, § 9.4.

⁴⁹⁴ *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c. France*, préc., note 200, § 5.10 et 9.2.

⁴⁹⁵ *Id.*, § 10.3.

Il en résulte une acception large du concept de famille, intégrant le rapport aux ancêtres tel que la vision autochtone le suggère, cela permettant la prise en compte de leurs traditions.

En dernier lieu, la centralité du statut reconnu par l'État aux membres des communautés et le rapport de l'individu à sa communauté d'origine représentent des éléments de la protection élaborée par le Comité⁴⁹⁶. L'appartenance à une communauté autochtone plus vaste est systématiquement soulignée. Ce contexte collectif apparaît dès l'*Observation générale n°23 sur les droits des minorités*. Le Comité y indique qu'« [i]l ressort des termes employés à l'article 27 que les personnes que l'on entend protéger appartiennent à un groupe et ont en commun une culture, une religion et/ou une langue »⁴⁹⁷.

Par conséquent, l'article 27 et le droit à sa propre vie culturelle profite d'une interprétation très étendue et d'un vaste champ d'application. Il protège les éléments des cultures minoritaires ou autochtones, mais aussi, des modes de vie, des identités ainsi que des formes de spiritualité diverses⁴⁹⁸.

La protection issue de cette disposition est sous-tendue, *à priori*, par une obligation négative de respect – c'est-à-dire une obligation de ne pas porter atteinte à la vie culturelle propre des membres de groupes minoritaires. Néanmoins, le Comité a expressément reconnu l'existence d'obligations positives résultant de l'article 27 du Pacte. Dès 1994 et la rédaction de l'*Observation générale n°23 sur le droit des minorités*, il a imposé des « mesures positives de protection » par la mise en œuvre d'un « traitement réservé individuellement aux différentes minorités » et d'un « traitement réservé aux personnes appartenant à des minorités »⁴⁹⁹. Il y suggère aussi l'application de mesures spécifiques⁵⁰⁰. D'autres rapports invoquent de telles obligations⁵⁰¹ ainsi que diverses communications⁵⁰². Malgré le silence de l'article 27,

⁴⁹⁶ *Sandra Lovelace c. Canada*, préc., note 200 ; *Ivan Kitok c. Suède*, préc., note 200.

⁴⁹⁷ C.D.H., *Observation générale n°23 : Les droits des minorités*, préc., note 143, § 5.1.

⁴⁹⁸ *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144 ; *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 9.9.

⁴⁹⁹ C.D.H., *Observation générale n°23 : Les droits des minorités*, préc., note 143 § 6.1 et 6.2.

⁵⁰⁰ *Id.*, § 9.

⁵⁰¹ Le Comité a reconnu l'imposition d'obligations positives pour mettre un terme à la discrimination exercée contre les Roms : C.D.H., *Comments of The Human Rights Committee on the Report of Romania*, Part D, CCPR/C/79/Add. 30, 05 novembre 1993, § 14.

la création d'obligations positives est cohérente, puisque l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté, ultérieurement à l'entrée en vigueur du Pacte, la *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques*. Par l'article 4(2) de ce texte, elle a ainsi reconnu expressément la nécessité d'établir de telles obligations. Bien que cette disposition laisse une grande marge de manœuvre aux États en interdisant les pratiques qui violent la législation nationale ou les normes internationales, elle reconnaît néanmoins que :

« Les Etats prennent des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes, sauf dans le cas de pratiques spécifiques qui constituent une infraction à la législation nationale et sont contraires aux normes internationales »⁵⁰³.

De même, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* encourage l'intervention des États en collaboration avec les communautés autochtones bénéficiaires de droits. Le Comité donne ainsi un contenu positif au droit à sa propre vie culturelle, comme le droit pour les requérants autochtones de participer au processus de prise de décisions les concernant⁵⁰⁴, ou le droit de pratiquer

⁵⁰² Sur la reconnaissance par le Comité de la nécessité d'adopter des mesures positives qui imposent l'intervention de l'État, par l'application d'un traitement différentiel, voir *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 9.5. ; *George Howard c. Canada*, préc., note 373. Enfin, l'existence d'obligations positives résultant de l'article 27 du Pacte ne fait pas de doute non plus en doctrine, Kristen HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection*, Kluwer, 2000, p. 170 et R. STAVENTHAGEN, *The Ethnic Question – Conflicts, Development and Human Rights*, Tokyo, United Nations University Press, 1990, p. 62.

⁵⁰³ *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques*, préc., note 6, article 4(2).

⁵⁰⁴ « Pour ce qui est de l'exercice des droits culturels consacrés à l'article 27, le Comité fait observer que la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones. Ces droits peuvent porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans les réserves protégées par la loi. L'exercice de ces droits peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant», C.D.H., *Observation générale n°23 : Les droits des minorités*, préc., note 143, § 7 [c'est nous qui soulignons].

des activités économiques traditionnelles⁵⁰⁵. Quant aux pratiques qui violent la législation nationale, Helen O’Nions souligne que :

« [...] *the state can only evade this obligation if the practices of the group are contrary to international standards as well as domestic legislation. Thus, it would appear to be outside the spirit of the declaration for a state to fail to support the travelling lifestyle of nomadic Roma/Gypsies on the basis that national legislation prohibits unauthorized stopping and camping* »⁵⁰⁶.

Les États utilisent la nuance créée par l’article 4(2) de la *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques*. Par exemple, selon le Canada, l’article 27 du Pacte protège le droit de poursuivre un mode de vie, mais permet également sa limitation⁵⁰⁷. De plus, alors que le rapport Capotorti recommandait la création ainsi que la mise en œuvre de mesures spécifiques, afin d’assurer l’application de cette disposition⁵⁰⁸, le Comité ne semble pas y être favorable. La teneur des obligations consacrées par le Comité, sur le fondement de l’article 27, doit donc être nuancée. Si en théorie, l’existence d’obligations positives est confirmée par les communications et observations du Comité, en pratique, leur contenu reste vague et imprécis⁵⁰⁹.

Par ailleurs, si ses communications ont pour objectif d’aménager un espace aux conceptions et au libre choix des communautés autochtones, la volonté du Comité de préserver les équilibres actuels et les droits des tiers limite l’atteinte de ce but. Les solutions de principe ne manquent pourtant pas. Par exemple, la communication *Länsman c. Finlande* de 2005 indique :

« À propos des effets des activités d’exploitation forestière, voire de toute autre activité de l’État partie sur la culture d’une minorité, le Comité note que l’empiètement sur le droit d’une minorité de jouir de sa propre culture, tel qu’il est énoncé à l’article 27, peut résulter de l’effet conjugué de plusieurs actes ou mesures entrepris par l’État partie sur une certaine période et dans plusieurs secteurs du territoire occupé par la minorité. Le Comité doit donc examiner les effets globaux de

⁵⁰⁵ *I. Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 9.6 et 9.8 ; *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 9.5.

⁵⁰⁶ H. O’NIONS, préc., note 49, p. 202.

⁵⁰⁷ *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 9.7.

⁵⁰⁸ M. F. CAPOTORTI, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, préc., note 245.

⁵⁰⁹ H. O’NIONS, préc., note 49, p. 197.

telles mesures sur la capacité de la minorité concernée de continuer à jouir de sa culture. En l'espèce et compte tenu des éléments qui ont été portés à son attention, il ne doit pas examiner les effets de ces mesures à un moment donné – immédiatement avant ou après l'adoption des mesures – mais leurs effets passés, présents et futurs sur la capacité des auteurs de jouir de leur culture en association avec d'autres membres de leur groupe »⁵¹⁰.

Toutefois, cette solution est énoncée par le Comité, mais n'est pas appliquée au cas d'espèce, car elle impliquerait de privilégier l'intérêt des éleveurs de rennes samis au détriment de l'intérêt général⁵¹¹.

Dans cette situation, quels sont les apports du processus judiciaire à l'amélioration de la réalité concrète des requérants ? Il serait intéressant, pour le Comité, comme pour certaines juridictions, de sortir cette réflexion de la dichotomie qui existe entre intérêt particulier et intérêt général. D'une certaine façon, les présenter ainsi sous-entend qu'ils sont systématiquement irréconciliables. Au contraire, le Comité ne devrait-il pas proposer des pistes constructives de conciliation entre intérêts divergents ? Mais avant, cette réflexion ne pourrait-elle pas être formulée autrement qu'en termes d'inclusion des intérêts particuliers, par exemple en usant d'autres concepts, tel que ceux de conciliation ou de collaboration pour ensuite pouvoir penser des solutions juridiques plus efficaces ?

Mis à part les quelques cas dans lesquels les atteintes aux modes de vie autochtones ont été qualifiées d'irrévocables⁵¹², le Comité accorde une grande attention à la préservation des droits des tiers⁵¹³. Il s'ensuit des solutions qui ne satisfont jamais pleinement les attentes des requérants autochtones, puisqu'étant fondées sur un compromis qu'ils considèrent insuffisant à combler leurs besoins propres ou sur les perspectives majoritaires mises en évidence par l'État. Par ailleurs, comme cela fut mentionné préalablement⁵¹⁴, les solutions juridiques du Comité se fondent sur un contexte économique et social appréhendé de manière très différente

⁵¹⁰ *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Muotkatunturi Herdsmen's Committee c. Finlande*, préc., note 200, § 10(2).

⁵¹¹ Ce raisonnement ressemble à celui de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁵¹² *Lovelace c. Canada*, préc., note 200 ; *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144 ; *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c. France*, préc., note 200.

⁵¹³ Ceux-ci sont souvent revendiqués par l'État, par exemple dans *M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, préc., note 411, § 4.3 et 4.4.

⁵¹⁴ Sur la mise en œuvre du test de proportionnalité par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, voir cette étude première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2.

par les Autochtones requérants et par les États ou les tiers majoritaires. Si l'on prend l'exemple de la communication *Länsman c. Finlande*, du 08 novembre 1994, on peut noter qu'au regard du Comité, l'objet principal du différend porte sur l'exploitation minière du Mont Etelä-Riutusvaara par l'Arctic Stone Company et la Direction centrale des forêts⁵¹⁵. Les requérants, eux, situent cette activité d'extraction dans un contexte beaucoup plus vaste, qui touche également à la création de l'espace économique européen, auquel adhère la Finlande, et qui permet l'accès, à des fins d'exploitation, d'un nombre plus important de compagnies minières ou forestières au territoire Sami⁵¹⁶. Les requérants invoquent aussi la création de parcs et de réserves par l'État, qui imposent une réglementation restrictive sur une partie de leurs pâturages ancestraux⁵¹⁷. Pour le Comité, cependant, ce contexte occasionne un dommage potentiel et non réel – car provenant « d'activités futures »⁵¹⁸ –, ce qui ne permet pas de prévenir l'atteinte à l'article 27, mais uniquement de la réparer si elle devient réelle. Il reconnaît qu'en adoptant une approche plus globale, la juxtaposition d'activités d'exploitation minière et forestière peuvent porter atteinte à l'article 27 du Pacte⁵¹⁹, mais ne l'applique pas en l'espèce, l'ampleur de l'exploitation en cause ne privant pas les Samis de Finlande de l'exercice du droit à une vie culturelle propre. Il indique ainsi :

« En ce qui concerne les travaux d'exploitation forestière futurs, le Comité fait observer que d'après les informations dont il dispose, les autorités forestières de

⁵¹⁵ *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 9.1.

⁵¹⁶ *Id.*, § 8.7.

⁵¹⁷ *Id.*, § 8.8. Ce contexte sera évoqué à nouveau par les requérants dans la seconde affaire *Länsman*, voir *Jouni E. Länsman et Consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 2.6.

⁵¹⁸ *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 9.7 et 9.8.

⁵¹⁹ *Jouni E. Länsman et Consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 10.7. Il reconnaît également la globalité du préjudice dans *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Comité des éleveurs de Muotkatunturi c. Finlande* : « À propos des effets des activités d'exploitation forestière, voire de toute autre activité de l'État partie sur la culture d'une minorité, le Comité note que l'empiètement sur le droit d'une minorité de jouir de sa propre culture, tel qu'il est énoncé à l'article 27, peut résulter de l'effet conjugué de plusieurs actes ou mesures entrepris par l'État partie sur une certaine période et dans plusieurs secteurs du territoire occupé par la minorité. Le Comité doit donc examiner les effets globaux de telles mesures sur la capacité de la minorité concernée de continuer à jouir de sa culture. En l'espèce et compte tenu des éléments qui ont été portés à son attention, il ne doit pas examiner les effets de ces mesures à un moment donné – immédiatement avant ou après l'adoption des mesures – mais leurs effets passés, présents et futurs sur la capacité des auteurs de jouir de leur culture en association avec d'autres membres de leur groupe », *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Comité des éleveurs de Muotkatunturi c. Finlande*, préc., note 200, § 10.2.

l'Etat partie ont approuvé des opérations d'abattage dont l'ampleur, si elle entraîne un travail et des dépenses supplémentaires pour les auteurs et d'autres éleveurs de rennes, ne menace pas la survie de l'élevage du renne. Si l'élevage du renne est une activité peu rentable, ce n'est pas, d'après les informations disponibles, parce que l'Etat partie encourage d'autres activités économiques dans la région concernée, mais en raison de facteurs économiques autres »⁵²⁰.

Les solutions apportées par le Comité soulèvent trois problèmes. Tout d'abord, le fonctionnement judiciaire traditionnel, fondé sur la réparation de dommages réels, démontre ici ses limites, dans la mesure où il restreint la portée de l'article 27 du Pacte, dont l'objectif est d'« assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle [...] des minorités »⁵²¹. Comment pérenniser effectivement ces identités alors que l'outil judiciaire principal repose uniquement sur la réparation d'atteintes dites « irréparables » ? Comment le droit peut-il « réparer » des atteintes définitives – c'est à dire sans retour – portées à l'identité ? Dans la mesure où les seules atteintes se qualifiant à titre de violation de l'article 27 du Pacte sont celles qui consistent en une privation totale des droits protégés par cette disposition, n'attribuant aucune conséquence aux atteintes partielles, cet objectif de sauvegarde des identités autochtones paraît teinté d'un idéalisme creux⁵²². Le développement d'une intervention à l'étape de la prévention plutôt qu'à celle de la réparation devrait donc être envisagé. Elle pourrait avoir lieu par la mise en œuvre de mesures préventives ou d'un recours en injonction, que le Comité n'a pas aujourd'hui la compétence d'imposer ou d'exercer. Elle impliquerait la reconnaissance d'un dommage éventuel et incertain, mais suffisamment probable, avec la nécessité de le circonscrire.

Le second problème soulevé par ces communications est celui de l'absence de demi-mesure. La portée des solutions du Comité est involontairement, mais bien synthétisée par les moyens de l'État dans la seconde affaire *Länsman*. La Finlande y indique que :

⁵²⁰ *Jouni E. Länsman et Consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 10.6. Voir également, cette communication, § 10.3 et *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 7.5.

⁵²¹ C.D.H., *Observation générale n°23 : Les droits des minorités*, préc., note 143, § 9.

⁵²² *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 9.4-9.8.

« [...] l'adoption de mesures conservatoires devrait être exceptionnelle et intervenir uniquement en cas de violations graves des droits de l'homme si le risque de préjudice irréparable est réel, par exemple lorsque la vie ou l'intégrité physique de la victime est en jeu. De l'avis de l'Etat partie, la présente communication ne fait pas apparaître de circonstances donnant à penser qu'un préjudice irréparable pourrait être causé »⁵²³.

Pourquoi l'atteinte aux droits consacrés par l'article 27 du Pacte doit-elle être irrémédiable et fatale et ne peut être partielle⁵²⁴ ? Ne pourrions-nous pas concevoir des atteintes dont l'ampleur, sans priver totalement les requérants de l'exercice du droit à leur culture propre, le violerait partiellement ? Si oui, dans les affaires *Länsman*, la multiplication des exploitations minière et forestière entraînant de surcroît la construction de routes sur le territoire des requérants ne pourrait-elle pas être considérée comme une atteinte disproportionnée ? Enfin, le fait de ne condamner l'État que dans les cas où il commet des atteintes qui privent totalement les requérants de leur droit à une culture propre ne permet-il pas au Comité de ne pas avoir à traiter de l'établissement d'une solution de compromis plus équitable et d'éviter de s'immiscer dans les choix de gouvernance privilégiés par l'État ? Est-ce là une voie de préservation de sa légitimité ? Il semble en aller de même lorsque le Comité estime manquer d'éléments afin de se prononcer et refuse ainsi de trancher la revendication sur le fondement de l'article 27⁵²⁵. Le Comité ne s'ingère pas outre mesure dans ce type de processus. Souhaiterait-il alors préserver la légitimité des recours et des négociations internes ainsi que leurs chances d'aboutir ? Si oui, il préserverait aussi les processus qui permettent l'échange et la discussion entre les États et les acteurs

⁵²³ *Jouni E. Länsman et Consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 4.4. Sur le problème d'équilibre entre dommage irrévocable et partiel cette communication, § 6.8 et 7.13.

⁵²⁴ En effet, dans les affaires opposant certains éleveurs de rennes aux États scandinaves, notamment à la Finlande, le Comité rejette toute atteinte à l'article 27 du Pacte, dans la mesure où les éleveurs peuvent, malgré l'atteinte, continuer à tirer des profits de l'activité, même si ceux-ci sont restreints du fait de la mesure étatique adoptée. Avigail Eisenberg constate également cette distinction entre perturbation et destruction d'un mode de vie par les lois nationales. Avigail EISENBERG, « L'évaluation publique de l'identité autochtone », dans Michel SEYMOUR (dir.), *La Reconnaissance dans tous ses états. Repenser les politiques de pluralisme culturel*, Montréal, Éditions Québec Amérique, 2009, p. 237.

⁵²⁵ Par exemple, *Mme Anni Äärelä et M. Jouni Näkkäläjärvi c. Finlande*, préc., note 417, § 7.6. Le Comité justifie parfois sa solution de rejet, par la divergence des arguments des requérants et de l'État. Voir par exemple, *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Comité des éleveurs de Muotkatunturi c. Finlande*, préc., note 200, § 10.3 ; *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 12.11.

autochtones, tels que la négociation⁵²⁶. Nous touchons ici à la difficulté, pour les instances supranationales, de se positionner par rapport aux instances nationales et aux processus déjà mis en œuvre par elles. L'existence de différents niveaux de gouvernance comporte en effet un risque, celui de voir le travail des uns anéanti par celui des autres. Néanmoins, cette crainte, si elle peut expliquer le raisonnement du Comité, ne le justifie pas. Malgré les difficultés liées à la multiplication des niveaux de gouvernance, le Comité a été créé par les États qui se sont soumis volontairement à sa juridiction afin qu'il exerce un contrôle effectif.

Ces deux problèmes traitent de la mise en œuvre par le Comité du test établi dans l'affaire *Lovelace c. Canada* et réitéré à plusieurs reprises pour asseoir ses décisions⁵²⁷. Selon ses conclusions, l'atteinte portée à l'article 27 du Pacte par l'État doit avoir une justification raisonnable et objective et respecter les autres dispositions du Pacte. L'ingérence de l'État ne doit donc pas représenter un déni de droit⁵²⁸. Ce raisonnement implique l'application d'un test de proportionnalité qui permette d'évaluer l'ampleur de l'atteinte, en ayant recours à des seuils⁵²⁹. Or, la difficulté se situe dans le fait que ce genre de test ne s'écarte jamais d'une certaine rationalité, celle de la majorité, qui impose, par exemple, que les activités économiques rentables priment ou qui donne priorité à la quantité d'espace exploité, logique qui ne va pas nécessairement dans le sens du raisonnement des requérants privilégiant, pour leur part, leurs identités ainsi que la qualité des espaces⁵³⁰. Sur ce point, les raisonnements du Comité et de la Cour européenne des droits de l'homme sont semblables⁵³¹, ce qui

⁵²⁶ Cette réalité pourrait venir expliquer certaines solutions adoptées par le Comité des droits de l'homme, voir notamment *George Howard c. Canada*, préc., note 373.

⁵²⁷ Notamment dans les trois affaires *Länsman c. Finlande*, préc., note 200.

⁵²⁸ *Lovelace c. Canada*, préc., note 200, § 16 ; voir aussi *supra* cette étude première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2.

⁵²⁹ Ceux-ci sont explicitement évoqués dans une communication. « [...] la méthode employée par le Comité a consisté à chercher à déterminer si l'ingérence de l'État partie dans cette activité d'élevage atteignait un seuil tel que ledit État partie ne protégeait pas de manière adéquate le droit des auteurs de vivre selon leur culture. Le Comité doit donc déterminer si l'exploitation du bois sur les 92 hectares du secteur de Kariselkä a atteint ce seuil », *Mme Anni Äärelä et M. Jouni Näkkäljärvi c. Finlande*, préc., note 417, § 7.5.

⁵³⁰ Les requérants expriment bien cela voir notamment : *Mme Anni Äärelä et M. Jouni Näkkäljärvi c. Finlande*, préc., note 417, § 5.3 ; *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Comité des éleveurs de Muotkatunturi c. Finlande*, préc., note 200, § 10.3.

⁵³¹ Quant à la position de la Cour européenne, Helen O'Nions évoque l'importance d'avoir un fondement législatif clair et propre sur les questions rom et minoritaire. Elle indique, en effet, « *It is*

pourrait expliquer leur manque d'efficacité. Enfin, la mise en œuvre de ce test réduit parfois l'utilité du statut d'autochtone, par exemple dans l'affaire *Howard c. Canada*, lorsqu'il indique que

« [...] les États parties au Pacte peuvent réglementer les activités qui constituent un élément essentiel de la culture d'une minorité pour autant que ces règlements ne reviennent pas, de fait, à refuser ce droit. Le Comité doit donc rejeter l'argument de l'auteur selon lequel l'obligation de se procurer un permis de pêche violerait en soi ses droits au titre de l'article 27 »⁵³².

Le Comité ne semble alors pas tenir compte de la différence de statut entre un pêcheur autochtone et amateur ou sportif, pour qui les enjeux peuvent être différents. Il juge en se fondant sur le principe d'égalité stricte, comme si les deux statuts étaient équivalents.

Enfin, le dernier problème, sur lequel nous reviendrons⁵³³, concerne la reconnaissance des activités économiques en tant qu'objet du droit à sa culture propre. Nous avons déjà mentionné que le Comité refusait expressément de figer dans le temps ce qu'était une activité économique autochtone, puisqu'il reconnaissait officiellement celles qui ont fait l'objet de « modernisations ». Cependant, il n'applique l'article 27 du Pacte que lorsqu'une activité constitue un aspect essentiel de la culture du requérant. Par exemple, dans l'affaire *Apirana Mahuika c. Nouvelle-Zélande*, le Comité précise :

« [...] les activités économiques peuvent relever de l'article 27, dès lors qu'elles constituent un élément essentiel de la culture d'une communauté. Le fait que le Traité de Waitangi reconnaisse les droits des Maoris en matière de pêche confirme que l'exercice de ces droits est un aspect majeur de la culture maorie. Toutefois, il

arguable that, as the Parliamentary assembly suggest, without an additional protocol to the European Convention on Human Rights providing a right of petition, many of these issues will remain unresolved. The decision of the European Court of Human Rights in the Buckley case, discussed in Chapter 3, exhibits the need for such a minority protocol. [...] The rights of one individual were simply balanced against the interests of the majority without significant regard to her status as a member of the Gypsy minority. If the Framework Convention provisions had been incorporated into the European Convention, the Court would arguably have felt obliged to devote greater attention to her needs as a member of a minority group », H. O'NIONS, préc., note 49, p. 223.

⁵³² *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 12.7.

⁵³³ Voir *infra*, cette étude, Partie II, Titre 3 et Partie III, Titre 1, Chapitre 1, Section 3.

n'appartient pas au Comité de déterminer si la loi de 1992 est compatible avec le Traité de Waitangi »⁵³⁴.

Le problème est alors de savoir comment le Comité définit ce qu'est un élément essentiel de la culture d'une communauté – évaluation qui est pour le moins subjective ? Quels sont les outils de cette évaluation ? En la matière, il se fonde sur le Traité de Waitangi, signé en 1840 entre l'État – à l'époque les représentants de la Couronne britannique – et les représentants autochtones du pays. Or, se baser sur un document adopté il y a 170 ans ne comporte-t-il pas le risque d'essentialiser les pratiques à une époque révolue et de les figer ? En d'autres mots, ce document est-il suffisamment actuel ? De plus, le Comité considère que la pêche est une activité essentielle car elle est mentionnée dans ce document, mais qu'en serait-il d'une activité non réglementée ? Ne pourrait-elle pas aussi être essentielle ? Enfin, en fonction de qui le droit évalue-t-il ce qui est essentiel et ce qui ne l'est pas ? Si nous transposons ce raisonnement à la protection des modes de vie autochtones, comment définir ce qui est plus essentiel : est-ce le rapport au temps, aux autres ou à l'espace ? Est-ce les activités traditionnelles ou celles qui se sont développées à travers le temps ? Le simple fait de poser la question démontre les limites d'un tel raisonnement, puisque la protection juridique des identités et des manifestations qui en dépendent ne peut pas être aussi segmentée pour être efficace, vu leur complexité.

Poser ces questions est indispensable, car elles permettent de vérifier et de garantir une certaine efficacité à la protection établie. Elles permettent surtout de mettre en exergue les limites de la protection élaborée par le Comité.

⁵³⁴ *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, préc., note 200, § 9.3 [c'est nous qui soulignons].

Paragraphe 3 : La protection juridique des modes de vie autochtones et tribaux par la Cour interaméricaine

La Cour interaméricaine des droits de l'homme protège de manière implicite les modes de vie autochtones et tribaux⁵³⁵. En d'autres mots, elle n'a pas recours à une obligation ou à un droit expressément consacré. Sa stratégie de protection de même que les obligations qu'elle reconnaît sont néanmoins précises et efficaces *a priori*, le discours de la Cour étant plus directif vis-à-vis des États membres. Contrairement à la Cour européenne ou au Comité, elle établit elle-même les moyens de la protection et encadre, de fait, le pouvoir des États. Elle a même régulièrement recours à la mise en œuvre de mesures préventives afin que la situation en cause ne se dégrade pas avant qu'elle n'ait rendu son jugement. La protection implicite des modes de vie autochtones et tribaux apparaît ainsi à trois niveaux.

Tout d'abord, elle revêt une dimension pratique et matérielle. En effet, lorsque la Commission, puis la Cour interaméricaine, reconnaissent le droit collectif de propriété des territoires ancestraux, sur le fondement de l'article 21 de la *Convention américaine des droits de l'homme*, elles imposent, en conséquence, un devoir de démarcation, de délimitation et d'attribution de titre aux États⁵³⁶. Précisons d'emblée que dans une décision de 2002, *Mary and Carrie Dann v. United States*, dans laquelle les requérantes revendiquaient le droit à l'occupation et à l'utilisation du territoire Shoshone, au Nevada, et de ses ressources, alors que la communauté en avait été dépossédée par l'État et que celui-ci menaçait la famille Dann d'expulsion, la Commission évoque la valeur du droit à la terre et des formes traditionnelles de propriété. Cet organe politique et juridique de l'Organisation des États Américains les considèrent comme étant des « principes juridiques généraux du droit international », c'est-à-dire de la coutume internationale⁵³⁷. Le droit de propriété collectif s'étend

⁵³⁵ Sur le mécanisme implicite d'objectivation de la norme, voir *supra*, cette étude première partie, Titre 1, Chapitre 2.

⁵³⁶ *The Yanomami Case v. Brazil*, préc., note 402 ; *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151.

⁵³⁷ *Mary and Carrie Dann v. United States*, préc., note 402, § 129 et 130.

également aux ressources naturelles *essentielles* au mode de vie de la communauté⁵³⁸. Il en résulte un droit à une consultation préalable, libre et éclairée avant toute mise en œuvre d'un processus d'exploitation de large envergure sur un territoire ancestral⁵³⁹. Au lieu de promouvoir explicitement un droit au respect des modes de vie autochtones et tribaux, la Cour interaméricaine protège d'emblée le socle de ces modes de vie, que sont le territoire et ses ressources, tel que le revendiquent les requérants. Leur principale source de protection dépend des droits aux territoires et aux ressources naturelles, qui sont eux-mêmes reconnus du fait de l'existence de modes de vie « distincts »⁵⁴⁰.

Le second niveau de protection implicite se situe au plan de la justification des atteintes. Un exemple intéressant concerne la communauté autochtone Yakye Axa, vivant dans la région du Chaco au Paraguay. Suite à l'établissement sur son territoire ancestral de propriétés foncières (haciendas), initialement administrées par l'église anglicane puis progressivement dirigées par des paraguayens, les membres de la communauté ont été dépossédés de leur terre et vivent désormais dans des conditions qui mettent en danger leurs propres vies – les hommes ne reçoivent pas de salaire ou sont sous-payés ; les femmes sont exploitées sexuellement par des ouvriers paraguayens et ne bénéficient pas de service de santé ; l'alimentation est insuffisante et le manque d'eau et de nourriture occasionne la mort de plusieurs enfants. Prenant en considération cette situation, la Cour interprète en ces termes, et tel que les moyens des requérants autochtones le suggéraient⁵⁴¹, l'article 4(1) de la *Convention américaine des droits de l'homme* sur le droit à la vie⁵⁴² :

« En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna »⁵⁴³.

⁵³⁸ Nous reviendrons sur le risque d'essentialisation que cette qualification comporte ci-après, voir *infra*, Partie II, Titre 3, Chapitre 2.

⁵³⁹ *Saramaka people v. Suriname*, préc., note 152.

⁵⁴⁰ *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153, § 142-155.

⁵⁴¹ *Id.*

⁵⁴² *Convention américaine des droits de l'homme*, article 4(1), préc., note 138.

⁵⁴³ *Case de la comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153, § 161. Selon notre propre traduction ce paragraphe signifie : « Essentiellement, ce droit comprend non seulement le droit de tout être humain à ne pas être privé arbitrairement de la vie, mais aussi le droit que ne soient pas

Ainsi, aux yeux de la Cour, le droit à la vie étant fondamental⁵⁴⁴, la garantie de conditions de vie essentielles et compatibles avec la dignité est une obligation que l'État doit assurer à ses citoyens. Pour ce faire, il aurait dû adopter des mesures positives à l'égard de personnes qui, comme les membres de la communauté Yakye Axa, sont en situation de vulnérabilité⁵⁴⁵. L'État ayant négligé cet aspect, la Cour conclut à la violation de l'article 4(1) de la Convention. Or, en l'espèce, la violation du droit à une existence digne a pour source première l'absence de maîtrise du territoire ancestral par la communauté, ce qui constitue une violation de l'article 21. Partant, elle crée une passerelle entre la relation au territoire, l'identité, la dignité et le droit à la vie. Cette construction jurisprudentielle est fondée sur une logique holistique qui permet une interprétation de l'ensemble des dispositions de la Convention qui soit cohérente avec la situation du requérant. L'accès à une existence digne permet ainsi la protection de modes de vie autochtones ou tribaux.

Le dernier élément donnant lieu à leur protection juridique est celui qui touche à l'interprétation différenciée et adaptée des normes de la Convention américaine en fonction des contextes autochtones et tribaux. Cette protection intervient par l'adaptation de plusieurs dispositions, lui attribuant un fondement complexe. Ces dispositions n'étaient initialement pas conçues pour traiter des questions autochtones. Par exemple, l'article 21 de la Convention régit en principe, selon une interprétation littérale, le droit de propriété, la disposition étant formulée comme suit :

« 1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.

2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.

3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law »⁵⁴⁶.

générees des conditions qui font obstacle à l'exercice de ce droit ou qui rendent difficile l'accès à une existence digne ».

⁵⁴⁴ *Case de la comunidad indigena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153, § 161.

⁵⁴⁵ *Id.*, § 162.

⁵⁴⁶ *Convention américaine des droits de l'homme*, préc., note 138, article 21.

De la même manière, l'article 5 de la Convention protège le droit à des traitements humains, en indiquant que :

- « 1. *Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected.*
2. *No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person.*
3. *Punishment shall not be extended to any person other than the criminal.*
- [...] »⁵⁴⁷.

Or l'un et l'autre sont désormais interprétés par la Cour afin d'intégrer la situation et les besoins propres aux Autochtones. En se fondant sur le premier, la Cour est parvenue à la reconnaissance de la propriété collective⁵⁴⁸. En se basant sur le second, le droit à voir son identité et ses croyances respectées a été intégré au corpus des normes protégées par la Convention⁵⁴⁹.

La protection de ces modes de vie se manifeste, enfin, par l'adaptation des dommages et de la réparation. La Cour reconnaît, d'une part, les conséquences sur la santé – conçue au sens large, c'est-à-dire incluant la santé physique et mentale ainsi que le bien-être des membres de la communauté – de l'absence d'accès au territoire et à la violation des coutumes. Celle-ci est source de maladies dites « spirituelles ». Dans l'affaire *Moiwana village v. Suriname*, la Cour explique :

« *If the various rituals are not performed according to the traditional rules, it is considered a moral offense, which will not only anger the spirit of the individual who died, but also may offend other ancestors of the community. This leads to a number of “spiritually-caused illnesses” that become manifest as actual physical maladies; however, they cannot be healed by conventional or Western means. These illnesses can potentially affect the entire natural lineage, that is, the descent group to which the deceased belonged. These problems and illnesses do not go away on their*

⁵⁴⁷ *Convention américaine des droits de l'homme*, préc., note 138, article 5.

⁵⁴⁸ *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151.

⁵⁴⁹ *Moiwana village v. Suriname*, préc., note 209. Il en va de même dans le cadre de l'article 23 de la Convention, qui reconnaît le droit à la participation politique. En contexte autochtone, la Cour interprète cette disposition de manière à légaliser la participation politique des structures de représentation traditionnelles, au sein des conseils régionaux et locaux du Nicaragua. *Yatama v. Nicaragua*, requête n°12388, arrêt, (23 juin 2005) Cour I.D.H., en ligne: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

own, but must eventually be resolved through social and ceremonial means; if not, they will persist through generations »⁵⁵⁰.

La violation de l'identité, des conceptions profondes et des croyances d'un peuple, au fondement même de la socialisation de ses membres, ont des effets majeurs en termes de souffrances émotionnelles, psychologiques et spirituelles, que la Cour prend en considération afin de définir les dommages de manière adéquate⁵⁵¹. D'autre part, la réparation intervient de manière appropriée aux besoins et aux attentes de la communauté. Celle-ci est collective – et non pas individuelle – et peut impliquer la mise à disposition pour les communautés requérantes, des territoires ancestraux et de leurs ressources par l'État⁵⁵². Bref, quant à la forme de la protection établie, il est d'ores et déjà possible de noter que la Cour impose des obligations positives de forte intensité aux États membres, qu'elle encadre fermement, au moyen d'une définition précise des objectifs poursuivis⁵⁵³.

Ainsi, bien qu'aucune norme explicite ne soit consacrée par le système interaméricain, il existe néanmoins, à travers la jurisprudence désormais constante de la Cour, une protection juridique robuste à l'égard des modes de vie autochtones et tribaux, d'abord par sa dimension pratique et concrète, par la prégnance des considérations identitaires dans la justification des atteintes, puis par l'interprétation adaptée qui y est faite des normes de la Convention, des dommages et des modalités de réparation des atteintes. Par ailleurs, sans que le concept de « mode de vie » ne soit nécessairement cité, les éléments inhérents à sa définition bénéficient d'une reconnaissance juridique efficace. Rappelons que l'importance du territoire, des ressources naturelles, de la vie en communauté, des croyances et de la spiritualité sont au fondement même de cette définition. Ils sont tous pris en considération – et qui

⁵⁵⁰ *Moiwana village v. Suriname*, préc., note 209, p. 26. Sur les conséquences en santé, voir aussi, *The Yanomami Case v. Brazil*, préc., note 402.

⁵⁵¹ *Moiwana village v. Suriname*, préc., note 209, § 195 ; L. HENNEBEL, « La protection de l'« intégrité spirituelle » des indigènes », préc., note 31, p. 253-276.

⁵⁵² *Aloeboetoe et Al. v. Suriname (Reparations)*, arrêt, (10 septembre 1993) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_ing.pdf (consulté le 22.09.08) ; *Awasi Tingni c. Nicaragua*, préc., note 151 ; *Dann v. The United States*, préc., note 402 ; *Moiwana village v. Suriname*, préc., note 209 ; *Sawhoyamaya v. Paraguay*, préc., note 196 ; *Saramaka people v. Suriname*, préc., note 152.

⁵⁵³ *The Yanomami Case v. Brazil*, préc., 402.

plus est, de manière interreliée⁵⁵⁴ – dans les décisions de la Cour. Enfin, cette dernière ne conçoit pas le rapport entre majorité et peuples autochtones de manière classique. Au contraire, avec audace, elle tend à dépasser la hiérarchie traditionnellement établie entre les groupes présents au sein d'une société. Ainsi, elle n'hésite pas à remettre en cause les choix ou les intérêts majoritaires, lorsque ceux-ci aboutissent directement ou indirectement à des injustices, et ce, afin de privilégier le droit à un mode de vie autochtone, le droit au territoire ancestral ou aux ressources. Dans l'affaire *Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay*, elle affirme en effet que, conformément à la *Convention américaine des droits de l'homme* et au principe de proportionnalité, la restriction de la propriété individuelle des particuliers peut s'avérer nécessaire pour servir l'objectif collectif de préservation des identités culturelles au sein d'une société démocratique et pluraliste, si elle représente une juste indemnisation pour les préjudices subis par les communautés autochtones. Elle déclare ainsi que la propriété individuelle ne prime pas automatiquement sur la propriété collective, justifiant sa position sur la base de la gravité des conséquences de la dépossession et du déracinement sur les communautés autochtones⁵⁵⁵. Cette affirmation est précisée dans une affaire ultérieure, *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, du 29 mars 2006. Celle-ci indique que l'État doit procéder à la restitution du territoire ancestral Sawhoyamaxa de deux manières, soit en rendant le territoire ancestral lui-même, soit et uniquement s'il y a impossibilité justifiée pour l'État d'y procéder, il peut alors céder un autre territoire à la communauté, de taille et de qualité identiques, choisi après avoir consulté la dite communauté⁵⁵⁶.

Un espace effectif de protection des modes de vie autochtones et tribaux est donc juridiquement reconnu à ces peuples par la Cour et par la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Il est à noter que cette protection intervient de manière indirecte et alors que la gravité des atteintes est significative⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ Sur ce point, outre l'ensemble des décisions de la Cour interaméricaine, voir en particulier *Saramaka people v. Suriname*, préc., note 152, dans laquelle la mise en relation des différents éléments est particulièrement claire.

⁵⁵⁵ *Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153, § 148.

⁵⁵⁶ *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, préc., note 196, § 135.

⁵⁵⁷ La jurisprudence de la Cour interaméricaine concernant les peuples autochtones est de plus en plus foisonnante. Nous n'en avons examiné qu'un aspect, celui qui est relié au droit au territoire et aux

Néanmoins, il est possible de s'interroger sur la mise en œuvre des décisions de la Cour. Les États en sont les principaux acteurs. À cet égard, la propension des juges à intégrer le point de vue et les conceptions autochtones et tribales est contrebalancée par la lenteur du processus de mise en œuvre de leurs décisions. Malgré la législation favorable aux peuples autochtones en vigueur au sein de certains États – pensons au Nicaragua –, l'opinion publique, les puissants lobbies ou même des communautés autochtones aux revendications territoriales concurrentes⁵⁵⁸ peuvent faire obstacle à la transposition des décisions de la Cour en droit interne⁵⁵⁹. Bref, de par l'espace qu'elle accorde aux conceptions et aux attentes autochtones et tribales, la Cour semble créer des voies d'accommodement qui sont très favorables. Cependant, on peut se demander s'il ne s'agit pas de voies également « encombrées » par l'idéalisme dont sont empreintes ses décisions. En effet, les solutions qu'elle propose sont-elles équilibrées, particulièrement en ce qui concerne le rapport entre les requérants autochtones et les tiers⁵⁶⁰ ? Nous reviendrons sur ces questions dans notre Partie III.

En conclusion, le contenu du concept ainsi que la signification et l'étendue de la norme juridique protégeant les modes de vie autochtones, minoritaires et tribaux varient en fonction de l'organe de règlement des différends et du bénéficiaire de la norme. En ce qui concerne les titulaires autochtones, les juridictions reconnaissent la relation qu'entretient ce concept avec celui de territoire, mais la considèrent plus ou moins théoriquement. Ainsi, le Comité et la Cour interaméricaine fondent la norme

ressources. Une autre tendance intéressante qui concerne le droit de ces peuples, mais qui s'applique aussi à tous, concerne le développement de la jurisprudence de cette Cour ayant trait aux massacres de populations, aux enlèvements forcés et au droit à un environnement sain en relation avec le droit à la santé et le droit à la vie. Voir notamment sur ces points les arrêts *Aloeboetoe et Al. v. Suriname (Reparations)*, préc., note 552 ; *Bamaca Velasquez v. Guatemala*, requête n°11129, arrêt, (25 novembre 2000) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_ing.pdf (consulté le 22.09.08) ; *Maya Indigenous Communities and their members v. Belize*, report n°78/00, petition n°12.053, (05 octobre 2000) Com. I.D.H., en ligne : <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000eng/ChapterIII/Admissible/Belize12.053.htm> (consulté le 03 juin 2010).

⁵⁵⁸ *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151, § 140 et 141.

⁵⁵⁹ Sur ce point, voir *infra*, Partie III, Titre 1, Chapitre 1, Section 3.

⁵⁶⁰ Sur les apports et les limites du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, voir *infra* Partie III.

juridique nouvelle sur les droits au territoire ancestral et aux ressources naturelles. Ils reconnaissent également que les activités économiques traditionnelles sont parties intégrantes des modes de vie autochtones et, partant, que celles-ci bénéficient d'une protection en vertu du droit au respect des modes de vie propres. Quant aux bénéficiaires roms, la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme reconnaissent à travers le *droit au respect des modes de vie traditionnels* ou l'*obligation positive de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie*, des formes diverses d'occupation du territoire et, de fait, un droit de s'établir autrement. Ceci implique un droit d'exercer le nomadisme, mais aussi l'élargissement de la notion de résidence, incluant la vie en caravane. La Cour interaméricaine et le Comité reconnaissent également un tel droit de s'établir autrement.

Partant, le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones consiste actuellement en l'aménagement d'espaces et l'exercice d'activités. Néanmoins, au sein des trois systèmes, la reconnaissance de la norme paraît dépendre d'une condition implicite, qui serait la gravité des atteintes aux modes de vie ainsi que la gravité de leurs conséquences sur l'existence des requérants. Il est aussi à préciser que le contenu plus « spirituel » des modes de vie, ayant trait, par exemple, aux rituels, n'a pas encore fait l'objet de saisine. La question de l'articulation de rites et pratiques autochtones, tribaux ou roms considérés comme attentatoires aux droits de la personne, ne s'est donc pas encore posée.

La signification du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones touche ainsi à divers aspects. Néanmoins, telle qu'elle est posée, son champ d'application s'avère restreint.

En Europe, ce droit échoit aux membres nomades du peuple Rom, mais il n'autorise pas de traitement ou d'interprétation différenciés des dispositions de la *Convention européenne des droits de l'homme* ou des lois nationales existantes – position qui s'avère être très différente de celle d'autres organes du Conseil de l'Europe, comme le Comité européen des droits sociaux⁵⁶¹. Le droit dont ils bénéficient leur permet en théorie d'exprimer ou de pratiquer le nomadisme, ce qui

⁵⁶¹ Nous abordons la position du Comité européen des droits sociaux dans notre Partie III, Titre 2, Chapitre 1, voir *infra*.

équivalait à consacrer un droit à leur propre mode de résidence. Cependant, ce droit s'applique tant que les bénéficiaires se conforment aux lois nationales existantes. On peut supposer aussi que les lois supranationales en vigueur, telles que les chartes internationales des droits de l'homme, doivent être respectées. De plus, le contenu de l'obligation positive de *faciliter* le mode de vie rom reste à déterminer. Le nomadisme de certains des membres de ce peuple est ainsi reconnu, mais le silence demeure sur les modalités de son exercice, en particulier sur la manière d'articuler son exercice avec les lois et pratiques nationales en présence, de sorte que les décisions de la Cour n'ont pas abouti en pratique à la réglementation de la mobilité. Enfin, le cas de la majorité des Roms, à savoir ceux qui sont sédentaires, n'est jamais évoqué. Il semblerait donc que l'obligation positive de permettre aux Roms de suivre leur mode de vie ne s'adresse qu'à une minorité des membres de ce peuple et soit ainsi construite en se fondant sur un référent peu représentatif. Se pourrait-il que la Cour essaye de bâtir une protection juridique à l'égard de l'ensemble des membres de ce peuple en associant en permanence, peu importe le contexte et la réalité, l'identité rom au nomadisme, même lorsque celui-ci n'est qu'exceptionnellement exercé ou lorsqu'il s'agit d'une pratique en désuétude – comme le fait de vivre de manière quasi sédentaire au sein de caravanes immobilisées? Dans ce cas, il est possible de se questionner sur l'efficacité d'une protection juridique à vocation générale.

Devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la situation est similaire. Le droit au mode de vie est relatif, n'autorisant ni la remise en cause de la volonté et des intérêts de la majorité – économiquement, par exemple – ni la limitation de l'intérêt général. Ses bénéficiaires autochtones doivent se conformer aux lois nationales existantes, à moins qu'elles soient objectivement discriminatoires. En outre, le Comité ne reconnaît parmi les pratiques qui sont associées à un mode de vie que celles qui sont essentielles.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme, quant à elle, raisonne différemment. La protection des modes de vie autochtones et tribaux qui résulte du droit au territoire et aux ressources naturelles essentielles, peut remettre en cause les choix majoritaires lorsqu'ils aboutissent directement ou indirectement à des injustices. Par exemple, le droit collectif de propriété des territoires ancestraux peut

permettre l'expulsion de tiers installés sur ces territoires. Néanmoins, un danger d'essentialisation se profile là encore, dans la mesure où la Cour réglemente le droit aux ressources naturelles en se fondant sur leur caractère essentiel.

Jusqu'à présent, il ressort de notre analyse que l'étendue et l'efficacité de la norme étudiée varient selon le statut des requérants, celui de minorité apparaissant comme moins favorable. Ceci peut s'expliquer en raison du fait que les revendications en la matière n'ont pas les mêmes objectifs. Les requérants roms n'émettent pas de demande à caractère territorial en tant que telle, bien qu'ils déposent des requêtes sollicitant la reconnaissance d'emplacements de stationnement. L'établissement d'une protection des modes de vie à géométrie variable serait alors justifiée *a priori* par la différence en termes de légitimité existant en droit international entre les peuples autochtones et les minorités⁵⁶².

La signification du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones, au regard des requérants, des juges et des experts, ayant été exposée, nous devons désormais vérifier l'existence ou non d'une convergence des discours.

⁵⁶² Voir cette étude *infra*, Partie III, Titre 2, Chapitre 2.

CHAPITRE 3 : BILAN : UN « DISCOURS COMMUN PARTAGÉ » ?

Afin de déterminer s'il existe un « discours commun partagé » entre les requérants et les juges ou les experts, nous allons souligner les pistes de convergence ou de décalage entre les solutions proposées par chacun.

Derrick Bell est l'auteur de la théorie de la convergence des intérêts. Selon lui, les autorités étasuniennes ont mis fin à la subordination, à la ségrégation, ainsi qu'à la discrimination raciale à l'encontre des Afro-Américains en raison de l'intérêt, pour la nation toute entière de ce changement⁵⁶³. Il précise :

« Underlying these fairly apparent manifestations of racial reaction and interaction, I perceive more subtle but far from invisible occurrences that influence both racial progress and racial retrogression. First, from the nation's beginnings, policymakers have been willing to sacrifice even black's basic entitlements of freedom and justice as a kind of political catalyst that enables whites to reach compromises that resolve differing and potentially damaging economic and political differences. Second, policymakers recognize and act to remedy racial injustices when, and only when, they perceive that such action will benefit the nation's interests without significantly diminishing whites' sense of entitlement. These seemingly diverse policies are actually two sides of the same coin, each promoting in its own way the maintenance of white dominance. Blacks are not neutral observers in their subordinate status, but even their most strenuous efforts seldom enable them to break free of a social physics in which even the most blatant discrimination is ignored or rationalized until black petitions find chance harmony with white interests. Racial justice, then, when it comes, arrives on the wings of racial fortuity rather than hard-earned entitlement. Its departure, when conditions change, is preordained »⁵⁶⁴.

Il estime enfin que la décision *Brown v. Board of Education* n'a eu qu'un effet symbolique sur la réalité concrète des Afro-Américains, car elle ne règle pas le problème du racisme au sein de la société américaine :

« The Supreme Court accepted the civil rights lawyers' argument that because of segregation, black children and, through them, black people had been deeply harmed. The unintended but readily assimilated side effect of that argument was that whites were not harmed, and their dominant position in all things important was right, just, and appropriate. Since whites in general were not held responsible

⁵⁶³ « [...] blacks obtain relief even for acknowledged racial injustice only when that relief also serves, directly or indirectly, to further ends which policymakers perceive are in the best interests of the country », D. BELL, *Silent Covenants – Brown v. Board of Education*, préc., note 84, p. 56.

⁵⁶⁴ *Id.*, p. 9.

for harm to blacks, it followed that only those whites who were found liable for intentional discrimination should be penalized. As I suggested earlier, the Brown decision substituted one mantra for another: where “separate” was once equal, “separate” would be now categorically unequal. Rewiring the rhetoric of equality (rather than laying bare Plessy’s white-supremacy underpinnings and consequences) constructs state-supported racial segregation as an eminently fixable aberration. And yet, by doing nothing more than rewiring the rhetoric of equality, the Brown Court foreclosed the possibility of recognizing racism as a broadly shared cultural condition. In short, the equality model offered reassurance and short-term gains, but contained within its structure the seeds of its destruction »⁵⁶⁵.

Si l’on s’en tient à cette théorie, un processus de reconnaissance juridique ne pourrait aboutir que lorsque, d’une part, une minorité s’affirme et quand, d’autre part, l’État considère l’aboutissement de ce processus comme favorable aux intérêts politiques et économiques qui le préoccupent fondamentalement, c’est-à-dire ceux de la Nation toute entière. L’État représente alors l’acteur essentiel de la reconnaissance, puisque celle-ci est circonscrite en fonction de ses propres intérêts et en dépend. L’étendue de la novation dans les interprétations nouvelles privilégiées par les juges en matière de protection des modes de vie minoritaires ou autochtones dépendrait alors du degré de convergence des intérêts de chacune des parties – qui pourraient être le besoin de coexistence sur un même territoire, la paix ou la sécurité lorsque des tensions entre communautés existent, la reconnaissance du caractère légitime des revendications par l’État, ou encore la préservation de la diversité culturelle⁵⁶⁶ – mais surtout de l’intérêt de l’État.

⁵⁶⁵ *Id.*, p. 196-197.

⁵⁶⁶ Pour la Cour européenne des droits de l’homme, la sauvegarde de la diversité culturelle, est considérée comme un intérêt pour l’ensemble de la population d’un État. Dans l’affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, elle indique : « l’on peut dire qu’un consensus international se fait jour au sein des Etats contractants du Conseil de l’Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l’obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie, non seulement dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble », *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 93 [c’est nous qui soulignons]. Cependant, la diversité culturelle semble être un intérêt multidimensionnel, car elle ne comporte pas toujours les mêmes enjeux, pour les États – supposés défendre les intérêts de la Nation toute entière – et pour les requérants. Pour les seconds, elle est un principe qui permet en droit la protection de leurs cultures propres, alors que pour les premiers, le fait de vivre dans un monde diversifié prédomine. Pour les requérants, la reconnaissance identitaire représente l’enjeu phare, bien que le risque de fragmentation sociale ainsi que les dangers liés à la folklorisation des identités par les autorités puissent entraîner leur muséification et sous-tendre une certaine quête d’exotisme. De ce fait, partager un intérêt commun ne signifie pas systématiquement que les deux parties y attribuent les mêmes enjeux. D’où la nécessité d’être attentif aux enjeux attribués à la préservation de la diversité culturelle.

Cette théorie explique ainsi l'émergence possible de ce que Jeremy Webber a appelé « un discours commun et partagé » fondé sur des intérêts dissemblables⁵⁶⁷. Cela contribue à expliquer la réception favorable, défavorable ou mitigée, par les juges et les experts, des conceptions proposées par les requérants. En ce sens, la théorie de Derrick Bell offre des outils afin d'évaluer les modalités de production du sens de la norme.

Toutefois, le contexte de la présente recherche est différent. Tout d'abord, il n'est pas celui des discriminations raciales à l'encontre des populations afro-américaines. En outre, la thèse de Derrick Bell néglige le pouvoir des requérants dans la définition des normes, en attribuant un rôle prééminent aux autorités étatiques. De plus, son analyse porte sur le droit interne et sur une décision rendue par des juges nationaux. Or, le rapport de force entre autorités nationales et requérants est différent devant les juridictions supranationales, qui *a priori* font l'objet d'un plus grand détachement par rapport aux positions étatiques. Enfin, est-ce qu'au stade de l'émergence et de la formulation de la norme, le rapport de force entre État et requérants roms ou autochtones est si important ? Il paraît l'être davantage au stade de son application par la juridiction au cas d'espèce – comme dans le cas de la Cour européenne ou du Comité – ou au stade de la mise en œuvre de la norme par l'État – comme dans les décisions de la Cour interaméricaine.

De fait, la convergence des discours sera invoquée au lieu de celle des intérêts, car, pour les juges, il ne s'agit pas toujours d'intérêts mais de marge de manœuvre. Analysons le discours commun partagé entre juges et requérants (Section 1) et les décalages entre celui-ci et la pratique (Section 2)

⁵⁶⁷ J. WEBBER, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés », préc., note 85, p. 113-149.

Section 1 : Le principe d'un « discours commun partagé » entre requérants et juges ou experts

Le discours des requérants influe effectivement sur celui des juges et experts, démontrant l'existence d'un pouvoir implicite de participation à l'émergence et à la définition du contenu et de la portée des normes pour les justiciables. Cette influence est perceptible au sein de tous les systèmes. Elle porte sur la réception faite par les juges de ce qu'est un mode de vie rom, autochtone ou tribal, mais aussi sur la reconnaissance d'outils juridiques propres à préserver cette manifestation identitaire.

À l'inverse, le discours judiciaire ou législatif supranational influe également sur la formulation des revendications, en ce qu'elles se conforment au droit conventionnel en vigueur. Elles se fondent, en effet, sur des ancrs communes – tels que l'article 8 de la Convention européenne, l'article 21 de la Convention américaine ou l'article 27 du Pacte – et en produisent une interprétation novatrice et extensive, sans leur porter atteinte pour autant.

Il résulte bel et bien de cette double influence un « discours commun partagé » au sens où nous avons défini ce terme. Toutefois, l'étendue de la convergence en cause varie en fonction des systèmes. Devant la Cour européenne et le Comité des droits de l'homme, l'étendue de la convergence est plus théorique que pratique, puisqu'elle s'arrête à la reconnaissance d'une *obligation positive de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie*. Elle ne dépasse pas le stade de la mise en œuvre de la norme au cas d'espèce, ce à quoi parvient la jurisprudence interaméricaine. Cette dernière introduit en droit positif les moyens de mise en œuvre d'un droit effectif au territoire, proposés par les requérants autochtones, par exemple, par l'obligation de démarquer, délimiter et attribuer un titre de propriété aux communautés autochtones. La convergence des discours des requérants avec ceux des juges dépasse alors le stade du consensus entre toutes les parties, diminuant en conséquence la place accordée à la position des États.

Enfin, l'existence d'un « discours commun partagé » entre juges et requérants semble s'accroître lorsque des atteintes graves commises par les autorités, dont les conséquences sont manifestes, sont présentées aux juridictions.

Néanmoins, des divergences apparaissent entre le discours sur la reconnaissance de modes de vie minoritaires ou autochtones et sa mise en œuvre.

Section 2 : Les différents types de décalages entre les discours et la pratique

Sur le plan théorique, le principe d'une protection des modes de vie roms, autochtones et tribaux semble faire l'unanimité. Les clivages se situent au niveau de la mise en œuvre d'une telle protection et lorsque les arguments des deux parties au procès sont trop divergents. Leur nature et leur étendue varient d'un système juridique à un autre.

Premièrement, il arrive que la mise en œuvre au cas d'espèce de la protection préalablement reconnue intervienne de manière tout à fait décalée, ce qui se produit souvent devant la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci reconnaît par principe la protection du mode de vie rom, mais ne l'applique pas nécessairement au cas d'espèce, invoquant la situation d'illégalité des requérants ou la vaste marge nationale d'appréciation.

Deuxièmement, la divergence entre les arguments des requérants et ceux des États peut avoir pour effet de limiter la portée de la protection. Cela se produit devant le Comité des droits de l'homme, organe composé d'experts indépendants. Tout d'abord, lorsque l'État émet un constat de radicalité par rapport aux arguments du requérant, le Comité aura tendance à ne pas donner gain de cause aux requérants. Par exemple, la Norvège reproche aux requérants Samis de revendiquer des droits trop absolus⁵⁶⁸ lorsqu'ils s'opposent à l'exploitation d'une partie minimale du territoire national alors que le territoire ancestral sami est de vaste ampleur⁵⁶⁹. Le point de vue autochtone est effectivement radical, dans la mesure où la préservation de l'élevage de rennes passe, selon eux, nécessairement par l'absence d'exploitation du territoire par des tiers, ce qui conduit au rejet de toute forme de collaboration et d'articulation des intérêts divers. Néanmoins, cette radicalité se justifie du point de vue sami par le

⁵⁶⁸ *M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, préc., note 411, § 4.4.

⁵⁶⁹ *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Muotkatunturi Herdsmen's Committee c. Finlande*, préc., note 200, § 7.4 et 7.5.

fait que l'élevage de rennes est une activité qui demande de l'espace ainsi qu'un territoire non fragmenté. Le caractère radical de cette demande dépend ainsi des intérêts des acteurs. L'absence de volonté de la part de la Norvège à accommoder les droits des Samis avec ceux de la majorité ne peut-elle pas également être qualifiée d'absolue ? Au lieu de donner gain de cause aux arguments radicaux de l'une des deux parties, le Comité ne pourrait-il pas insuffler des pistes d'articulation entre ces points de vue, aboutissant à un règlement plus constructif de l'affaire ? À moins qu'il soit confronté à une « situation de non compossibilité »⁵⁷⁰.

Ensuite, le décalage entre les moyens des requérants et les solutions juridictionnelles proposées apparaît lorsque le Comité des droits de l'homme polarise les intérêts particuliers et l'intérêt général. Il ne traite ainsi jamais des causes profondes du litige et ne tient compte que partiellement du discours des requérants, cela, par souci de préservation de l'intérêt général. N'échoue-t-il pas alors à établir des bases plus équitables, fondées sur la conciliation des intérêts, pour régler la coexistence⁵⁷¹ ?

Le dernier décalage qui doit être évoqué tient à la place à accorder aux intérêts des tiers. Il touche à la question de l'exclusivité des droits. Alors que les solutions proposées par le Comité des droits de l'homme et par la Cour européenne mettent l'accent sur la préservation des intérêts des tiers – notamment en justifiant les ingérences de l'État par la protection de l'environnement et de l'économie, par le droit de l'urbanisme, les droits d'autrui ou la sécurité – la Cour interaméricaine ne privilégie pas cette approche. Elle consacre ainsi des droits au territoire pour les peuples autochtones et préconise plutôt l'expropriation des tiers⁵⁷².

⁵⁷⁰ WALDRON, Jeremy, « Identité culturelle et responsabilité civique », dans Will KYMLICKA et Sylvie MESURE (dir.), *Comprendre les identités culturelles*, Revue de philosophie et de sciences sociales n°1, Paris, 2000, p. 178.

⁵⁷¹ *Jouni E. Länsman et Consorts c. Finlande*, préc., note 200. Dans cette communication, voir le décalage entre, d'une part, les revendications des requérants (§ 7.3 et 7.6) qui font état de tout le problème de la réduction des espaces de pacage des rennes, en raison notamment de l'exploitation forestière et minière, qui conduit à l'intensification de l'exploitation des sols et à leur affaiblissement et qui impose à terme la diversification des activités des éleveurs de rennes samis non pas par choix mais par contrainte et, d'autre part, la solution du Comité, qui va jusqu'à exprimer la difficulté de trancher cette affaire alors que les parties ne sont pas du même avis (§ 10.5).

⁵⁷² *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151, § 140 et 141 (sur les moyens de la Commission interaméricaine et du Nicaragua). Voir aussi, *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153 et *Saramaka People v. Suriname*, préc., note 152.

Le Comité et la Cour de Strasbourg ont davantage tendance à préserver les intérêts des tiers – autrement dit de la majorité – *versus* les intérêts des minorités ou des peuples autochtones, alors que la logique inverse s'applique pour la Cour de San José. D'où provient cette valorisation des intérêts des tiers ? Émane-t-elle d'une vision particulière de la coexistence et du vivre ensemble – se basant sur les valeurs égalitaires au sens strict ? Procède-t-elle d'une difficulté à sortir des perspectives majoritaires, qui aurait pour effet une intégration limitée des conceptions et références autres ? Ou est-elle liée à la préservation de la légitimité des juges ?

Les trois organes de règlement des différends n'ont pas le même raisonnement. La Cour interaméricaine est plus directive et déterminée dans les solutions juridiques qu'elle propose, alors que la Cour européenne et le Comité sont plus timorés et inféodés. Ces perspectives divergentes aboutissent à des différences pratiques. La Cour interaméricaine adopte des solutions satisfaisant la vision des Autochtones, mais la mise en œuvre de ses solutions paraît difficile pour les États qui se retrouvent concrètement en charge de la résolution des conflits entre intérêts divergents. Les solutions du Comité et de la Cour européenne sont insatisfaisantes pour les requérants roms ou autochtones, mais elles ont l'avantage de la facilité dans leur mise en œuvre à court terme. Elles préservent les États et les contraignent dans une moins grande mesure à trouver des solutions innovantes.

Les discours des juges ou experts et des requérants se rejoignent sur un socle plus ou moins limité, preuve d'une influence partielle des revendications minoritaires ou autochtones sur les décisions et relative en fonction du système juridique examiné.

La tâche la plus difficile demeure la formulation d'une approche réaliste, mais aussi celle d'une approche globale, respectueuse des interconnexions. Cette dernière touche la problématique de la surdétermination des normes juridiques par le ou les codes culturels des juges ou des experts, que nous allons aborder dès à présent, en comparant la définition anthropologique du concept de mode de vie aux définitions proposées par les juges et les requérants. La question qui se pose maintenant est celle de savoir d'où provient la surdétermination et si elle repose uniquement sur la vision restrictive ou l'incompréhension des juges et experts.

TITRE 3 : UNE NORME JURIDIQUE DOUBLEMENT *SURDÉTERMINÉE* ?

« [La surdétermination] repose sur l'hypothèse que la production du droit se déploie à l'intérieur d'un champ de valeurs, d'un code culturel propre à chaque société, qui lui sert de support interprétatif et dont découlent un certain nombre de contraintes pour son application et son effectivité »⁵⁷³.

La surdétermination est utilisée, dans le cadre de cette recherche, en référence à la définition qu'en donne Gérard Timsit. Évaluant l'interprétation de la *Convention européenne des droits de l'homme* par la Cour de Strasbourg, il expose ce concept ainsi :

« Ce que fait apparaître en effet ce mode de définition par la Cour des notions de la Convention, c'est que si l'on assiste à un déplacement du sujet – de l'auteur (les Etats membres) vers le lecteur (la Cour) –, le lecteur n'est pourtant pas placé en position de toute-puissance du fait de la lecture à laquelle procède la Cour et de l'autonomie qu'elle revendique alors. Sa lecture ne s'opère qu'en référence à des éléments – « communs dénominateurs » -, pratique ou législation « majoritaire » – qui font partie de ce que j'appelle volontiers le code culturel et social – éléments de surdétermination – de la Convention »⁵⁷⁴.

Selon cet auteur, les standards qui inévitablement renvoient à un code culturel sont, par exemple, le fait pour une juridiction d'évoquer le « commun dénominateur », « la pratique majoritaire des États », « la nécessité dans une société démocratique » ou le maintien de l'ordre et de la sécurité. Il est possible d'ajouter à cette liste de standards les notions de « mise en balance », de « juste équilibre », de « proportionnalité », de « nécessité » ou de « consensus ». Ce code provient, d'une part, d'un monde que l'auteur qualifie « d'extérieur au juge », par lequel il dégage des principes de toute une tradition juridique ou de l'esprit des institutions⁵⁷⁵. Il n'agit alors pas en créateur de la norme mais conserve son rôle d'interprète. D'autre part, il existe aussi « un

⁵⁷³ Voir *supra* p. 132, définition citée, A. LAJOIE, « Surdétermination », préc., note 92, p. 85.

⁵⁷⁴ G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, préc., note 97, p. 134.

⁵⁷⁵ « Ce à quoi s'attache donc le juge dans tous ces cas où il y a objectivité ou au moins intersubjectivité, c'est, on le voit, à révéler un monde – valeurs, croyances, principes – qui extérieur au sujet, auteur ou lecteur de la loi, ne dépend pas de lui et impose sa réalité à tous. Mais si j'ai parlé de devisement du monde, c'est que le monde mis à jour par le juge n'est pas seulement, n'est pas toujours, ce monde extérieur au sujet que le juge se contente de « dégager », ou révéler. Parfois le monde lui est intérieur – et il l'invente », G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, préc., note 97, p. 142.

monde intérieur au juge », c'est-à-dire qui lui est inhérent et personnel et qui influence aussi ses positions juridiques⁵⁷⁶.

La thèse soutenue par Timsit met en lumière l'orientation du droit par des valeurs et plus précisément par celles des juges, aussi bien comme professionnels du droit, que comme citoyens et individus. Elle met en évidence les limites auxquelles sont confrontés les juges et les experts dans leur capacité à trancher objectivement un cas d'espèce. En principe, une surdétermination de la norme juridique est constatée lorsqu'une divergence de conceptions, de rationalités ou de logiques existe. Il en résulte un décalage entre la solution que les juges imposent et celle défendue par l'une des deux parties. Or, ce décalage, dans les litiges opposant des membres de communautés marginalisées, peut notamment provenir d'une incompréhension qui repose sur l'appartenance à des codes culturels différents. En effet, soit les juges et les experts majoritaires privilégient les valeurs et les conceptions dominantes sans les questionner – partant, par exemple, d'une conception très égalitariste des droits, ce que fait, dans une certaine mesure, la Cour européenne des droits de l'homme –, soit ils sont ouverts à des conceptions non dominantes et les intègrent, sans toujours tenir compte des revendications concurrentes ou des chevauchements en ce qui a trait aux territoires ancestraux autochtones – comme les juges de la Cour interaméricaine. À mi-chemin entre ces deux positions, ils peuvent aussi essayer d'accommoder des visions distinctes.

Par ailleurs, certains éléments qui orientent la solution juridique finale échappent au droit et proviennent des conceptions mêmes des juges ou experts, dont ils ont une conscience plus ou moins approfondie. Par exemple, les qualifications de « mode de vie distinct » ou de « mode de vie traditionnel », qui apparaissent dans les

⁵⁷⁶ « On change de monde. Celui que je décris à présent [le monde intérieur au juge] n'a plus rien de commun avec le précédent [le monde extérieur au juge]. C'était un monde de croyances, de valeurs, d'idées, de pratiques généralement admises ou largement partagées par les membres d'une communauté. C'était la culture dominante ou sein d'un groupe social. Le juge n'en était que le porte-parole – le fidèle interprète. Il cesse de l'être pour devenir producteur, créateur d'un code qui lui est propre et qui n'a de réalité qu'en lui – parce qu'il l'a voulu – parce qu'il a voulu le promouvoir. Ou parce qu'il veut le ressusciter. On quitte l'objectivité, et même l'intersubjectivité, pour entrer dans le monde de la subjectivité. On passe d'un code dominant à un code déviant. Déviance qui s'analyse dans la non-intégration au code promu ou ressuscité par le juge des valeurs auxquelles adhèrent consensuellement ou majoritairement les membres du groupe », G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, préc., note 97, p. 142.

discours des juges et des experts, sont orientées par leur propre conception de ce que représente la différence ou la tradition. De ce fait, ces qualifications sont toujours subjectives. La position de Marcel Mauss sur le concept de civilisation est éclairante. Elle met en exergue l'approche individualiste, voire égocentrique, qui leur est sous-jacente. Selon lui,

« Les hommes d'État, les philosophes, le public, les publicistes encore plus parlent de *la civilisation*. En période nationaliste, *la civilisation*, c'est toujours *leur* culture, celle de leur nation car ils ignorent généralement la civilisation des autres. En période rationaliste et généralement universaliste et cosmopolite [...] *la civilisation* constitue une sorte d'état de choses idéal et réel à la fois, rationnel et naturel en même temps, causal et final au même moment, qu'un progrès dont on ne doute pas dégagerait peu à peu [...].

Cette parfaite essence n'a jamais eu d'autre existence que celle d'un mythe, d'une représentation collective. Cette croyance universaliste et nationaliste à la fois est même un trait de nos civilisations internationales et nationales de l'Occident européen et de l'Amérique non indienne »⁵⁷⁷.

Ceci peut donc conduire au développement de différents risques, tels que l'essentialisation des modes de vie autochtones et minoritaires, leur idéalisation, ou encore à la discrimination des membres de groupes minoritaires ou autochtones, à leur victimisation ou à des conceptions paternalistes.

Cependant, la définition de la surdétermination des normes doit être nuancée. D'une part, le fait d'évoquer un code culturel unique pour décrire la position de l'ensemble des juges siégeant sur une affaire ne paraît pas pertinent. Une juridiction supranationale n'en recèle pas qu'un seul. Ces codes ne sont pas identiques d'un juge ou d'un expert à l'autre. Lorsqu'une juridiction rend une décision, celle-ci fait état d'une réflexion collective et d'un rapport de force entre les différents codes qui sont exprimés par les juges et les experts. De ce fait, plutôt que de confondre une juridiction avec un code culturel, il paraît plus juste d'évoquer celui qui est dominant devant cette Cour, impliquant l'existence d'autres codes qui n'ont pu orienter qu'accessoirement la décision finale. D'autre part, l'approche privilégiée par Timsit positionne le juge en tant qu'acteur omnipotent. Elle oublie le rôle que jouent les requérants dans la définition de ce qu'ils sont, de ce que constituent leurs modes de

⁵⁷⁷ Marcel MAUSS, 1930, cité dans D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, préc., note 313, p. 25.

vie, leurs valeurs et de la reconnaissance qu'ils recherchent. Le requérant est considéré comme un agent passif, ce qui indirectement l'infantilise et peut conduire à la victimisation. Or, cette étude constate que les conceptions des juges et des experts ont une influence significative, mais que la manière de présenter une requête à la Cour ainsi que son contenu sont des éléments intrinsèques à la formation de la vision des juges. D'où l'importance de les considérer afin d'évaluer la provenance des décalages⁵⁷⁸.

Ainsi, nous présenterons, dans un premier temps, quelles sont les sources de surdétermination du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones (Chapitre 1), puis, dans un second temps, nous évaluerons quels sont les effets de ce double processus de surdétermination (Chapitre 2).

⁵⁷⁸ Les entretiens conduits auprès des juges de la Cour européenne confirment la pertinence de cette approche. Voir entrevue 2, p. 2 et 3.

CHAPITRE 1 : LES SOURCES DE SURDÉTERMINATION DU DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES

Les sources de surdétermination du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones sont de deux ordres et s'alimentent l'une l'autre. Il s'agit des conceptions des juges et experts (Section 1), mais aussi de celles véhiculées par les requérants au moyen de leurs requêtes (Section 2). Chacune comporte des facteurs de surdétermination que nous allons exposer.

Section 1 : Les conceptions des juges

Les conceptions des juges laissent apparaître trois facteurs de surdétermination du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones : les conceptions de la coexistence, impliquant une vision de l'autre, la manière de comprendre le principe d'égalité et la façon de concevoir le rôle de juge ou d'expert.

Un facteur essentiel de surdétermination repose sur les conceptions sociales, juridiques et personnelles des juges et experts. Celles-ci se révèlent à travers le raisonnement inscrit au sein de leurs décisions judiciaires ou de leurs communications⁵⁷⁹ et modèlent la pensée des juges. Elles produisent un conditionnement intellectuel au contact d'un milieu social, professionnel et national spécifique, mais aussi, par l'existence qui en résulte d'un contexte social et culturel particulier. Ceci a pour effet de déterminer le sens de la norme nouvelle, sa

⁵⁷⁹ Helen O'Nions qualifie le raisonnement de la Cour européenne de « *Spurious reasoning* », H. O'NIONS *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, préc., note 49, p.82. Quant au conditionnement de la rationalité des individus par des valeurs, modelant également leur raisonnement et leurs conceptions de l'efficacité ou du changement, Guy Rocher aborde cette question, dans un autre contexte que celui du milieu judiciaire. Néanmoins, ses propos sont intéressants et peuvent s'y appliquer aussi : « La troisième valeur que je voudrais évoquer dans la même perspective de l'émergence des sociétés technologiques est celle de la rationalité. Bien sûr, la rationalité a une longue et belle histoire qui est bien loin de n'être que moderne. Mais elle a pris un sens plus utilitaire, plus instrumental en s'alliant à l'avancement de la technoscience. Elle se met elle aussi au service de l'efficacité et du changement. Et dans l'organisation sociale, elle prend la forme de la rationalisation de toutes les démarches de travail ou de production. La rationalisation prétend se réaliser notamment dans les structures et le fonctionnement bureaucratiques. Les sciences de l'administration, de la gestion, le « *social engineering* » se sont élaborés dans l'esprit et selon les méthodes de la technoscience, supposément pour hausser l'efficacité des politiques et des administrations », Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 89.

consécration ne résultant pas du néant, mais bien du fait, pour les juges et les experts, de l'avoir pensée dans un contexte qui n'est ni neutre, ni inexistant.

Néanmoins, ces conceptions se diversifient en fonction des individus et des régions du monde. Tous les juges supranationaux n'appartiennent pas à un milieu culturel ou national identique. De même, ils sont issus de systèmes ayant des traditions juridiques diverses ainsi que des langues différentes. Ceci a pour effet de modifier leurs conceptions propres et de transformer le processus de surdétermination.

Ainsi, la norme nouvelle issue de l'espace judiciaire supranational sera surdéterminée différemment en fonction du système juridique au sein duquel elle émerge. C'est pourquoi elle n'est pas homogène et n'a pas des effets identiques pour tous les titulaires de droits. Cela explique que le processus de surdétermination ne se manifeste pas identiquement devant la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité et la Cour interaméricaine. Les trois facteurs centraux de sa surdétermination – conceptions personnelle et professionnelle des juges, conception du principe d'égalité et conception du rôle du juge – sont donc présents de diverses manières dans le raisonnement des trois juridictions.

Le principal facteur de surdétermination repose sur les conceptions personnelles et professionnelles des juges et des experts, car il oriente l'approche des deux autres, qui sont le principe d'égalité et le rôle de juge.

Ce facteur fait référence au champ de valeurs et au code culturel propre à chaque société, qu'évoquent Andrée Lajoie et Gérard Timsit dans leurs analyses de la surdétermination des normes juridiques.

Dans le contexte propre à la Cour européenne, deux éléments représentent les sources profondes du code culturel dominant. Il s'agit, d'une part, de la théorie de l'État-nation et du fonctionnement qui en résulte, concernant le processus de prise de décisions fondé sur la primauté de la majorité⁵⁸⁰. Ceux-ci sont encore très actifs au

⁵⁸⁰ Uli Windisch évoque une tendance à lire toute la réalité sociale à travers l'opposition national-étranger. Uli WINDISCH, « La logique de la majorité culturelle. L'obsession de l'unité nationale », dans G. VERBUNT (dir.), *Diversité culturelle, Société industrielle, Etat national*, Paris, l'Harmattan, 1984, p. 132.

sein du raisonnement judiciaire. D'autre part, leurs conceptions en matière d'interventionnisme étatique orientent également leur position. La Cour européenne ne privilégie pas un interventionnisme fort lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre, en contexte minoritaire, des droits sociaux à caractère collectif. Un parallèle peut être fait avec les droits économiques, sociaux et culturels, dont la mise en œuvre est limitée, étant souvent formulés de manière vague et imposant un coût supplémentaire à l'État. Néanmoins, ce parallèle n'explique pas tout. Si l'on se réfère à l'interprétation qui est faite du droit au respect de la vie privée, familiale et du domicile dans d'autres contextes – pensons au cas portant sur la vie sexuelle des requérant homosexuels – on constate que les juges l'appliquent avec moins d'hésitation. Par exemple, dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* de 1981, la police avait saisi lors d'une perquisition chez un requérant homosexuel un journal décrivant des activités homosexuelles. Dans ce contexte, le requérant avait saisi la Cour européenne, qui condamna l'État sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Sans les appliquer en l'espèce, cette juridiction évoquait néanmoins les limites de l'article 8(2). Elle intervint alors avec assurance et de manière claire, en indiquant que les ingérences de l'État en matière de vie privée doivent être justifiées par la gravité particulière des activités de l'individu. De plus, au lieu de laisser à l'État une vaste marge d'appréciation, elle s'attribuait la compétence pour vérifier et évaluer l'existence d'une telle gravité⁵⁸¹. À la différence des affaires concernant le peuple Rom, l'affaire *Dudgeon* et celles qui ont suivi en matière de vie sexuelle des requérants portaient sur la condamnation directe de comportements par des lois nationales, alors qu'en ce qui a trait aux requêtes roms, il s'agit de l'empêchement d'exercer une pratique qui est indirectement causé par les lois nationales. Par ailleurs, au sein des États européens, un consensus plus important sur la diversité des identités sexuelles existait au moment où la Cour posait son jugement. Or, le constat d'un consensus fort (qui s'oppose à celui de la pluralité des solutions nationales) par la Cour européenne est essentiel pour qu'elle parvienne à limiter le pouvoir discrétionnaire de l'État ainsi que sa marge nationale d'appréciation. De fait, la non-

⁵⁸¹ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête no 7525/76, arrêt, (23 octobre 1981) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ROYAUME-UNI&sessionId=44679277&skin=hudoc-fr> (consulté le 02 février 2010).

application des droits économiques, sociaux et culturels, mais aussi des droits civils et politiques, s'explique davantage par la crainte des juges de perdre leur légitimité que par des difficultés inhérentes à l'interprétation des droits consacrés. Toutefois, cette crainte due à l'absence de consensus ne justifie pas le caractère illimité qu'a revêtu la marge nationale d'appréciation reconnue aux États dans certains arrêts, dont *Chapman c. Royaume-Uni*. Comme Vincent Coussirat-Coustère l'indique, l'étendue de cette marge dispose de « deux fonctions, [celle] de reconnaître qu'il y a pluralité de solutions et [celle] de les faire converger vers un standard européen »⁵⁸². Or la fonction de convergence vers un standard commun est relativement absente du traitement des questions roms en Europe. De plus, sachant que le seul consensus les concernant est de faible intensité puisqu'il porte sur la prohibition des discriminations individuelles, le recours à la marge nationale d'appréciation par la Cour semble procéder d'une « démission normative ».

Les juges de la Cour européenne et les experts du Comité des droits de l'homme, s'estimant implicitement liés par le point de vue de la majorité en raison de la grande légitimité qu'ils lui accordent, fonctionnent selon une rationalité utilitaire⁵⁸³. Dans cette perspective, l'adhésion à la rationalité majoritaire détermine leur interprétation de la liberté de mouvement⁵⁸⁴, de la résidence⁵⁸⁵, de l'urbanisme⁵⁸⁶ ainsi que des priorités économiques et de l'ordre public. Elle a pour conséquence une prise en considération abstraite des questions minoritaires ou autochtones.

Ainsi, lorsque la Cour européenne met en œuvre le test de proportionnalité posé à l'article 8(2) de la Convention et qu'elle analyse la légitimité de l'ingérence étatique, en fonction de quoi ou de qui la détermine-t-elle ? Lorsqu'elle invoque « la nécessité dans une société démocratique »⁵⁸⁷ ou « les besoins sociaux impérieux »

⁵⁸² Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, « L'article 8 § 2 », dans L. E. PETTITI, E. DECAUX et P. H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 340.

⁵⁸³ G. ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, préc., note 579, p. 89.

⁵⁸⁴ Conçue d'une manière sédentaire pour les occidentaux.

⁵⁸⁵ Une demeure ancrée dans le sol et non une caravane mobile.

⁵⁸⁶ Hiérarchisé par exemple, en fonction de zones urbanisées ou de zones dites « vertes ».

⁵⁸⁷ Dans un arrêt du 13 août 1981, la cour européenne donnait une définition du concept de société démocratique. Elle affirme : « *Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une société démocratique. [...] bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts des individus à ceux du groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande*

telle que la protection de l'environnement, qu'entend-t-elle par là ? Quelle hiérarchie établit-elle entre les divers besoins sociaux impérieux ? Ces critères sont vagues et peuvent varier en fonction de l'auditoire auquel ils s'adressent (sociétés, situations et citoyens)⁵⁸⁸. Ils ne sont pas neutres, leur interprétation oriente la décision des juges et, partant, le sens du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones⁵⁸⁹. Or, dans un contexte où la théorie de l'État-nation reste importante, ils sont interprétés en fonction des conceptions et des références du plus grand nombre. La hiérarchie des valeurs imposée par la Commission ou par la Cour européenne le démontre. Par exemple, dans les affaires *Buckley c. Royaume-Uni* et *Chapman c. Royaume-Uni*, la préservation des paysages et la protection de la campagne priment sur la survie et la sécurité de familles roms, au détriment de la position défendue par le juge Pettiti. Celui-ci indique :

« Au regard de l'atteinte au "caractère rural et vierge de la zone", de la protection de la nature qui, selon le Gouvernement, justifierait l'ingérence même sous l'angle de l'article 8, cet argument administratif opposé aux seules familles tsiganes constitue également une ingérence disproportionnée, car dans la hiérarchie des obligations positives de l'État, la survie des familles doit passer avant les préoccupations bucoliques ou esthétiques ».

Puis il ajoute :

« Il y a accumulation d'obstacles de la part de l'administration ou insuffisance des solutions de rechange proposées qui perturbent considérablement la stabilité de

un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante », *Young, James & Webster c. Royaume-Uni*, requête n°7601/76 et 7806/77, arrêt, (13 août 1981) Cour E.D.H., en ligne:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=&sessionid=14092881&skin=hudoc-fr> (consulté le 23.09.08), p. 25. Néanmoins, ces caractéristiques ne fondent pas la compréhension du concept de société démocratique ni la mise en œuvre du test de proportionnalité, dans les affaires *Buckley c. Royaume-Uni* et *Chapman c. Royaume-Uni*. En effet, dans ces affaires, il semblerait que cette interprétation ait été mise de côté, eu égard à l'importance que la Cour attribue à l'objectif de protection de la campagne et de l'environnement. Or, on peut se demander si cet objectif ne représente pas un outil, manipulé par les États, de « *suprématie constante de l'opinion d'une majorité* », ceux-ci y attribuant une importance variable au gré des situations.

⁵⁸⁸ Voir Chaim PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 377 p.

⁵⁸⁹ Voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Splendeurs et misères de la gouvernance par le droit dans les sociétés hypermodernes », dans Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2008, *Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 555-622.

l'existence familiale et l'avenir des enfants. Ces prétextes d'urbanisme et de sécurité routière apparaissent dénués de fondement ou dérisoires au regard du problème majeur de la préservation de la vie familiale »⁵⁹⁰.

L'absence de garantie, pour les Roms nomades, vis-à-vis de la pratique de leur mode de vie n'est pas pour assurer une vie plus sereine aux familles. Il en va de même lorsque la Commission européenne, dans l'affaire *G. et E. c. Norvège*, valide la justification de l'État, fondée sur le bien-être économique du pays, sans examiner le caractère suffisant des raisons invoquées tant en termes de recours effectif que d'utilisation du territoire et des ressources. Il semblerait que l'État n'ait qu'à avancer une des justifications identifiées à l'article 8(2) pour qu'il soit automatiquement dispensé de mettre en œuvre l'obligation de l'article 8(1) de la Convention. Ainsi, l'intérêt général, trop souvent confondu avec l'intérêt de la majorité ou l'intérêt des plus influents, n'est pas questionné.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme, pour sa part, n'hésite pas à mettre en cause la primauté habituellement accordée à la majorité, lorsqu'elle reconnaît le droit collectif de propriété des territoires ancestraux et part du postulat de la pluralité sociale. Dans son raisonnement, la préservation des critères intrinsèques à la théorie de l'État-nation n'est donc pas un objectif premier. Au contraire, elle fait preuve d'une attention et d'une compréhension particulière vis-à-vis des points de vue autochtones et tribaux. Généralement, les juges de la Cour proposent des solutions juridiques cohérentes par rapport à l'identité des requérants. Notons, par exemple, que la Cour comprend le droit de propriété conformément au principe d'exointransmissibilité des territoires ancestraux, respectant ainsi le rapport à la terre tel qu'il existe selon l'identité des requérants autochtones. Elle consacre alors le droit collectif de propriété des territoires et des ressources *essentiels* au mode de vie de la communauté. Elle intègre également la vision holiste des requérants, dans la mesure où elle conçoit les identités autochtones et tribales, le mode de vie de ces peuples, leur attachement au territoire ainsi que leur culture de manière interconnectée. Il en résulte une intégration de la coutume autochtone au droit positif interaméricain.

⁵⁹⁰ Opinion dissidente du juge Pettiti, dans *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130.

Le fait, pour la Cour, de percevoir favorablement les requêtes autochtones et tribales et de leur accorder une place en droit a pour effet de produire des solutions judiciaires originales ainsi que de renforcer leur légitimité. Par ailleurs, la position de la Cour révèle une conception différente du vivre ensemble, qui ne donne pas nécessairement priorité au point de vue majoritaire, mais qui tente d'accommoder les hétérogénéités afin de satisfaire et d'inclure les citoyens dans la diversité de leurs identités. Créer une forme de coexistence juste n'équivaut pas alors à satisfaire la majorité, mais bien à reconnaître et accorder les besoins de tous dans leur diversité.

Néanmoins, malgré cette approche juridique différente, la Cour construit également un discours et une norme surdéterminés. Les conceptions contemporaines des juges sont forgées par un champ de valeurs et un code culturel spécifiques. Elles sont modelées par une proximité plus grande avec la diversité. Il en résulte une approche plus ouverte des problématiques de l'intégration et de la coexistence. Néanmoins, dans cette ouverture aux conceptions autochtones et tribales, il existe également un idéalisme fort. Est-il possible actuellement de reconnaître de manière réaliste et sans contrainte évidente pour les tiers la propriété collective des territoires ancestraux ? Le fait de trancher en faveur du point de vue autochtone ou tribal ne signifie-t-il pas de lui donner précellence ? Lui accorder une priorité par rapport au point de vue des tiers a-t-il pour effet de résoudre la problématique de la coexistence ? Ne va-t-on pas alors à l'encontre du principe de l'accommodement des hétérogénéités ? Au-delà de cette question, l'ouverture judiciaire aux valeurs et conceptions autochtones ne se produit-elle pas de manière essentialiste, dans la mesure où les juges se fondent souvent sur celles qui leur apparaissent comme étant les plus pures au niveau de la tradition ?

Outre les conceptions personnelles ou professionnelles des juges et des experts, la surdétermination est corrélativement marquée par un second facteur, qui porte sur leurs conceptions du principe d'égalité.

Il existe deux manières en droit d'aborder le principe d'égalité. La première fait référence à l'approche classique. Elle consiste à comprendre le principe d'égalité

*in abstracto*⁵⁹¹, c'est-à-dire de façon stricte et formelle, les justiciables étant tous soumis aux mêmes droits interprétés de manière identique, sans tenir compte de la situation propre à chacun. *À contrario*, la seconde approche consiste à aborder le principe d'égalité de manière plus concrète, en tenant compte du contexte qui entoure la problématique soulevée par le justiciable. Il s'agit d'une compréhension plus complexe du principe, qui va dans le sens de l'adaptation des normes en fonction des situations diverses et qui permet ainsi une application plus juste et plus efficace du principe. La conception qui en est choisie par chacun des trois systèmes juridiques oriente la signification et l'application de la norme nouvelle et dépend du champ de valeurs et du code culturel dominant en leur sein.

Le principe d'égalité est alors à la fois un principe juridique, autrement dit une norme, mais aussi une des valeurs à laquelle un professionnel du droit peut adhérer. Il relève du code culturel adopté par la société, mais est aussi du ressort des convictions. C'est en cela que la conception qu'ont les juges ou les experts de ce principe peut venir surdéterminer le sens de la norme juridique. En la forgeant de manière à ce que chaque justiciable soit traité de manière identique, elle a pour conséquence de préserver les intérêts majoritaires à l'excès.

La Cour européenne semblait reconnaître le principe d'égalité dans son sens complexe dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce*, concernant la condamnation pour insubordination entraînant l'absence de nomination à un poste d'expert-comptable d'un témoin de Jéhovah qui avait refusé de porter l'uniforme durant une mobilisation générale en raison de ses croyances. Dans cette décision, la Cour indiquait qu'une discrimination pouvait survenir dans les cas où, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquaient pas un traitement différent à des personnes dont les situations étaient sensiblement différentes⁵⁹². Cette interprétation du principe, ou du moins, l'existence d'une discrimination objective et raisonnable, ne furent pas

⁵⁹¹ Le principe d'égalité conçu *in abstracto* signifie que l'égalité est comprise au sens strict, dans le cadre de l'uniformité des règles. Certains qualifient cette conception de « modèle français » d'égalité. Pour une critique, voir Danièle LOCHAK, « Quelques réflexions sur l'universalisme de la règle de droit dans les rapports avec l'égalité », (2005) 49/1 *Droit et Cultures*, p. 15-19.

⁵⁹² *Thlimmenos c. Grèce*, préc., note 479, § 44.

Sur le principe d'égalité de fait, voir Terry EAGLETON, « Five Types of Identity and Difference », dans D. BENNETT, *Multicultural States, Rethinking Difference and Identity*, London et New York, Routledge, 1998, p. 48-52.

reconnus dans la décision *Chapman c. Royaume-Uni*, en raison de la situation d'illégalité dans laquelle se trouvait la requérante. Alors que la Cour reconnaît dans cette espèce l'*obligation positive de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie*, elle indique paradoxalement que cette obligation ne va pas jusqu'à imposer à l'État la création d'emplacements pour chaque famille et qu'elle ne va pas non plus jusqu'à permettre un traitement différent. L'intégration du principe d'égalité de fait ou substantielle par la Cour marque ici sa limite. Celle-ci compare, en effet, la situation d'un membre du peuple Rom et d'un britannique optant pour le nomadisme, deux situations qui, au-delà des similitudes de forme, ne sont pas semblables sur le plan des enjeux, de l'identité et du vécu. Elle ne reconnaît donc pas de situation différente et rejette en conséquence l'application d'un traitement spécifique. En outre, nous sommes confrontés à une obligation de moyens, dont la substance est inconnue et que l'État met en œuvre en fonction de sa propre volonté. La Cour saisit donc cette occasion pour adapter le droit consacré à l'article 8(1) de la Convention, mais renonce à l'application d'un droit différencié⁵⁹³.

Il en va de même pour le Comité des droits de l'homme, qui dispose d'une large gamme de documents onusiens promouvant le principe d'égalité complexe⁵⁹⁴. Cependant, dans les diverses communications traitant d'atteintes à l'article 27 du Pacte à l'égard de peuples autochtones, aucun traitement différent n'est suggéré, et ce, malgré les revendications de certains des requérants favorables à des mesures spéciales.

⁵⁹³ Il faut noter que cette conception du principe d'égalité est privilégiée par les juges majoritaires à la Cour. Certains juges dissidents s'y opposent, dont les juges Lohmus et Pettiti. De plus, les organes du Conseil de l'Europe paraissent divisés en matière d'application du principe d'égalité. Le Comité européen des droits sociaux, mettant en œuvre la *Charte sociale européenne*, reconnaît pour sa part que des situations différentes peuvent donner lieu à une application différente du droit, vis-à-vis de requérants roms. Voir sur ce point *Centre européen des droits des Roms c. France*, Réclamation no 51/2008, décision sur le bien fondé de la réclamation, (19 octobre 2009) COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, en ligne : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC51Merits_fr.pdf (consulté le 12 mars 2010), § 81.

⁵⁹⁴ Par exemples, M. J. R. COBO, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, préc., note 211 ; C.D.H., *Observation générale n°18, Non-discrimination (article 2)*, 10 novembre 1989, en ligne : <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/688f6d5dc4bd5cb880256523004a9f50?Opendocument> (consulté le 12 janvier 2010).

Le juge européen des droits de l'homme, tout comme les experts du Comité, semble ainsi se situer à la croisée des chemins. Il questionne sa conception de l'égalité, sans la remettre en cause. De fait, quel est l'intérêt en termes d'efficacité et où se situe la cohérence dans le fait de consacrer des obligations positives, tout en refusant expressément la mise en œuvre d'un traitement différent ? Une obligation de faire équivaut à une obligation de prestation. Or, quelle marge de manœuvre a l'État, si, dans la mise en œuvre de son obligation positive en matière de protection des modes de vie, il exclut l'établissement d'un traitement différent ? De plus, lorsque la Cour européenne, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, rejette l'obligation, pour les États, de créer un nombre d'emplacements équivalant au nombre de familles Roms, à quelles prestations fait-elle allusion pour remplir l'obligation positive, sachant que dans cette espèce aucune aire de stationnement n'existait et que l'accès à la propriété privée échouait pour des raisons financières ou d'urbanisme⁵⁹⁵ ?

La Cour interaméricaine, quant à elle, adapte plus adéquatement à la situation des requérants les normes protégées par le *Convention américaine des droits de l'homme*. En ce sens, elle confirme la présence d'une autre manière de coexister ainsi qu'une ouverture plus grande aux réalités non majoritaires. Sans se positionner expressément sur sa conception de l'égalité, la Cour approuve et légitime le fait, pour les requérants autochtones ou tribaux, de revendiquer un traitement différent. Elle intervient d'ailleurs de manière explicite et « dirigiste » dans son imposition. Simultanément, elle élabore une interprétation de la propriété, du territoire, des ressources et de la santé adaptée à leurs conceptions et valeurs, afin d'appliquer les dispositions de la Convention. Mais, ne se réfugie-t-elle pas automatiquement dans la différence, oubliant ainsi les similitudes possibles entre conceptions autochtones et non autochtones ?

Le dernier facteur de surdétermination repose sur la conception que le juge ou que l'expert se fait de son propre rôle, celui-ci étant plus assumé, plus effacé ou plus actif.

⁵⁹⁵ Ces incohérences sont également soulignées par d'autres chercheurs, notamment J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., note 29, p. 243.

Dans les cas de la Cour européenne et du Comité, ce rôle est effacé, alors que dans celui de la Cour interaméricaine, le juge se perçoit et assume le fait qu'il est un agent actif dans l'interprétation et la mise en œuvre des dispositions qu'il protège.

En contexte européen, l'effacement affiché se manifeste, par exemple, lorsque les juges de la Cour justifient leurs décisions par l'absence de consensus des États⁵⁹⁶, alimentant ainsi le mythe selon lequel ils ne sont que la bouche de la loi. D'ailleurs, nous constatons que l'évaluation de l'existence ou non d'un consensus varie en fonction des juges de la Cour⁵⁹⁷, démontrant le caractère subjectif de cette donnée. Les experts indépendants du Comité des droits de l'homme ont une perception similaire. Celle-ci transparait lorsqu'ils justifient le rejet de certaines requêtes par l'insuffisance des renseignements soumis par les parties ou par la contradiction de leurs arguments⁵⁹⁸. De même, tant la Cour européenne que le Comité établissent une protection abstraite à travers des voix plus neutres⁵⁹⁹.

Quant à eux, les juges de la Cour interaméricaine se montrent plus actifs. Ainsi, ils interviennent en proposant des interprétations novatrices des dispositions de la Convention, n'hésitant pas à dépasser l'interprétation initialement proposée par les États. Ils font ainsi preuve d'une grande indépendance vis-à-vis des acteurs primaires du droit international. En conséquence, ils se positionnent en agents clés du

⁵⁹⁶ *Chapman c. Royaume Uni*, préc., note 42, § 94.

⁵⁹⁷ En effet, l'existence d'un consensus pour reconnaître les besoins particuliers des minorités fait débat dans l'affaire *Chapman c. Royaume Uni*. La requérante se positionne en faveur de son existence parmi les États membres du Conseil de l'Europe, se fondant sur l'adoption de la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (Chapman c. Royaume Uni, préc., note 42, § 93)*. Les juges majoritaires rejettent l'existence de ce consensus (voir, *Chapman c. Royaume Uni, préc., note 42, § 94*), alors qu'au sein de l'opinion dissidente commune aux juges Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Strážnická, Lorenzen, Fischbach et Casadevall, ceux-ci admettent son existence. Voir Opinion dissidence commune à M. Pastor Ridruejo, M. Bonello, M^{me} Tulkens, M^{me} Strážnická, M. Lorenzen, M. Fischbach et M. Casadevall, Juges, §.3, dans *Chapman c. Royaume Uni, préc., note 42*). Sur le « consensus » voir aussi J-F. GAUDREAULT-DESBIENS, « Splendeurs et misères de la gouvernance par le droit dans les sociétés hypermodernes », préc., note 589, p. 555-622.

⁵⁹⁸ Par exemple, *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 12.11.

⁵⁹⁹ Avigail Eisenberg soutient également ce point de vue, concernant les communications du Comité des droits de l'homme : « *Yet, as I see it, the problem with this conclusion is that it rests on such an abstract understanding of how entitlements are translated through decision-making into substantive policies, that it is nearly useless in either distinguishing between better and worse approaches or in comprehending the manner in which groups can effectively protect their distinctive ways of life or advance their entitlement to self-determination or self government* », A. EISENBERG, « The public assessment of indigenous identity », préc., note 101, p. 205.

changement social, évaluant et intégrant les innovations juridiques proposées par les requérants.

Si les organes analysés ne proposent pas de raisonnement « neutre », les requérants ne sont pas en reste. Un bon exemple se présente à travers les communications du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Cet organe doit souvent tenter d'accorder les visions divergentes des parties. Mais alors que l'État a tendance à essentialiser le mode de vie des requérants autochtones⁶⁰⁰, ces derniers en proposent également des représentations restrictives⁶⁰¹. Il s'avère alors difficile, pour cette quasi-juridiction, d'accommoder de tels arguments. Comment ne pas sombrer dans l'essentialisme proposé par les uns ou dans le subjectivisme affiché par les autres, alors que ce sont tous les arguments dont l'organe dispose pour trancher et qu'il n'est pas aiguillé par d'autres d'informations ou par une formation spécifique sur les questions minoritaires ou autochtones ? Poursuivons donc en évoquant les conceptions des requérants en tant que source de surdétermination de la norme.

Section 2 : Les conceptions des requérants

Comme nous l'évoquions en introduction de chapitre, l'hypothèse de la surdétermination de la norme juridique par les seuls juges doit être nuancée, puisque celle-ci n'est pas seulement déterminée par eux. Elle procède d'une codétermination, par les juges et les requérants, à laquelle se superpose une double surdétermination provenant des conceptions défendues par ces deux séries d'agents.

De fait, les requérants adhèrent également à un champ de valeurs, qui oriente la formulation et le contenu de leurs requêtes. Ce champ est déterminé par les valeurs de l'État auquel ils appartiennent du fait de leur nationalité, par celles de leurs communautés ainsi que par celles qui leur sont personnelles. Dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, les moyens de la demanderesse mettent en évidence cette

⁶⁰⁰ Voir la vision de l'État par rapport aux activités traditionnelles des Lubicons, *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144.

⁶⁰¹ Voir les revendications des Lubicons par rapport à la sédentarité, *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144.

dynamique. Celle-ci revendique devant la Cour européenne la protection du mode de vie tsigane qu'elle caractérise par deux éléments traditionnels, la vie en caravane et le nomadisme. Tout en se référant à sa propre réalité, elle se fonde ainsi sur des imaginaires collectifs. Ceux-ci font partie de sa réalité, car la requérante a longtemps vécu de manière nomade et vit encore aujourd'hui en caravane, mais il s'agit aussi d'une réalité idéale et romancée, car elle ne vit plus de façon nomade, étant établie avec ses caravanes sur une parcelle lui appartenant. Conséquemment, la réalité qu'elle défend est aussi du ressort du mythe, du stéréotype et de la subjectivité, ce qui participe à la surdétermination de la norme. Cela a pour effet secondaire de singulariser une manifestation socioculturelle qui est plus complexe, puisqu'il est impossible d'évoquer un seul mode de vie rom. En ce sens, la requête entretient l'imaginaire populaire majoritaire qui conduit de nombreux non-Roms à ne définir la romanité qu'à travers le nomadisme et la vie en caravane.

Ainsi, les requérants contribuent de manière déviée, par la formulation de leurs requêtes, à la surdétermination de la norme. La divergence de logique et de rationalité entre les requérants et les juges est une première source de décalage entre le discours des premiers et les solutions judiciaires privilégiées par les seconds, mais elle n'est pas la seule. Les lacunes des requérants dans l'expression de leurs revendications constituent une seconde source de décalage. Celles-ci se situent, par exemple, dans la formulation et la présentation des dommages subis. Les requérants autochtones soulignent les effets néfastes des diverses formes d'exploitation de leurs territoires ou du manque d'inclusion de leur vision au sein de la société, mais n'insistent souvent que trop modérément et pas assez concrètement sur l'impact des décisions des autorités sur leurs modes de vie et sur les conséquences que cela entraîne sur leurs quotidien. Par exemple, dans l'affaire *Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande* les requérants n'élaborent pas suffisamment sur l'étendue de l'espace territorial requis pour conduire une activité telle que l'élevage de rennes, qui implique de laisser les rennes en liberté. De même, la nécessité pour cette activité d'être menée au sein d'un écosystème diversifié et sain, pour que les rennes puissent avoir accès à l'ensemble des nutriments essentiels à leur alimentation (tels que lichen et champignons) n'est pas suffisamment soulignée. Or, les conditions qu'implique cette

activité, si elles étaient davantage explicitées, pourraient conduire à une meilleure compréhension de la position samie à l'égard de l'exploitation des ressources. En effet, celle-ci segmente le territoire, au détriment de l'activité d'élevage⁶⁰². L'importance d'insister sur les relations de cause à effet entre les activités néfastes conduites ou autorisées par l'État dans le but de satisfaire aux besoins de la Nation et leurs effets concrets en milieu autochtone se fait d'autant plus sentir que les requérants ne plaident pas devant des spécialistes des questions autochtones. D'où l'importance, pour chacun des acteurs, de prendre du recul quant à sa réalité propre, afin de mieux saisir ce que l'autre peut ou non en percevoir.

Le problème des fausses évidences est alors soulevé. Certaines conceptions, logiques, ou rationalités sont intériorisées à un point tel par l'une des parties qu'elle ne prend pas le temps de les développer suffisamment afin de permettre aux juges de les saisir clairement. Or, ce qui est évident pour la première peut ne pas l'être pour les seconds⁶⁰³. D'où l'importance pour tous les acteurs participant au processus d'être disposés à communiquer. Cela implique non seulement d'expliquer sa position en détail mais aussi de comprendre celle de l'autre. Malheureusement, la perspective judiciaire suppose une approche inhérente à la confrontation, bien qu'elle ne soit pas indifférente à la preuve des faits allégués.

⁶⁰² *Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 7.15.

⁶⁰³ Cette difficulté est perceptible au sein de communications du Comité, par exemple, *M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège*, préc., note 411. À propos de ce qu'implique la revendication des droits de pêche pour le requérant : *George Howard c. Canada*, préc., note 373, § 10.9, 11.3, 11.15 et 12.2.

CHAPITRE 2 : LES EFFETS DE LA SURDÉTERMINATION SUR LA NORME NOUVELLE

L'orientation de la norme par des champs de valeurs et des codes culturels, par nature non universels, a pour conséquence de produire certains effets néfastes, tels que l'essentialisation des modes de vie, le paternalisme, la victimisation, l'idéalisation et la discrimination. La réalisation de ces divers dangers varie en fonction de la forme prise par le processus de surdétermination.

Le danger le plus courant est celui de l'essentialisation des identités autochtones ou roms, des concepts de mode de vie, de communauté et de peuple autochtone. Avigail Eisenberg en donne la définition suivante :

« The problem of essentialism holds that to assess a dispute in terms of what is important to a community's identity has the effect of 'freezing' that identity by elevating particular practices as more central or historically important than others »⁶⁰⁴.

La norme nouvelle émergeant des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme bute sur cet obstacle. Celles-ci se fondent sur des signaux matériels, tangibles et visibles afin de reconnaître l'exercice d'un mode de vie propre. Deux éléments contribuent à la définition du mode de vie rom : la vie en caravane et le nomadisme. Dès lors que l'un d'eux disparaît, la protection juridique de ce mode de vie n'est pas mise en œuvre. Ce raisonnement est utilisé dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, à propos du choix de sédentarisation de Madame Chapman. La Cour indique que :

« Les faits de la cause démontrent la gravité de l'enjeu pour la requérante. Pendant de nombreuses années, celle-ci a mené une vie itinérante en s'arrêtant sur des sites temporaires ou non officiels. Elle s'est installée sur un terrain lui appartenant

⁶⁰⁴ A. EISENBERG, « The public assessment of indigenous identity », préc., note 101, p. 198. L'auteure ajoute également que le problème de l'essentialisation intervient lorsque la reconnaissance se fonde sur des pratiques considérées essentielles plutôt que contingentes à l'identité, sur des pratiques historiques plutôt que sur des réponses récentes aux circonstances actuelles et lorsqu'elle propose une compréhension rétrospective et nostalgique des identités considérées. A. EISENBERG, « The public assessment of indigenous identity », préc., note 101, p. 197-215.

dans le but de stationner ses caravanes à long terme dans un endroit sûr. On lui refusa toutefois le permis d'aménagement nécessaire et elle fut sommée de partir. Elle fut mise deux fois à l'amende et quitta son terrain, mais y retourna car elle avait de nouveau été contrainte de changer constamment d'emplacement. Il apparaîtrait que la requérante ne souhaite pas en fait mener une vie itinérante. Elle a habité sur le site en cause de 1986 à 1990 puis de 1992 jusqu'à la procédure en cours. Le cas d'espèce ne porte donc pas directement sur le mode de vie itinérant traditionnel des Tsiganes »⁶⁰⁵.

Pour la Cour, la sédentarisation définitive, à différencier de la sédentarisation momentanée⁶⁰⁶ d'un membre de ce peuple, entraînerait la disparition totale de son mode de vie propre. Or, il s'agit là d'une vision très limitée du concept, qui a pour effet d'atomiser la réalité sociale. D'une part, cette vision réduit l'existence du mode de vie rom au nomadisme. D'autre part, elle l'éloigne de la définition anthropologique de ce concept, qui se réfère à des rapports au temps, à l'espace et aux autres, propres à l'individu, et qui relève davantage du vécu et des représentations que d'éléments tangibles. Enfin, elle homogénéise à l'excès le peuple Rom, puisqu'il n'existerait alors qu'une manière de vivre la romanité. Thomas Acton et Nicolae Gheorghe rappellent pourtant qu'au sein des communautés roms (tsiganes) les intérêts sont fort divers. Par exemple, les Roms (Tsiganes) établis depuis longtemps n'ont pas les mêmes intérêts que les nouveaux migrants⁶⁰⁷. Ils indiquent aussi :

« [...] *only some of the themes that have engaged the World Romani Congress affect East European Romani politics. One, at least – the defence of a nomadic lifestyle which is the crucial issue for most Gypsy organisations in north-western Europe – is explicitly repudiated by many Central and Eastern European politicians. Many East European Romani politicians in Communist times were engaged in just the same kind of state promotion of sedentarisation that West European Romani leaders were resisting by fighting for camping sites.*

At the same time the struggles for cultural and linguistic rights (at least at the folkloric level), which were the most permissible form of group self-promotion in many former Communist countries, were little more than a pleasant but irrelevant dream to most West European Romani leaders, for whom the language issue had little salience »⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Chapman c. Royaume-Uni, préc., note 42, § 105 [c'est nous qui soulignons].

⁶⁰⁶ *Id.*, § 73.

⁶⁰⁷ Thomas ACTON et Nicolae GHEORGHE, « Citizens of the world and nowhere : Minority, ethnic and human rights for Roma during the last hurrah of the nation-state », dans Will GUY (dir.), *Between Past and Future: the Roma of Central and Eastern Europe*, Hatfield, University of Hertfordshire Press, 2001, p. 64.

⁶⁰⁸ *Id.*, p. 65.

Ces deux auteurs mettent clairement en évidence les sources de l'essentialisme juridique, qui provient des rapports de force existant sur le plan politique et social entre communautés et représentants roms (tsiganes) de l'Europe de l'ouest et de l'Europe de l'est, le mode de vie des premiers étant davantage considéré par les instances judiciaires supranationales. En outre, les décisions de la Cour essentialisent le concept de communauté, souvent perçu comme se référant à une entité homogène et uniforme⁶⁰⁹. En conséquence, elles reproduisent les caractéristiques qu'Avigail Eisenberg associe à l'essentialisation.

Si, pour leur part, les communications du Comité des droits de l'homme admettent que les activités économiques traditionnelles peuvent être basées sur des techniques modernes⁶¹⁰, elles tombent dans le même piège, puisqu'elles soutiennent que les modes de vie autochtones s'expriment à travers un mode d'occupation territorial spécifique et des activités traditionnelles⁶¹¹. À travers ces communications, le Comité se positionne ainsi dans la droite ligne du Haut Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, qui, dans sa fiche d'information sur les droits des peuples autochtones, mentionne :

« Le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones représente l'un des faits nouveaux les plus importants survenus dans le domaine de la promotion et de la protection des droits fondamentaux et des libertés premières des peuples autochtones. Il se compose d'un préambule de 19 alinéas et d'un dispositif de 45 articles et porte notamment sur les droits et libertés concernant la conservation et le développement des caractéristiques ethniques et culturelles et de l'identité distincte des peuples autochtones; la protection contre le génocide et l'ethnocide; les religions, les langues et les établissements d'enseignement; la propriété, la possession ou l'usage des terres et des ressources naturelles des peuples autochtones; la protection de la propriété culturelle et intellectuelle; le maintien des structures économiques et des modes de vie traditionnels, y compris la chasse, la pêche, l'élevage, la cueillette, l'exploitation du bois et l'agriculture; la protection de l'environnement, la participation des peuples autochtones à la vie politique,

⁶⁰⁹ *Id.*, p. 58-61.

⁶¹⁰ *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande*, préc., note 200, § 9.4 et *Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200.

⁶¹¹ Quant à l'élevage de rennes, voir les trois affaires du Comité *Länsman c. Finlande* et *Kitok c. Suède* préc., note 200 ; quant à la pêche, voir *Howard c. Canada*, préc., note 373 et *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande*, préc., note 200. De même, le mode de vie des Lubicon, dans la vision de l'État, est totalement lié à la chasse et donc à la condition des forêts. Ceci apparaît comme étant restrictif vis-à-vis des revendications émises par ce peuple, *Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada*, préc., note 144, § 28.3.

économique et sociale des Etats concernés, en particulier en ce qui concerne toutes les questions pouvant modifier la vie et la destinée, l'autodétermination, l'autonomie des peuples autochtones dans les questions intéressant leurs propres affaires intérieures et locales, les contacts et les liens de coopération traditionnels par-delà les frontières des Etats et le respect des traités et accords conclus avec les peuples autochtones. [...] »⁶¹².

La définition des modes de vie autochtones, reliée ci-dessus à la chasse, la pêche, l'élevage, la cueillette, l'exploitation du bois et l'agriculture, repose sur une conception essentialisée, figée et stéréotypée, dans la mesure où elle se limite aux activités de subsistance. De plus, bien que les experts du Comité semblent conscients des interconnexions entre les différents éléments de l'identité, de la culture et du territoire et qu'ils démontrent une compréhension de la vision holiste proposée par les peuples autochtones⁶¹³, ils n'en tirent pas les conclusions attendues en termes d'adaptation du droit. En revanche, à la différence des décisions de la Cour européenne, le Comité n'essentialise pas le concept de communauté, prenant acte de la diversité qui existe au sein de chaque peuple autochtone⁶¹⁴.

Quant à elle, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dont l'approche des questions autochtones est plus globale, se situe *a priori* dans un autre état d'esprit. Si elle paraît plus favorable aux visions non majoritaires, ses décisions n'échappent pas moins au péril de l'essentialisation. Issues des requêtes qui parviennent à la Cour et de la réception qui en est faite par les juges, les quêtes d'authenticité et de diversité représentent les signaux propres à démontrer la présence de ce danger. Dans l'affaire *Saramaka people v. Suriname*, la Cour élabore un droit aux ressources naturelles fondé sur « les ressources naturelles essentielles à un mode de vie particulier »⁶¹⁵. Les décisions interaméricaines essentialiseraient alors aussi les modes de vie autochtones et tribaux, en ne privilégiant que leurs aspects authentiques.

⁶¹² HAUT COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, *Fiche d'information n° 9 (Rev. 1) – Les droits des peuples autochtones. Campagne mondiale pour les droits de l'homme*, en ligne : http://www2.ohchr.org/french/about/publications/docs/fs9rev1_fr.htm (consulté le 1er juin 2010), p. 5 [c'est nous qui soulignons].

⁶¹³ *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande*, préc., note 200, § 9.9.

⁶¹⁴ *Id.*, § 9.6. Les experts du Comité ne semblent pas essentialiser le concept de communauté, néanmoins, ils qualifient souvent les peuples autochtones « d'ethnie » ou de « minorité ethnique », et parfois même de « minorité ethnique autochtone ». Pourquoi n'emploient-ils pas le concept de peuples autochtones ?

⁶¹⁵ *Saramaka people v. Suriname*, préc., note 152 [notre traduction].

En outre, la conception que la Cour développe de la propriété des territoires ancestraux est exclusive. À ce titre, l'affaire *Awas Tingni* est un bon exemple, dans la mesure où la propriété collective du territoire ancestral est attribuée à la seule communauté Awas Tingni, alors que celle-ci, de même que la Commission interaméricaine soulevaient l'existence de revendications concurrentes dans leur requête⁶¹⁶. Cette dernière fait alors preuve d'une conception imperméable et rigide du territoire, qui ne correspond pas toujours à la réalité. De plus, la justification des décisions de la Cour par la sauvegarde de la diversité culturelle, également utilisée par la Cour européenne, paraît dangereuse⁶¹⁷. Comment restreindre les identités autochtones et tribales aux seuls éléments distincts qui les composent ? Enfin, en fondant le droit collectif de propriété des territoires ancestraux sur le principe de la continuité historique et culturelle, ces décisions pourraient figer la propriété des territoires, l'identité et le mode de vie en les réduisant à une réalité authentique ou passée, tout comme le fait la Cour suprême du Canada avec la doctrine des droits ancestraux⁶¹⁸.

Le deuxième effet néfaste de la surdétermination du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones repose sur les risques de paternalisme et de victimisation qui sont liés l'un à l'autre, puisque le second représente le résultat du premier.

Ils sont présents lorsque la consécration de ce droit est justifiée par le vocabulaire de la vulnérabilité des bénéficiaires de la norme. Il est à préciser ici que ce n'est pas le fait de qualifier les peuples visés de vulnérables qui est éthiquement dérangeant, mais plutôt le fait de justifier par ce vocabulaire l'application d'une norme, telle que le droit au respect des modes de vie. La marginalisation de nombreux peuples autochtones et de maintes minorités est un fait avéré, démontré et dénoncé. Celle-ci est source de vulnérabilité et ne doit donc pas représenter un tabou, étant effectivement existante. Néanmoins, le fait de justifier l'application de cette norme par une situation de vulnérabilité révèle un manque d'assurance dans sa

⁶¹⁶ *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151.

⁶¹⁷ *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 93.

⁶¹⁸ Ghislain OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Les presses de l'Université de Laval, 2004, 197 p.

justification. Cela pourrait être assimilé à une absence de volonté, de la part des juges, d'endosser et d'assumer leur décision. Ceci pourrait également signifier qu'en l'absence de situation vulnérable, un tel droit ne serait pas reconnu, ce qui, à nouveau, relève du non-sens.

La justification invoquée par la Cour européenne, dans l'affaire *Connors c. Royaume-Uni*, est intéressante à ce propos. La Cour explique :

« La vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire considéré que lors de la prise de décision dans des cas particuliers. Dans cette mesure, l'article 8 impose donc aux Etats contractants l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie »⁶¹⁹.

Cette juridiction justifie ainsi l'application de l'obligation positive par la vulnérabilité. Aux yeux des juges, celle-ci semble être une justification plus évidente à contrôler, peut être même plus légitime, que la liberté ou l'égalité. Les secondes ne sont pas évoquées, en raison des craintes qu'elles suscitent, notamment celle d'ouvrir une brèche trop large pour demeurer gérable. Là se situe le problème. Comment respecter le principe de dignité en évoquant la vulnérabilité en lieu et place de la liberté ou de l'égalité ? Bien que leur absence ne les invalide pas pour autant juridiquement, ces grands principes devraient se situer au cœur de l'esprit de ces décisions pour qu'elles soient éthiquement valables.

Le troisième effet néfaste repose dans l'idéalisation des modes de vie minoritaires ou autochtones. Ce risque est présent dans les cas où le champ de valeurs et le code culturel de juges non autochtones sont fortement influencés par les visions authentiques que proposaient les requérants. Sans pouvoir confirmer cette hypothèse, le cas qui se rapproche le plus de ce risque est celui des juges de la Cour interaméricaine. Il est important de préciser exactement où se situe le danger. Le fait que les visions des requérants influencent en partie la détermination du sens de la norme paraît évident et n'est pas au cœur du problème soulevé. Celui-ci apparaît lorsque le mode de vie des requérants est « poétisé », c'est-à-dire lorsque le mythe

⁶¹⁹ *Connors c. RU*, § 84.

prend le dessus sur la réalité complexe et multidimensionnelle des identités ou lorsque les revendications des requérants ne sont plus nuancées. Ce risque est également couru par les décisions de la Cour européenne qui reprennent la description romancée et subjective du mode de vie rom produite par les requérants.

D'une part, la poétisation et l'empreinte démesurée des mythes ont pour effet d'essentialiser les modes de vie revendiqués. Ceux-ci sont restreints à leurs caractéristiques distinctes et authentiques. Il en résulte une fixation et une limitation identitaire considérable. La création de tabous par rapport aux éléments relevant de ce que certains appellent la « modernité » en découle. Ceci peut être source d'isolement et de ghettoïsation⁶²⁰.

D'autre part, l'absence de nuance vis-à-vis de la revendication d'un mode de vie minoritaire ou autochtone comporte un risque de déséquilibre dans l'aménagement de la coexistence. Celui-ci a pour effet l'impossible, ou du moins la difficile, application des décisions rendues, dans la mesure où ce qu'elles consacrent n'est pas applicable, en raison de la présence de tiers ou de revendications concurrentes non prises en comptes. De ce fait, l'idéalisation d'un mode de vie, tout comme la surprotection de l'intérêt général, entraîne une vision décalée, incompatible avec la mise en œuvre des décisions⁶²¹.

Enfin, selon le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* exige le respect, par les États, des cultures autochtones, de l'histoire de ces peuples, de leur langue et de leur mode de vie⁶²². Or,

⁶²⁰ G. OTIS et A. EMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », préc., note 312, p. 543-570.

⁶²¹ On peut également se demander si l'idéalisation ne peut pas encourager l'identitarisme ou le communautarisme lorsqu'il est déjà marqué. Pour une analyse critique de l'identitarisme, voir François THUAL, *Les conflits identitaires*, Paris, Ellipses, 1995, 191 p. Sur le communautarisme voir C. JAFFRELOT, « L'État face aux communautés », (1994) 15/16 *Cultures et Conflits*, p. 3-6 ; J-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Identitarisation du droit et perspectivisme épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identitaire », préc., note 56, p. 33-74.

⁶²² COMITÉ DES NATIONS UNIES POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *General Recommendation n° 23 : Indigenous Peoples*, UN Doc. CERD/C/51/misc 13/Rev 4, 18 août 1997, en ligne :

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/73984290dfea022b802565160056fe1c?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/73984290dfea022b802565160056fe1c?Opendocument)

(consulté le 01 juin 2010), § 4.

le dernier effet néfaste produit par la surdétermination du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones va à l'encontre de cette pétition de principe. Cet effet repose dans le risque de discrimination inhérent au processus de surdétermination. Il provient de deux sources, qui sont l'absence de prise en compte de l'effet cumulatif des diverses réglementations nationales sur la pratique d'un mode de vie et la non-reconnaissance des droits collectifs par certaines juridictions.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'absence de prise en compte par les juges et les experts de l'effet cumulatif des diverses décisions, lois et réglementations d'un État, deux exemples sont pertinents. Le premier touche au cautionnement, par la Cour européenne, des lois et règlements adoptés par le Royaume-Uni, afin d'encadrer la question rom. Dans sa célèbre opinion dissidente, le juge Pettiti met en évidence ce phénomène. Selon lui, « l'accumulation volontaire de règles administratives (dont chacune prise isolément serait acceptable) aboutit à une impossibilité totale pour une famille tsigane d'assurer convenablement son logement, sa vie sociale, l'intégration scolaire des enfants »⁶²³. Diverses lois ont des conséquences sur la pratique du mode de vie rom. Certaines touchent à l'aménagement urbain et rural ou à l'occupation du territoire, des lois réglementent les sites caravaniers et les espaces de stationnement, d'autres criminalisent les stationnements illégaux ainsi que les campements non autorisés, ou encore imposent des mesures contraignantes sur les « sites pour tsiganes » et l'aménagement foncier⁶²⁴. Cette législation a un effet restrictif sur l'exercice du mode de vie rom, dans la mesure où elle a pour objectif d'encadrer l'établissement des citoyens en général ou des Roms et des Gens du voyage en particulier. Or, l'effet (ou les effets) restrictif(s) de chacune lorsqu'il est cumulé a pour conséquence de créer une discrimination à l'égard des membres de ce peuple, car il devient plus difficile pour eux de s'établir, en raison de la multiplication des contraintes juridiques. La Cour européenne ne tient aucunement compte de cette réalité lorsqu'elle rejette la mise en œuvre de l'obligation positive, en raison de l'illégalité de l'établissement des requérantes Sally Chapman et June Buckley⁶²⁵. Elle

⁶²³ Opinion dissidente du juge Pettiti, *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130.

⁶²⁴ Voir notamment *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 21-54.

⁶²⁵ La Cour rejette même explicitement de procéder à cet examen, *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., note 130, § 59.

ne reconnaît pas non plus que ce cas soulève une forme de discrimination indirecte⁶²⁶. Cette absence de prise en compte pourrait provenir du décalage existant entre la réalité, les normes et les valeurs roms et ce qui est perçu par les juges. Ce décalage les empêche d'avoir une pleine conscience de la gravité des atteintes subies par les requérantes⁶²⁷. Elle provient aussi du silence des requérants, qui n'exposent pas cet effet cumulatif.

Le second exemple a trait à la gestion, par les autorités finlandaises, du territoire Sami. Le Comité des droits de l'homme, lorsqu'il tranche les trois affaires *Länsman*, ne tient pas compte de l'effet cumulatif des diverses autorisations d'exploitation rendues par les autorités nationales. Cet argument avait pourtant été soulevé par les requérants. Ceux-ci admettaient la limitation des différentes autorisations d'exploitation dans leur étendue individuelle. Néanmoins, ils soulignaient que lorsqu'elles sont prises globalement, la multiplication des exploitations entraînait une violation de l'article 27 du Pacte. Pour autant, le Comité n'a accueilli cet argument qu'en théorie et l'a rejeté dans le cas d'espèce⁶²⁸. Or, une discrimination indirecte, un peu différente de celle décrite dans l'exemple précédent, résulte de cette absence de prise en compte, dans la mesure où les valeurs et la rationalité propres aux Samis ne sont pas intégrées par le Comité, qui tranche en fonction des valeurs et de la rationalité majoritaire.

La seconde source de discrimination qui procède de la surdétermination du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones provient de l'absence de reconnaissance, par la Cour européenne et par le Comité, des droits de groupe, malgré la prise en compte de considérations collectives. Helen O'Nions décrit clairement la discrimination alors produite. Dans l'esprit de l'opinion dissidente du

⁶²⁶ Ce problème est soulevé par H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 82. ; J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., note 29, p. 238 et p. 342.

⁶²⁷ Ce décalage est également soulevé par le Juge Pettiti dans son opinion dissidente suivant la décision *Buckley*, préc., note 130, mais aussi par Julie Ringelheim, Voir J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., note 29, p. 240.

⁶²⁸ *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Muotkatunturi Herdsmen's Committee c. Finlande*, préc., note 200.

juge Pettiti qui avait fait suite à la décision *Buckley c. Royaume-Uni*, elle indique que « *The rights of one individual were simply balanced against the interests of the majority without significant regard to her status as a member of the Gypsy minority* ». ⁶²⁹ Cet argument, qui peut être appliqué à d'autres décisions de la Cour ainsi qu'à de nombreuses communications rendues par le Comité, met nettement en évidence les conséquences juridiques découlant de l'adhésion à un champ de valeurs ainsi qu'à un code culturel qui n'est pas celui de la majorité, ni celui des juges. Selon l'auteure, la non-reconnaissance des droits collectifs par la Cour européenne en résulterait. Or, celle-ci entraîne une discrimination, puisque les intérêts minoritaires ne peuvent jamais rivaliser avec ceux de la majorité. Ils émanent pourtant de groupes humains, tous aussi légitimes à obtenir des droits garantissant leur dignité.

Par conséquence, plusieurs effets procèdent de la surdétermination essentialiste du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones. Bien que ce processus soit inhérent au dialogue et aux échanges interhumains, il convient néanmoins d'en prendre conscience pour y porter une attention particulière. Notamment, les requérants dans la construction de leur argumentaire pourraient tenir compte des éléments de surdétermination présents dans le discours des juges afin de les désamorcer en leur faveur.

⁶²⁹ H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 223.

**CONCLUSION : LES CONCEPTIONS DES JUGES COMME DÉTERMINANTS
DE LA PRISE EN COMPTE EFFICACE DES IDENTITÉS MINORITAIRES OU
AUTOCHTONES PAR LA NORME NOUVELLE – RÉALITÉ ET NUANCE**

L'exposition de la signification de la norme contribue à éclaircir le niveau de prise en compte des réalités socioculturelles minoritaires ou autochtones au sein des contentieux supranationaux des droits de l'homme, et plus précisément concernant l'émergence du droit au respect des modes de vie roms, tribaux ou autochtones. Le sens de cette norme nouvelle est construit à partir d'un métissage de conceptions. Les requérants relatent aux diverses juridictions leurs visions du monde et de la vie et celles-ci reçoivent ces positions et les comprennent à l'intérieur de leurs propres réalités. De ce fait, le sens de la norme émergente est plus ou moins éloigné de la définition anthropologique du concept de mode de vie proposée en début de partie. Ce décalage provient, d'une part, du fait que les requérants revendiquent leur droit aux modes de vie de manière subjective, en fonction de leur vécu individuel, ce qui peut produire des décalages avec le vécu d'autres membres de la même communauté. Il émane, d'autre part, de la difficulté à évoquer sa propre existence quand les participants à un dialogue proviennent de milieux dissemblables. Lorsqu'il s'agit d'un juge ou d'un expert, ceux-ci reçoivent des arguments qu'ils comprennent de manière orientée par leurs conceptions personnelles ou juridiques. En contexte minoritaire ou autochtone, il en résulte une difficulté à saisir le sens exact des revendications, mais aussi les interconnexions entre mode de vie, culture, spiritualité, économie et réalité sociale. Par conséquent, l'influence des revendications minoritaires ou autochtones dépend de la réceptivité des juges et des experts vis-à-vis de la réalité et du vécu des requérants, mais aussi de la clarté et de la complétude des requêtes produites par ces derniers.

La communauté de discours entre requérants, juges et experts est plus ou moins limitée en fonction du système juridique de référence. Le décalage entre l'expression d'une réalité et sa compréhension est prononcé au sein des systèmes européen et onusien des droits de l'homme. En revanche, les juges de la Cour

interaméricaine semblent plus disposés à recevoir le discours des requérants autochtones. De ce fait, ils font preuve d'une plus grande capacité à intégrer ses références et à sortir de leur propre champ de valeurs pour comprendre le vécu de l'autre. Cette capacité provient des conceptions des juges, mais aussi d'un contexte sociopolitique marqué par le pluralisme. Cette différence d'approche s'explique aussi par la formulation des requêtes elles-mêmes.

L'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones conserve-t-elle dans tous les cas une utilité sociale, c'est-à-dire un effet sur la réalité socioculturelle du requérant ? L'utilité sociale de cette norme est accentuée lorsque la vision des requérants est comprise par les juges, puisque ceux-ci peuvent alors interpréter les normes supranationales dont ils sont les gardiens afin de les adapter à la situation des requérants, gage d'efficacité. Néanmoins, cette vision favorable est-elle suffisante pour produire un changement et avoir un effet concret sur la réalité sociale des requérants ? En d'autres mots, bien que les juges de la Cour interaméricaine aient un discours compréhensif et adapté à la situation des requérants, qu'ils conçoivent les identités autochtones ou tribales de manière holistique et que ce discours soit affirmatif, voire directif, vis-à-vis des États, il n'en demeure pas moins que les normes qu'ils imposent peuvent avoir des limites. Cette Cour privilégie un raisonnement dogmatique, qui la conduit *a priori* à davantage d'efficacité. Cependant, celui-ci pourrait également représenter une limite. Portant sur les apports et les limites de la norme au sein de chacun des systèmes, la Partie III de cette étude approfondira cette hypothèse.

La conclusion principale de la présente partie est que les raisonnements de chacune des juridictions sont fondés sur des références, une logique et une rationalité particulière, mais aussi sur le discours des requérants. Les discours des juges démontrent souvent la dominance d'un raisonnement dialectique. La rigidité et l'imperméabilité face à l'introduction de valeurs minoritaires ou autochtones sont deux éléments en résultant. Ce raisonnement est exposé à travers la mise en œuvre du test de proportionnalité. La proportionnalité, telle qu'elle est comprise par la Cour européenne et par le Comité, crée une divergence d'intérêts, qui est imperméable à la mixité des valeurs et peu susceptible de susciter le compromis ou l'accommodement.

Raisonnement en termes de proportionnalité implique d'adhérer à une logique et donc de privilégier un intérêt par rapport à un autre, du moins dans un contexte particulier. L'atteinte du juste équilibre entre intérêts divergents, par cette méthode, est donc illusoire, puisque la recherche de juste équilibre, par le recours à la proportionnalité, est fonction d'un champ de valeurs. Il ne peut donc être juste que pour ceux qui adhèrent au champ de valeur privilégié. Il est d'autant plus illusoire lorsque les requêtes qui parviennent à la Cour ne sont pas claires ou qu'elles promeuvent une vision partielle et partielle des identités. Cela donne lieu à une adaptation limitée de la norme à la réalité des requérants et au pluralisme culturel.

Une question se pose alors ; le droit peut-il protéger et encadrer les modes de vie minoritaires ou autochtones telles que les revendiquent les requérants, alors que ceux-ci évoluent au sein d'une réalité qui est abstraite aux yeux de la plupart des acteurs du milieu juridique ? Le droit peut-il effectivement en traiter en connaissance de cause, puisque les acteurs de l'espace judiciaire qui accueillent la revendication ne disposent pas du même vécu ? Quand bien même il pourrait y parvenir, doit-il y procéder, sachant que la réalité décrite par les requérants est surdéterminée ? La satisfaction des revendications minoritaires ou autochtones dans toute leur plénitude semble à ce stade impossible, en raison de l'hétérogénéité des populations vivant sur un même territoire. Ceci impose la construction d'un droit qui ne soit pas centré sur une seule population – la majorité ou la minorité – et qui soit conçu en tant que lieu de compromis, applicable et efficace pour tous. Mais cela est-il du ressort des juges ?

Ces considérations nous conduisent à évoquer la coexistence et le vivre ensemble. Diverses conceptions des modalités de cette coexistence orientent le sens de la norme nouvelle. Les trois juridictions analysées ne conçoivent pas cet objectif de la même manière. Le Comité des droits de l'homme et que la Cour européenne inscrivent davantage leur pensée dans une perspective de simple cohabitation, puisqu'à leurs yeux, la coexistence ne peut permettre de solution absolue ou parfaite. La cohabitation semble alors représenter un compromis conçu de manière classique, c'est-à-dire fondé sur le plus grand nombre et impliquant une simple tolérance des identités minoritaires. Devant la Cour interaméricaine, la coexistence correspond davantage à la création d'espaces pour chacune des composantes de la société. Les

perspectives minoritaires ou autochtones disposent alors d'un poids égal à la perspective majoritaire. Comme le fait valoir Alexandra Xanthaki,

« Whereas toleration allows minorities to exercise their culture as long as they do not affect the majority, multicultural policies demand equal respect for all minority cultures and can so require the distribution of political and economic resources in such a way as to sustain and ensure the future of minority cultural communities »⁶³⁰.

Cependant, l'approche judiciaire plus intégrative de la Cour interaméricaine vis-à-vis des discours autochtones ou tribaux a-t-elle des apports effectifs sur la vie des requérants ?

⁶³⁰ A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 22.

PARTIE III :
LE DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE
MINORITAIRES ET AUTOCHTONES : QUELS
APPORTS ?

Le sens de la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones ayant été analysé, il convient maintenant de se pencher sur ses apports. Pour ce faire, nous interrogerons son utilité sociale ainsi que ses conséquences théoriques.

Le fait de centrer l'analyse sur l'utilité sociale de la norme juridique permet d'aborder le thème de son efficacité sous un angle utilitariste. L'utilité de la norme – qui, par ailleurs, légitime son émergence – existe à trois conditions. La première exige de la norme qu'elle participe à l'organisation d'une coexistence équitable et pacifique entre les différents groupes composant la société, la coexistence étant perçue ici comme un postulat réaliste. La deuxième condition suppose que cette norme nouvelle améliore ou renforce la qualité de vie de ses bénéficiaires. La troisième implique qu'elle amorce ou développe le processus de reconnaissance des identités non majoritaires.

Étant gage de justice et d'équité entre les diverses composantes de la société, le renforcement de la qualité de vie de ses bénéficiaires, autochtones, roms et tribaux, représente un élément fondamental pour l'organisation d'une coexistence équitable. C'est pourquoi ces deux conditions seront associées.

Les développements suivants répondent à deux questions, d'abord, celle de savoir si la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones, telle qu'elle est consacrée aujourd'hui, modifie la définition de la coexistence entre différents peuples vivant sur un même territoire (Titre 1). Ensuite, nous étudierons les conséquences de la consécration de cette norme sur le processus de reconnaissance identitaire. En d'autres mots, comment définit-elle la reconnaissance et plus encore, comment la circonscrit-elle ? (Titre 2).

TITRE 1 : LES APPORTS DE LA NORME NOUVELLE À LA DÉFINITION DE LA COEXISTENCE

Ces développements posent la coexistence en tant que postulat normatif. Alexandra Xanthaki se fonde sur un principe identique lorsqu'elle applique la théorie des cercles concentriques aux concepts d'identité et d'appartenance. Elle indique, en effet, que :

« Multiculturalism does not entail the coexistence of various cultures as separate entities that happen to exist and develop independently within the state; neither does international law. More and more international norms encourage the interaction of the various groups within the state. [...] It appears that international provisions envisage groups forming concentric circles around the individual. Apart from her own attributes and choices as an independent agent, the person is also influenced by her immediate group (such as her family), peer group (such as the local group), ethnic, religious and cultural group, her nation (peoples), state, continent/region and, finally, loosely by the main culture we all share as citizens of a common world »⁶³¹.

Par les développements suivants, nous souhaitons voir de quelle manière la protection des modes de vie minoritaires et autochtones, telle qu'elle est consacrée aujourd'hui, alimente la construction d'un vivre ensemble équitable et juste pour les différents groupes – minorités, peuples autochtones et majorité – cohabitants sur un même territoire. Comment influe-t-elle sur la définition de *compromis légitimes*⁶³² ? Si la norme nouvelle participe au développement d'une coexistence équilibrée entre les diverses composantes de la société, cela garantira son utilité sociale. Or, l'utilité sociale de la norme – c'est-à-dire sa capacité à améliorer la réalité sociale des requérants – dépend de sa mise en œuvre. Une mise en œuvre réaliste de la protection juridique des modes de vie minoritaires ou autochtones ne peut se produire que dans le cadre de la coexistence, sachant que les diverses composantes de la société – populations majoritaires, membres du peuple Rom ou membres de peuples autochtones et tribaux – ont toutes une légitimité à être sur un territoire – légitimité

⁶³¹ A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 22 et 23.

⁶³² W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, préc., note 21, p. 107.

historique ou provenant de l'attachement à un territoire et à une identité, mais aussi parce qu'elles s'inscrivent dans une culture sociétale au sens de Kymlicka⁶³³.

Afin de connaître quelle forme de coexistence est aménagée par la norme nouvelle, deux éléments doivent être abordés. Le premier porte sur le droit à l'autodétermination et sur la manière selon laquelle, par l'épanouissement du libre choix qu'il implique, il est alimenté ou non par la norme nouvelle de manière à permettre une coexistence plus équitable (Chapitre 1). Par le second élément, nous rechercherons si la mise en œuvre de la norme nouvelle améliore la qualité de vie des requérants (Chapitre 2).

⁶³³ *Id.*

CHAPITRE 1 : LA PROTECTION JURIDIQUE DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES, UNE MÉTAPHORE DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION ?

Mode de vie, identité et autodétermination sont des concepts reliés, puisque le droit à l'autodétermination, lorsqu'il est mis en œuvre, a pour objectif de garantir la liberté du choix et l'expression identitaires⁶³⁴. Il paraît donc essentiel d'exposer la relation entretenue par ces deux normes. Chercher à savoir si le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones est un instrument implicite consacré dans l'objectif de permettre un libre choix à ses titulaires est pertinent, de même que de se demander si ce droit entraîne une redéfinition du principe d'autodétermination.

Précisons que la consécration d'un droit aux modes de vie n'a pas pour but de remettre en cause, dans aucun des trois systèmes juridiques, le principe d'intégrité territoriale des États. De plus, l'acquisition d'un libre choix n'impose pas pour le groupe pratiquant un mode de vie distinct de celui de la majorité de faire sécession⁶³⁵. De fait, si cette norme nouvelle est une métaphore de l'autodétermination, elle ne peut l'être que dans la mesure où elle est conforme au principe de la coexistence.

Pour ce faire, nous allons exposer de quelle manière le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones, au sein des trois systèmes juridiques

⁶³⁴ Sur l'impact de la mise en œuvre du droit à l'autodétermination sur l'identité, lire C. TAYLOR, *Multiculturalism and « the Politics of Recognition »*, préc., note 23. Selon Charles Taylor, la reconnaissance, l'absence de reconnaissance ou une reconnaissance fondée sur des perceptions erronées forge l'identité et la perception que l'individu a de lui-même. De ce fait, si le processus de reconnaissance intègre une vision stéréotypée de l'identité, cela cause un dommage et est source d'oppression pour la communauté reconnue et pour ses membres, dans la mesure où cette reconnaissance leur renvoie une image « limitée, avilissante ou méprisable d'eux-mêmes ».

⁶³⁵ Les analyses de Will Kymlicka, d'Alexandra Xanthaki, de Benedict Kingsbury et de James Anaya soutiennent cette affirmation. Pour ce faire, Will Kymlicka se fonde sur le concept de *citoyenneté différenciée* et sur l'importance de reconnaître les *cultures sociétales* des minorités nationales, pour affirmer que ces minorités – et uniquement les minorités nationales, non les immigrants – ont un droit à l'autonomie gouvernementale, W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, préc., note 21. Alexandra Xanthaki décrit, quant à elle, l'appartenance identitaire par la métaphore des cercles concentriques. Elle se fonde ainsi sur les interactions entre cultures ou identités et sur l'idée de la réciprocité pour associer coexistence et autodétermination, A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 22 et 23 et p. 166-169. Enfin, reconnaître un droit de sécession aux peuples autochtones ne constitue pas non plus une solution efficace, ni pour Benedict Kingsbury, ni pour James Anaya : B. KINGSBURY, « Self-Determination and Indigenous Peoples », préc., note 228, p. 393 ; J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 104.

étudiés, peut permettre une forme d'autodétermination (Section 2). Nous exposerons aussi les limites de cette métaphore (Section 3), mais avant tout, il nous faut préciser sur quelle acception du droit à l'autodétermination nous nous fondons (Section 1).

Section 1 : Définition du droit à l'autodétermination : quel libre choix pour les peuples autochtones et les minorités ?

Évaluer comment le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones permet l'exercice d'un libre choix aux minorités et aux peuples autochtones implique de préciser à quelle acception du droit à l'autodétermination nous nous référons. Nous allons donc indiquer quels sont les titulaires et l'étendue du droit à l'autodétermination, quel est son sens et sa portée et comment sa mise en œuvre est opérée.

Tout d'abord, en ce qui concerne ses titulaires et son étendue, il est reconnu à tous les peuples en vertu de l'article 1^{er} commun aux deux pactes des Nations Unies⁶³⁶. Les peuples autochtones et le peuple Rom en sont donc des bénéficiaires⁶³⁷. En vertu de ce droit, ils peuvent assurer librement leur propre développement politique, économique, social et culturel. Précisons toutefois que l'exercice d'un libre choix politique n'a pas la même étendue ni la même signification pour les peuples

⁶³⁶ Article 1^{er} commun aux Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Le droit à l'autodétermination fut initialement reconnu par les Résolutions 1514 (XV) et 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, préc., note 5. La Cour internationale de justice consacra ce droit à deux reprises au cours des années 1970, dans les avis consultatifs *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, et *Sahara occidental*, préc., note 10. Sur l'histoire du droit à l'autodétermination, voir C. TOMUSCHAT (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, préc., note 26, p. 1-20 et Hurst HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, p. 27-118.

⁶³⁷ Sur la reconnaissance du droit à l'autodétermination aux minorités nationales voir H. HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*, préc., note 636, p. 50-73. Cette position est également défendue par Gudmundur ALFREDSSON, « Different forms of claims to the right of self-determination », dans D. CLARK et R. WILLIAMSON, *Self-Determination. International Perspectives*, Macmillan, 1996, p. 72 et par Jane WRIGHT, « Minority groups, autonomy and self-determination » (1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 605-629. Sur la mise en œuvre du droit à l'autodétermination pour le peuple Rom, voir H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law – The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 240-263 ; I. KLIMOVA-ALEXANDER, « Transnational Romani and indigenous non-territorial self-determination claims », préc., note 206, p. 406.

autochtones et les minorités telles que le peuple Rom, les premiers ayant un droit à l'autonomie gouvernementale⁶³⁸ alors que les seconds ont un droit de participation et d'association à la prise de décisions⁶³⁹. Dans les deux cas cependant, il s'agit d'une autodétermination interne, sans droit de sécession acquis par principe, à moins que l'État échoue de manière continue à remplir ses obligations à l'égard du groupe – la mise en œuvre du droit de sécession pouvant aussi résulter de stratégies politiques⁶⁴⁰. L'exercice de ce droit est donc limité par le principe de souveraineté et par celui d'intégrité territoriale des États.

Quant à son sens, James Anaya fait une distinction intéressante entre deux composantes du droit à l'autodétermination, à savoir l'« autodétermination constitutive », imposant aux autorités gouvernementales de se fonder sur la volonté du peuple pour décider, et l'« autodétermination continue », c'est-à-dire le droit de vivre et de se développer librement⁶⁴¹. Pour sa part, Alexandra Xanthaki relie l'autodétermination à l'exercice d'un pouvoir politique⁶⁴². Plus concrètement, la dimension interne du droit à l'autodétermination se fonde ainsi sur deux notions principales, celles d'autonomie gouvernementale et de participation des groupes minoritaires ou autochtones, toutes deux s'attachant à l'existence d'un libre choix

⁶³⁸ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 7, articles 3 et 4.

⁶³⁹ Ce droit n'est pas consacré par la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* des Nations Unies, mais l'est indirectement par les *Recommandations de Lund sur la participation effective des minorités nationales à la vie publique*, 1999, O.S.C.E., Haut-Commissariat pour les minorités nationales, en ligne :

http://www.osce.org/documents/hcnm/1999/09/2698_fr.pdf (consulté le 1^{er} juin 2010). De plus, auparavant la Cour internationale de justice avait reconnu ce droit à des minorités nationales dans *Affaire du Sud Ouest Africain (Ethiopie c. Afrique du Sud et Libéria c. Afrique du Sud)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1966*, (18 juillet 1966), en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4954.pdf> (consulté le 22.09.08) ; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, préc., note 10 ; *Sahara Occidental*, préc., note 10.

⁶⁴⁰ Sur la distinction entre les dimensions interne et externe du principe, voir P. THORNBERRY, « The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination with some Remarks on Federalism », dans C. TOMUSCHAT (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, préc., note 26, p. 101 ; G. ALFREDSSON, « The right of self-determination and indigenous peoples », préc., note 637, p. 41-54 ; Antonio CASSESE, « Political Self-Determination – Old Concepts and New Developments », dans Antonio CASSESE (dir.), *UN Law / Fundamental Rights: Two Topics in International Law*, 1979, p. 137-173 ; Allan ROSAS, « Internal Self-Determination », dans C. TOMUSCHAT (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, préc., note 26, p. 225-252 ; Thomas M. FRANCK, « The Emerging Right to Democratic Governance », (1992) 86 *American Journal of International Law*, p. 46-91.

⁶⁴¹ J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 104 et 105.

⁶⁴² A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 172 et 173.

politique, territorial et collectivement défini. Quant au peuple Rom en particulier et vu ses spécificités, Ilona Klimova-Alexander repense l'interprétation de ce droit et propose un détachement par rapport à l'interprétation conventionnelle, qui associe autodétermination et territoire. L'interprétation alternative qu'elle soutient se fonde sur la réorganisation du politique. Il faut alors concevoir le droit à l'autodétermination à travers les différentes formes de participation des minorités ethniques et nationales, sans pour autant porter atteinte à la stabilité de l'État ou de l'ordre international⁶⁴³. Il est à noter qu'à l'article 6 de la *Charte sur les droits des Roms*, le Forum européen des Roms et des Gens du voyage revendique une autodétermination politique, sociale et culturelle, détachée de toute référence au territoire⁶⁴⁴. En contexte rom, le contenu du droit à l'autodétermination n'est donc pas fondé sur l'assise territoriale, mais reste néanmoins politique, puisqu'il est associé à la participation politique nationale et internationale. Toutefois, la controverse persiste quant à savoir si le peuple Rom en bénéficie⁶⁴⁵.

Sans minimiser l'importance de la dimension politique de l'autodétermination, le libre choix autorisé par ce droit est également très significatif. Anaya reconnaît ainsi que le libre choix est politique, mais aussi culturel et social. Pour cet auteur, le droit à l'autodétermination contient un premier aspect, *l'autodétermination constitutive*, impliquant une participation et une consultation qui reflètent la volonté collective du peuple en matière institutionnelle. Le second élément, *l'autodétermination continue*, suppose une gouvernance qui permette à l'individu et aux groupes de faire des choix significatifs, tel que celui de conserver un caractère distinct sur le plan culturel. Les deux aspects sont néanmoins liés, dans la

⁶⁴³ I. KLIMOVA-ALEXANDER, « Transnational Romani and indigenous non-territorial self-determination claims », préc., note 206, p. 396.

⁶⁴⁴ *Charte sur les droits des Roms*, Article 6 : « We Roma have the right to self-determination in accordance with international law including: the right to cultivate one's cultural autonomy, the right to freely promote our economic, social and cultural development and to select our partners, projects, and programmes on our own and, where appropriate, implement them as well; the right to decide on our representation free of any kind of obstruction or discrimination and to vote on it democratically. We refuse any kind of heteronomy; representations, experts or speakers on our behalf who are self-appointed or appointed by third parties ». *Charte sur les droits des Roms*, en ligne: http://www.ertf.org/download/ERTF_Charter_Final_071009.pdf (consulté le 16/03/2010).

⁶⁴⁵ Kymlicka ne semble pas adhérer à la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination au peuple Rom. Ceux-ci ne bénéficient, selon lui, que de droits polyethniques, comme les immigrants. Voir W. KYMLICKA, « Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy ? », préc., note 260.

mesure où le non-respect du premier anéantit le second. La colonisation ayant ce double effet destructeur, cela explique que le droit à l'autodétermination ait un caractère réparateur et qu'il impose la décolonisation. Partant, Anaya fonde ce droit sur la réparation des injustices historiques⁶⁴⁶ et lui attribue avant tout une envergure territoriale et collective.

Deux constats émanent de l'analyse des documents internationaux et de la doctrine quant au contenu du droit à l'autodétermination. Celui-ci varie en fonction de ses titulaires – peuples autochtones ou minorités comme le peuple Rom. Ces collectivités n'ont en effet pas toujours les mêmes intérêts à défendre lorsqu'elles revendiquent un droit à l'autodétermination. Par ailleurs, son contenu est avant tout politique et territorial. En principe, il procure aux minorités dispersées telles que les Roms un droit de participer à la prise de décisions et permet l'autonomie gouvernementale – c'est-à-dire une autonomie territoriale – dans le cas des peuples autochtones et de certaines minorités dont les membres sont densément établis sur un même territoire. Le droit à l'autodétermination autorise accessoirement le développement économique, social et culturel d'un peuple, mais celui-ci est conçu comme étant dépendant du pouvoir politique exercé par ce peuple⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 103 et 104, voir aussi sur l'aspect réparateur du principe d'autodétermination, ce même ouvrage p. 106-109. Ultérieurement, Anaya indique aussi que « [...] despite the contemporary absence of colonial structures in the classical form, indigenous peoples have continued to suffer impediments or threats to their ability to live and develop freely as distinct groups in their original homelands. The historical violations of indigenous peoples' self-determination, together with contemporary inequities against them, still cast a dark shadow on the legitimacy of state authority, regardless of effective control or the law contemporaneous with historical events. Accordingly, the developing constellation of indigenous rights norms identified in chapter 2 in large measure comprises a remedial regime, although the constellation also contains prescriptions that detail the substantive elements of self-determination in the specific context of indigenous peoples », J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 110. De fait, il attribue ainsi l'application de ce droit aux peuples autochtones, en restant silencieux sur le cas des minorités nationales.

⁶⁴⁷ Xanthaki indique clairement que le noyau dur du droit à l'autodétermination est politique et non économique, social ou culturel, A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 157-173. O'Nions adhère à cette thèse, mais nuance. Elle indique : « As Kovats has argued, cultural rights are nothing without economic and social stability. Recognising minority rights and cultural autonomy cannot replace economic and social policies but it can add to their success. Additionally, it can improve the individual's sense of self, community and security », H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law – The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 263. Dans le même sens : voir J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 106 et p. 110-115.

Cette compréhension du concept entraîne des limitations au libre choix qui sont de deux ordres. Premièrement, l'autodétermination étant avant tout politique et territoriale, le développement économique, social et culturel n'en constituent que des dimensions accessoires. Le libre choix que les peuples peuvent exercer en ces matières relève ainsi davantage des droits de l'homme – droit à sa propre culture, à sa propre langue, à ses traditions ou préservation des éléments essentiels de son identité⁶⁴⁸. Deuxièmement, la compréhension actuelle de l'autodétermination porte sur la dimension collective de ce droit⁶⁴⁹. Ce dernier protège alors un libre choix ou un projet collectif qui ne peut pas être personnel ou individuel et qui ne peut donc porter sur la dignité ou l'estime de soi. Autrement dit, alors que cette compréhension renforce la perception qu'a la communauté d'elle-même, elle ne consolide pas nécessairement la vision que chaque individu membre de la communauté a de lui-même.

Enfin, l'autodétermination, telle qu'elle est mise en œuvre varie en fonction des circonstances. Comment reconnaître un droit à l'autodétermination identique pour tous les peuples ? Le cas des Roms en Europe démontre les limites d'une approche commune, puisque celui-ci englobe à la fois des communautés nomades, sédentaires, des membres arrivés de longue date au sein d'un État et d'autres qui sont considérés comme de nouveaux arrivants. Par ailleurs, les Roms sédentaires peuvent soit vivre comme les membres des majorités au sein des États européens, mais peuvent aussi souhaiter conserver en partie leur mode de vie et vivre de manière sédentaire dans leurs caravanes – le Comité européen des droits sociaux évoque d'ailleurs le « mode

⁶⁴⁸ Voir par exemple, l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 137, ainsi que l'article 4 de la *Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales*, préc., note 38. Sur le caractère complémentaire, entre le principe d'autodétermination tel qu'inscrit à l'article 1^{er} commun aux deux Pactes internationaux et les droits de l'homme inscrits au sein des autres dispositions de ces pactes, voir le COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observation générale n°12(21) droit à l'autodétermination*, Doc. A/39/40, 13 mars 1984, en ligne:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/f3c99406d528f37fc12563ed004960b4?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/f3c99406d528f37fc12563ed004960b4?Opendocument)

(consulté le 01 juin 2010), § 1, p. 142 et 143.

⁶⁴⁹ P. THORBERRY, « The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination with some Remarks on Federalism », préc., note 640 ; Asbjorn EIDE, « In search of constructive alternative to secession », dans C. TOMUSCHAT (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, préc., note 26, p. 147 ; Rosalyn HIGGINS, *The development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, London, Oxford University Press, 1965, p. 104.

de vie en caravanes des gens du voyage sédentarisés »⁶⁵⁰. De plus, le fait que l'assise territoriale soit un élément central du droit à l'autodétermination limite son exercice, puisque les nations sans territoire ne peuvent pratiquer ce droit.

En raison de la diversité des situations qu'il réunit, le cas du peuple Rom, mais aussi celui des peuples autochtones sans territoire, mettent en exergue l'importance de diversifier les formes d'autodétermination et de repenser le contenu de ce droit.

Tout d'abord, le libre choix politique qu'il procure devrait pouvoir s'exercer sous différentes formes, l'objectif étant de trouver la solution la mieux adaptée au cas d'espèce. À ce propos, Helen O'Nions indique :

*« Only a greater involvement in the political process is likely to have any effect on mobilising ethnic identity at the grass roots level. Debates about the Romani flag and a Charter enumerating Romani rights are inherently beneficial in that they stimulate the public discussion and awareness. But this debate demands flexibility – reflecting the different experiences of a geographically diverse population as well as commonalities »*⁶⁵¹.

D'ailleurs, il est à noter qu'en réalité, les États, les minorités et les peuples autochtones exploitent cette diversité des formes d'autodétermination, certains ayant une autonomie territoriale et d'autres participant à la prise de décisions politiques via leur propre parlement ou via leurs représentants au parlement national.

Au-delà d'une diversification dans l'exercice du libre choix politique, son contenu même ne varie-t-il pas en fonction des titulaires du droit à l'autodétermination?

À côté de sa dimension politique – qui est nécessaire –, il nous faut évaluer l'intérêt, pour le droit à l'autodétermination, d'avoir une dimension personnelle et déterritorialisée. Celle-ci favoriserait un libre choix individuel et détaché de toute revendication territoriale permettant à des communautés dispersées et sans assise territoriale définie de bénéficier autrement du droit à l'autodétermination. Cette

⁶⁵⁰ Centre européen des droits des Roms c. France, préc., note 593, § 60.

⁶⁵¹ H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law – The Roma of Europe*, préc., note 49, p. 262.

dimension garantirait aussi la coexistence et n'entraînerait pas de risque de séparation, le libre choix étant alors davantage un accommodement imposé par la négociation d'un compromis sociétal.

L'autodétermination se détachant du concept de territoire, l'accent serait davantage mis sur le concept d'occupation, impliquant un développement territorial équitable ainsi qu'une conception renouvelée du partage territorial. Dans l'une de ses décisions de niveau un, c'est-à-dire d'importance élevée, le Comité européen des droits sociaux insiste sur l'importance de penser autrement l'occupation du territoire. Il souligne la nécessité de prendre en compte les différents besoins des membres du peuple Rom au stade du développement territorial, quitte à adapter ce dernier⁶⁵².

Personnelle, sociale et culturelle, l'autodétermination transcenderait alors les repères territoriaux habituels ainsi que l'appartenance identitaire et n'assimilerait pas autonomie, territoire et appartenance. Par ailleurs, mettre en exergue le rôle de l'individu et ses possibilités de choix nous paraît central, puisque dans de nombreux cas, l'individu membre d'un groupe autochtone ou minoritaire est aussi membre d'autres groupes et conserve en partie son libre arbitre. La réalité est ainsi basée sur la multiplicité et la diversité des appartenances, tel que la théorie des cercles concentriques l'expose. De ce fait, le modèle classique d'autodétermination est incomplet. Il ne permet qu'un libre choix orienté. De plus, il se fonde uniquement sur le postulat selon lequel les collectivités sont homogènes. À ce titre, Thomas Acton et Nicolea Gheorghe indiquent :

« There is no substitute for having human rights everywhere; this is the logic of seeking to define Roma as a transnational rather than a national minority. It is not so much that the rights of ethnic minorities must be protected, as that ethnic majorities must be in themselves deconstructed. The foundation of global human law must shift from the self-contradictory illusion of national self-determination to a new bedrock of individual human self-determination. The unfolding agenda of Gypsy activism may be nothing less than the abolition of the nation-state »⁶⁵³.

⁶⁵² Centre européen des droits des Roms c. France, préc., note 593, § 46-50 et § 59 et 60.

⁶⁵³ T. ACTON et N. GHEORGHE, « Citizens of the world and nowhere: Minority, ethnic and human rights for Roma during the last hurrah of the nation-state », préc., note 607, p. 69.

Malgré tout, il est bien évident que le droit à l'autonomie territoriale reste une composante du droit à l'autodétermination. Celui-ci conserve sa pertinence pour les groupes dont l'assise territoriale est claire et dont les membres sont établis à proximité, mais le droit à l'autodétermination ne peut s'y limiter. L'autonomie territoriale ne fonctionne pas dans le cas d'une recherche de liberté par l'individu lui-même ou par les communautés dispersées. Le concept de libre choix qu'elle soutient semble alors idéal et inapproprié.

Conséquemment, le droit à l'autodétermination doit être complété afin de mieux intégrer la multiplicité des appartenances. La conception homogène des communautés autochtones ou minoritaires doit être nuancée par l'existence d'autres appartenances⁶⁵⁴. Cela implique une prise en compte de la volonté individuelle du requérant. L'exemple des Roms est encore une fois pertinent. Tous ont le sentiment d'appartenir à la même communauté, mais ne pratiquent pas leur mode de vie de façon identique. Ainsi, tous ne font pas les mêmes choix de vie. Certains continuent, malgré la confrontation quotidienne à l'illégalité, à pratiquer le nomadisme. D'autres sont lassés de vivre dans cette situation instable, redoutant les expulsions. Ceux-ci, par la force des choses ou parce qu'ils le souhaitent, se sédentarisent alors, soit dans des logements classiques, soit en conservant leurs caravanes immobilisées comme lieu d'habitation. Par conséquent, la liberté de l'individu lui-même doit être protégée, puisqu'elle fait parfois l'objet d'une désolidarisation de la volonté de la communauté. Cela permet de palier le risque d'oppression de l'individu ou de la minorité par le groupe⁶⁵⁵.

Ce type de situation encourage une réévaluation du contenu du droit à l'autodétermination. Sans toujours évoquer le droit à l'autodétermination, les théories de plusieurs auteurs viennent palier les limites de sa conception classique. La recherche de solutions efficaces à l'exercice des choix des communautés ethniques ou minoritaires représente leur objectif commun. Par exemple, Ayelet Shachar se fonde

⁶⁵⁴ Cette réalité est bien mise en évidence par deux auteures. Voir A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights*, préc., note 102, p. 117 ; J. LAJČAKOVÁ, *Ethnocultural Justice for the Roma in Slovakia*, préc., note 102, 2007.

⁶⁵⁵ Cette compréhension du droit à l'autodétermination prend en considération les limites soulevées par Kymlicka à ce qu'il appelle la « tolérance libérale », W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, préc., note 21, p. 152-172.

sur le concept d' « *accommodement transformatif* » - *transformative accommodation* –, Ghislain Otis sur celui d'*autonomie personnelle* et Ilona Klimova-Alexander suggère une *autonomie non territoriale* des peuples autochtones et du peuple Rom.

Abordons, tout d'abord, la théorie des accommodements transformatifs, élaborée par Ayelet Shachar et appliquée au cas des Roms par Jarmila Lajcakova. Cette théorie représente un complément intéressant au droit à l'autodétermination, dans la mesure où elle est compatible avec la réalité contemporaine des Roms. Elle tient compte des individus et, plus précisément, des minorités potentielles au sein du groupe, pour mettre en œuvre des accommodements. Pour cela, l'État et le groupe lui-même sont amenés à collaborer et construisent les normes juridiques ensemble, plutôt que séparément, en possédant une compétence pleine sur un domaine. Jarmila Lajcakova indique clairement que « *The state and the group would thus jointly govern these sub-matters, but with neither group having absolute control over the entire legal arena* ». Puis, l'auteure poursuit en précisant les trois principes clés de la théorie :

« *Transformative accommodation is based on three principles. The first is "the sub-matter allocation of authority". The sub-matter allocation principle ensures that both the group and the state participate in shaping the rules that govern group members. The sub-matter allocation principle internally divides contested arenas into "sub-matters" and divides jurisdiction between the group and the state. Neither of the two authorities can produce a complete decision in a given arena. Sub-matter allocation of jurisdiction then creates an ongoing interaction between the state and the groups, leading to the creation of incentives that will transform norms so as to reflect the multiple identities of individual members. The "circulation of power between authorities" that stems from this principle is conducive towards the project of transformation. Shachar strengthens this process by adding a second, "no-monopoly", principle. The no-monopoly principle posits that neither the group nor the state has exclusive control over a certain legal arena. Shachar believes that the no-monopoly rule will force power holders to actively compete "for the loyalty of their social constituents". The third principle focuses directly on the situation of the individual group member. The establishment of a clearly delineated "choice options" principle ensures that the individual member has an actual opportunity to engage their citizenship or cultural rights in order to induce internal change through the right to opt-in and opt-out of the jurisdiction of the representative authorities* »⁶⁵⁶.

⁶⁵⁶ J. LAJCAKOVA, préc., note 102, p. 233. Voir aussi p. 233 et 234.

L'analyse de Ghislain Otis sur l'autonomie personnelle individualise et déterritorialise également la recherche de liberté. L'autonomie personnelle a pour effet de personnaliser l'application des normes juridiques, c'est-à-dire d'appliquer le droit en général ou les droits politiques, familiaux ou sociaux en fonction de la culture et de l'appartenance des requérants. Ceci permet aux membres de groupes dispersés qui le souhaitent de relever de la compétence personnelle de leur communauté, sans avoir besoin d'une assise territoriale définie, celle-ci s'avérant impossible à réaliser. L'autonomie personnelle pourrait également être appliquée au cas des non-Autochtones installés en territoires autochtones. Elle régulerait donc la coexistence⁶⁵⁷.

Selon, Ilona Klimova-Alexander, l'interprétation conventionnelle du droit à l'autodétermination est associée à l'autonomie territoriale. Cela crée une injustice à l'égard des peuples autochtones ou des minorités sans assise territoriale claire comme le peuple Rom, d'où l'importance de dissocier autodétermination et territoire, en repensant l'autodétermination à travers la participation politique aux instances de gouvernance nationales et internationales. Cette auteure propose ainsi un modèle d'autodétermination non territorial fondé sur l'autonomie culturelle :

« The Romani and indigenous claims converge with the NCA model in challenging a number of conventional understandings of some of the most crucial concepts in contemporary international relations: sovereignty (as unitary and indivisible), self-determination of nations (as requiring independent territorial statehood) and recognized international representation (as being reserved for nation states). Lastly, as mentioned earlier and perhaps contrary to the conventional view, I believe that non-territorial autonomy which allows for the enjoyment of cultural and economic rights over indigenous territories (and this element is crucial) offers a better, more universally applicable and less conflict-prone solution for indigenous peoples worldwide than does territorial autonomy.

But even leaving the specific cases of Romani and indigenous communities aside, I believe that, by disassociating the value of ethno-national belonging from the sovereign territorial state, the NCA model provides a better point of departure for a world of increasingly porous territorial boundaries and free population movements. After all, is there a single ethno-national group or nation whose every member is co-located territorially? As populations continue to mix while often retaining the desire to preserve their national identities, national politics could become de-territorialized (administered on a non-territorial basis) and territorial politics could become denationalized (concentrating on issues that concern all regardless of their

⁶⁵⁷ G. OTIS, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », préc., note 340, p. 781-814.

nationality). Currently there are attempts mainly at the latter: however, I would argue that they cannot succeed without the former. We can take neither culture nor nationalism out of politics, since they are both intrinsic to it. Neither do we need to try. If the roof that each nation seeks becomes non-territorial, if each nation can be sovereign without claiming exclusive territorial control, the infusion of politics with culture and nationalism on its own is not dangerous. If territory cannot become an exclusive property of a particular ethno-national group, we do not need to fight over it. If we have no minorities and majorities, we do not need minority protection »⁶⁵⁸.

Se fondant sur la théorie de Renner et Bauer, sur le concept d'autonomie nationale et culturelle [*the concept of National-cultural autonomy*], elle en élargit l'application. Tout en promouvant une participation politique au niveau national, elle s'attache surtout à son développement au niveau supranational – notamment dans le cadre du Conseil de l'Europe ou des Nations Unies⁶⁵⁹.

Iлона Klimova-Alexander propose ainsi une autodétermination internationalisée et détachée des concepts de territoire et de souveraineté, qui reste centrée sur la participation politique et collective des communautés ethnoculturelles⁶⁶⁰. De fait, chacune des trois théories reconceptualisent à leur manière le droit à l'autodétermination. Elles sont, en cela, complémentaires dans la mesure où chacune propose une approche différente. Alors qu'Ayalet Shachar et que Ghislain Otis semblent dissocier le libre choix d'un exercice collectif, Iлона Klimova-Alexander conserve l'approche collectiviste. Néanmoins, tout comme Alexandra Xanthaki, elle soutient la déterritorialisation ainsi qu'une internationalisation de l'exercice de l'autodétermination, pour qu'elle soit garante de la coexistence. Ghislain Otis soutient cette approche pour ce qui est de son détachement de la notion de territoire.

En outre, en alimentant le contenu du droit à l'autodétermination, ces théories en repensent la mise en œuvre, celui-ci s'articulant davantage avec le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones.

⁶⁵⁸ I. KLIMOVA-ALEXANDER, « Transnational Romani and indigenous non-territorial self-determination claims », préc., note 206, p. 410 et 411.

⁶⁵⁹ *Id.*, p. 411.

⁶⁶⁰ Elle rejoint en cela la perspective de Xanthaki qui étend aussi le droit à l'autodétermination à la participation des peuples autochtones à la prise de décisions internationales, mais aussi à leur collaboration en tant qu'acteurs de cet ordre aux côtés des États, via le développement d'une représentation autonome. Voir A., XANTHAKI, préc., note 206, p. 152.

En conséquence, le droit à l'autodétermination porte sur l'attribution d'un libre choix politique et/ou territorial, c'est-à-dire sur la mise en œuvre d'un projet politique collectif, qui influe accessoirement sur le libre choix économique, culturel, social et individuel des membres d'un peuple. L'étendue de ce droit pour les peuples autochtones ou les minorités nationales, est limitée par le principe d'intégrité des frontières. Enfin, son contenu varie en fonction des titulaires.

Si l'on adopte une approche réaliste, la seule mise en œuvre de ce droit ne permet pas l'exercice d'un libre choix plein et entier, puisque celui-ci est du ressort politique et qu'il est idéaliste, l'unilatéralité du choix étant impossible tant dans un contexte communautaire que sociétal. De plus, il est mathématiquement et géopolitiquement impensable de croire à la possibilité de vivre séparément. D'abord, parce que les populations ne sont fort heureusement pas strictement réparties en fonction de leur appartenance ethnique. Ensuite, parce que l'interdépendance des États ou des entités subétatiques est incontournable. Le plus souvent, les peuples, autochtones, minoritaires ou majoritaires, doivent donc se résoudre à la coexistence.

Le droit à l'autodétermination n'est toutefois pas toujours pertinent pour assurer cette dernière. Les droits humains et en particulier le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones paraissent donc complémentaires, puisqu'ils renforcent le libre choix individuel et collectif de ces groupes et ne remettent pas en cause les fondements de la coexistence. Rappelons à cet égard que le concept de mode de vie dispose d'une double dimension, à la fois individuelle et collective. De plus, il est *a priori* dépourvu de toute notion d'indépendance ou d'isolement systématique. Ce droit pourrait également privilégier la déterritorialisation du libre choix, dans la mesure où le mode de vie est une manifestation socioculturelle qui se perpétue malgré la rupture du rapport à l'espace, favorisant ainsi une conception non homogène du territoire, axée sur la cohabitation avec d'autres communautés lorsque l'octroi d'une assise territoriale propre et définie est impossible.

Section 2 : Droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones et expansion du libre choix ?

Le droit à l'autodétermination et la protection des modes de vie minoritaires et autochtones entretiennent une relation forte, portée par l'objectif que partagent ces deux normes, à savoir l'expansion de la liberté. De plus, autodétermination, culture, identité ou mode de vie sont des concepts interreliés qui, en droit, font trop souvent l'objet d'une fragmentation. Comme l'indique le Comité des droits de l'homme des Nations Unies concernant le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, « les dispositions de l'article premier peuvent être pertinentes pour interpréter d'autres droits protégés par le Pacte, en particulier ceux énoncés à l'article 27 »⁶⁶¹.

Tout d'abord, le rapprochement entre les concepts de modes de vie et d'autodétermination permet la redéfinition du libre choix, en le dissociant de la notion de territoire. La relation au territoire n'est pas majeure pour tous les peuples et est parfois rompue sans que ceux-ci ne perdent leur mode de vie. L'association entre ces deux concepts permet, par ailleurs, de repenser la conception actuelle de l'occupation et du développement des territoires. Une difficulté demeure néanmoins. Elle implique de trouver une articulation équilibrée entre les concepts de mode de vie et de territoire. Sans les associer automatiquement, il est important de garder à l'esprit l'importance de l'accès au territoire pour certains peuples, mais aussi celle de la définition de l'occupation du territoire. C'est pourquoi le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones, pour être efficace, nécessite la reconnaissance du droit à l'autodétermination dans sa dimension politique.

En outre, comme l'indique James Anaya, en contexte autochtone, certaines normes émergentes en droit international des droits de l'homme constituent la pierre angulaire de « l'autodétermination continue », notamment le principe de non-discrimination, le droit à l'intégrité territoriale et le droit à la terre⁶⁶². Dans cette perspective, le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones interviendrait au même titre que ceux-ci. Sans constituer une forme

⁶⁶¹ *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande*, préc., note 200, § 9.2.

⁶⁶² J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 129 et p. 129-156.

d'autodétermination, il agirait en complément de ce droit. Alors que le droit au respect des modes de vie gagne en efficacité par la mise en œuvre du droit à l'autodétermination dans sa dimension politique, les dimensions sociale, culturelle et personnelle du libre choix pourraient quant à elles se concrétiser par la reconnaissance du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones.

Conséquemment, analysons en quoi le droit à l'autodétermination garantit la mise en œuvre du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones (Paragraphe 1), puis, comment le second pourrait renforcer l'expression d'un libre choix identitaire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La dimension politique du droit à l'autodétermination, gage d'efficacité de la norme nouvelle ?

L'autodétermination politique – c'est-à-dire l'autonomie territoriale, le droit collectif de propriété des peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions – garantit la mise en œuvre du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones, dans la mesure où elle lui confère une assise concrète et solide. L'effet du droit à l'autodétermination sur le développement économique, social et culturel, qu'évoque Xanthaki, illustre cette relation. Selon elle, le sens du droit à l'autodétermination est essentiellement politique. Cette auteure indique :

« Pursuing development essentially involves establishing policy priorities and trade-offs in policy allocations and benefits; this is political in nature. Political, but also economic and social policies can only be decided and implemented through a political process, where the state and its institutions are involved »⁶⁶³.

La reconnaissance de l'autodétermination politique simultanément à celle du droit au respect des modes de vie assure la cohérence et l'efficacité du processus de reconnaissance, renforçant l'exercice d'un choix libre pour tous. En effet, comment promouvoir l'expression d'un mode de vie minoritaire ou autochtone tout en bâillant la participation politique de la communauté visée ? En de telles

⁶⁶³ A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 158.

circonstances, l'efficacité du droit au respect des modes de vie ne peut être que restreinte sachant que cette relation n'est pas toujours prise en compte. On peut ainsi questionner l'efficacité de la norme nouvelle.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme, par son approche dite *bottom up* des questions autochtones, assure la cohérence et l'efficacité de cette relation. Comme cela a déjà été mentionné, la Cour a reconnu un droit collectif de propriété aux peuples autochtones et tribaux, sur leurs territoires ancestraux⁶⁶⁴. Il en résulte un droit collectif de propriété sur les ressources *essentiels* à leur mode de vie⁶⁶⁵. Elle reconnaît également le droit de participation politique des peuples autochtones par le recours à leurs institutions traditionnelles, aux côtés des partis politiques nationaux, même lors d'élections nationales⁶⁶⁶. Elle se fonde ainsi sur des prérogatives conventionnelles, dans l'objectif implicite d'apporter une sécurité juridique aux modes de vie autochtones ou tribaux. En théorie, le droit au respect des modes de vie devrait avoir une portée plus grande. Cette approche holiste a pour effet de soutenir la protection des modes de vie autochtones et tribaux, donnant lieu à un traitement juridique plus cohérent et plus efficace. Néanmoins, la jurisprudence interaméricaine comporte deux dangers : d'abord celui de renforcer l'isolement des peuples autochtones et tribaux, sans chercher des pistes de redéfinition de la coexistence, ensuite, celui de muséifier leurs identités.

Ce premier modèle encourage donc l'autonomie politique et territoriale ainsi qu'un droit effectif aux modes de vie autochtones et tribaux, mais promeut une coexistence fondée sur le partage d'un même territoire dans la séparation des groupes.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme privilégie, au contraire, un raisonnement dit *top down*⁶⁶⁷. La marge d'adaptation des droits en fonction de la situation des requérants est alors relativement limitée. Deux exemples le démontrent. Premièrement, le droit de propriété des territoires ancestraux – en tant

⁶⁶⁴ Notamment, *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151 et *Mary and Carrie Dann v. United States*, préc., note 402.

⁶⁶⁵ *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, préc., note 196 ; *Saramaka People v. Suriname*, préc., note 152.

⁶⁶⁶ *Yatama v. Nicaragua*, préc., note 549.

⁶⁶⁷ La Cour s'attache ainsi aux droits et principes consacrés par la *Convention européenne des droits de l'homme* et par les textes connexes à ce traité, pour ensuite vérifier, confirmer ou infirmer l'existence d'une violation.

que fondement éventuel de l'autodétermination – n'est pas reconnu au peuple Sami par la Commission européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole 1 de la Convention⁶⁶⁸. La Cour indique : « les requérants n'ont nullement soutenu avoir sur la terre en question un quelconque droit de propriété ou de revendiquer la propriété qui serait garantie par l'article 1^{er} - du Protocole additionnel »⁶⁶⁹. Deuxièmement, la Cour reconnaît la discrimination qui résulte du fait, pour les citoyens membres de minorités telles que les Roms, de ne pas pouvoir se porter candidats aux élections présidentielles et législatives. Elle a d'ailleurs récemment condamné la Bosnie-Herzégovine sur le fondement de l'article 14 de la Convention, disposition prohibant les discriminations, combiné à l'article 3 du Protocole n°1, sur le droit à des élections libres⁶⁷⁰. Cependant, elle n'a pas encore expressément reconnu aux minorités un droit de participation aux affaires publiques, qui se fonderait sur leur infériorité numérique et sur l'impossibilité en résultant d'exercer leur droit à la démocratie⁶⁷¹.

Cette approche peut s'expliquer par le fait que la Cour est confrontée à la fragilité de la législation en vigueur au sein du Conseil de l'Europe, qui outre des normes de *soft law*⁶⁷², ne reconnaît pas le droit à la participation politique des minorités ou le droit à l'exercice par elles d'un libre choix politique. De plus, elle est également confrontée à une minorité sans territoire. Or la réflexion doctrinale sur leur

⁶⁶⁸ Protocole 1, article 1^{er} : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes », *Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1952, en ligne :

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFrançais.pdf>.

⁶⁶⁹ *G et E c. Norvège*, préc., note 146, p. 44.

⁶⁷⁰ *Affaire Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, requêtes n°27996/06 et 34836/06, arrêt, (22 décembre 2009), Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=%E9lectio n&sessionId=50324574&skin=hudoc-fr> (consulté le 31 mars 2010).

⁶⁷¹ Xanthaki suggère la reconnaissance d'un tel droit spécifique. A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 160-163.

⁶⁷² *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, préc., note 38, article 15 : « Les Parties s'engagent à créer les conditions nécessaires à la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie culturelle, sociale et économique, ainsi qu'aux affaires publiques, en particulier celles les concernant ». Voir aussi les *Recommandations de Lund*, préc., note 639.

intégration est très récente et n'a pas encore incorporé le champ normatif. Enfin, la différence de statut entre peuples autochtones et minorités nationales ne paraît pas être un critère significatif, qui justifierait les réticences de la Cour⁶⁷³. Conséquemment, la Cour européenne se montre timide dans les outils qu'elle déploie pour renforcer l'exercice d'un libre choix politique par les membres des peuples Rom et Sami. Elle n'est cependant pas confrontée aux mêmes défis que la Cour interaméricaine. Premièrement, lorsqu'elle aborde les questions roms, il lui est impossible d'évoquer l'autodétermination, ne serait-ce que politique, puisque les formes classiques de l'autodétermination sont fondées sur le territoire. Deuxièmement, le souci de préserver la cohésion sociale et la coexistence semble faire l'objet d'une priorité.

De fait, ce second modèle n'aborde pas la question de l'autodétermination ou du libre choix politique. En outre, il reconnaît une protection très théorique des modes de vie rom et sami. Néanmoins, la coexistence apparaît en son sein comme une valeur essentielle. D'ailleurs, en n'attribuant pas au peuple sami le droit de propriété sur leur territoire, la Cour européenne pourrait chercher à minimiser les dangers potentiels liés à la reconnaissance de l'autonomie territoriale, que sont les risques de séparation, de ségrégation et de fixation de l'identité⁶⁷⁴, même si ceux-ci ne se développent que rarement.

En ce qui concerne le Comité des droits de l'homme, il a reconnu le droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones et le droit à la participation politique⁶⁷⁵, mais ceux-ci ne sont que théoriques, puisqu'ils n'ont pas été mis en œuvre par cet organe. Les seules exceptions résultent des communications *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande* et *Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande*

⁶⁷³ Voir cette étude *infra*, Partie III, Titre 2.

⁶⁷⁴ Sur les risques de l'autonomie territoriale en contexte autochtone, voir A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 166.

⁶⁷⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observation générale n°25, le droit de participation aux affaires publiques* (article 25), 12 juillet 1999, en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument) (consulté le 01 juin 2010).

au cours desquelles le Comité invoque le processus de consultation préalable des peuples autochtones⁶⁷⁶.

Ainsi, la relation entretenue entre l'autodétermination politique ou territoriale et le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones fait l'objet d'un accueil divers devant chacun des trois systèmes juridiques. L'explication principale de la différence de raisonnement entre les systèmes européen et interaméricain à trait à une divergence de points de vue sur la définition à donner à la coexistence. Selon l'approche qui est privilégiée, le libre choix politique et territorial, mais aussi identitaire, s'exercent différemment et se heurte à diverses limites – à savoir l'isolement et la muséification pour les uns, la restriction identitaire pour les autres. Ainsi, l'approche actuellement privilégiée par la Cour européenne est critiquable, dans la mesure où aucun projet de refondation du modèle actuel de coexistence n'est envisagé. Celle de la Cour interaméricaine l'est également, bien que l'autodétermination territoriale qu'elle reconnaît aux peuples autochtones et tribaux, à travers le droit collectif de propriété des territoires ancestraux et des ressources naturelles *essentiels*, garantit un libre choix identitaire respectueux de la volonté de la communauté. Toutefois, ce libre choix identitaire ne peut pas s'exercer sur l'ensemble d'un territoire national, mais s'exprime à l'intérieur des limites définies par le titre de propriété dont dispose la communauté. De fait, le libre choix identitaire n'est pas absolu, même lorsque le point de vue des requérants est pris en compte.

Paragraphe 2 : Un renforcement du libre choix identitaire et personnel par la norme nouvelle ?

Xanthaki distingue le principe et le droit à l'autodétermination. Selon elle,

« The principle of self-determination is related to a wide range of claims, which can be based on a range of other rights, such as the right to a culture, the right to education, the right to language; in contrast, claims based on the right to self-

⁶⁷⁶ *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande*, préc., note 200, § 9.8 et *Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande*, préc., note 200, § 10.5.

determination must be directly related to that concept and cannot be better accommodated by recourse to such other rights »⁶⁷⁷.

Conséquemment, bien que l'auteure s'oppose à une « autodétermination culturelle »⁶⁷⁸, la mise en œuvre du principe d'autodétermination, c'est-à-dire l'esprit de justice et l'importance de considérer le libre choix de tous que ce principe véhicule, pourrait résulter de la mise en œuvre de la protection des modes de vie minoritaires et autochtones. La conception qu'a James Anaya de l'autodétermination soutient cette approche⁶⁷⁹.

L'autodétermination appréhendée sous cet angle est particulièrement intéressante, puisqu'elle permet aux communautés minoritaires ou autochtones ainsi qu'à leurs membres de perpétuer des pratiques dissemblables de celles de la majorité tout en cohabitant sur un territoire identique. Elle permet également de résoudre la question des conflits de normes et de valeurs au sein d'une même communauté, lorsque ceux-ci sont dus à la multiplicité des appartenances. Fondée sur la tolérance vis-à-vis d'autrui, elle dispose de potentialités afin de résoudre le besoin de coexister sur des espaces restreints dans la « non-identité ». Néanmoins, la question qui se pose ici est de savoir si le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones tel qu'il est en vigueur actuellement peut garantir l'autodétermination personnelle des acteurs membres de ces communautés ainsi que sa déterritorialisation. La première hypothèse valoriserait l'autodétermination de l'individu, en fonction des valeurs et des normes qu'il considère être conformes à son identité. La seconde permettrait la déterritorialisation de l'identité.

Premièrement, le droit au respect des modes de vie garantirait un libre choix identitaire, dans la mesure où il permettrait d'appréhender l'espace, son occupation et son développement selon les manières autochtones ou nomades. Cette hypothèse est soutenue par certains exemples : lorsque ce droit promeut une exploitation des

⁶⁷⁷ A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 157.

⁶⁷⁸ *Id.*, p. 172.

⁶⁷⁹ Voir la distinction qu'Anaya fait entre autodétermination constitutive et continue, voir ce chapitre, *supra*, Section 1, p. 268

ressources différente ou quand il étend la notion de résidence à d'autres réalités que le domicile sédentaire. De plus, il garantit des choix professionnels respectueux des traditions autochtones et ne prohibe pas l'abandon d'un mode de vie ou sa transformation. De ce fait, le mode de vie revendiqué n'a pas nécessairement à être conforme à la tradition, ce qui est une garantie de liberté qui a pour effet de renforcer le contrôle dont dispose l'individu sur sa vie. Partant, le droit au mode de vie garantit l'exercice d'un libre choix personnel par l'individu lui-même.

Cette première hypothèse comporte, toutefois, trois limites. Elle peut, tout d'abord, être nuancée dans les cas de reconnaissance de droits collectifs, comme c'est le cas devant la Cour interaméricaine. Dans ces conditions, l'étendue de la liberté identitaire de l'individu dépend de la volonté de la communauté, ce qui restreint le degré de contrôle du premier sur sa vie, même s'il ne l'exerce jamais totalement. La seconde limite porte sur la dépendance du libre choix par rapport à une définition orientée de l'identité et du mode de vie. Par exemple, le mode de vie rom tel qu'il est actuellement protégé par la Cour européenne signale l'émergence progressive d'une liberté de choix pour les Roms nomades, mais qu'advient-il des Roms qui ne sont pas nomades ? La protection de leur mode de vie « traditionnel », en tant que fondement d'un libre choix identitaire, s'avère être dangereuse puisque l'étendue du libre choix est réduite à ce qui est perçu comme étant le mode de vie rom. Un autre danger apparaît alors, celui de la discrimination, puisque la perception populaire, romantique et collective de la romanité est ancrée dans la distinction. La troisième limite impose au libre choix individuel qu'il soit respectueux du droit positif en vigueur au sein de l'État ainsi que des normes internationales des droits de l'homme. Qu'advient-il alors des pratiques prohibées par le droit positif, mais qui pourraient néanmoins respecter les coutumes autochtones ou roms ? Ne constituant qu'un idéal, le concept de libre choix demeure donc éminemment malléable.

Deuxièmement, le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones permettrait la déterritorialisation de l'identité. Cette proposition peut paraître étayée par les développements jurisprudentiels récents. Par exemple, en reconnaissant juridiquement le droit de vivre en caravane et de façon mobile, la Cour

européenne des droits de l'homme permet la pratique du mode de vie Rom, peuple dispersé, qui ne revendique aucun territoire.

Cependant, cette hypothèse comporte aussi des limites. D'abord, la déterritorialisation qui résulte du droit au mode de vie n'est que théorique, puisqu'en pratique, le droit de vivre en caravane et de manière mobile, sans nécessiter un territoire, impliquerait l'aménagement d'espaces. En outre, la déterritorialisation n'est pas envisagée par la Cour interaméricaine, puisqu'elle reconnaît au contraire le droit collectif de propriété des territoires ancestraux ainsi que des ressources naturelles *essentiels* aux modes de vie autochtones et tribaux. Pour sa part, le Comité des droits de l'homme tend à protéger des activités traditionnelles telles que la chasse, la pêche ou l'élevage de rennes. Ces activités étant profondément reliées au territoire, on peut penser que la recherche d'une déterritorialisation de l'identité n'est pas non plus considérée comme prioritaire.

De ce fait, le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones dispose de potentialités propres à favoriser le libre choix individuel et identitaire ainsi que la déterritorialisation du droit à l'autodétermination. Toutefois, plusieurs limites font obstacle à l'éclosion de ce potentiel. Il existe notamment une contradiction majeure entre la déterritorialisation potentielle et le besoin d'occupation d'un territoire, puisque le territoire ou l'aménagement d'espaces sont consubstantiels de l'exercice des modes de vie minoritaires ou autochtones. De plus, l'occupation et le développement territorial est sous-jacent à chacune des requêtes et des décisions qui en résultent. D'où l'absence de déterritorialisation possible par le droit aux modes de vie.

En conséquence, la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones, telle qu'elle est actuellement consacrée, n'est qu'un outil d'émancipation très limité du libre choix individuel et identitaire, d'autant plus que dans l'immédiat, cette norme représente davantage une limite posée aux comportements étatiques contemporains plutôt qu'un droit émancipateur.

Paragraphe 3 : Les limites de la métaphore : un problème de mise en œuvre du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones

Nous touchons ici aux limites de la métaphore de l'autodétermination par la reconnaissance du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones. Elles se situent au stade de la mise en œuvre

Ces limites sont ressenties vis-à-vis des décisions rendues par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (I.) et par la Cour européenne (II.). Les communications du Comité des droits de l'homme bénéficient également d'une mise en œuvre limitée. Nous ne développerons pas en détail ce point, car cette limite est moins surprenante, s'agissant d'une quasi-juridiction qui n'a pas le pouvoir de sanctionner le comportement des États. Si ses communications peuvent avoir un effet sur les comportements et les ordres juridiques étatiques, celui-ci provient davantage des pressions politiques que peuvent provoquer les constats de violations du Pacte international émis par le Comité.

Avant d'expliquer les deux limites soulevées initialement, l'existence d'une restriction d'ordre général, ayant trait à l'essence même du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, doit être exposée. Ce droit peut être classé parmi la catégorie des droits économiques, sociaux et culturels. Il est un droit spécifique bénéficiant à certains individus ou à certains groupes composant la société. Cette norme n'est donc pas un droit civil et politique et se distingue du droit à l'autodétermination dans la mesure où elle n'a pas pour but de réglementer l'exercice du pouvoir. Cela ne signifie pas pour autant que la relation entre le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones et le droit à l'autodétermination politique, territoriale ou sociale n'existe pas. L'articulation de ces deux normes juridiques est essentielle pour leur efficacité. Toutefois, elles ne sont pas consubstantielles l'une de l'autre, cela étant confirmé par les deux types de limites que nous allons maintenant expliquer.

I. Limites à la mise en œuvre de la norme au sein du système interaméricain

Au sein du système interaméricain, cette limite traite de la mise en œuvre du droit collectif de propriété, tel que réglementé par la jurisprudence de la Cour et de la Commission interaméricaines. Bien que ces deux organes aient adapté le droit applicable en fonction des requêtes autochtones et tribales et qu'ils aient fait preuve d'innovation, la mise en œuvre de leurs décisions est longue et laborieuse. Deux exemples le démontrent : le cas du Nicaragua et celui du Paraguay, États condamnés par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en 2001, 2005 et 2006. Les difficultés proviennent, d'une part, d'un manque d'engagement et d'intérêt de la part des États sud-américains concernés (A.) et, d'autre part, de l'idéalisme attaché à la jurisprudence du système interaméricain (B.).

A. Le manque d'intérêt étatique comme source de lenteur ou d'absence d'application

Le cas du Paraguay illustre bien le manque, voire l'absence, d'engagement de l'État vis-à-vis des communautés Yakye Axa et Sawhoyamaxa. La communauté Yakye Axa s'est vu reconnaître la violation de son droit de propriété et de son droit à une vie digne, ayant été dépossédée de son territoire par la création de propriétés foncières par l'Église anglicane puis par des propriétaires privés, mais aussi exploitée par la suite. La Cour concluait ainsi à la violation par le Paraguay des articles 4 et 21 de la *Convention américaine des droits de l'homme*⁶⁸⁰. Les Sawhoyamaxas, quant à eux, se sont vu reconnaître la violation de l'article 21 de la Convention sur le droit de propriété, l'État les ayant dépossédés de leur territoire ancestral. Cela donnait lieu à une impossibilité pour la communauté d'accéder aux ressources *essentielles* à son mode de vie⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153 ; *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, arrêt, (06 février 2006) Cour I.D.H., en ligne: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

⁶⁸¹ *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, préc., note 196.

Plusieurs années après la consécration de ces deux décisions, elles n'ont pas encore fait l'objet de considération sérieuse par l'État. En ce qui concerne la décision *Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay*, le rapport du groupe international de travail sur les affaires autochtones, *The Indigenous World 2009*, souligne le non-respect de ses obligations par le Paraguay :

« *Since the ruling of 17 June 2005, the state has limited itself to undertaking symbolic, bureaucratic and time-wasting actions, without decisively setting out to comply with its obligations and honour the commitments made by ratifying the American Convention on Human Rights. Three years after notification of the ruling, the Paraguayan state has still not fulfilled its obligation to return the traditional lands of the Yakye Axa community* »⁶⁸².

En ce qui concerne la décision *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, le rapport indique :

« *the state has made no progress in adopting the legislative, administrative and any other kind of measures that may be necessary to create an effective mechanism for claiming indigenous ancestral rights that would guarantee their right to property and take account of their customary law, values, habits and customs* »⁶⁸³.

Le rapport poursuit en invoquant les négligences étatiques et l'insuffisance des mesures adoptées⁶⁸⁴. L'organisation Amnistie internationale dénonce également cette situation, indiquant dans un récent rapport que « [l']absence de volonté politique demeure un obstacle-clé dans la résolution des revendications des terres autochtones au Paraguay »⁶⁸⁵.

⁶⁸² I.W.G.I.A., *The Indigenous World 2009*, en ligne: <http://www.iwgia.org/graphics/fotos/books/THE%20INDIGENOUS%20WORLD-2009.pdf>, Copenhague, 2009, p. 202 et 203.

⁶⁸³ *Id.*, p. 204.

⁶⁸⁴ *Id.*, Ce constat est réitéré par le rapport 2010 de l'organisation. I.W.G.I.A., *The Indigenous world 2010*, Copenhague 2010, en ligne: http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/Documents/publications/Downloadpublications/IndigenousWorld/IW_%202010_WEB.pdf (consulté le 1^{er} juin 2010), p. 218 et s.

⁶⁸⁵ AMNISTIE INTERNATIONALE, *Dossier individu en danger : Les communautés autochtones Yakye Axa et Sawhoyamaya (Paraguay)*, 04 juin 2009, en ligne sur le site d'Amnistie internationale Belgique : <http://www.isavelives.be/fr/yakye> (consulté le 27 mai 2010) ; AMNISTIE INTERNATIONALE, *Les communautés autochtones Yakye Axa et Sawhoyamaya : mise à jour du 17 mai 2010*, 26 mai 2010, en ligne sur le site d'Amnistie internationale Belgique : <http://www.isavelives.be/fr/node/5350> (consulté le 27 mai 2010).

Le cas des décisions rendues à l'encontre du Paraguay rappelle clairement que la volonté de l'État – et plus précisément l'intérêt que celui-ci accorde aux problématiques soulevées par les décisions rendues – est un élément fondamental de leur mise en œuvre, rappelant une fois de plus le réalisme des relations internationales⁶⁸⁶. Mais le désintérêt étatique n'est pas la seule source de lenteur. L'idéalisme dont sont empreintes les décisions de la Cour et de la Commission interaméricaines contribue aussi largement au ralentissement de leur application.

B. L'essence idéaliste des décisions de la Cour : une difficulté pour la célérité de la mise en œuvre ?

Bien que les décisions interaméricaines aient un caractère novateur, celui-ci doit être nuancé par leur essence idéaliste. La mise en œuvre de la décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans l'affaire *The Mayagna Community Awas Tingni c. Nicaragua*, de 2001, consacrant le droit collectif de propriété des territoires ancestraux et imposant l'obligation positive de délimiter, démarquer et attribuer un titre de propriété à la communauté, en offre un bon exemple⁶⁸⁷. En premier lieu, rappelons qu'elle intervient dans un contexte législatif assez favorable aux revendications autochtones, puisque la Constitution du Nicaragua, sans organiser le processus de démarcation et de reconnaissance d'un titre, consacre la propriété collective des territoires ancestraux⁶⁸⁸. En second lieu, suite à cette décision, l'État a confié le processus de démarcation à la Commission nationale pour la démarcation et le titre, processus qui a abouti durant l'année 2008-2009⁶⁸⁹. Ceci démontre la présence de la volonté de l'État et de son intérêt à mettre en œuvre ses obligations. En outre, il s'agit d'un signe de l'autorité des décisions de la Cour. Néanmoins, le processus de démarcation conduit par cette Commission nationale est actuellement

⁶⁸⁶ Voir Eric POSNER et Jack L. GOLDSMITH, *The Limits of International Law*, New York, Oxford University Press, 2005, 262 p.

⁶⁸⁷ *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151.

⁶⁸⁸ *Id.*, § 123-127.

⁶⁸⁹ I.W.G.I.A., *The Indigenous World 2009*, préc., note 682, p. 110.

entravé en raison de revendications de tiers. Comme l'indique le rapport du Groupe international de travail sur les affaires autochtones,

« It now remains to be seen whether CONADETI [The National Commission for demarcation and titling] has the capacity to complete the final stage of this process, which is the solving of legal disputes with third parties who claim land rights inside the territory. There has so far been no progress in this respect in any of the territories titled since Law 445's enactment in 2003 »⁶⁹⁰.

Les revendications concurrentes proviennent, tout d'abord, de la communauté Miskitu qui se considère comme bénéficiaire d'un titre sur l'ensemble du territoire ancestral revendiqué – et désormais reconnu – à la communauté Awas Tingni⁶⁹¹. En outre, bien que la législation du pays reconnaisse la propriété collective des territoires ancestraux aux peuples autochtones, elle attribue également ce droit collectif aux peuples d'origine africaine vivant au Nicaragua. D'ailleurs, les Créoles y sont considérés comme autochtones. De plus, une certaine rivalité existe entre les peuples afro-descendants et autochtones. Or, cette réalité n'est pas prise en compte par la Cour interaméricaine, qui fait fi des revendications concurrentes provenant de communautés d'afro-descendants⁶⁹². Par ailleurs, certaines autres communautés autochtones du Nicaragua n'ont pu obtenir la démarcation en raison du chevauchement de leur territoire ancestral avec celui de la communauté Awas Tingni⁶⁹³. En ce sens, l'application de la décision de 2001 rendue par la Cour pourrait achopper en raison d'une compréhension encore trop compartimentée des territoires ancestraux, qui occulte leurs chevauchements et la porosité de leurs frontières. Cette porosité avait été soulevée par la Commission interaméricaine, qui proposait pour y

⁶⁹⁰ *Id.*

⁶⁹¹ *Id.*, p. 114.

⁶⁹² J. HOOKER, « Defining Indigeneity in Latin America : How to Classify Afro-descendants ? », préc., note 223.

⁶⁹³ « CONADETI produced the assessments for the Wangki Maya (RiÁLo Coco Abajo) and Wangki Twi-Tasba Raya territories, around Waspam. Unfortunately, there is some confusion as to the legitimate territorial authorities in these cases, and the territorial boundary is being questioned, which means there is little indigenous identification with these assessments and this perhaps explains why the titling of these territories was not achieved alongside that of Awas Tingni, as was intended », I.W.G.I.A., *The Indigenous World 2009*, préc., note 682, p. 110.

remédier un principe de copropriété – « *co-ownership* » – plutôt qu'une propriété pleine et entière⁶⁹⁴.

Cette hypothèse met en lumière un problème quant au traitement par les instances judiciaires de questions politico-juridiques liées à l'occupation du territoire. Alors que les assemblées législatives, peuvent aborder ces questions de façon globale, les instances juridictionnelles imposent parfois une réglementation en partie inadaptée, en raison du regard subjectif et non global qu'elles posent, du fait qu'elles ne bénéficient pas d'une compétence générale sur leur résolution, mais limitée aux revendications des parties au dossier. Or, bien qu'elles soient indispensables au respect des droits humains, notamment pour palier le manque de prise en considération des questions minoritaires ou autochtones par les États, on peut se demander si ces instances disposent de l'ensemble des paramètres pertinents pour régler les revendications de manière appropriée et en totale connaissance de cause ?

Une autre interrogation reste en suspens. L'idéalisme et le dirigisme qui émanent des décisions de la Cour et de la Commission interaméricaine ne laissent-ils pas la place à une intervention originale de la part de l'État ou adaptée à la situation sur le terrain ? Le cas du Nicaragua apporte une réponse positive à cette question, puisque après avoir impulsé l'initiative d'une collaboration et la structure de celle-ci, l'État fait place à la Cour dans la mise en œuvre d'une collaboration avec les communautés autochtones et pour diriger des négociations.

Par conséquent, en contexte interaméricain, les limites à l'application des décisions de la Cour concernant le droit collectif de propriété des territoires ancestraux et des ressources ont deux sources. Leur non-mise en œuvre provient, d'une part, du manque ou de l'absence de volonté étatique pour résoudre les cas de violation des droits à l'égard des communautés autochtones. Elle résulte, d'autre part, des difficultés qu'ont les États à les appliquer, en raison de leur caractère idéaliste et déconnecté de la réalité de l'occupation territoriale. Ces deux limites ont pour effet de restreindre le droit collectif de propriété des territoires ancestraux et d'atténuer les effets concrets de la jurisprudence novatrice proposée. Indirectement, cela restreint

⁶⁹⁴ *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151, § 140 i.

les effets que la reconnaissance de ce droit pourrait avoir sur l'autodétermination territoriale, politique et sociale des communautés autochtones concernées, de même que sur la protection de leur mode de vie.

II. Limites à la mise en œuvre de la norme au sein du système européen

Au sein du système européen, la limite est relative à la nature de la protection des modes de vie sami ou rom promue par la Commission et par la Cour européenne des droits de l'homme, en vertu de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Comme nous l'avons déjà expliqué, cette protection résulte de l'*obligation positive de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie*⁶⁹⁵ et du droit au respect du mode de vie traditionnel sami⁶⁹⁶. Malgré le caractère explicite de cette protection et sa forte obligatorité *a priori*, celle-ci ne représente qu'une obligation de moyens. De plus, la marge d'appréciation dont dispose l'État dans sa mise en œuvre reste vaste, même après 2005 et l'arrêt *Connors c. Royaume-Uni*⁶⁹⁷. De fait, la consécration d'une protection des modes de vie roms et autochtones en Europe est plus symbolique que concrète. En pratique, elle n'étend pas le libre choix identitaire des communautés roms ou samies au-delà de ce qu'elles pouvaient d'ores et déjà faire par elles-mêmes.

Par ailleurs, deux décalages sont observés. Le premier se situe au sein même des instances du Conseil de l'Europe. Il s'agit du décalage entre la jurisprudence de la Cour européenne et la position du Comité européen sur les droits sociaux, écart existant entre les instances juridictionnelles d'une même organisation régionale. Le Comité insuffle une autre définition de l'obligation de moyens. En rapport avec le droit au logement, protégé à l'article 31 de la *Charte sociale européenne*⁶⁹⁸ :

⁶⁹⁵ Notamment, *Chapman c. Royaume Uni*, préc., note 42.

⁶⁹⁶ *G et E c. Norvège*, préc., note 146.

⁶⁹⁷ *Connors c. Royaume Uni*, préc., note 139.

⁶⁹⁸ *Charte sociale européenne*, préc., note 46, article 31 – Droit au logement : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au logement, les Parties s'engagent à prendre des mesures destinées :

1. à favoriser l'accès au logement d'un niveau suffisant;
2. à prévenir et à réduire l'état de sans-abri en vue de son élimination progressive;
3. à rendre le coût du logement accessible aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes ».

« Le Comité se réfère à l'interprétation qu'il a précédemment donnée sur la portée de l'article 31. Il rappelle que certes les États n'ont pas d'obligation de résultat, mais que leur obligation consiste à prendre des mesures effectives pour que des résultats soient qualitativement et quantitativement atteints »⁶⁹⁹.

Le second renvoi à l'absence de correspondance entre les positions de deux grandes organisations européennes, à savoir le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Il s'agit d'un décalage entre la position jurisprudentielle de la Cour et la position politique du Parlement européen. Alors que la première ne reconnaît que certains cas d'atteinte en matière de discrimination à l'égard des Roms et semble réticente à l'idée de consacrer à la fois un droit au mode de vie rom ou sami et un droit collectif de propriété des peuples autochtones⁷⁰⁰, le Parlement européen, instance politique et législative de l'Union européenne, innove en positionnant la question rom sur le devant de la scène⁷⁰¹ et en reconnaissant un *droit de propriété collective et autonome des peuples indigènes*⁷⁰². Ce décalage s'explique, premièrement, par le fait qu'il s'agisse de deux organisations régionales différentes, dont certains membres coïncident mais d'autres pas, et, deuxièmement, par une différence en termes de pouvoir, la première détenant un pouvoir judiciaire régional alors que le second possède un pouvoir législatif plus représentatif de la volonté des États membres de l'Union européenne. Toutefois, cet écart reste surprenant, dans la mesure où la nouvelle position du Parlement européen indique un changement de la volonté des États qui pourrait avoir certaines répercussions sur les décisions de la Cour.

⁶⁹⁹ *Centre européen des droits des Roms c. France*, préc., note 593, § 30.

⁷⁰⁰ *G et E c. Norvège*, préc., note 146 ; *Hingitaq 53 et autres c. Danemark*, requête n°18584/04, décision, (12 janvier 2006) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=DANEMAR%20%7C%2018584/04&sessionid=39250353&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

⁷⁰¹ COMMISSION EUROPÉENNE, Sommet européen sur le peuple Rom, Bruxelles, 16 septembre 2008, en ligne : <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=88&langId=en&eventsId=105&furtherEvents=yes>, (consulté le 18 mars 2010).

⁷⁰² PARLEMENT EUROPÉEN, Amendement 62 sur le droit de propriété collective et autonome des peuples indigènes, du 27 novembre 2009. Celui-ci impose aux États membres l'obligation d'organiser des consultations démocratiques vis-à-vis des peuples autochtones lors de la mise en place, sur leurs territoires, de projets d'exploitation.

En conséquence, les visées idéalistes ou les appréciations théoriques des questions autochtones ou roms atténuent, *in fine*, l'impact du droit sur la réalité sociale et politique des requérants. La protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones ayant une utilité sociale limitée, elle n'exerce qu'un effet symbolique sur le processus de reconnaissance et ne permet pas concrètement d'étendre l'exercice, par les communautés minoritaires et autochtones concernées, de leur libre choix identitaire ou politique. Par son essence, mais aussi en raison de son caractère plus théorique que pratique, cette protection se distingue donc du droit à l'autodétermination.

Quant à son impact en termes de coexistence, la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones alimente la réflexion générale portant sur la réglementation d'une coexistence juste et équitable pour toutes les composantes de la société. En outre, elle circonscrit l'exercice de cette coexistence en définissant le comportement à adopter pour chacun des acteurs en présence, à savoir les peuples autochtones, les minorités et la majorité. Une définition de la coexistence « normale », variable en fonction du système juridique de référence, en émane. Selon la Cour interaméricaine, la redéfinition de la coexistence entre peuples autochtones et majorités nationales passe par la reconnaissance juridique et politique des conceptions et intérêts autochtones. Le rétablissement d'une coexistence « normale » peut alors se produire en donnant primauté aux intérêts autochtones sur ceux de la majorité⁷⁰³. Pour la Cour européenne, la coexistence « normale » doit prendre en compte les intérêts des minorités et des peuples autochtones, sans toutefois remettre en cause la volonté du plus grand nombre. Les effets de la norme juridique nouvelle sur la coexistence sont alors plus théoriques que pratiques, dans la mesure où les outils développés par les États pour garantir la concrétisation de la norme sur la réalité sociale sont inexistantes, insuffisants ou n'ont pas encore été pleinement exploités.

Partant, le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, malgré sa consécration juridique, reste une norme sous-exploitée, puisque son impact

⁷⁰³ *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153 ; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, préc., note 196 ; *Saramaka People v. Suriname*, préc., note 152.

sur les pratiques effectives de ces communautés, sur la redéfinition de la coexistence et sur la réalité sociale des requérants demeure faible.

CHAPITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE LA NORME NOUVELLE SUR LA QUALITÉ DE VIE DES REQUÉRANTS

Selon Anaya, la promotion du bien-être social et du développement autochtone est une obligation pour l'État. Cet auteur soutient que

« Although there is a controversy about the outer bounds of state obligation to promote indigenous social welfare and development, a core consensus exists that states are in some measures obligated to that end. In reports on domestic initiatives to the U.N. Working Group on Indigenous Populations and other international bodies, states frequently have indicated their assent to duties to take steps and commit resources to advance the social welfare and development of indigenous individuals and communities. States obligations to promote indigenous development are related to a strong policy of international cooperation in this regard, as evidenced by initiatives specifically for the benefit of indigenous peoples within the World Bank, the Inter-American Development Bank, and the U.N. Development Programme (UNDP), and by the creation of the Indigenous Peoples' Fund in the Americas »⁷⁰⁴.

La qualité de vie est un élément du bien-être des individus et des groupes. Plusieurs indicateurs permettent de l'évaluer, à savoir la situation socioéconomique, le milieu physique, mais aussi l'expression des identités et des cultures propres. Elle comporte, enfin, une dimension sécuritaire, dans la mesure où l'ensemble de ces indicateurs doivent être garantis pour que l'individu ou le groupe soit disposé au bien-être. En d'autres mots, les communautés concernées doivent avoir l'assurance de pouvoir exprimer durablement et effectivement leurs identités et plus particulièrement leurs modes de vie. Par conséquent, la qualité de vie comporte deux dimensions, l'une matérielle et l'autre culturelle ou identitaire. La dimension matérielle porte sur l'environnement physique, social et économique d'une personne ou d'un groupe, alors que la dimension culturelle porte davantage sur la latitude à exprimer sa propre identité. On peut donc penser que le bien-être des Autochtones et des minorités est renforcé lorsque ces deux dimensions sont améliorées.

Comment le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones peut-il renforcer la qualité de vie de ses titulaires ? Avant de répondre à cette question, nous devons d'abord rappeler notre postulat de départ, selon lequel les

⁷⁰⁴ J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 150.

normes juridiques ont une utilité sociale. L'une des questions qui devrait présider à la création de normes juridiques nouvelles devrait alors être celle de savoir si elles sont ou non utiles socialement et si oui, dans quelle mesure. Le fondement utilitaire de ce postulat se justifie par une position normative, selon laquelle le droit est un instrument de régulation sociale des comportements humains et doit être créé dans l'intérêt de ses bénéficiaires. L'utilité sociale du droit au respect des modes de vie minoritaire ou autochtones repose sur l'amélioration de la qualité de vie de ses titulaires. En d'autres mots, si le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones consolide la dimension matérielle et identitaire de la qualité de vie, ce droit renforce aussi le bien-être de ses titulaires. Il devient alors une norme utile socialement, en raison de ses conséquences sur la réalité sociale qu'il cherche à régler. Rappelons enfin que les effets de la norme sur la qualité de vie des requérants influenceront sur la définition de la coexistence qui sera privilégiée. Plus la norme aura des conséquences faibles sur la qualité de vie des requérants, moins elle participera à une redéfinition équitable de la coexistence, puisqu'elle sera alors de l'ordre de la normativité symbolique.

La question à laquelle nous répondrons dans les lignes suivantes est de savoir si le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dispose d'un tel potentiel progressiste. Pour ce faire, nous envisagerons d'abord les conséquences de cette norme sur la dimension matérielle de la qualité de vie (Section 1), puis sur sa dimension culturelle (Section 2).

Section 1 : Les conséquences de la norme nouvelle sur la dimension matérielle de la qualité de vie

Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones entraîne des effets variables sur la dimension matérielle de la qualité de vie de ses titulaires, c'est-à-dire sur leur situation économique ainsi que sur leur environnement physique et social, comprenant l'accès à l'eau et à l'électricité, l'accès à des installations sanitaires et à l'évacuation des déchets. Ces effets diffèrent en fonction de trois

paramètres, que sont la nébulosité de la norme, la force des décisions rendues et leur réception par les États.

Quant à la nébulosité de la norme, celle-ci provient du fait que le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones relève davantage de ce que Dworkin a qualifié de principe général que d'une règle comme telle⁷⁰⁵. À la différence de la règle, le principe est une norme imprécise. Cette imprécision peut permettre de limiter l'essentialisation des modes de vie roms, tribaux et autochtones et de favoriser une mise en œuvre adaptée à la situation concrète du requérant. Toutefois, l'effet de la norme sur la dimension matérielle de la qualité de vie doit alors être qualifié de faible, puisque la nébulosité de la norme diversifie les niveaux de mise en œuvre. *L'obligation positive de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie*, reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme, de même que *le droit au respect du mode de vie traditionnel*, accordé aux membres du peuple Sami par la Commission européenne des droits de l'homme ou encore *le droit à son mode de vie propre* du Comité des droits de l'homme, entrent dans cette catégorie. Concrètement, leur imprécision entraîne une absence de mise en œuvre. En revanche, la norme nouvelle, alors même que le mécanisme d'objectivation qu'elle emprunte est implicite, ne rencontre pas ce type de difficulté en contexte interaméricain. Son caractère imprécis existe aussi, mais il est neutralisé par le dirigisme de la Cour et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, qui encadrent strictement la mise en œuvre de leurs décisions.

Les effets de la norme nouvelle sur la qualité de vie des requérants roms, tribaux ou autochtones varient également en fonction de la force normative des décisions rendues. Ceci est lié au dirigisme des juges. Lorsque ceux-ci définissent des objectifs clairs et précis afin d'éclairer la teneur de la norme, cette dernière comporte un potentiel plus grand pour agir sur la réalité sociale des requérants. Lorsqu'il s'agit d'une obligation de moyens, dont la mise en œuvre n'est pas explicitée, comme cela est le cas en contexte européen, son potentiel diminue, puisqu'elle ne conduit pas dans l'immédiat à une redéfinition de la manière d'occuper le territoire, ni à une réflexion sur la coexistence. Elle n'entraîne alors aucune obligation concrète, pas

⁷⁰⁵ Voir *supra*, première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

même celle de créer des espaces de stationnement pour les Roms nomades. Indiquons toutefois que l'absence de dirigisme de la part de la Cour européenne ainsi que la timidité qui s'exprime à travers le fait de refuser la mise en œuvre à certains cas d'espèce des principes qu'elle déclare, s'expliquent par plusieurs raisons. D'une part, le faible nombre de requêtes est un élément considérable. L'un des participants aux entrevues soulève ce problème :

« About minorities, maybe we can say that there is an almost established jurisprudence, as far as the very existence of the positive obligation is concerned, coming back to Chapman. But, the number of cases is so small that it is very difficult to say that something has already been decided or elaborated in a way or that a point of no return was already crossed »⁷⁰⁶.

D'autre part, le fait que la plupart soient des « cas difficiles » - en effet, la légitimité des requérants à obtenir l'application de l'obligation positive n'est pas toujours totale, en raison de violations préexistantes commises par eux (comme le fait de stationner sur des espaces sans autorisation) – est une deuxième explication de la timidité de la Cour. Un autre participant aux entrevues souligne l'importance pour celle-ci d'être saisie de requêtes claires :

« Il faut absolument que de bonnes requêtes nous arrivent pour qu'on ait des bons arrêts. Ce n'est pas pour se débarrasser du problème, loin de là, mais c'est très important que l'on nous expose les éléments de discrimination, que le requérant ne nous dise pas seulement que la violation porte sur l'article 14, mais qu'il nous montre clairement que dans son affaire l'élément discriminatoire est premier. D'ailleurs, cela est apparent dans notre jurisprudence. Lorsqu'on associe l'article 14 avec une autre disposition, c'est qu'on nous a bien posé le problème »⁷⁰⁷.

Derrière ces deux explications se trouve en filigrane une autre raison, plus profonde, celle de la préservation par la Cour de sa propre légitimité. Nous y reviendrons⁷⁰⁸. Il en résulte que plus le contenu du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones est imprécis, moins il participe à l'amélioration de la qualité de vie des requérants.

⁷⁰⁶ Entrevue 1, p. 5.

⁷⁰⁷ Entrevue 2, p. 3.

⁷⁰⁸ Voir *infra*, p. 330 et s.

Néanmoins, plusieurs éléments viennent limiter la portée de cette affirmation. Même lorsque le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones est reconnu à travers l'attribution d'un droit collectif de propriété à la communauté requérante, et a ainsi sécurisé l'environnement physique de celle-ci en lui garantissant un accès durable au territoire, sa situation socioéconomique n'est pas pour autant changée de manière instantanée. Ainsi, au sein même de la dimension matérielle, la norme agit différemment si l'on traite de l'impact sur l'environnement physique ou des effets sur la situation socioéconomique des requérants. Pour qu'elle améliore l'environnement physique de ses titulaires, il faut que l'État mette en œuvre la décision de la Cour et que les requérants utilisent ensuite leur accès durable à la terre et aux ressources pour modifier finalement leur propre situation socioéconomique.

Les effets de la norme nouvelle sur la qualité de vie des requérants roms, tribaux ou autochtones varient, enfin, selon la réception qui en est faite par l'État et en fonction de son potentiel à être mise en œuvre. Nous avons précédemment analysé les difficultés qui y sont liées⁷⁰⁹. Les mêmes restrictions s'appliquent ici. Lorsque la norme n'est pas mise en œuvre en raison de l'absence de volonté de l'État ou du trop grand idéalisme dont elle est porteuse, elle ne peut améliorer la qualité de vie des requérants. Cela se confirme quand bien même la juridiction dispose d'un pouvoir de contrôle sur l'application de ses décisions, comme c'est le cas devant la Cour interaméricaine. Ce pouvoir peut stimuler la volonté de l'État, à court ou à moyen terme, mais n'y parvient pas toujours⁷¹⁰.

Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dispose donc d'une capacité relative à améliorer la dimension matérielle de la qualité de vie de ses titulaires. Lorsque le caractère nébuleux de cette protection est compensé par la précision, par les juridictions, des objectifs qu'elle recherche, les conséquences positives sur la qualité de vie sont plus grandes. Encore faut-il que l'État puisse ou veuille appliquer la norme. En l'absence d'obligations définies et de processus de

⁷⁰⁹ Voir *supra*, Partie III, Titre 1, Chapitre 1, Section 3.

⁷¹⁰ Voir notamment, *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 680.

contrôle du respect de la décision par la Cour, son effet sur cette dimension de la qualité de vie est nul.

Enfin, il faut distinguer entre les effets de la norme sur l'environnement physique, c'est-à-dire concernant l'accès à un espace, et sur la situation socioéconomique des requérants. Quant à l'environnement physique, les conséquences de la norme peuvent être directs alors que pour la situation socioéconomique, ceux-ci sont nécessairement indirects et souvent peu perceptibles.

Section 2 : Les conséquences de la norme nouvelle sur la dimension culturelle de la qualité de vie

Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones pourrait exercer un effet bénéfique sur la dimension culturelle de la qualité de vie de ses titulaires, qui est plus symbolique que matérielle. En effet, cette norme nouvelle touche directement à un élément de la culture des requérants, leurs modes de vie.

Elle envoie un signal fort aux communautés concernées ainsi qu'à leurs membres en faveur de la reconnaissance de leur droit à l'identité. Elle est une marque de reconnaissance par le droit international de la légitimité identitaire des cultures des communautés roms, autochtones ou tribales. Néanmoins, cet effet est-il propre à favoriser la qualité de vie des titulaires de la norme ? Plus précisément, le signal judiciaire envoyé est-il suffisamment fort ?

Pour répondre à ces questions, nous devons, dans un premier temps, souligner l'effet symbolique que la reconnaissance d'une protection juridique des modes de vie minoritaires ou autochtones, même théorique, peut avoir. En effet, la norme juridique consacrée, qu'elle soit efficace ou non, est signe d'une prise en compte par le droit du pluralisme socioculturel des sociétés contemporaines. Elle conforte également l'assise juridique du droit à l'identité. Cela représente un apport supplémentaire pour la sécurité de ces groupes, même si celui-ci n'a pas d'effet concret sur l'aménagement du vivre ensemble et sur l'articulation des diverses expressions identitaires. La consécration de la norme dispose donc d'un effet, celui de « conforter » les requérants dans leur identité.

Il faut néanmoins s'interroger sur ce renforcement normatif. À première vue, il s'agit d'un effet plus concret sur la dimension culturelle de la qualité de vie. Or, en raison des lacunes constatées en matière de mise en œuvre de la norme, il semblerait qu'à court terme, celle-ci n'ait pas d'effet favorable sur l'expression des identités roms, autochtones ou tribales, en raison de la lenteur de la mise en œuvre ou de l'absence de direction suffisamment précise délivrée par la juridiction consacrant la norme⁷¹¹. À moyen terme, celle-ci pourrait avoir un effet si les États décidaient de l'adoption, puis de l'application de mesures nouvelles en matière d'occupation du territoire, et qu'ils privilégiaient une réflexion sociétale sincère à propos de la coexistence, c'est-à-dire entre acteurs disposés à l'écoute du point de vue de chacun et propre à rendre compte des intérêts de chacun.

Ainsi, les conséquences contemporaines de la norme nouvelle sur la qualité de vie des requérants, tant dans sa dimension matérielle que culturelle, sont limitées et sont de l'ordre du symbolique. Cela s'explique par le fait que la mise en œuvre d'une protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones prend du temps et implique un repositionnement de la part des États et de la majorité. Cela se justifie également par le manque de volonté des États, qui est lui-même dû à la faiblesse actuelle de l'intérêt porté aux questions minoritaires ou autochtones en leur sein. Néanmoins, malgré la lenteur de la mise en œuvre, il semblerait que le constat d'absence de volonté doive être nuancé en contexte interaméricain, puisque la jurisprudence de la Cour se concrétise par une réflexion et une tentative sérieuse de réaménagement de la coexistence, par exemple dans le cas du Nicaragua. L'effectivité de cette norme impliquant la déconstruction de modèles préétablis, il se pourrait donc que les effets sur la qualité de vie se concrétisent davantage à moyen et à long terme.

Afin de conclure ce premier Titre, rappelons qu'une protection des modes de vie minoritaires et autochtones qui soit utile et efficace sous l'angle de la coexistence, impliquerait à la fois la redéfinition de l'occupation du sol, mais aussi une sécurité

⁷¹¹ Voir *supra* sur les limites en termes de mise en œuvre, Partie III, Titre 1, Chapitre 1, Section 3.

identitaire propre à renforcer la qualité de vie de ses bénéficiaires. En raison des formes de consécration et de la nature du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones en vigueur, celui-ci ne permet que rarement une promotion plus équitable de la coexistence ou une redéfinition de celle-ci, qui soit propre à considérer sur un pied d'égalité les intérêts des diverses composantes de la société et qui soit capable de les articuler de manière équitable pour tous.

À ce jour, seul le cas du Nicaragua a suscité une réflexion et un commencement de mise en œuvre, suite à l'affaire *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*. Cette décision, en cours d'application, a fourni l'occasion d'une réflexion et d'une consultation entre les divers acteurs concernés par la délimitation du territoire Awas Tingni, à savoir l'État, la communauté autochtone Awas Tingni, les communautés autochtones qui ont des revendications concurrentes sur le même territoire et les tiers. À terme, cette décision devrait donner naissance à une occupation du territoire national plus respectueuse des différents intérêts en présence, mais aussi à l'attribution d'un titre de propriété collectif à la communauté Awas Tingni sur le territoire qui aura été défini comme étant le sien. Par les processus de démarcation et d'attribution de titres, la communauté pourra poursuivre et transmettre le mode de vie qui lui convient. Elle pourra également bénéficier d'une meilleure qualité de vie par la reconnaissance durable d'un espace territorial et la possibilité de l'exploiter à sa manière. Par ailleurs, par la décision *Awas Tingni*, qui encourage la collaboration entre l'État et les peuples autochtones, la communauté se voit officiellement reconnaître la qualité d'agent actif de la protection de son mode de vie. Les décisions de la Cour interaméricaine amorcent un changement. La position de l'État n'en est plus une d'autorité, mais de collaboration et celui-ci n'est plus perçu comme étant l'agent essentiel de la protection des modes de vie autochtones. Cet exemple est donc d'un grand intérêt, malgré l'idéalisme de la décision.

La décision *Awas Tingni*, mais aussi celles qui concernent d'autres communautés autochtones ou tribales au sein du système interaméricain et celles qui ont été rendues par la Cour européenne dans le cas des Roms, soulèvent une dernière question qui a trait à la nature de la protection des modes de vie minoritaires et autochtones. Il s'agit de savoir à quelle catégorie de droit appartient cette norme. Est-

ce un droit culturel ? Procède-t-il du droit à l'identité ? Est-ce une mesure spécifique ? En répondant à ces questions, nous clarifierons également quel est le type de reconnaissance identitaire qui est actuellement promu par les systèmes supranationaux.

TITRE 2 : LES APPORTS DE LA NORME NOUVELLE AU PROCESSUS DE RECONNAISSANCE IDENTITAIRE

Que signifie la protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones pour le processus de reconnaissance identitaire de ces peuples et pour le développement de leurs droits ? Telle est la question que nous souhaitons maintenant élucider. La norme nouvelle procède d'un raisonnement juridique et d'une certaine compréhension de ce qu'est la reconnaissance identitaire. Elle révèle également une conception particulière de l'identité et du droit qui protège cette manifestation. En exploitant une fois encore le discours des juges, à travers leurs décisions, l'analyse qui suit vise à révéler quelle est la définition sous-jacente du processus de reconnaissance qui est privilégiée par les juges et quelle est la définition de l'identité qu'ils favorisent.

Charles Taylor définit l'identité comme étant ce que nous sommes⁷¹². Cette manifestation « désigne quelque chose qui ressemble à la perception que les gens ont d'eux-mêmes et des caractéristiques fondamentales qui les définissent comme êtres humains »⁷¹³. Selon lui, la reconnaissance consiste à affirmer « la valeur égale des différentes cultures, c'est-à-dire non seulement de les laisser survivre, mais encore de reconnaître leur mérite »⁷¹⁴. Pour ce faire, il distingue *la politique d'égalité*, ou encore, « l'établissement d'un ensemble identique de droits et de privilèges », et *la politique de la différence*, qui consiste à reconnaître l'identité unique d'un individu ou d'un groupe ou ce qui le distingue de tous les autres⁷¹⁵.

Une protection de l'identité fondée sur le mode de vie implique, au premier abord, la promotion d'un élément profondément culturel. Mais comme nous l'avons déjà expliqué, le mode de vie est une manifestations complexe⁷¹⁶. Or la prise en compte de cette complexité varie d'un système juridique à un autre, même si dans tous les cas, il s'agit de préserver l'identité d'un individu ou d'un groupe, en d'autres mots, une

⁷¹² C. TAYLOR, *Multiculturalism and « the Politics of Recognition »*, préc., note 23.

⁷¹³ *Id.*, p. 41.

⁷¹⁴ *Id.*, p. 87.

⁷¹⁵ *Id.*, p. 57.

⁷¹⁶ Voir *supra*, Partie II, Titre 1.

manifestation juridique de la politique de la différence. En conséquence, la première partie de cette analyse portera sur la nature de la reconnaissance et de l'identité mise en lumière par l'émergence de la norme nouvelle (Chapitre 1) et la deuxième partie traitera de l'étendue de la reconnaissance et des sources de sa restriction (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : NATURE DE LA RECONNAISSANCE ET DE L'IDENTITÉ MISE EN LUMIÈRE PAR L'ÉMERGENCE D'UN DROIT AU RESPECT DES MODES DE VIE MINORITAIRES ET AUTOCHTONES

La consécration de la norme juridique qui vise à protéger les modes de vie minoritaires ou autochtones est justifiée par le fondement de la différence culturelle, au sein des trois juridictions analysées. Cette norme nouvelle révèle implicitement une certaine définition de la reconnaissance identitaire, qui peut être fondée sur la différence culturelle. Examinons les caractéristiques de la reconnaissance et de l'identité mises en exergue par les décisions rendues (Section 1), puis discutons de leurs limites potentielles (Section 2).

Section 1 : Les caractéristiques de la reconnaissance et de l'identité

La différence culturelle joue un rôle important dans l'émergence du droit des minorités ou des peuples autochtones à leurs modes de vie, mais son importance varie en fonction du système juridique de référence. Cette différence justifie le processus d'émergence et contribue également à la reconnaissance. En effet, l'image de la reconnaissance et la conception particulière de l'identité sont définies par la différence. Cette conception peut être décrite à travers quatre caractéristiques.

La première pose l'identité comme étant une manifestation qui peut s'objectiver. Elle se résume alors à certaines manifestations tangibles, telles que le nomadisme ou la vie en caravane. Cette conception de l'identité est plus facilement intégrée en droit, puisqu'elle se réfère à des catégories précises qui impliquent une segmentation de l'identité, mais elle ne permet qu'une reconnaissance restreinte de l'identité, qui tend vers sa dangereuse folklorisation. « Ce que nous sommes » devient alors uniquement ce qui est spécifique ou original. Xanthaki souligne bien l'enjeu qui se présente ici :

« To preserve a culture could mean to choose a specific version of the culture at a temporal point and insist that this version must persist, irrespective of any

changes in the surrounding environment or the circumstances. According to Waldron, preservation may succeed in preserving the culture, 'but not what many would regard as its most fascinating feature: its ability to generate a history'. The need to eradicate all parochial perceptions of their cultures is a great concern for indigenous peoples; they often express their discontent with the use of the word 'folklore' as an expression of their cultures; they consider the term 'inappropriate to denote indigenous cultures as it diminishes the importance of indigenous cultures as a living heritage' »⁷¹⁷.

La Cour européenne retient cette conception objectivée de l'identité, qui est initialement proposée par les requérants roms eux-mêmes. L'identité n'est alors pas définie en fonction des enjeux qu'évoque Taylor en termes de souffrance et de dommages attribuables à la non-reconnaissance. Il en résulte une reconnaissance qui consiste seulement à laisser survivre ces cultures, sans en consacrer la légitimité.

La deuxième façon de saisir l'identité est de la concevoir au contraire en tant que manifestation holiste ou englobante. Dans ce cas, l'identité n'est pas définie à travers des manifestations tangibles et cloisonnées, mais est plutôt conçue comme une réalité diffuse qui touche à différentes manifestations, toutes interreliées. La reconnaissance, lorsqu'elle va de pair avec une telle conception, fait preuve d'un recul plus important dans sa définition de ce qu'est l'identité et est d'emblée plus complète. Elle reconnaît alors la légitimité d'une culture. Les juges de la Cour interaméricaine appuient cette conception de l'identité. Tout comme ceux de la Cour européenne, ils utilisent le fondement de la diversité ou de la différence culturelle, mais adhèrent aussi à une définition plus vaste de ce qu'est la culture, celle-ci englobant, par exemple, en contexte autochtone, le territoire et la vie⁷¹⁸.

Le troisième angle d'appréhension de l'identité, qui ressort du processus d'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones, pose le sentiment d'appartenance comme uniforme, invariable et immuable. Le processus de reconnaissance juridique ignore alors la multiplicité des appartenances. Les décisions rendues révèlent une tendance des juridictions à tenir pour acquis le bien-fondé de la qualification proposée par les requérants, qui se présentent à la Cour en

⁷¹⁷ A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 27.

⁷¹⁸ *Moiwana Village v. Suriname*, préc., note 209 ; *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153.

tant que Roms ou Autochtones. Ceux-ci insistant sur une seule des facettes de leur identité, les juridictions n'intègrent ni la possibilité d'une multiplicité des appartenances ni les interactions entre cultures. Au contraire, elles endossent des oppositions exclusives, entre Rom *versus* membre de la majorité ou Autochtone *versus* non-Autochtone. « Ce que nous sommes » est restreint à une partie de soi et le processus de reconnaissance juridique des identités entraîne alors une catégorisation générale décalée, qui n'est pas approprié à la situation de tous.

Enfin, la quatrième caractéristique attribuée à l'identité un caractère distinct. L'émergence du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones est justifiée en raison de ce caractère, afin de promouvoir les différences. La norme n'est donc pas générale et bénéficiant à tous ; elle s'applique à certaines catégories de la population seulement. *A priori*, la reconnaissance n'est pas alors fondée sur l'égalité dans la différence, mais sur la seule différence. Un bémol doit néanmoins être appliqué à cette affirmation en contexte européen. En effet, la Cour de Strasbourg justifie l'émergence du droit au respect des modes de vie propres par la différence des modes de vie minoritaires ou autochtones avec celui de la majorité. Cependant, elle ne prodigue pas une reconnaissance différenciée des cultures distinctes, dans la mesure où l'esprit des décisions de la Cour est davantage en faveur de l'égalité⁷¹⁹. Ainsi, bien que la norme protégeant les modes de vie ait des titulaires spécifiques, étant consacrée uniquement à l'égard de requérants appartenant à des minorités ou à des peuples autochtones, elle ne semble pas permettre une reconnaissance différenciée, puisqu'elle n'impose aucune mesure spécifique ni traitement différent⁷²⁰. Pour autant, elle n'est pas non plus une norme générale. Quant au Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe, qui a pour mission de juger la conformité du droit et de la pratique des États parties à la *Charte sociale européenne*⁷²¹, il reconnaît les deux types de discrimination, directe et indirecte, de

⁷¹⁹ Cela ne signifie pas que la Cour européenne rejette toute reconnaissance différenciée. En effet, cela est le cas en matière de droit à une culture distincte, mais il en va autrement lorsqu'il s'agit de prohibition des discriminations raciales ou de droit à la vie. *Nachova et autres c. Bulgarie*, préc., note 444, § 160 et *Šečić c. Croatie*, préc., note 444.

⁷²⁰ *Chapman c. Royaume Uni*, préc., note 42 § 95.

⁷²¹ La *Charte sociale européenne* est un traité qui garantit les droits économiques et sociaux au sein du Conseil de l'Europe, complétant ainsi la *Convention européenne des droits de l'homme* en la matière.

même que les deux interprétations complémentaires du principe d'égalité en résultant. Dans une Conclusion rendue le 19 octobre 2009, il rappelle d'ailleurs leur définition et l'applique au cas des Roms français :

« L'article E [de la Charte sociale européenne] interdit deux catégories de discrimination. La première est le fait de traiter différemment des personnes ou groupes se trouvant dans une situation identique. La deuxième est le fait de traiter de la même manière des personnes ou groupes se trouvant dans une situation différente »⁷²².

Il propose une politique de la différence et promeut ainsi une reconnaissance différenciée.

L'intérêt de la reconnaissance identitaire fondée sur la différence est de permettre une émergence justifiée de droits adaptés à des besoins propres. Pour de nombreux auteurs, ce fondement est légitime⁷²³. Afin de motiver leur approche, ils invoquent des thèses, telle que celle de Charles Taylor, qui mettent en exergue la reconnaissance identitaire comme solution pour assurer le bien-être des individus⁷²⁴. Pour James Anaya, par exemple, la reconnaissance juridique qui passe par la consécration d'obligations positives et de mesures spécifiques permet la réparation :

*« As the international community has come to consider indigenous cultures equal in value to all others, the cultural integrity norm has developed to entitle indigenous groups to affirmative measures to remedy the past undermining of their cultural survival and to guard against continuing threats in this regards, as manifested by the resolution of the U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination »*⁷²⁵.

Elle fut initialement adoptée à Strasbourg par les États membres en 1961, puis amendée. Au 16 octobre 2009, seul trois États du Conseil de l'Europe ne l'ont pas signée – Croatie, Liechtenstein et Suisse – et elle a été ratifiée par 30 États, voir le site de la *Charte sociale européenne*, préc., note 46.

⁷²² *Centre européen des droits des Roms c. France*, préc., note 593, § 81.

⁷²³ Par exemple, concernant le droit à l'autodétermination, Anaya mentionne que « [...] *for a culturally differentiated group, ongoing self-determination requires a democratic political order in which the group is able to continue its distinct character and "to have this character reflected in the institutions of government under which it lives* », J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 106. Selon Xanthaki, « *Cultural membership can be an inherent part of any individual ; therefore it must be protected* », A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 38. Voir aussi W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, préc., note 21.

⁷²⁴ C. TAYLOR, *Multiculturalism and « the Politics of Recognition »*, préc., note 23 et W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, préc., note 21.

⁷²⁵ J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, préc., note 28, p. 139.

Pour cet auteur, la reconnaissance passe ainsi par une application différenciée de la norme en fonction de la communauté autochtone. Il indique d'ailleurs que,

« Government representatives have been quick to point out the diversity among indigenous groups in the context of efforts to articulate prescriptions protective of indigenous rights. That diversity, however, does not undermine the strength of the cultural integrity norm as much as it leads to an understanding that the norm requires diverse applications in diverse settings »⁷²⁶.

En prenant comme postulat la diversité des identités autochtones, le traitement différent ne conduit pas alors à l'essentialisation des identités autochtones à une seule réalité. Au contraire, la diversité des situations au sein des communautés justifie une adaptation de la norme juridique. Partant du postulat de l'imperméabilité des identités, le danger sous-jacent à cette approche est, en revanche, d'assimiler la diversité des identités autochtones et leur absence totale de similarité avec les identités nationales majoritaires. Le fait de concevoir l'identité comme étant multiple et diverse n'écarte donc pas tout risque d'essentialisation.

Ainsi, la reconnaissance, qu'elle se fonde sur une approche privilégiant l'égalité de dignité ou sur celle favorisant la politique de la différence connaît certaines limites.

Section 2 : Les limites à la reconnaissance fondée sur la différence culturelle sont-elles pertinentes ?

En 1999, Kymlicka posait deux questions essentielles :

« Does the norm of 'cultural integrity' provide indigenous peoples with a right to ignore or set aside human-rights principles that conflict with their traditions? Or does the norm of cultural integrity only apply to cultural practices that are consistent with human-rights norms? »⁷²⁷.

Dans son ouvrage consacré à la *citoyenneté multiculturelle*, il propose d'ailleurs deux limites à la reconnaissance de droits spécifiques à des groupes. Il s'agit, d'une part, de

⁷²⁶ *Id.*, p. 141.

⁷²⁷ W. KYMLICKA, « Theorizing Indigenous Rights », préc., note 223, p. 292.

l'absence de tolérance à l'égard des mesures de contraintes internes – incluant la nécessité de reconnaître les droits civils et politiques ainsi que le droit de l'individu à définir lui-même les aspects de sa culture propre. D'autre part, les mesures spécifiques de protection externe ne lui paraissent acceptables que si elles favorisent l'égalité entre les différents groupes de la société⁷²⁸. Cela permet de palier les dangers que fait encourir l'intégrité culturelle en tant que fondement juridique.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le fondement de la norme sur le caractère culturellement distinct de l'identité suscite ainsi le débat. Rappelons que certains auteurs soulèvent les dangers de rupture de l'égalité, mais également, ceux de la ségrégation et de la discrimination⁷²⁹, ce processus contribuant alors à la marginalisation des individus membres de communautés autochtones ou roms. En outre, d'autres mettent en exergue les dangers liés à la reconnaissance d'une identité uniforme et immuable ainsi qu'à l'objectivation de certains de ses éléments, à savoir leur essentialisation, leur homogénéisation, leur folklorisation ou la ghettoïisation⁷³⁰. Enfin, le dernier danger lié à une reconnaissance fondée sur la différence culturelle porte sur la non-représentativité des revendications. Il paraît alors important de s'interroger sur la provenance de chaque revendication, la question étant de savoir si elle résulte d'une institution légitime et représentative⁷³¹. L'ensemble de ces dangers traite de l'inadéquation entre la protection établie et la réalité contemporaine.

Une manière de répondre à ce débat pourrait être de se demander si l'abandon des qualificatifs « mode de vie rom » ou « mode de vie autochtone » ne favoriserait pas une approche plus éthique. Par exemple, on pourrait remplacer le qualificatif « mode de vie rom », jugé trop restrictif et dangereux, par la reconnaissance d'un droit au mode de vie mobile à tous ceux qui choisissent de vivre de cette façon. Cela permettrait d'éviter l'émergence d'un droit bénéficiant à des titulaires définis en

⁷²⁸ W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, préc., note 21, p. 152-172.

⁷²⁹ T. ACTON et N. GOERGHE, « Citizens of the world and nowhere: Minority, ethnic and human rights for Roma during the last hurrah of the nation-state », préc., note 607.

⁷³⁰ A. EISENBERG, « The public assessment of indigenous identity », préc., note 101, p. 197-215 ; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 13-39 ; G. OTIS et A. EMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », préc., note 312, p. 558-560.

⁷³¹ Notamment, A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, préc., note 206, p. 16.

fonction de leur appartenance identitaire, tout en les reconnaissant comme des bénéficiaires de la norme. L'exercice d'une pratique particulière serait alors la source du droit en lieu et place de l'appartenance ethnique. Il ne s'agirait plus alors d'un droit spécifique à des groupes ethniques.

Cette solution est pertinente pour certains auteurs. Par exemple, Thomas Acton et Nicolae Gheorghe s'opposent à une approche spécifique de la reconnaissance de droits au peuple Rom et à ses membres qui soit fondée sur le droit des minorités. Une politique ethnique propre aux Roms ne devrait pas mettre en exergue les différences, mais plutôt être enchâssée au sein du droit des droits de l'homme⁷³². À leurs yeux, le problème ne provient pas de l'existence d'un droit à son propre mode de vie, mais du fait que ce droit soit réservé à des bénéficiaires issus uniquement de peuples autochtones ou de minorités, plus précisément, que ce droit au mode de vie soit qualifié de « traditionnel », de « rom » ou d' « autochtone »⁷³³.

Ils indiquent sur ce point que,

« The problem is that any argument based upon ethnic particularism may be turned back to limit and control the ethnic group in question. [...] We should not be surprised that official Gypsy caravans sites in Western Europe have multiplied the dependence on state benefits of their resident. A kind of social inadequacy is built into the official perception of Gypsy particularism, so that Romani individuals who might be businessmen, students or professionals are seen as 'not really Gypsies'. A policy in the West of tolerating nomadism is seen as an exception just for Gypsies and in practice means segregated caravan sites. To criticise this is not to deny the rights of individuals to live near others of their own ethnicity, or to choose their own neighbours. One does not need to have a policy of rigidly ethnically segregated housing to achieve such freedoms, however, and such a policy is not, in fact, one of respect for anyone's cultural identity or autonomy. It would, for example, put wholly unjustifiable obstacles in the way of inter-group marriage. In short, defending caravan-dwelling, or nomadism, as an ethnic Romani privilege, is a political blind alley. The right to lead an economically viable nomadic lifestyle, conducted without invading the rights of others, is either a human right, or no right at all »⁷³⁴.

⁷³² T. ACTON et N. GHEORGHE, « Citizens of the world and nowhere : Minority, ethnic and human rights for Roma during the last hurrah of the nation-state », préc., note 607, p. 68.

⁷³³ Pour un argumentaire similaire, voir Marton RÖVID, « "One-Size-Fits-All-Roma" ? On the Normative Dilemmas of the Emerging European Roma Policy », *H.I.I.A. Papers, Series of the Hungarian Institute of International Affairs*, 2009.

⁷³⁴ T. ACTON et N. GHEORGHE, « Citizens of the world and nowhere : Minority, ethnic and human rights for Roma during the last hurrah of the nation-state », préc., note 607, p. 67 et 68.

Ils soulèvent ainsi clairement un risque actuel et réel d'essentialisation de l'identité rom. Néanmoins, la solution qu'ils proposent – la suppression d'un traitement différent et le retour à une conception formelle de l'égalité – ne semble pas appropriée.

Trois limites s'appliquent à leur argumentaire. On peut, premièrement, soulever le fait qu'accorder à tous les citoyens d'une société un droit à son propre mode de vie, afin de sauvegarder l'égalité entre tous, pourrait s'avérer couteux et ingérable pour l'État. Deuxièmement, le fait qu'il soit reconnu en tant que droit de l'homme ne permet ni la remise en cause de la situation profondément inégalitaire dans laquelle se trouvent souvent les membres issus de minorités, ni la mise en question de la domination à laquelle sont confrontés les membres de peuples autochtones et de minorités. Au contraire, l'approche fondée sur la reconnaissance de droits spécifiques propres à des groupes ou sur la *citoyenneté multiculturelle* privilégie plutôt l'égalité concrète et permet ainsi une certaine remise en question de la situation de domination⁷³⁵. D'ailleurs, les peuples autochtones ainsi que leurs membres revendiquent et ont des droits spécifiques qu'ils souhaitent conserver, tels que le droit aux ressources naturelles, le droit à l'autodétermination interne ou encore le droit à la terre, cela afin d'affirmer leur existence en tant que peuples, de même que leurs identités, et pour remettre en cause leur situation de marginalisation attribuable à la colonisation⁷³⁶. Troisièmement, l'approche qui se base sur la reconnaissance de droits à l'identité en tant que droits de l'homme entraîne la consécration de droits généraux et uniformes pour tous. Elle garantit par ce fait même le principe d'égalité stricte, sans pour autant permettre la mise en œuvre d'un droit efficace, qui prenne en compte les conceptions et les besoins spécifiquement autochtones ou roms.

⁷³⁵ Selon Kymlicka, « *As I have tried to show throughout this book, political life has an inescapably national dimension, whether it is in the drawing of boundaries and distributing of powers, or in decisions about the language of schooling, courts, and bureaucracies, or in the choice of public holidays. Moreover, these inescapable aspects of political life give a profound advantage to the members of majority nations. We need to be aware of this, and the way it can alienate and disadvantage others, and take steps to prevent any resulting injustices* », W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, préc., note 21, p. 194. Voir également p. 125 et 126.

⁷³⁶ B. KINGSBURY, « *Self-Determination and Indigenous Peoples* », préc., note 228, p. 387.

Sur ce point, l'approche adoptée par le Comité européen des droits sociaux est d'un grand intérêt⁷³⁷. Il ne crée pas d'obligations nouvelles, mais interprète les dispositions de la Charte, et en particulier son article 31 sur le droit au logement, de manière adéquate et adaptée aux besoins propres aux Roms. Il consacre ainsi une reconnaissance des modes de vie roms – qu'il conçoit d'ailleurs dans leur diversité⁷³⁸ – sur le fondement du droit au logement.

Il s'agit d'une approche similaire à celle de la Cour de San José lorsqu'elle interprète la Convention américaine et notamment son article 21. Ces deux juridictions se fondent sur les droits humains reconnus à tous, pour réglementer et accommoder la situation des requérants, ce qui s'avère être très différent de l'approche empruntée par la Cour européenne qui tente de reconnaître des obligations ou des droits nouveaux propres à réglementer la situation des Roms ou des Samis⁷³⁹. Ainsi, le Comité européen tout comme la Cour interaméricaine partent d'un fondement général et commun à tous les justiciables – les droits humains – puis adaptent leur interprétation des conventions en fonction des besoins propres, ce qui garantit l'efficacité des droits et dépasse l'interprétation formelle de l'égalité.

Par conséquent, les dangers soulevés par Thomas Acton et Nicolae Gheorghe doivent être relativisés, la reconnaissance juridique d'un traitement différent ne conduisant pas automatiquement vers une rupture de l'égalité. D'autres dangers doivent aussi faire l'objet de modérations.

Rappelons, tout d'abord, qu'en ce qui concerne la nature objectivée de la reconnaissance identitaire, celle-ci, sans se justifier, s'explique par la nature du droit, qui permet traditionnellement la réglementation sociale par la catégorisation et l'homogénéisation. La seconde atténuation porte sur les sources de la définition de

⁷³⁷ Le Comité européen des droits sociaux se compose de quinze membres élus pour six ans renouvelable, par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Il contrôle la mise en œuvre de la Charte sur la base de réclamations collectives, c'est-à-dire provenant d'ONG ayant un statut participatif au sein du Conseil de l'Europe, voir le site du Conseil de l'Europe, en ligne :

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/FAQ_fr.asp#5.____Quels_sont_les_m% E9canismes_de_contr%F4le_de_la_Charte_sociale (consulté le 23.09.08).

⁷³⁸ Il tient compte, en effet, tant de la situation des Roms nomades que de ceux qui sont sédentaires, mais aussi des nouveaux arrivant et donc des migrants. *Centre européen des droits des Roms c. France*, préc., note 593, § 60.

⁷³⁹ À ce propos, il est surprenant s'observer l'absence de réflexion commune entre les deux organes du Conseil de l'Europe, que sont la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux. L'isolation des deux organes est confirmée par les entrevues, voir entrevue 2, p. 4.

l'identité et du mode de vie. Une hypothèse est de soutenir que les juges ne comprennent pas les revendications émises par les requérants et les saisissent de manière décalée. Une autre consiste à souligner la responsabilité des requérants dans la compréhension décalée des définitions des identités ou des modes de vie minoritaires ou autochtones privilégiée par les juridictions. Comme nous l'indiquions précédemment⁷⁴⁰, les requérants participent au processus d'émergence des normes juridiques. Ajoutons qu'ils prennent également part à la formation du sens de la norme, via leurs revendications⁷⁴¹. Partant, il est important d'envisager le fait que les requérants autochtones ou roms puissent eux-mêmes promouvoir et impulser une vision stéréotypée, restreinte ou trop homogène de leurs identités. Les cours ont pour compétence de trancher entre les moyens qui leurs parviennent. Elles se fondent donc sur les documents produits par les parties, qui contribuent elles-mêmes à la formation des conceptions judiciaires. Si les requérants recherchent une reconnaissance fondée sur la distinction ou s'ils ont intérêt à promouvoir certains aspects de leurs identités plus que d'autres – par exemple, un Rom nomade aura tout intérêt à associer au mode de vie rom le nomadisme et la vie en caravane, puisqu'il s'agit de sa réalité –, et qu'ils participent ainsi à une homogénéisation et à une essentialisation du mode de vie⁷⁴², les juges peuvent-ils se permettre de requalifier cette réalité ? Les juridictions sont-elles légitimes à évaluer, à contrôler et éventuellement à censurer les perceptions des requérants ? Sont-elles en mesure de s'en détacher ? La réponse est négative. Par ailleurs, les requérants roms, autochtones ou tribaux souhaitent-ils être définis autrement ? Le fait de centrer l'analyse uniquement sur la compréhension qu'ont les juges des identités conduit à les tenir systématiquement responsables des visions stéréotypées qu'ils promeuvent. Cela ne permet que de manière limitée une résolution du problème de l'essentialisation. De plus, il s'agit là d'une forme de victimisation

⁷⁴⁰ Voir cette étude *supra*, première partie, Titre 1.

⁷⁴¹ Voir *supra*, Partie II, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

⁷⁴² Une décision canadienne rendue à l'égard de requérants Roms qui plaident le vol en tant que mode de vie est un exemple qui démontre clairement comment les membres de la communauté rom peuvent eux-mêmes revendiquer certains aspects de leur identité qui sont, par ailleurs, par d'autres agents qualifiés de stéréotype. Voir *Brzezinski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 09 juillet 1998, [1998] 4 C.F. 525, 1998 CanLII 9079, Cour Fédérale, en ligne : <http://www.ijcan.org/fr/ca/cfpi/doc/1998/1998canlii9079/1998canlii9079.html> (consulté le 24 mars 2010).

des requérants roms ou autochtones, dans la mesure où cela les déresponsabilise. La formulation de leurs requêtes est essentielle et nourrit les juges⁷⁴³. En outre, le fait de considérer les magistrats comme seuls responsables du caractère biaisé de leurs décisions entretient l'image du juge en tant que personnage omnipotent. Cela maintient une conception dépassée de l'émergence des normes juridiques en contexte judiciaire, qui voudrait qu'ils soient les seuls acteurs de ce processus.

Conséquemment, bien que la nature de l'identité promue par la norme juridique nouvelle soulève le débat en doctrine et que son aspect objectivé ou holistique varie en fonction des systèmes, son caractère distinct est mis en exergue devant chacune des juridictions. Il en résulte une reconnaissance identitaire fondée sur la différence. Alors que la Cour interaméricaine définit des mesures précises afin d'adapter le droit de la Convention à la situation des requérants, la Cour européenne s'avère être plus timide, la reconnaissance qui résulte de ses décisions n'étant pas effectivement différenciée. Quant à la définition de l'identité, bien qu'elle soit perçue comme trop restrictive par certains auteurs, elle demeure le produit des représentations, définitions, et formulations des requérants. Cela rappelle ainsi le rôle que ces acteurs jouent dans la définition de la norme et de son contenu.

Cette conception de l'identité a des répercussions sur la nature du droit consacré. Le droit au respect des modes de vie appartient à la catégorie des droits à l'identité, qui est propre à certaines catégories de la population – minorités, peuples autochtones. Plus précisément, cette catégorie appartient aux communautés qui font preuve d'une identité suffisamment distincte. Cela conduit à s'interroger sur la nature du droit à l'identité. Serait-il un droit spécifique et non universel ? Si tel était le cas, cette situation n'apparaîtrait-elle pas comme incohérente, puisque chaque individu et chaque groupe dispose d'une identité qu'il pourrait revendiquer ? Le droit à l'identité ne devrait-il pas alors être universel et s'appliquer au cas par cas en fonction des

⁷⁴³ Dans l'entretien conduit par Lauri R. Tanner avec le juge Antônio A. Cançado Trindade, celui-ci reconnaît l'importance que jouent les requêtes, les témoignages de victimes ou d'experts dans la formation du point de vue du juge, L. R. TANNER, « Interview with Judge Antônio A. Cançado Trindade, Inter-American Court of Human rights », préc., note 39, p. 988 et 989.

situations ? Nous avons déjà abordé ce débat et ses limites, qui démontrent l'importance de conserver des droits spécifiques pour ces groupes.

Ce débat démontre néanmoins que la reconnaissance du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones étend la catégorie des droits à l'identité. L'objectif de cette catégorie n'est plus seulement de protéger une manifestation culturelle propre, mais d'aménager des pistes d'inclusion et de coexistence. Les droits à l'identité changent alors officieusement de catégorie : de culturels ils deviennent civils et politiques.

Qu'en est-il maintenant du rôle des acteurs minoritaires et autochtones dans la circonscription de l'étendue de la reconnaissance ?

CHAPITRE 2 : L'ÉTENDUE DE LA RECONNAISSANCE IMPLICITEMENT PROMUE

L'étendue de la reconnaissance implicitement promue par les trois systèmes juridiques dépendrait *a priori* du statut de ses titulaires, minorités et peuples autochtones (Section 1). Néanmoins, deux exemples viennent contredire cette hypothèse (Section 2). En outre, un deuxième paramètre ressort de cette étude qui a trait à l'importance pour les juges de préserver leur légitimité. Celle-ci représente une variable centrale dans la définition de l'étendue de la reconnaissance juridique (Section 3).

Section 1 : Les conséquences *a priori* du statut juridique des requérants sur la norme nouvelle et sur le processus de reconnaissance

En droit international, l'appartenance identitaire culturelle ou ethnique, lorsqu'elle se développe à l'extérieur du champ majoritaire, est définie par deux statuts, celui de minorité nationale ou ethnique⁷⁴⁴ et celui de peuple autochtone⁷⁴⁵. Bien que leur esprit soit semblable, chaque statut a donné naissance à une réglementation propre. Ainsi, les peuples qualifiés d'autochtones peuvent bénéficier de droits plus précis, tel que le droit au territoire et aux ressources, alors que celui-ci n'est pas reconnu aux minorités. De plus, le droit international leur attribue des droits de nature collective, ce qui donne à la reconnaissance une étendue plus vaste, englobant le groupe d'appartenance dans son ensemble.

La question qui se pose est alors de savoir si la forme et la substance du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones varient en fonction de ses titulaires, peuples autochtones ou minorités, et si cela a un effet sur l'étendue de la reconnaissance identitaire implicitement promue ?

⁷⁴⁴ Réglementé, au niveau international, par la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, préc., note 6.

⁷⁴⁵ Réglementé au niveau international par la *Convention n°169 relative aux peuples autochtones et tribaux*, préc., note 8, et par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 7.

Pour répondre à cette question, rappelons d'abord qui sont les titulaires de la norme (§ 1), avant d'analyser quelles sont les implications de leurs statuts (§ 2).

Paragraphe 1 : Statuts et variabilité des titulaires du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones

Comme nous l'avons déjà indiqué⁷⁴⁶, les titulaires du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones varient *a priori* en fonction de leur statut juridique. Lorsque les bénéficiaires sont des membres appartenant à des minorités nationales, la portée de la norme est plus restreinte, puisque seuls les individus membres de ces communautés en sont les titulaires. Il s'agit alors d'un droit individuel et la reconnaissance porte en conséquence sur l'identité de l'individu⁷⁴⁷. *A contrario*, lorsque les bénéficiaires de cette norme sont des peuples autochtones, sa portée est collective. Les titulaires sont donc les peuples autochtones eux-mêmes en tant que groupes et la norme nouvelle leur attribue une reconnaissance collective⁷⁴⁸. Dans ce cadre,

*« On one natural interpretation, 'collective rights' refer to the rights accorded to and exercised by collectivities, where these rights are distinct from, and perhaps conflicting with, the rights accorded to the individuals who compose the collectivity. This is not the only possible definition of collective rights – indeed there are hundreds of definitions in the literature – but almost everyone agrees that collective rights are, by definition, not individual rights »*⁷⁴⁹.

Par conséquent, l'hypothèse 4 proposée en introduction⁷⁵⁰, qui suggérait la reconnaissance du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones en tant que droit à la fois collectif et individuel doit être infirmée. Cette solution n'est

⁷⁴⁶ Voir cette étude, *supra*, première partie, Titre 2.

⁷⁴⁷ Voir, par exemple, les décisions de la Cour européenne, notamment *Chapman c Royaume-Uni*, préc., note 42 et *Connors c. Royaume-Uni*, préc., note 139.

⁷⁴⁸ Voir, par exemple, les décisions de la Cour interaméricaine, notamment *The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*, préc., note 151, *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153 et *Dann v US*, préc., note 402.

⁷⁴⁹ W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, préc., note 21, p. 45.

⁷⁵⁰ Voir Introduction générale, Hypothèse 4, *supra* p. 47 et 48.

pas retenue par la jurisprudence. En la matière, l'étanchéité des deux catégories de droit demeure bel et bien.

Paragraphe 2 : Les implications d'une reconnaissance individuelle ou collective

Acton et Goerghe critiquent le fait de reconnaître un droit collectif au mode de vie rom. Pour ce faire, ils se demandent ce qu'est le mode de vie rom et ce qu'est la romanité, sans pouvoir proposer de réponse unique. L'approche homogène cautionnée par la reconnaissance de droits collectifs et employée par certains juristes irait donc dans le sens d'une catégorisation dangereuse, fondée sur le racisme. De plus, ils s'interrogent : si des droits collectifs sont consacrés, qui les exercerait ? Qui représenterait de manière suffisamment significative le peuple Rom, désignation qui inclut à la fois les Roms, les Sintes, les Tsiganes et les Kalderashes, des sédentaires, et des nomades. Leur réflexion met en exergue la difficulté d'exercer un droit collectif au mode de vie ainsi que celle de reconnaître collectivement et de manière homogène un groupe.

D'autres auteurs limitent la portée de cet argumentaire. Par exemple, tout en exposant les dangers liés à la reconnaissance de droits collectifs⁷⁵¹, Kymlicka soutient leur nécessité, ceux-ci étant justifiés par l'existence d'une culture d'appartenance⁷⁵². Son approche permet d'ailleurs de dépasser le risque de primauté du groupe sur l'individu. Il souligne le fait que les droits spécifiques reconnus à des collectivités ne peuvent être consacrés que dans la mesure où ils respectent l'autonomie personnelle de chacun de ses membres ainsi que les droits civils et politiques fondamentaux⁷⁵³. Plusieurs auteurs ont poursuivi la réflexion amorcée par Kymlicka. Par exemple, Xanthaki évoque le personnalisme, comme solution dépassant la dichotomie entre droit collectif et individuel. Elle indique d'ailleurs, « *Personalists regard the 'person' as an essential part of the community, and distinguish it from the 'individual' that is*

⁷⁵¹ Il invoque, par exemple, le risque d'oppression de l'individu ou d'un sous-groupe au sein de certaines communautés, au nom de la solidarité et de la pureté culturelle. W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, préc., note 21, p. 39.

⁷⁵² *Id.*, p. 26, p. 53 et 54.

⁷⁵³ *Id.*, p. 152-163.

regarded as an isolated entity »⁷⁵⁴. Carole Lévesque, pour sa part, invoque une différence entre individualisme et individualité⁷⁵⁵.

À cet égard, le débat doctrinal est riche et permet la déconstruction d'idées préconçues. Par ailleurs, l'analyse comparée de l'émergence d'un droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones contribue à démontrer que quel que soit le type de reconnaissance – collectiviste ou individualiste – de même que quelle que soit la catégorie de droits reconnus – droits collectifs ou droits individuels –, en matière identitaire, le contexte collectif dispose toujours d'une présence importante, celle-ci apparaissant de manière plus ou moins explicite.

La prise en compte du contexte collectif est évidente lorsque la Cour interaméricaine reconnaît le droit de propriété sur les territoires ancestraux, puisqu'elle attribue un droit à la communauté autochtone elle-même. La considération de ce contexte est alors explicitement exprimée par la reconnaissance de droits collectifs.

Bien que la Cour européenne ou le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ne reconnaissent pas de droit collectif, le contexte communautaire au sein duquel évolue les requérants autochtones ou roms est présent systématiquement, même de manière implicite, dans le discours des juges et des experts. Par exemple, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, la Cour situe la requérante dans son contexte socioculturel⁷⁵⁶. Elle invoque également « les besoins particuliers des minorités », « l'intérêt des minorités » et qualifie la communauté rom de « groupe vulnérable », se référant ainsi au contexte collectif de la requérante⁷⁵⁷. Il en va de même dans l'affaire *Connors c. Royaume-Uni*, dans laquelle elle indique : « La vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire considéré que lors de la prise de décision dans des cas

⁷⁵⁴ A. XANTHAKI, préc., note 206, p. 24 et 34.

⁷⁵⁵ Carole LÉVESQUE citée dans J. LECLAIR, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales », préc., note 122, p. 13.

⁷⁵⁶ *Chapman c. Royaume-Uni*, préc., note 42, § 73.

⁷⁵⁷ *Id.*, § 93-96.

particuliers »⁷⁵⁸. La prise en compte du contexte communautaire ressort également des communications rendues par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, celui-ci insistant sur le concept de communauté ainsi que sur le caractère commun et partagé des activités donnant lieu à une protection par l'article 27 du Pacte international⁷⁵⁹.

Dans ces derniers cas, le contexte collectif est considéré de manière implicite. Il n'entraîne pas reconnaissance de droits collectifs, mais n'est pas pour autant ignoré. On peut, par conséquent, en déduire qu'une reconnaissance identitaire individuelle implique une reconnaissance collective implicite, bien que celle-ci soit moins achevée et n'ait pas les mêmes répercussions que lorsqu'elle passe par des droits collectifs consacrés à la communauté elle-même.

Section 2 : Les limites de l'implication du statut juridique des requérants :

Comme nous venons de le démontrer, la reconnaissance identitaire, qu'elle se produise par un droit individuel aux modes de vie minoritaires ou par un droit collectif aux modes de vie autochtones, implique de manière implicite ou explicite une reconnaissance du contexte collectif des membres de ces communautés. Cela représente une première atténuation du rôle que peut jouer *a priori* le statut juridique des requérants dans la justification d'une reconnaissance et d'une réglementation différente pour les peuples autochtones et pour les minorités.

Une seconde limite est à noter. Elle est perceptible à travers deux exemples. Tout d'abord, alors qu'il s'agit de membres de deux peuples autochtones, les requêtes déposées par des Samis et des Inuits devant la Commission ou la Cour européenne ont toujours donné lieu à l'application de droits individuels (Paragraphe 1). En outre, le cas du peuple Maroons devant la Cour interaméricaine est également d'un grand intérêt, puisque ce peuple n'est initialement pas issu du territoire même où il

⁷⁵⁸ *Connors c. Royaume-Uni*, préc., note 139, § 84.

⁷⁵⁹ Par exemple, dans l'affaire du *Chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, le Comité indique qu'il « constate qu'au nombre des droits protégés par l'article 27 figure le droit pour des personnes d'avoir, en commun avec d'autres, des activités économiques et sociales qui s'inscrivent dans la culture de leur communauté », *Chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144, § 32.2.

demeure. En théorie, il pourrait donc davantage être qualifié de minorité. Pour autant, il s'est à plusieurs reprises vu reconnaître l'application de droits collectifs par cette Cour (Paragraphe 2). La perméabilité des deux statuts est alors à noter.

Anticipant ici sur les conclusions de ce chapitre, nous avançons l'idée selon laquelle le statut juridique des requérants en droit international – qu'il s'agisse de celui de peuple autochtone ou de celui de minorité – ne joue pas un rôle prépondérant. En revanche, l'explication première de la nature et de l'étendue de la reconnaissance porte sur l'approche privilégiée par la juridiction.

Paragraphe 1 : Le cas des Samis et des Inuits devant la Commission et la Cour européenne

Des requérants samis et inuits, membres de deux peuples autochtones d'Europe, se sont déjà présentés devant la Commission ou la Cour européenne des droits de l'homme afin de faire valoir leur droit collectif au territoire ou au mode de vie sur le fondement de la *Convention européenne des droits de l'homme* et de ses protocoles.

Dans l'affaire *G. et E. c. Norvège*, deux requérants samis s'opposaient à la construction d'une centrale hydroélectrique sur la rivière Alta parce que celle-ci allait avoir pour conséquence l'immersion de leur terre ancestrale. Les autorités offraient de les indemniser pour la perte de ce territoire. Lors d'une manifestation devant le Parlement à Oslo, de nombreux Samis avaient exprimé publiquement leur opposition et n'avaient pas quitté les lieux en temps voulu, comme les autorisations le leur demandaient. Ils avaient ainsi été condamnés, ce à quoi ils s'étaient opposés jusque devant la Cour suprême de Norvège. Celle-ci avait entériné les motifs soulevés par les autorités, à savoir la justification de la condamnation pour atteinte à l'ordre public. C'est pourquoi les deux requérants ont ensuite saisi la Commission européenne des droits de l'homme, sur le fondement des articles 10 et 14 de la Convention et de l'article 1^{er} de son Protocole additionnel n°1. Ils revendiquaient notamment la protection de leur mode de vie ainsi que leur droit au territoire.

Concernant la dépossession des terres, la Commission reconnut que l'article 1^{er} du Protocole 1 garantissait à toute personne le droit au respect de ses biens. Néanmoins, elle souligna que les requérants n'avaient nullement démontré avoir sur ces terres un droit de propriété. Ultérieurement, la Commission se positionna clairement à l'encontre de la reconnaissance de droits spécifiques à des groupes, en indiquant :

« La Convention ne garantit aucun droit spécifique aux minorités, mais méconnaître un mode de vie particulier des minorités peut poser un problème sur le terrain de l'article 8. Cependant, rien n'indique que les requérants aient été traités d'une manière pouvant être qualifiée de discriminatoire et contraire à l'article 14, ni qu'ils aient été obligés de renoncer à leur mode de vie. Leur argumentation ne révèle dès lors aucune apparence de violation de l'article 14 de la Convention »⁷⁶⁰.

La confusion entre les statuts de peuple autochtone et de minorité ressort ainsi de cette position.

L'affaire *Hingitaq 53 et autres c. Danemark*, tranchée le 12 janvier 2006 par la Cour européenne, vient confirmer cette approche. 428 Inuits du district de Thulé, au Groenland, ainsi qu'un groupe représentant les intérêts des Inughuits, les membres du district, s'opposaient à la politique du Danemark, qui les avait déplacés de leurs terres. Les requérants revendiquèrent donc le droit collectif à la propriété de leurs terres natales et de leurs territoires de chasse sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n°1⁷⁶¹.

Quant à la revendication d'un droit de propriété, la Cour européenne se déclara incompétente *rationae temporis* et indiqua qu'elle ne pouvait se prononcer, la Convention européenne n'étant pas entrée en vigueur à l'époque de la dépossession des terres⁷⁶². Elle indiqua en outre que les autorités nationales avaient ménagé un juste équilibre entre les intérêts patrimoniaux des parties et rejeta ainsi la requête⁷⁶³.

⁷⁶⁰ *G. et E. c. Norvège*, préc., note 146, p. 45.

⁷⁶¹ *Hingitaq 53 et autres c. Danemark*, préc., note 700, Griefs § 1, 2 et 3.

⁷⁶² *Id.*, Griefs, En droit, A.

⁷⁶³ Elle indiqua simplement, au dernier paragraphe de sa décision que « La Cour a examiné les griefs des requérants tels qu'ils ont été présentés. Compte tenu de l'ensemble des éléments en sa possession, et pour autant qu'il ait été satisfait aux exigences de l'article 35 § 1 et que les faits incriminés relèvent de sa compétence, la Cour estime qu'ils ne révèlent aucune apparence de violation des droits et libertés

Ces deux affaires nous amènent à constater que le système juridictionnel européen de protection des droits de l'homme n'est pas plus favorable à la reconnaissance de droits spécifiques à des groupes lorsqu'il s'agit de communautés autochtones que quand il s'agit de minorités, telle que le peuple Rom. Le statut juridique différent des deux collectivités n'y change rien, la Commission et la Cour européennes s'opposant systématiquement à la reconnaissance de droits collectifs. À ce jour, leur interprétation « individualiste » de la *Convention européenne des droits de l'homme* reste identique dans les deux cas. L'explication du rejet des droits collectifs semble davantage reposer dans l'interprétation des droits protégés par la Convention et dans une opposition de principe de la Cour et de la Commission à la consécration concrète de ce type de droits.

Paragraphe 2 : Le cas du peuple Maroons devant la Cour interaméricaine

Rappelons ici que le peuple Maroons fut déplacé d'Afrique de force par les européens et implanté au Suriname lors de la colonisation. Ses membres y sont ainsi établis depuis le XVII^{ème} siècle et ont recréé leur mode de vie initial sur ce territoire. La relation qu'entretient la communauté avec la terre où elle demeure aujourd'hui est d'une importance culturelle, spirituelle et matérielle vitale. Il s'agit d'une société matriarcale et ses membres vivent de la chasse, de la pêche et de l'agriculture traditionnelle. Plusieurs communautés sont Maroons. L'une d'elles se compose de N'djukas – qui fondèrent Moiwana au XIX^{ème} siècle. Par ailleurs, les Saramakas appartiennent aussi au peuple Maroons et se composent de 25 000 à 34 000 membres répartis dans 63 communautés. Les Maroons N'djuka ou le peuple Saramaka ne sont pas autochtones au sens classique, dans la mesure où ils ne sont pas issus du sol même où ils résident actuellement. Néanmoins, lorsque la Cour interaméricaine des droits de l'homme est saisie d'affaires les concernant – pensons, par exemple, aux décisions *Moiwana village v. Suriname*, de 2005 et *Saramaka people v. Suriname*, de 2007 – elle leur accorde des droits identiques à ceux des Autochtones, en se fondant

garantis par la Convention ou ses Protocoles. Il s'ensuit que lesdits griefs doivent être rejetés, conformément à l'article 35 § 4 de la Convention », *Hingitaq 53 et autres c. Danemark*, préc., note 700, Griefs, En droit, B.

sur la relation spécifique qu'ils entretiennent à la terre et sur leur concept de propriété. La Cour indique dans l'affaire *Saramaka people v. Suriname*, que

*« This special relationship to land, as well as their communal concept of ownership, prompted the Court to apply to the tribal Mowjuna community its jurisprudence regarding indigenous peoples and their right to communal property under Article 21 of the Convention »*⁷⁶⁴.

La Cour de San José consacre ainsi des droits collectifs, identiques à ceux qu'elle reconnaît aux peuples autochtones, à des peuples qui ne sont pas issus du territoire même où ils demeurent et qu'elle qualifie donc de « peuples tribaux ». Il en résulte une multiplication de statuts – minorités, peuple autochtone et peuple tribal – qui pourrait être stratégique afin de permettre à la Cour de reconnaître des droits similaires à d'autres groupes que les peuples autochtones – groupes qui sont des minorités –, sans pour autant attiser la crainte des États vis-à-vis du statut de minorité. Cette dynamique pourrait également s'expliquer par le fait qu'il existe plusieurs définitions en Amérique latine du concept de peuple autochtone. Celui-ci est en effet plus ou moins extensible selon les États, pouvant même, dans certains cas comme le Nicaragua, intégrer les peuples initialement d'origine africaine tels que les Créoles ou les Garifuna. Cela entraîne la reconnaissance de droits similaires, dont le droit au territoire, aux peuples autochtones et à ceux originaires d'Afrique⁷⁶⁵.

Ces deux séries de cas démontrent la similitude existant entre les droits attribués à des groupes qui ont pourtant des statuts divers. La Cour européenne n'est pas plus favorable aux requêtes venues de peuples autochtones qu'elle ne l'est vis-à-vis de requêtes issues de membres du peuple Rom. La Cour interaméricaine, pour sa part, est aussi ouverte aux requêtes venues de peuples autochtones qu'à celles venues de peuples minoritaires ou tribaux. D'ailleurs, elle utilise le concept de peuple autochtone comme un concept englobant et extensible, telle une boîte de pandore⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ *Saramaka people v. Suriname*, préc., § 85.

⁷⁶⁵ Sur ce phénomène au Nicaragua, voir J. HOOKER, « Defining Indigeneity in Latin America : How to Classify Afro-descendants? », préc., note 223.

⁷⁶⁶ L'article 1^{er} du *Projet de Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones* est intéressant sur ce point, car il reproduit cette définition englobante que promeut la Cour

Cela met en évidence la nébulosité des définitions des concepts de peuple autochtone, de minorité et de peuple tribal.

Bref, on constate que la différence entre les droits reconnus aux peuples autochtones des Amériques et les droits reconnus au peuple Rom en Europe ne provient pas tant de leur statut distinct mais de l'approche privilégiée par chacune des juridictions.

Section 3 : Le fondement déguisé de la nature de la norme juridique nouvelle et de la reconnaissance : l'approche judiciaire privilégiée par la juridiction

Les sections qui précèdent nous conduisent à soutenir que la reconnaissance de droits collectifs se justifie davantage par l'approche de la juridiction supranationale vis-à-vis des droits et des questions minoritaires ou autochtones plutôt que par le statut juridique des requérants. Par « approche » nous entendons la manière de concevoir l'attribution des droits et la réglementation des questions minoritaires ou autochtones, mais aussi, accessoirement, le raisonnement juridique qui résulte de cette appréciation ou représentation. Rappelons que l'approche de la juridiction justifie aussi le mécanisme d'objectivation de la norme, le sens qui lui est attribué ainsi que son niveau de juridicité⁷⁶⁷.

Nous l'avons constaté, la Cour européenne des droits de l'homme ne reconnaît que des droits individuels qui s'adressent à des minorités ou à des peuples

interaméricaine. Il dispose : « 1. Dans la présente Déclaration, les populations indigènes sont celles qui possèdent une continuité historique dans le cadre de sociétés qui existaient avant la conquête et la colonisation européenne de leurs territoires (OPTION 1. [... ainsi que les populations amenées contre leur volonté dans les Amériques, qui se sont libérées et ont rétabli les cultures dont elles avaient été déracinées] (OPTION 2.) [... ainsi que les populations tribales dont les conditions sociales, culturelles et économiques les distinguent d'autres secteurs de la communauté nationale et dont la situation juridique est régie entièrement ou en partie par leurs propres coutumes ou traditions ou par des règlements ou lois spéciaux].

2. L'autoidentification en tant que groupe indigène ou tribal devra être considérée comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente Déclaration.

3. L'emploi du vocable « populations » dans la présente déclaration ne devra pas être interprété dans un sens qui lui donne le moindre retentissement en ce qui concerne les autres droits qui peuvent être conférés à ce terme en droit international », *Projet de Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*, article 1^{er}, disponible sur le site de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, en ligne : <http://www.cidh.oas.org/ProjetDeclaration.htm>, (consulté le 26 mars 2010).

⁷⁶⁷ Voir notamment cette étude, *supra*, Partie II, Titre 3.

autochtones. Au contraire, la Cour interaméricaine consacre des droits collectifs ainsi qu'un droit de propriété des territoires, peu importe qu'il s'agisse d'un peuple issu du territoire même où il réside ou non. Dans les faits, la proactivité de la Cour interaméricaine s'oppose à l'approche frileuse de la Cour européenne. Le fondement sous-jacent de cette divergence se trouve vraisemblablement dans la nécessité de préserver la légitimité de la juridiction, besoin ou volonté exprimée de diverses manières par les juges.

Plusieurs variables influent sur la légitimité. Il s'agit d'abord de la position ou de la considération des États par rapport au rôle de la juridiction et au contrôle que celle-ci est amenée à exercer. Il s'agit, ensuite, de la situation de la Cour au sein de l'organigramme de l'organisation à laquelle elle appartient. En la matière, par exemple, les affaires qui parviennent à la Cour interaméricaine sont dans un premier temps contrôlées par la Commission interaméricaine, qui est un organe politique. Il n'en va pas de même devant la Cour européenne qui ne dispose pas de ce premier niveau de sélection depuis que la Commission européenne n'exerce plus ce rôle. Ces deux variables, de même que la situation géopolitique existant au sein de chacun des deux continents, entraîne un détachement plus ou moins important vis-à-vis de la position des États. Les approches différentes des deux Cours quant à la préservation de leur légitimité est évoquée par un participant aux entrevues, juge à la Cour européenne, qui explique :

« La Cour ne peut pas être trop proactive, sinon, les gouvernements, évidemment, ne nous suivent plus, autant dire qu'on doit toujours rester crédible au regard des gouvernements lorsqu'on leur impose des choses. Si tout d'un coup, ils voient que la Cour, *ex officio*, s'engage vers toute une série de nouvelles directions, on va perdre notre crédibilité. Ça c'est extrêmement important, parce que sinon c'est catastrophique. C'est pas toujours si facile d'y parvenir »⁷⁶⁸.

Puis, ce participant poursuit, justifiant l'approche différente entre les deux juridictions par une différence institutionnelle :

« La Cour interaméricaine dépend toujours de la Commission pour la sélection des affaires, qui les lui envoie, ce qui chez nous n'est plus le cas depuis que

⁷⁶⁸ Entrevue 2, p. 2.

la Cour européenne fait elle-même le tri. Comme la Cour interaméricaine dépend toujours de la Commission pour les affaires, et que cette dernière a très largement développé sa jurisprudence, non pas en statuant sur des cas d'espèce mais par ses fameux rapports, la Cour dispose d'une « liberté » plus grande, par le fait que l'entonnoir est plus resserré au départ. Et alors, peut être que le contexte sociopolitique ou socioéconomique joue également, ça je ne le nie pas du tout [...] »⁷⁶⁹.

En Europe, le statut de peuple autochtone ne préserve pas plus la légitimité des juges de la Cour que celui de minorité, puisque l'un ne bénéficie pas de plus de considération étatique que l'autre. Un participant indique, à ce titre, que :

*« I still think that this Court [la Cour européenne] is very careful in talking about national minorities or ethnic minorities. This is probably because of the history and especially in the beginning of this after war period; there were still a lot of tensions also within western European democracies as far as minorities were concerned. Then there was that problem with Turkey the Kurdish minority. So, I think the Court approaches the problem of national minorities with a lot of caution. It rather prefers to protect national minorities via other more neutral ways, like article 10, article 11 or article 8 [...] »*⁷⁷⁰.

Le sentiment de légitimité et de liberté, tel qu'il est perçu par une juridiction ou tel qu'il existe, entraîne donc des raisonnements différents. Pour donner gain de cause à une revendication, la Cour interaméricaine vérifie que celle-ci soit compatible avec la *Convention américaine des droits de l'homme* telle qu'interprétée par elle. Dans une entrevue publiée dans la revue *Human Rights Quarterly*, l'ex-juge et président de la Cour interaméricaine, Antônio A. Conçado Trindade explique l'approche qu'il a impulsée au sein de cette institution entre les années 1995 et 2006. Il insiste sur l'importance accordée à l'efficacité des recours – *Right to an Effective Remedy* – ainsi que sur la centralité des jugements didactiques :

« To my mind, judgments of the Inter-American Court should not just settle the case and achieve protection of human rights, but also have to convince the parties that this is what is right under the American Convention. So the judgments in my time have been in favor of hearing as many witnesses and experts as possible, trying to derive elements from different branches of human knowledge and schools of learning – hearing from social scientists, psychologists, anthropologists – so that we

⁷⁶⁹ Entrevue 2, p. 3.

⁷⁷⁰ Entrevue 1, p. 5.

can assess what has happened, and can assess moral damages in a better way. So the judgments during my days were particularly substantial »⁷⁷¹.

Il évoque aussi la portée des initiatives des justiciables, les considérant clairement en tant qu'agents dotés de pouvoirs, mais aussi la nécessité de développer des moyens de soutien afin que leurs requêtes puissent parvenir à la Cour au moyen d'un droit d'accès effectif à la justice internationale⁷⁷². Enfin, concernant le rôle de juge en tant qu'éducateur, par les opinions judiciaires et les jugements qu'il rend, il mentionne : « [...] *I think that the judgments of an international tribunal do have a pedagogical sense as well. It's not only a matter of settling a dispute, and I emphasize this point: it's also a matter of saying "what the law is."* »⁷⁷³. Cette vision du rôle de juge a incité la Cour à se percevoir en tant qu'institution autorisée à définir, interpréter ou circonscrire les dispositions de la Convention, ce qui lui assure une grande indépendance d'interprétation vis-à-vis des États membres. Cette approche « proactive » accroît la probabilité d'une réception judiciaire favorable des revendications autochtones, puisque ces dernières bénéficient alors d'un poids identique aux moyens des États.

Il en va différemment devant la Cour européenne, où, pour obtenir gain de cause, les revendications minoritaires et autochtones doivent être compatibles avec la *Convention européenne des droits de l'homme* telle qu'adoptée par les États. La définition légitime des dispositions de la Convention demeure celle des États, c'est-à-dire celle privilégiée lors de l'adoption du texte par eux ou celle qui correspond à la position actuelle des États. Par là même, le droit intègre l'hostilité de ces derniers vis-à-vis des revendications minoritaires ou autochtones. Les revendications des minorités ou des peuples autochtones se voient donc filtrées, sinon carrément marginalisées.

La position de la Cour européenne met en lumière la relative précarité de la reconnaissance identitaire. Même lorsqu'elle se produit en contexte judiciaire, elle dépend en effet de la volonté des États, qui conserve, de manière générale, une place

⁷⁷¹ L. R. TANNER, « Interview with Judge Antônio A. Cançado Trindade, Inter-American Court of Human rights », préc., note 39, p. 988 et 989.

⁷⁷² *Id.*, p. 989, 997 et 993.

⁷⁷³ *Id.*, p. 1000.

centrale en droit international. Les décisions des juges restent à bien des égards circonscrites par cette volonté. À moins, bien sûr, qu'ils préconisent une interprétation plus proactive du droit, axée sur les besoins des requérants, ce qui risque de fragiliser le rapport de force qu'ils entretiennent avec les États.

Le Titre 2 de cette dernière partie a révélé que la nature de la reconnaissance juridique, telle qu'elle émane du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones, varie en fonction des systèmes juridiques et que cette mutabilité dépend de deux éléments, qui sont la formulation des revendications par les requérants et le sentiment de légitimité des juges par rapport aux États. La nature de cette reconnaissance ne diffère pas selon le statut des requérants. Au contraire, cette étude démontre la confusion entre les statuts de peuple autochtone et de minorité. Bien que ces deux concepts se réfèrent à des réalités distinctes et alors même que chacun renvoie à des besoins particuliers, le type de reconnaissance juridique résultant des requêtes de ces groupes ne varie pas en fonction de leur statut, mais bien en fonction de l'approche privilégiée par la juridiction.

CONCLUSION :

Des apports nuancés

Les apports du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones sont de deux ordres. Ils portent sur la définition de la coexistence et sur la nature de la reconnaissance.

En théorie, la norme nouvelle étend le libre choix de ses titulaires sur le plan identitaire et accorde une légitimité en droit à la pratique de modes de vie non majoritaires, voire à la pluralité identitaire et sociale. Elle affecte la définition de la coexistence de différentes manières selon le système juridique de référence en cause. En Europe, le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones ne conduit pas à l'exercice d'un libre choix politique ou territorial par les peuples Sami ou Rom. Il ne permet pas non plus son expansion sur le plan identitaire, en raison de la nature de la norme qui se donne à voir comme une obligation de moyens dont le contenu est imprécis et dont l'application au cas d'espèce par la Cour elle-même est restrictive. Cela n'encourage donc pas sa mise en œuvre par les États. Par ailleurs, outre son effet symbolique, la norme consacrée ne facilite pas la pratique des modes de vie roms ou samis et n'a aucune conséquence concrète sur la réalité sociale des requérants ou sur l'amélioration de leur qualité de vie. Ainsi, à court terme, *l'obligation positive de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie* ou le droit au respect des modes de vie propres n'ont pas d'utilité sociale et ne conduisent pas à redéfinir la coexistence, notamment parce qu'ils éludent les perspectives de l'occupation du sol et de l'aménagement territorial. Au sein du système interaméricain, la jurisprudence de la Cour et de la Commission procède, en théorie, à l'expansion du libre choix identitaire, mais aussi territorial et politique. Celle-ci est empreinte d'un dirigisme suffisamment fort pour guider les États dans la redéfinition de la coexistence. Cette redéfinition permet de sécuriser l'accès aux territoires ancestraux et d'exercer des modes de vie autochtones et tribaux. En pratique, toutefois, cette jurisprudence n'est mise en œuvre que lorsque les États en démontrent la volonté, le cas du Nicaragua étant significatif à cet égard.

En ce qui concerne la nature de la reconnaissance émanant des décisions fondant le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, celle-ci pourrait, premièrement, être qualifiée de *différentielle*, selon la définition de Charles Taylor. Cette conception est validée en contexte interaméricain, mais en Europe la légitimité des cultures samies et roms est peu reconnue. En pratique, au-delà du vocabulaire employé, la Cour européenne ne se détache pas effectivement de la politique de l'égalité en matière d'expression des cultures distinctes. Deuxièmement, l'esprit des décisions fondant la norme nouvelle favorise une reconnaissance de l'identité du groupe. Elle dispose donc d'une portée collective, que les titulaires de la norme soient des individus ou des communautés. Même dans le cas où l'individu représente le bénéficiaire officiel de la norme, le contexte collectif est toujours invoqué par la juridiction.

Recommandations et pistes de réflexion

L'étude des apports de la norme sur la réalité sociale des requérants, tant en matière d'exercice de leurs modes de vie que concernant la coexistence ou la reconnaissance, porte à évoquer cinq pistes de réflexion.

La première traite de la coexistence. Comme cette partie le suggère, la relation entre ce concept et ceux d'autodétermination ou de libre choix devrait être davantage exploitée, afin de laisser place à une approche réaliste de l'occupation et de l'aménagement territorial. Alors que l'autodétermination est souvent perçue comme dangereuse, l'importance de sortir de cette perception se fait sentir. Cela permettrait d'accorder plus de place aux choix de ces peuples, impliquant la prise en considération de leurs visions et conceptions propres. À terme, cela entraînerait une meilleure compréhension du point de vue de chacun. Ainsi, penser l'autodétermination en fonction de la coexistence pourrait conduire à davantage de collaboration et de compréhension mutuelle entre tous les acteurs en présence.

La seconde piste de réflexion porte sur l'intérêt des États à prendre en considération les groupes minoritaires ou autochtones. Cela conduit à souligner l'importance de leurs volontés dans la mise en œuvre de solutions. À la différence des

juges, ils ont le pouvoir et la légitimité requise pour y parvenir. La volonté étatique apparaît donc comme le critère essentiel de la mise en œuvre, démontrant la nécessité de considérer l'État en tant qu'acteur encore indispensable en matière d'application des normes ainsi que l'importance de sa collaboration à cet égard.

La troisième piste porte sur le rôle des juges dans le traitement des questions identitaires. En la matière, une recommandation importante est de souligner la partialité des requêtes qui leur parviennent. Les descriptions produites par les requérants de leurs propres modes de vie ou de leurs identités ne sont pas toujours généralisables. Cela renvoie de nouveau aux limites du rôle des juges. Au-delà de leur pouvoir de contrôle, peut-on attendre d'eux qu'ils construisent une réglementation cohérente ? Bien qu'ils puissent impulser ou soutenir des idées nouvelles, sont-ils les véritables acteurs de la mise en œuvre du changement social ? N'interviennent-ils pas en lieu et place des États en raison de la négligence de ces derniers et des défaillances du processus de collaboration ? Dans la mesure où ils sont désormais impliqués dans l'édification du vivre ensemble, tout comme les agents étatiques, les juges auraient intérêt à travailler en collaboration plus étroite avec des instances de représentation des minorités ou de peuples autochtones à l'extérieur de tout procès. Cela leur permettrait de mieux situer les requêtes, dans le but de produire des règles plus utiles socialement. Cette collaboration devrait néanmoins s'effectuer sans remettre en cause leur indépendance et sans qu'ils ne jugent *ultra petita*. Pour leur part, les requérants devraient développer davantage leurs requêtes et s'associer avec des témoins et experts convaincants afin de bien informer les juges de leur situation.

La quatrième piste de réflexion a trait au rôle des requérants. Rappelons le pouvoir latent dont ces acteurs disposent dans la définition juridique de leurs identités, de leurs modes de vie et du sens des normes, mais aussi relativement à la nature et à l'étendue de la reconnaissance. D'où l'attention particulière qui doit être accordée à la solidité des arguments soumis à la Cour, à la précision des conceptions revendiquées et au vocabulaire employé, qui doit être adapté à l'auditoire auquel il s'adresse⁷⁷⁴. En outre, une attention particulière doit être portée au choix du fondement juridique de la revendication. Une entrevue d'un juge à la Cour

⁷⁷⁴ L'entrevue 2 insiste sur l'importance de bien formuler les requêtes.

européenne confirme cette importance, rappelant qu' « il ne faut pas oublier que nous sommes saisis par des requêtes. Par conséquent, sauf circonstances particulières, on s'en tient à la requête, on ne va pas au-delà, on n'est pas proactif, sauf si on pense que le fondement proposé par le requérant est vraiment erroné. [...] »⁷⁷⁵.

La dernière remarque porte sur la gravité des atteintes visées par la réclamation. Alors que l'atteinte directe à l'exercice d'un mode de vie ne paraît pas toujours être un motif de condamnation suffisant lorsque les effets de cette atteinte – conditions de vie dégradantes, traitements, inhumains, discrimination, atteinte à la dignité – sont conséquents et sont invoqués avant même l'atteinte à un mode de vie, la réceptivité des juridictions est alors plus grande. Il en va ainsi devant la Cour européenne⁷⁷⁶, mais aussi devant la Cour interaméricaine⁷⁷⁷, bien qu'aucune requête tendant à la protection directe d'un mode de vie n'ait encore été déposée devant celle-ci. Le critère central semble alors être la gravité des effets produits par l'atteinte à un mode de vie plutôt que la sauvegarde du mode de vie particulier lui-même. Ceci est d'ailleurs confirmé par un participant aux entrevues, juge à la Cour européenne des droits de l'homme. Ses propos laissent apparaître l'importance que joue la mise en évidence des atteintes graves :

« Lorsque la Cour a constaté un préjugé raciste, dans l'affaire *Nachova*, sa jurisprudence a changé. Elle a arrêté de dire qu'il n'était pas nécessaire de combiner l'article 14 de la Convention à d'autres dispositions. Cet argument - « il n'est pas nécessaire de... » - était de l'économie procédurale à l'état pur. Dans *Nachova*, les juges ont finalement raisonné autrement. On a tout de même eu beaucoup de difficulté à y parvenir, parce qu'il s'agissait d'un arrêt fondé sur l'article 2 et 14, sur l'aspect substantiel et procédural et la Cour a restreint sa décision à l'aspect procédural. Donc il y a une résistance au sein de la Cour pour ne pas utiliser cette formule, qui est passe-partout, « il n'est pas nécessaire », parce que dans certains cas il est très nécessaire de, car lorsque des préjugés racistes ont conduit à des coups et blessures ou à la mort de quelqu'un, il faut pouvoir le dire que c'est là le fond du problème. Donc ça c'est vraiment une évolution qu'on devrait encore poursuivre »⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Entrevue 2, p. 2.

⁷⁷⁶ *Moldovan et autres c. Roumanie* (n° 2), préc., note 273, § 110- 113.

⁷⁷⁷ *Moiwana Village v. Suriname*, préc., note 209 ; *Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay*, préc., note 153.

⁷⁷⁸ Entrevue 2, p. 2.

Utilité sociale des normes nouvelles et juridicité

Pour terminer, il est temps de répondre à l'hypothèse invoquée dans la première partie de cette étude, selon laquelle une norme dont la juridicité n'est pas discutée, si elle ne bénéficie pas d'un sens clair, ne peut avoir d'impact social favorable. Au contraire, une norme dont la juridicité est discutée en raison de sa faiblesse ou de son caractère implicite, aura un impact social important si son sens est clair. Celle-ci disposera alors d'une forte utilité sociale.

Devant la Cour interaméricaine, la juridicité du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones est faible, puisque cette norme est implicite, non formulée et de l'ordre des objectifs juridiques. Néanmoins, l'effet de la protection établie sur la réalité sociale des requérants et sur leurs modes de vie est plus concret qu'en Europe, dans la mesure où, sans être aboutis, des processus rompant avec la conceptualisation classique de la coexistence au sein d'un État sont à l'œuvre – pensons au cas du Nicaragua et à la collaboration mise en place afin de délimiter, démarquer et attribuer un titre sur son territoire ancestral, à la communauté Awas Tingni. Le dirigisme, la clarté de sa position, mais aussi la considération avec laquelle la Cour interaméricaine traite de ces questions jouent un rôle fondamental dans l'élaboration de solutions utiles socialement.

Au contraire, la nature juridique de cette protection est beaucoup plus évidente devant la Cour européenne, étant qualifiée de « droit » ou d'« obligation », mais cette recherche démontre que ces qualificatifs ne procurent aucune garantie en termes de changement social, puisqu'ils n'assurent pas la mise en œuvre de la norme par les États, ni même sa force juridique. Il est à constater que le mode de vie rom est davantage pris en compte lorsqu'il est invoqué implicitement et quand sont mises en avant les conséquences dégradantes des atteintes produites, comme c'est le cas dans l'affaire *Moldovan et autres c. Roumanie*. Ainsi, l'effet concret de la norme nouvelle sur le mode de vie des requérants reste faible. L'hypothèse proposée à la première partie est donc confirmée.

Cela nous conduit-il à remettre en cause les catégories juridiques établies, entre *soft law* et *hard law* ? La réponse à cette question doit être nuancée, car, peu

importe le système juridique auquel on se réfère, la norme visant à protéger les modes de vie minoritaires ou autochtones est encore trop récente pour appartenir au corpus des règles de *hard law*. Néanmoins, cet état ne se justifie pas par son caractère flou, mais par son caractère récent. Le droit à la vie est une norme qui est généralement classée parmi celles de *hard law* ; pour autant, son sens est encore soumis à interprétation, puisque chaque État n'y attribue pas une signification et une étendue identiques. Son caractère nébuleux n'y change donc rien ; ce qui importe est que les États considèrent la norme comme étant obligatoire.

Or, malgré le discours judiciaire qui peut souvent sembler clair et déterminé quant à la nature et la force juridique des normes – ce qui est le cas de la Cour européenne lorsqu'elle invoque une « obligation positive », mais aussi de la Cour et de la Commission interaméricaine qui associent le droit à la terre des peuples autochtones et les formes traditionnelles de propriété à des « principes juridiques généraux du droit international »⁷⁷⁹ – il convient de ne pas trop s'enthousiasmer, dans la mesure où la volonté des États à mettre en œuvre la norme *a posteriori* demeure un paramètre fondamental.

⁷⁷⁹ *Mary and Carrie Dann v. United States*, préc., note 402.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Dans cette thèse, nous nous sommes penchés sur une norme en émergence, qui sollicite deux niveaux d'analyse. Le premier est d'ordre normatif, le second, plus descriptif. Ainsi, en raison du détour que nous avons effectué vers des études extrajuridiques, se pose la question de savoir quel *devrait* être l'intervalle à l'intérieur duquel le droit aux modes de vie devrait être conçu. Nous aborderons cette question en conclusion et traiterons du même coup des limites de toute démarche normative de cette espèce en nous colletant aux faits – parfois désagréables – de la reconnaissance effective du droit aux modes de vie dans les juridictions étudiées.

À la lumière des développements qui précèdent, le cœur du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones devrait consister en un droit d'exprimer des rapports au temps, à l'espace et aux autres qui soient substantiellement différents de ceux de la majorité⁷⁸⁰. Sa nature juridique est une obligation de moyens dans le sens où l'expression de ces modes de vie est rarement isolée et implique presque systématiquement de parvenir à un accommodement ou à un « compromis équitable » entre les groupes établis sur un même territoire⁷⁸¹. L'opérationnalisation de ce droit est donc variable, puisqu'elle dépend de circonstances historiques, géographiques et sociales. En revanche, bien que le droit aux modes de vie doive avant tout être compris comme étant une obligation de moyens dans la mesure où sa mise en œuvre dépend du contexte de chaque espace, les États devraient néanmoins assumer une obligation de résultat, qui exigerait la négociation de bonne foi dans le but de parvenir à un « compromis équitable » en termes d'expression, de pratique des modes de vie autochtones ou minoritaires et de prise en considération des tiers. Comme nous

⁷⁸⁰ Sur le contenu anthropologique de ces trois rapports, voir K. GENTELET, A. BISSONNETTE et G. ROCHER, préc, note 307.

⁷⁸¹ Un « compromis équitable » est évalué non seulement au regard des attentes et des besoins minoritaires ou autochtones, mais aussi de ce qui est possible vis-à-vis de la société dans son ensemble – c'est-à-dire en fonction des besoins et des attentes des autres groupes vivant sur le même territoire. En outre, parvenir à un compromis ne dépend pas seulement des besoins de chacun, mais aussi des possibilités d'articuler ces divers besoins. De fait, le compromis équitable implique de la part des groupes y participant une prise de conscience de la difficulté ou de l'impossibilité de satisfaire tous les besoins. Du point de vue de la majorité, cela demande donc de revenir sur certains acquis, car le compromis équitable ne peut s'exprimer que dans un contexte qui se distancie de toute quête impérialiste. Ainsi, il permet de remettre en contexte l'atteinte d'un compromis, l'ancrant dans le réel.

l'avons vu, en droit international des peuples autochtones, certaines dispositions soutiennent déjà cette articulation entre différents seuils d'obligatorité. Par exemple, l'article 11(1) de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* protège le droit d'observer et de *revivifier* les traditions culturelles et les coutumes autochtones⁷⁸². Vu son objet et sa formulation, il consiste en une obligation de moyens. Néanmoins, l'article 11(2) impose des mécanismes de réparation efficaces, établis en concertation avec les peuples autochtones. La référence à ces mécanismes, sans contraindre les États à un seul modèle ou à une solution unique valable pour toutes les situations, se rapproche bel et bien de l'obligation de résultat, dans la mesure où parvenir à une solution efficace et consensuelle est nécessaire. L'article 12 de la Déclaration est bâti sur le même modèle⁷⁸³ ainsi que ses articles 29, 30 ou 32. La conception de l'obligation de résultat à privilégier devrait être conçue dans le sens de la mise en œuvre de solutions efficaces. Aussi, le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones ne peut pas être un droit réel et effectif sans concours de l'État pour en garantir la substance et l'objectif. C'est pourquoi l'action de celui-ci par le truchement d'une obligation de facilitation, qui suppose une intervention moins intense, ou par le truchement d'une obligation positive est requise.

Par ailleurs, l'exercice du droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones est encadré par des normes fondamentales non négociables. Elles sont de quatre ordres : le droit à la vie, le droit à des traitements humains, la prohibition des

⁷⁸² *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 7, article 11 : « 1. Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle et la littérature.

2. Les États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces – qui peuvent comprendre la restitution – mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes ».

⁷⁸³ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 7, article 12 : « 1. Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement de leurs restes humains.

2. Les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés ».

discriminations ainsi que celle de l'esclavage. Celles-ci ont pour effet d'assurer la légitimité des pratiques d'un point de vue juridique.

Qu'en est-il des titulaires du droit aux modes de vie ? Ce droit devrait selon nous bénéficier à la fois aux individus et aux collectivités afin de permettre l'expression d'une manifestation identitaire collective fondée sur le sentiment d'appartenance, sans pour autant laisser libre cours aux cas d'oppression de l'individu par le groupe⁷⁸⁴. Son corollaire nécessaire devrait être le droit de pouvoir changer de mode de vie ou de le transformer.

Les peuples autochtones et les minorités étant des titulaires de ce droit, les conclusions tirées par Will Kymlicka s'y appliqueraient. Rappelons que cet auteur suggère que différents droits ciblés soient attribués à chacune des deux catégories, peuple autochtone et minorité nationale, en raison des histoires non similaires vécues par chacune d'elles⁷⁸⁵. L'application d'une telle approche à la consécration du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones devrait avoir des conséquences concrètes sur la signification juridique des rapports au temps, aux autres et à l'espace en fonction des titulaires de droits.

Tous auraient un « droit générique »⁷⁸⁶ protégeant leur propre mode de vie, mais les obligations en résultant pourraient varier en fonction des besoins des minorités et de ceux des peuples autochtones. Le rapport au temps impliquant une gestion du temps différente, le droit aux modes de vie consisterait, d'une part, en un droit de pratiquer le nomadisme ou la sédentarité et, d'autre part, en un droit d'exercer diverses activités traditionnelles ou non. Cela permettrait la non-stigmatisation de la « modernisation » des pratiques traditionnelles, mais aussi le développement de nouvelles activités. Le rapport aux autres imposerait une obligation de reconnaître ou d'intégrer à l'ordre juridique positif les coutumes autochtones ou roms, dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux quatre droits fondamentaux encadrant l'exercice du droit aux modes de vie. Par le truchement de cette prise en

⁷⁸⁴ Une telle articulation est promue par la *Convention de l'O.I.T. n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, préc., note 8, mais aussi par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 7.

⁷⁸⁵ W. KYMLICKA, *Multicultural Odysseys*, préc., note 223, p. 299-301.

⁷⁸⁶ *Id.*

compte, les conceptions et valeurs autochtones, roms ou tribales pourraient bénéficier d'une plus grande place, mais aussi d'une meilleure légitimité en droit positif. Leur reconnaissance ou leur intégration permettrait la gestion des rapports entre individus, au sein d'une communauté qui en rechercherait l'application, par les coutumes définies par elle. Reste à organiser la mise en œuvre de ces coutumes lorsqu'un conflit juridique intervient entre un membre d'une communauté autochtone ou rom qui vit selon ses règles propres et un non-membre. Une autre limite repose dans l'amenuisement de ces coutumes, d'où l'importance de donner aux communautés les moyens de les régénérer, voire de les renouveler.

Chez les peuples autochtones, le rapport à l'espace impliquerait principalement un droit au territoire et aux ressources naturelles. Celui-ci pourrait varier en fonction des circonstances et selon certains degrés. Le premier degré et le plus faible serait *un droit d'accès* au territoire et à ses ressources – obligation minimum et de résultat. Un second palier apparaîtrait avec le droit d'*association à la gestion du territoire et des ressources*, un troisième avec la reconnaissance d'un *droit de cogestion* et un dernier avec le *droit de les maîtriser et de les gérer*, par exemple, à travers le droit collectif de propriété ou de copropriété de ces territoires et ressources – obligation maximale. Sur le droit aux ressources en particulier, il devrait en résulter un droit automatique au partage des bénéfices issus de l'exploitation d'un territoire ancestral avec la communauté autochtone attachée à celui-ci. Ce droit devrait avoir la valeur d'une obligation de résultat. En contexte rom, le rapport à l'espace dépendrait du nomadisme ou de la sédentarité de la communauté ou de l'individu requérants. Ainsi, le rapport à l'espace des Roms nomades devrait consister en un droit d'accéder à des espaces de stationnement en nombre suffisant, répartis sur l'ensemble du territoire de l'État et dont la « qualité » – c'est-à-dire son lieu, mais aussi son environnement, les nuisances et la pollution – ne soit pas systématiquement plus basse que pour la moyenne des citoyens d'un pays. La réglementation du stationnement sur des terrains privés appartenant aux membres de la communauté devrait également être revue. Cela relève du droit de l'urbanisme de chaque État, qui devrait être plus adapté aux diverses réalités des groupes vivant sur le sol qu'il régit, notamment aux modes de vie des citoyens nomades. Quant à la création des espaces

de stationnement, il s'agirait d'une obligation de résultat. Pour les Roms sédentaires ou semi-nomades, le rapport à l'espace devrait aller de pair avec un droit individuel de s'établir selon ses propres choix. Ce droit devrait être complété par un droit d'accéder à des espaces de stationnement supplémentaires, qui se justifie par l'existence de périodes de nomadisme cycliques ou intermittentes pour les Roms semi-nomades. De plus, un droit de s'établir pour une période de temps définie en fonction des cycles de rencontres des membres de la communauté sur un terrain privé appartenant à « un membre propriétaire », sans exiger l'obtention de permis individuel de stationnement pour chaque caravane, devrait également être consacré. Il impliquerait l'obtention d'un permis général d'accueil et de stationnement demandé par le propriétaire membre de la communauté, document officiel qui définirait la durée du stationnement des caravanes de ses hôtes. Le refus de ce permis par les autorités devrait pouvoir être contrôlé, de manière à ce qu'il n'y ait pas de refus abusif fondé sur l'ordre public, la sécurité publique ou sur une discrimination indirecte.

Ce noyau dur du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones devrait être complété par certains droits périphériques, afin de permettre l'effectivité de celui-ci. Ceux-ci dépendent à nouveau du mode de vie de la communauté et de ses besoins. En ce qui concerne les Roms ou les Autochtones nomades, le droit à l'éducation et le droit à la santé devraient être garantis. Cela implique principalement l'adaptation de l'accès à ces services. Un autre droit périphérique important serait celui de s'exprimer dans sa propre langue et de créer les moyens de son apprentissage⁷⁸⁷. Il s'accompagnerait également du droit à sa propre spiritualité et à sa propre culture dans la mesure où celles-ci ne portent pas atteinte aux quatre droits fondamentaux qui devraient encadrer le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones⁷⁸⁸. En outre, l'importance de revoir l'aménagement de

⁷⁸⁷ Le droit à la langue est reconnu par la Convention n°169 ainsi que par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Voir *Convention n°169 relative aux peuples autochtones et tribaux*, Articles 28 et 30 ; *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Articles 13, 14, 16. Il est également reconnu aux minorités nationales d'Europe. Voir *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, Article 5.

⁷⁸⁸ Le droit à sa propre spiritualité et le droit à sa propre culture sont reconnus par la Convention n°169 ainsi que par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Voir *Convention*

l'espace tel qu'il s'effectue actuellement et, en conséquence, celle d'y associer les Roms ou les Autochtones vivant sur le territoire en question devrait consister en une obligation de résultat et ce, afin que leurs perceptions et pratiques légitimes soient équitablement accommodées. Cela implique, pour les peuples autochtones, de reconnaître le droit à un consentement, préalable, libre et éclairé, lorsqu'il s'agit d'exploiter leurs territoires⁷⁸⁹. Dans le cas des peuples autochtones et des minorités, cela nécessite la mise en œuvre de leur droit de participation⁷⁹⁰.

Outre le contenu de ce droit nouveau, sa reconnaissance impose aussi de veiller au contexte qui l'entoure. Trois conditions devraient être prises en compte au moment de sa formulation, car elles influent sur sa portée.

D'une part, ce droit ne doit pas conduire à l'enfermement identitaire. C'est pourquoi la reconnaissance d'un droit aux modes de vie doit s'accompagner du droit, pour un individu, d'en changer, de l'exprimer différemment par rapport aux autres membres de la communauté, de manière adaptée à d'autres réalités vécues par lui ou de façon à représenter l'appartenance à divers cercles concentriques – par exemple, dans le cas où un Autochtone vit en milieu urbain, cela ne devrait pas conduire à la perte définitive et automatique de ce droit. Celle-ci peut intervenir dans les cas d'abandon total du mode de vie, le droit n'ayant plus alors de raison d'être. Toutefois, cette question est difficile. Qui peut juger de l'abandon d'un mode de vie : le juge, le législateur, la communauté ou l'individu lui-même ? La disparition du droit aux modes de vie pour défaut d'existence contemporaine ne doit pas être fondée sur un jugement *a priori* ni sur une vision traditionaliste ou « authentique » de l'identité. De plus, la multiplicité des appartenances justifie l'importance de consacrer un droit qui soit à la fois collectif et individuel. Pour les communautés, il doit permettre la transformation de l'identité, par exemple, par l'intégration de nouvelles pratiques ou activités. Une première sous-condition en résulte, qui tient dans la nécessité de penser

n°169 relative aux peuples autochtones et tribaux, Articles 2, 4, 5 ; *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Articles 11, 12, 13 et 34. Ils sont aussi reconnus aux minorités nationales d'Europe. Voir *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, Article 5.

⁷⁸⁹ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Article 19.

⁷⁹⁰ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Article 18 ; *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, Article 15 ; *Recommandations de Lund*, préc., note 639.

l'identité en permanente transformation, laissant ouvertes les possibilités de modernisation. Cela implique de ne pas essentialiser ni folkloriser les modes de vie et de ne pas les figer à un moment donné. Une seconde sous-condition, corollaire de la première, doit être indiquée. Bien que dans le cas des peuples autochtones le droit au mode de vie soit complété par un droit au territoire et que peu importent les titulaires, il se définit par un rapport spécifique à l'espace ; cela ne signifie pas qu'il ne puisse être consacré lorsqu'un peuple ne vit plus du tout, seulement en partie sur son territoire ancestral ou lorsqu'il y a eu sédentarisation. Dans cette situation, il pourrait consister en un droit à la perpétuation de certaines pratiques, activités, valeurs, conceptions ou croyances. De fait, le droit au mode de vie devrait pouvoir être reconnu à des communautés qui ne peuvent plus exprimer aussi immédiatement que d'autres le rapport qu'elles entretiennent à l'espace. On peut d'ailleurs constater, dans les contextes où les Autochtones ont été déplacés de force ou lorsque leur territoire est surexploité, que le droit au mode de vie ne provient pas toujours d'un rapport particulier à l'espace concrètement vécu. Le cas de la sédentarisation des Autochtones au Canada et de leur établissement en réserves est un bon exemple. La sédentarisation a transformé le rapport à l'espace en modifiant le contact et l'accès au territoire ancestral de ces communautés – ayant pour effet d'éloigner les Autochtones de leur territoire –, mais elle n'a pas pour autant éteint les modes de vie autochtones, puisque ceux-ci peuvent s'exprimer via des conceptions, des perceptions et des rapports au temps, aux autres et à l'espace renouvelés et qui demeurent substantiellement différents de ceux de la majorité canadienne⁷⁹¹. Il en va de même pour les Roms sédentaires qui, malgré l'absence de voyage quotidien, peuvent conserver des valeurs, des conceptions et des pratiques via « une conscience identitaire »⁷⁹² différente de celle de la majorité. La dernière sous-condition impose de veiller à l'absence d'homogénéisation artificielle et *a priori* des modes de vie minoritaires ou autochtones. Le cas des Roms illustre bien l'impossibilité de consacrer ce droit de manière identique pour tous les membres de ce peuple, puisque certains vivent de manière nomade et d'autres non. D'où l'importance de créer un

⁷⁹¹ K. GENTELET, A. BISSONNETTE et G. ROCHER, préc., note 307.

⁷⁹² Sur le concept de conscience identitaire, voir S. AKGÖNÜL, préc., note 266, p. 41 et 42.

droit au mode de vie générique et identique pour tous, mais qui soit modulable en fonction des situations de chaque communauté, voire de chacun.

D'autre part, une deuxième condition met en exergue l'importance de penser le droit en termes de coexistence entre plusieurs groupes vivant sur le même territoire et ayant des identités distinctes. En d'autres mots, le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones ne doit pas être reconnu aux peuples autochtones, aux minorités ou à leurs membres s'il y a des conséquences préjudiciables trop importantes sur les droits des tiers majoritaires. L'importance de trouver un équilibre entre droits des minorités ou droits des peuples autochtones et droits des tiers se fait sentir avec acuité.

La difficulté est de savoir où se situe le juste équilibre. Bien que nécessaire, l'intégration des droits des tiers majoritaires dans la conception des droits spécifiques à des groupes ne comporte-t-elle pas le risque de vider les droits des peuples autochtones ou des minorités de leur substance lorsque les besoins et la manière de penser des tiers deviennent trop pesants ? Comment penser aux minorités et aux peuples autochtones sans pour autant oublier les tiers qui demeurent ou qui interviennent sur les mêmes territoires – ce peut être des tiers majoritaires, des compagnies, mais aussi des communautés aux revendications concurrentes ? Où est la limite de l'accommodement ? La définition et l'articulation des besoins essentiels propres à chacun pourraient être une piste de solution, mais comment parvenir à une telle définition et, par la suite, gérer les besoins qui ne sont pas conciliables ? De plus, vu la multiplicité des vécus, comment généraliser à tout un groupe de personnes ce que sont ces besoins ? L'articulation des droits des tiers et des droits des minorités ou des peuples autochtones représente donc une question complexe, à laquelle on ne peut répondre rationnellement de façon uniforme pour tous, puisque c'est l'humain dans toute sa complexité auquel on fait face. Cette question demeure donc sans réponse pour le moment et, vraisemblablement, elle le demeurera encore longtemps.

La dernière condition porte sur la nécessité de parvenir à l'encadrement le plus intersubjectivement légitime possible du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, encadrement qui devrait être établi par une autorité également reconnue comme légitime. D'où l'importance pour les juridictions de

prendre en considération les arguments des requérants et de leurs témoins, afin de cerner ce qu'ils sont et ce qu'ils revendiquent.

Enfin, cette étude conduit à mettre en évidence deux paramètres essentiels garantissant l'effectivité du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones. Il s'agit, d'une part, de donner aux juridictions les moyens de mettre en œuvre leurs décisions⁷⁹³. D'autre part, il est important de donner aux requérants les instruments adéquats pour accéder à la justice et faire valoir leurs propres conceptions. Cela nécessite l'intervention de scientifiques, de membres de la communauté elle-même – même s'ils sont souvent éloignés des sièges des juridictions internationales –, d'anthropologues ou d'autres personnes participant à la construction d'un argumentaire convaincant et à l'explication d'un mode de vie ou d'une identité aux juges⁷⁹⁴. Or, de telles démarches sont très coûteuses puisqu'elles demandent le déplacement physique de plusieurs individus et requièrent la mobilisation d'un savoir et d'expertises, tant juridique que pratique, ce qui implique d'accorder des aides financières plus importantes et mieux adaptées au cas des peuples autochtones et des minorités pour permettre leur accès concret à la justice internationale. Cependant, nos résultats de recherche, dont la teneur est résumée dans les paragraphes qui suivent, démontrent le contraire.

Rappelons ici que l'objectif de cette recherche était d'analyser le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dans les contentieux internationaux des droits de l'homme. Pour ce faire, le processus d'émergence, la juridicité, le sens et la portée de cette norme ont été examinés afin d'en préciser les contours.

Cette étude confirme d'abord la participation de plusieurs acteurs au processus d'émergence de la norme nouvelle – les requérants, les juges ou les experts et les États. Les premiers revendiquent implicitement ou explicitement la protection de leurs modes de vie. De cette façon, ils impulsent le processus d'émergence de la norme tout en en proposant une interprétation spécifique. Pour leur part, les juges ou

⁷⁹³ L. R. TANNER, préc., note 39, p. 993 et 994.

⁷⁹⁴ Le juge Antônio A. Cançado Trindade met bien en évidence la nécessité pour les juges de se nourrir d'autres discours, L. R. TANNER, préc. Note 39, p. 898.

les experts reçoivent, puis articulent la norme. En outre, ils la consacrent de manière à ce qu'elle s'agence plus ou moins aux moyens des États. Ces derniers ont, quant à eux, tendance à relativiser les arguments des requérants lors du procès tout en demeurant en charge de la mise en œuvre de la norme telle que consacrée, ce qui les place parfois dans une situation de conflit d'intérêts.

Ce processus d'émergence valide la théorie de la polycentricité en matière de construction de certaines règles de droit international, constat qui confirme le dépassement du postulat classique de la toute-puissance étatique en matière de création de normes juridiques internationales. Cette polycentricité se donne à voir à travers deux sortes de mécanismes d'objectivation de la norme, l'un implicite, l'autre explicite. Ceux-ci varient en fonction du type de revendication portée devant la juridiction, mais aussi de la conception qu'a la Cour de son rôle et de sa légitimité face aux États. Ce mécanisme est implicite devant la Cour interaméricaine alors qu'il est explicite devant la Cour européenne. La juridicité du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones fluctue pour sa part en fonction des systèmes. Elle est implicite devant la Cour interaméricaine, en raison de l'absence de référence expresse à un tel droit. En revanche, elle est explicite devant la Cour européenne. Devant le Comité des droits de l'homme, elle varie d'une communication à l'autre, celui-ci faisant parfois référence à « un droit à poursuivre son mode de vie traditionnel »⁷⁹⁵. Or, malgré cette juridicité implicite, la force de la norme est tangible. C'est le cas au sein du système interaméricain. Au contraire, devant la Cour européenne, l'intensité *a priori* de la force normative – comparable à la force obligatoire – diminue en raison d'une application stricte du test de proportionnalité. Néanmoins, et peu importe le système juridique de référence, le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones correspond bel et bien à une norme juridique, mais également à une norme juridique internationale, puisqu'elle remplit les conditions d'élaboration proposées par la résolution 41/120, sur l'*Établissement de normes internationales dans le domaine des droits de l'homme*.

Cette norme consacre un droit spécifique appartenant soit aux peuples autochtones et tribaux eux-mêmes – ceci uniquement devant la Cour interaméricaine

⁷⁹⁵ *Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, préc., note 144.

des droits de l'homme –, soit aux membres de peuples autochtones et du peuple Rom. De plus, elle se décline sous la forme d'un principe plutôt que d'une règle, car sa signification est largement déterminée. Sa juridicité et sa mise en œuvre sont de faible intensité, en particulier au sein des systèmes européens et onusiens, ce qui lui donne une consistance similaire à celle des droits économiques et sociaux. Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones se distingue néanmoins de ces derniers en raison de son efficacité parfois plus grande, par exemple au sein du système interaméricain. Devant la cour de San José, la protection d'un mode de vie autochtone ou tribal résulte ou est consubstantiel du droit de propriété collectif des territoires ancestraux et des ressources naturelles, qui impose une gestion du territoire plus inclusive des intérêts de ces groupes.

Sur le plan de sa signification réelle, le droit au respect des modes de vie protège principalement un rapport au territoire, c'est-à-dire un mode d'appréhension et d'exploitation, mais aussi de circulation sur celui-ci. Il soutient également un mode d'établissement, par exemple la vie en caravane de certains Roms. Devant les trois juridictions examinées, le concept de mode de vie fait par ailleurs référence à certaines activités particulières, telles que l'élevage de rennes ou la pêche.

Les requérants roms, tribaux ou autochtones participent pleinement, bien qu'officieusement, à la construction du sens de cette norme. En effet, les décisions rendues intègrent généralement la définition qu'ils proposent implicitement ou explicitement du concept de mode de vie. Toutefois, malgré l'existence d'un processus de codétermination, certains décalages persistent entre les positions des différents acteurs. Ils sont liés soit à l'impossibilité pour les juges d'appliquer au cas d'espèce la solution de principe consacrée, soit à l'ampleur de l'éloignement entre la position des requérants et celle de l'État défendeur, ou encore à une recherche de protection des droits des tiers.

Quand bien même les requérants eux-mêmes participent à la construction de la norme, celle-ci n'en demeure pas moins doublement surdéterminée, d'abord par les conceptions des juges ou des experts, mais aussi par celles des requérants. En effet, la définition du concept de mode de vie étant fondée, pour les fins de cette analyse, sur une compréhension dynamique de l'identité – telle que mise en évidence au début de

la partie II –, lorsqu'il y a réduction, fixation ou présence d'une définition subjective de ce concept, celui-ci se distancie en droit de la définition anthropologique. Il en va de même des risques de paternalisme, de victimisation ou de discrimination vis-à-vis des requérants ou de leurs communautés, mais aussi de ceux d'essentialisation et d'idéalisation de leurs modes de vie ou de leurs identités. Ces risques sont tous à même de dénaturer le sens et la portée de la norme par rapport à la réalité sociale.

Pourtant, les recherches antérieures ne mettent pas nécessairement l'accent sur ce double processus de surdétermination. Au contraire, elles y voient le plus souvent le seul décalage du point de vue des juges. Ce double processus est apparu clairement dans le cadre de cette étude et représente l'un de ses apports. Il est d'ailleurs confirmé par certains travaux non juridiques. Ainsi, Alexandros Tsolakis, fonctionnaire européen travaillant sur la question des Roms précise que :

« Puisque les *gadgés* disent que les Roms sont des voleurs et des mendiants alors, les Roms leur donnent ce qu'ils veulent. Dans les sociétés Roms, on a presque construit sous forme de petites histoires, une sorte de mythologie qui explique pourquoi les Gitans sont voleurs. C'est devenu une sorte de base culturelle et qui ne sert plus qu'à les maintenir dans cette marge curieuse »⁷⁹⁶.

En cela, il confirme le phénomène d'« inversion du stigmaté » mis en exergue par le sociologue Erving Goffman⁷⁹⁷. Ce processus d'appropriation ou d'intégration de stéréotypes par le groupe qui y est confronté est également mis en évidence par Ronald Niezen en contexte autochtone⁷⁹⁸. Cette étude confirme donc, à partir d'un point de vue juridique, certains résultats déjà observés en sociologie.

Pour autant, le droit au respect des modes de vie minoritaires ou autochtones est porteur d'avancées théoriques qui sont de trois ordres. Elles ont trait à la coexistence au sein de territoires identiques entre groupes aux identités différentes, à l'amélioration de la qualité de vie des requérants et au processus de reconnaissance identitaire.

⁷⁹⁶ A. TSOLAKIS, « Sédentaires et nomades – L'Europe et les Roms », préc., note 13, p. 155.

⁷⁹⁷ Erving GOFFMAN, *Stigma*, Prentice-Hall, 1963, 175 p.

⁷⁹⁸ Ronald NIEZEN, *The Origins of Indigenism. Human Rights and the Politics of Identity*, préc., note 122, p. 159, 160 et 180.

En matière de coexistence, on constate que le droit positif en vient à promouvoir, du moins sous l'angle théorique, un libre choix identitaire, et accessoirement politique et territorial. Quant à la qualité de vie, cette étude soutient son amélioration potentielle dans sa dimension matérielle et culturelle. Enfin, le droit au respect des modes de vie promeut une reconnaissance de la différence identitaire qui peut être collective – via la consécration d'un droit collectif ou via celle d'un droit individuel se fondant sur le contexte identitaire collectif au sein duquel évolue le requérant –, et dont les caractéristiques varient non pas en fonction du statut des requérants – qu'ils soient membres d'un peuple autochtone ou d'une minorité nationale – mais selon l'approche judiciaire privilégiée par la juridiction. Cela met l'accent sur l'importance du sentiment de légitimité chez les juges. Celui-ci explique en partie qu'ils soient plus ou moins enclins à innover.

Au-delà de ce facteur, les apports théoriques de la norme sont également limités par d'autres éléments, dont celui de la volonté et de l'intérêt des États, mais aussi l'idéalisme ou le dogmatisme de l'interprétation de la norme promue par les juges, lesquels ignorent trop souvent, en recourant à la logique formelle, les réalités sociales, politiques et économiques qui entourent la formation du droit. La gravité des conséquences de l'atteinte à un mode de vie joue aussi un rôle fondamental dans la reconnaissance d'une violation par les juridictions.

Il ressort de ce qui précède que l'articulation des discours judiciaires dépend de trois facteurs. Ils tiennent à la formulation initiale des revendications, à la réceptivité des agents qui les formulent et les reçoivent ainsi qu'à la situation et au contexte psychologique, social, politique et culturel au sein desquels ils se situent. Ce dernier facteur met en exergue l'importance de la marge de manœuvre dont disposent les acteurs du processus d'émergence des normes et de la perception qu'ils ont de cette marge.

La question qui reste en suspens est de savoir si le droit au respect des modes de vie est une norme qui pourrait bénéficier à d'autres titulaires de droits que les peuples autochtones et certaines minorités nationales. Plus précisément, pourrait-elle profiter à certaines communautés dont les croyances religieuses imposent une

manière de vivre substantiellement différente de celle de la majorité, tels que les témoins de Jéhovah, les Amishs ou les Mormons ? Pourrait-elle être revendiquée par certaines catégories de la population majoritaires, telles que les familles avec enfants qui disposent d'un certain mode de vie différent des familles sans enfant ? En outre, pourrait-on reconnaître un droit au mode de vie, par exemple, aux personnes dont le handicap implique de vivre en fauteuil roulant ? Enfin, est-ce que chaque individu ne pourrait pas revendiquer son propre mode de vie, faisant en sorte que la norme sortirait alors totalement du contexte initial attaché au droit des minorités et des peuples autochtones ? En d'autres mots, jusqu'où le concept de mode de vie pourrait-il être étendu ?

Certains auteurs se positionnent en faveur d'une telle extension⁷⁹⁹. Cependant, aucune réponse claire ne résulte de l'étude qui précède, bien que ces questions soient susceptibles de bousculer très considérablement les équilibres juridiques actuels. La reconnaissance d'un droit au mode de vie à d'autres communautés que les peuples autochtones et les minorités nationales pourrait être légitime ; mais dans quels cas et où se situerait la limite ? Sans résoudre ce problème juridique complexe, une condition minimale peut néanmoins être posée. Elle repose dans l'existence de rapports particuliers au temps, aux autres et à l'espace, tels que l'impose la définition même du concept de mode de vie adoptée par cette analyse. De plus, certains critères peuvent d'ores et déjà être évoqués, tels que celui de l'existence d'une pratique sincère, c'est-à-dire actuelle, réelle, non sporadique, ancrée depuis un certain temps dans la vie de l'individu ou du groupe et qu'ils jugent importante pour leur existence et pour leurs identités. Toutefois, ces critères restent flous et leur caractère juridique opératoire demeure incertain si on les applique à d'autres groupes que les peuples autochtones ou les minorités telles que définies dans cette étude.

Par ailleurs, cette éventuelle extension laisse planer trois risques dont la réalité reste à évaluer. Premièrement, il s'agit de la perte de maîtrise de la norme par les juridictions, par absence de circonscription claire. Dans l'hypothèse où un droit au mode de vie existerait pour chaque individu, cela pourrait également entraîner une

⁷⁹⁹ Par exemple, Mylène BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain – N°10, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2009, 560 p.

impossible mise en œuvre de la règle par les États, par manque de ressources pour y parvenir. Deuxièmement, n'y aurait-il pas un danger à légitimer et protéger juridiquement des pratiques en tous genres par le concept de mode de vie, bref à banaliser ce droit pour n'en faire qu'un véhicule de préférences individuelles ? Troisièmement, cette extension ne produirait-elle pas une confusion des situations et des droits applicables, entraînant une certaine anarchie juridique et une perte de sécurité. En effet, n'y a-t-il pas un danger d'opportunisme grandissant à voir certaines pratiques religieuses non protégées sous le fondement de la liberté de religion mais qui pourraient le devenir sous celui du droit au mode de vie ?

Ces dangers restent à évaluer, de même que ce phénomène de diversification des titulaires de droit. Ce dernier pourrait, en effet, transformer la nature du droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones, passant du statut de norme spécifique bénéficiant à certaines catégories de groupes ou d'individus à celui de norme générale et universelle appartenant à tous. Il s'agit donc d'un enjeu majeur, sur lequel d'autres pourrions se pencher.

BIBLIOGRAPHIE

I. DOCUMENTS OFFICIELS

A. Conventions Internationales de Protection des droits de l'homme

Charte des Nations Unies, 1945, Organisation des Nations Unies, en ligne : <http://www.un.org/french/aboutun/charte> (consulté le 23.09.08).

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales, Résolution 2106 A(XX), 21 décembre 1965 (entrée en vigueur le 04.01.69), Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/d_icerd_fr.htm (consulté le 23.09.08).

Convention n°107, relative aux populations autochtones et tribales, 26 juin 1957 (entrée en vigueur le 02.06.59), Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, en ligne : <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C107> (consulté le 23.09.08).

Convention n° 169, relative aux peuples indigènes et tribaux, 27 juin 1989 (entrée en vigueur le 05.09.91), Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, en ligne : <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C169> (consulté le 23.09.08).

Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 17 octobre 2003 (entrée en vigueur le 20.04.06), Conférence générale de l'UNESCO en ligne : <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540f.pdf> (consulté le 23.09.08).

Convention sur la diversité biologique, 05 juin 1992 (entrée en vigueur le 29.12.93), en ligne : <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf> (consulté le 23.09.08).

Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 20 octobre 2005 (entrée en vigueur le 18.03.07), Conférence générale de l'UNESCO, en ligne : <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919f.pdf> (consulté le 23.09.08).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 23.03.76), Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_ccpr_fr.htm (consulté le 23.09.08).

Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturel, Résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 03.01.76), Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_cescr_fr.htm (consulté le 23.09.08).

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 23.03.76), Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_opt_fr.htm (consulté le 23.09.08).

Statut de la Cour internationale de justice, 26 juin 1945 (entré en vigueur le 28.07.48), en ligne : <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&lang=fr> (consulté le 23.09.08).

B. Conventions régionales de protection des droits de l'homme

Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights « Protocol of San Salvador », 17 novembre 1988 (entré en vigueur le 16.11.99), Organisation des Etats Américains, en ligne : <http://www.oas.org/juridico/English/treaties/a-52.html> (consulté le 23.09.08).

American Convention on Human Rights « Pact of San Jose, Costa Rica », 22 novembre 1969 (entrée en vigueur le 18.07.78), Organisation des Etats Américains, en ligne : <http://www.oas.org/juridico/English/treaties/b-32.html> (consulté le 23.09.08).

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, juin 1981 (entrée en vigueur le 21.10.86), Organisation de l'Unité Africaine, en ligne : http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/Charte%20Africaine%20des%20Droits%20de%20l%20homme%20et%20des%20Peuples.pdf (consultée le 23.09.08).

Charte sociale européenne (révisée), 1996, STE 163, Conseil de l'Europe, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/163.htm> (consulté le 23.09.08).

Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales, 01 février 1995 (entrée en vigueur le 01.02.98), Conseil de l'Europe, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/157.htm> (consulté le 22.09.08).

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 04 novembre 1950 (entrée en vigueur le 03.09.53) Conseil de l'Europe, en ligne : <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf> (consulté le 22.09.08).

C. Déclarations, projets de déclarations et résolutions d'organisations internationales et régionales

American Declaration of the Rights and Duties of Man, 02 juin 1998, AG/RES.1591(XXVIII-O/98), Conférence internationale des États Américains, en ligne : <http://www.oas.org/juridico/English/ga-Res98/Eres1591.htm> (consulté le 23.09.08).

Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles, Conférence mondiale sur les politiques culturelles, 6 août 1982, U.N.E.S.C.O., en ligne : http://portal.unesco.org/culture/fr/files/12762/11295422481mexico_fr.pdf/mexico_fr.pdf (consulté le 22.09.08).

Déclaration et programme d'action de Vienne, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, 12 juillet 1993, AGNU A/CONF.157/23, en ligne : [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Fr](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Fr) (consulté le 23.09.08).

Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, résolution A/RES/47/135, 18 décembre 1992, Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : <http://www2.ohchr.org/french/law/minorites.htm> (consulté le 22.09.08).

Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones, résolution A/RES/61/295, 13 septembre 2007, Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement> (consulté le 22.09.08).

Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, Résolution 2625 (XXV), 24 octobre 1970, Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=F) (consulté le 03 juin 2010).

Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, Résolution 1514 (XV), 14 décembre 1960, Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514\(XV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514(XV)&Lang=F) (consulté le 03 juin 2010).

Déclaration universelle des Droits de l'Homme, résolution 217A(III), 10 décembre 1948, Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm> (consulté le 23.09.08).

Déclaration universelle sur la diversité culturelle, 2001, U.N.E.S.C.O., en ligne : <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127161f.pdf> (consulté le 23.09.08).

Établissement de normes internationales dans le domaine des droits de l'homme, résolution A/RES/41/120, 04 décembre 1986, AGNU, en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/498/42/IMG/NR049842.pdf?OpenElement> (consulté le 23.09.08).

Principes qui doivent guider les États Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte, leur est applicable ou non, Résolution 1541 (XV), 15 décembre 1960 Assemblée générale des Nations Unies, en ligne : [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1541\(XV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1541(XV)&Lang=F) (consulté le 03 juin 2010).

Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous People, OEA.Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., 1997, at 654-676, Commission interaméricaine, 1333^e session, (26 février 1997) et OEA/Ser.K/XVI, projet rediscuté, groupe de travail (18 avril 2008), en ligne : <http://www.oas.org/consejo/CAJP/Indigenous%20documents.asp> (consulté le 22.09.08)

Proposition de Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant les personnes appartenant à des minorités nationales, recommandation 1201, 1993, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en ligne : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta93/FREC1201.htm> (consulté le 23.09.08).

Recommandations de Lund sur la participation effective des minorités nationales à la vie publique, 1999, O.S.C.E., Haut-Commissariat pour les minorités nationales, en ligne : http://www.osce.org/documents/hcnm/1999/09/2698_fr.pdf (consulté le 1er juin 2010).

Recommandation Rec (2005) 4 relative à l'amélioration des conditions de logement des Roms et des Gens du voyage en Europe, 23 février 2005, Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, en ligne : [http://www.coe.int/T/DG3/RomaTravellers/documentation/recommendations/rec\(2005\)4logement_fr.asp](http://www.coe.int/T/DG3/RomaTravellers/documentation/recommendations/rec(2005)4logement_fr.asp) (consulté le 18 février 2010).

Recommandation 1201 relative à un protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme sur les droits des minorités nationales, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 1993, en ligne : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta93/FREC1201.htm> (consulté le 14 mai 2010).

Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, 15 novembre 1989, Conférence générale de l'U.N.E.S.C.O., en ligne : http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consulté le 23.09.08).

Résolution no (75) 13 *portant recommandation sur la situation sociale des nomades en Europe*, 22 mai 1975, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, en ligne : [http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/documentation/recommendations/resCM\(1975\)13_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/documentation/recommendations/resCM(1975)13_fr.pdf) (consulté le 18 février 2010).

Résolution no R (83) 1 *relative aux nomades apatrides ou de nationalité indéterminée*, 22 février 1983, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, en ligne : [http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/documentation/recommendations/recCM\(1983\)1_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/documentation/recommendations/recCM(1983)1_fr.pdf) (consulté le 18 février 2010).

Résolution 1203 (1993) *relative aux Tsiganes en Europe*, 02 février 1993, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en ligne : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta93/FREC1203.htm> (consulté le 18 février 2010).

D. Autres

Acte final d'Helsinki, 1975, C.S.C.E., en ligne : http://www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044_fr.pdf (consulté le 23.09.08).

Agenda 21, A/CONF.151/26 (vol. I), 12 août 1992, rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, en ligne : <http://www.un.org/french/ga/special/sids/agenda21> (consulté le 23.09.08).

Charte sur les droits des Roms, Proposition du Forum européen des Roms et des Gens du voyage, 2009, en ligne : http://www.ertf.org/down/ERTF_Charter_Final_071009.pdf (consulté le 16/03/2010).

Document de la Réunion de Copenhague, 29 juin 1990, Conférence sur la dimension humaine de l'O.S.C.E., en ligne : http://www.osce.org/documents/odih/1990/06/1902_fr.pdf (consulté le 23.09.08).

États multiethniques et protection des droits des minorités, 07 septembre 2001, Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, en ligne : <http://www.un.org/french/WCAR/docs/minorites.pdf> (consulté le 23.09.08).

II. JURISPRUDENCE

A. Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice et de la Cour Permanente de Justice Internationale :

C.P.J.I. :

Écoles minoritaires en Albanie, avis consultatif, C.P.J.I. recueil série A/B n°64, (06 avril 1935), en ligne : http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_64/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatif.pdf (consulté le 23.09.08).

Question des Communautés Gréco-Bulgares, avis consultatif, C.P.J.I. recueil série B n°17, (31 juillet 1930), en ligne : http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf (consulté le 22.09.08).

Statut juridique du Groënland Oriental, arrêt, C.P.J.I. recueil série A/B n°53, (5 avril 1933), en ligne : http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf (consulté le 23.09.08).

C.I.J. :

Affaire du Sud Ouest Africain (Ethiopie c. Afrique du Sud et Libéria c. Afrique du Sud), arrêt, C.I.J. Recueil 1966, (18 juillet 1966), en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4954.pdf> (consulté le 22.09.08).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase (Belgique c. Espagne), arrêt, C.I.J. Recueil 1970, (5 février 1970), en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5386.pdf> (consulté le 22.09.08).

Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. recueil 1971, (21 juin 1971), en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5594.pdf> (consulté le 23.09.08).

Détroit de Corfou, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, (9 avril 1949), en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1644.pdf> (consulté le 22.09.08)

Réserves à la Convention sur le Génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, (28 mai 1951), en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4282.pdf> (consulté le 22.09.08).

Sahara Occidental, avis consultatif, *C.I.J. recueil 1975*, (16 octobre 1975), en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6194.pdf> (consulté le 22.09.08).

B. Communications du Comité des droits de l'homme des Nations Unies

Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle Zélande, communication n°547/1993, (15 novembre 2000) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/266fb46c7173f2fbc1256a1c0030ce28?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/266fb46c7173f2fbc1256a1c0030ce28?Opendocument) (consulté le 22.09.08).

Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c. France, communication n°549/1993, (29 décembre 1997) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/0c902a138ddadbdf802566e1003a95e9?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/0c902a138ddadbdf802566e1003a95e9?Opendocument) (consulté le 22.09.08).

George Howard c. Canada, communication n°879/1999, (04 août 2005) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/a981f075b1aa655ec1257068004b2140?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/a981f075b1aa655ec1257068004b2140?Opendocument) (consulté le 22.09.08).

Ilmari Länsman et consorts c. Finlande, communication n°511/1992, (08 novembre 1994) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/8eac0dd733269a14802566e3003a2aac?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/8eac0dd733269a14802566e3003a2aac?Opendocument) (consulté le 22.09.08).

Jouni E. Länsman et consorts c. Finlande, communication n°671/1995, (22 novembre 1996) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/a5adb18467c59f8a80256713005f6b69?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/a5adb18467c59f8a80256713005f6b69?Opendocument) (consulté le 22.09.08).

Jouni Länsman, Eino Länsman et le Muotkatunturi Herdsmen's Committee c. Finlande, communication n°1023/2001, (15 avril 2005) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d8ae78014c9bc2e6c125700a004e6a75?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d8ae78014c9bc2e6c125700a004e6a75?Opendocument) (consulté le 22.09.08).

Kitok c. Suède, communication n°197/1985, (10 août 1988) C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/11fb8e3a24b069ffc1256ab60028b283?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/11fb8e3a24b069ffc1256ab60028b283?Opendocument) (consulté le 22.09.08).

M. Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast/Hylling c. Norvège, communication n°942/2000, 12 novembre 2002, C.D.H., en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.76.D.942.2000.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.76.D.942.2000.Fr?Opendocument) (consulté le 23.09.08).

Mme Anni Äärelä et M. Jouni Näkkäläjärvi c. Finlande, communication n°779/1997, 07 novembre 2001, C.D.H., en ligne :
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.73.D.779.1997.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.73.D.779.1997.Fr?Opendocument) (consulté le 23.09.08).

Le chef Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada, communication n°167/1984, (10 mai 1988) C.D.H., en ligne :
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/750d146488937439c1256ac50051a3d3?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/750d146488937439c1256ac50051a3d3?Opendocument) (consulté le 22.09.08).

R. L. et consorts c. Canada, communication n°358/1989, 28 novembre 1990, C.D.H., en ligne :
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/ba3250889f600d1fc1256afd0045cf46?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ba3250889f600d1fc1256afd0045cf46?Opendocument) (consulté le 22.09.08).

Sandra Lovelace v. Canada, communication n°24/19977, 30 juillet 1981, C.D.H., en ligne :
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/cc245da4e1c73a55c1256a16003b21a8?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/cc245da4e1c73a55c1256a16003b21a8?Opendocument) (consulté le 23.09.08).

C. Jurisprudence issue du système Interaméricain des droits de l'homme

- Commission interaméricaine des droits de l'homme:

Carrier Sekani Tribal Council v. Canada, petition n°12.279, Com. I.D.H.

Grand Chief Michael Mitchell, also known as Kanentakeron v. Canada, report n°74/03, petition n°790/01, (22 octobre 2003) Com. I.D.H., en ligne:
<http://www.cidh.org/annualrep/2003eng/Canada.790.01.htm> (consulté le 23.09.08).

Mary and Carrie Dann v. United States, report n°75/02, petition n°11.140, (27 décembre 2002) Com. I.D.H., en ligne:
<http://www.cidh.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm> (consulté le 23.09.08).

Maya Indigenous Communities and their members v. Belize, report n°78/00, petition n°12.053, (05 octobre 2000) Com. I.D.H., en ligne :
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000eng/ChapterIII/Admissible/Belize12.053.htm> (consulté le 03 juin 2010).

The Miskito Case v. Nicaragua, report n°7964, OEA/Ser.L/VII.62, doc. 10 rev. 3, (1983) Com. I.D.H.

The Yanomami Case v. Brazil, resolution n°12/85, case n°7615, (05 mars 1985) Com. I.D.H., en ligne: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85eng/Brazil7615.htm> (consulté le 03 juin 2010).

- Cour interaméricaine des droits de l'homme:

Aloeboetoe et Al. v. Suriname, requête n°10150, arrêt, (04 décembre 1991) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_11_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

Aloeboetoe et Al. v. Suriname (Reparations), arrêt, (10 septembre 1993) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

Bamaca Velasquez v. Guatemala, requête n°11129, arrêt, (25 novembre 2000) Cour I.D.H., en ligne: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay, requête n°12313, arrêt, (17 juin 2005) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay, arrêt, (06 février 2006) Cour I.D.H., en ligne: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

Interpretation of the Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights, avis consultatif OC-10/89, (14 juillet 1989) Cour I.D.H., en ligne: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_ing1.pdf (consulté le 22.09.08).

Moiwana Village v. Suriname, requête n°11821, arrêt, (15 juin 2005) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

Moiwana Village v. Suriname Interpretation of the June 15, 2005 Judgment on the Preliminary Objections, Merits and Reparations, arrêt, (08 février 2006) Cour I.D.H., en ligne: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

Saramaka People v. Suriname, requête n°12338, arrêt, (28 novembre 2007) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, requête n°0322/2001, arrêt, (29 mars 2006) Cour I.D.H., en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

The Mayagna (sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua, requête n°11577, arrêt, (31 août 2001) Cour I.D.H., en ligne :
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, avis consultative OC – 16/99, (1^{er} octobre 1999) Cour I.D.H., en ligne:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

Yatama v. Nicaragua, requête n°12388, arrêt, (23 juin 2005) Cour I.D.H., en ligne:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_ing.pdf (consulté le 22.09.08).

D. Avis et décisions rendus par les instances du Conseil de l'Europe

- Arrêts et décisions rendus par la Commission et par la Cour Européenne des droits de l'homme

Affaire Demir et Baykara c. Turquie, requête n°34503/97, arrêt (12 novembre 2008) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=34503/97&sessionid=54732138&skin=hudoc-fr> (consulté le 01 juin 2010).

Affaire Muñoz Diaz c. Espagne, requête n°49151/07, arrêt, (08 décembre 2009), Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=SPAIN%20%7C%2049151/07&sessionid=55856837&skin=hudoc-en>
 (consulté le 20 décembre 2009).

Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, requêtes n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, arrêt, (23 juillet 1968) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=14092881&skin=hudoc-fr> (consulté le 23.09.08).

Affaire Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine, requêtes n°27996/06 et 34836/06, arrêt, (22 décembre 2009) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=%E9lection&sessionid=50324574&skin=hudoc-fr> (consulté le 31 mars 2010).

Airey c. Irlande, requête n°6289/73, arrêt, (09 octobre 1979) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=54732138&skin=hudoc-fr> (consulté le 02 juin 2010).

Anguelova c. Bulgarie, requête n°38361/97, arrêt, (13 juin 2002) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=38361/97&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

Beard c. Royaume Uni, requête n°24882/94, arrêt, (18 janvier 2001) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=5&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08).

Bekos et Koutropoulos c. Grèce, requête n°15250/02, arrêt, (13 décembre 2005) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=15250/02&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

Buckley c. Royaume Uni, requête n°20348/92, arrêts, (25 septembre 1996) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=BUCKLEY%20%20ROYAUME-UNI%20%20&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08).

Case of Handölsdalen Sami village and Others v. Sweden, requête n°39013/04, arrêt, (30 mars 2010) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=39013/04&sessionid=60687517&skin=hudoc-en> (consulté le 12.08.10).

Chapman c. Royaume Uni, requête n°27238/95, arrêt, (18 janvier 2001) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08).

Connors c. Royaume Uni, requête n°66746/01, arrêt, (27 mai 2004) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=8&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08).

Coster c. Royaume uni, requête n°24876/94, arrêt, (18 janvier 2001) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08).

Dudgeon c. Royaume-Uni, requête n°7525/76, arrêt, (23 octobre 1981) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ROYAUME-UNI&sessionid=44679277&skin=hudoc-fr> (consulté le 02 février 2010).

Gaskin c. Royaume-Uni, Requête n°10454/83, arrêt, (07 juillet 1989) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ROYAUME-UNI&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

G et E c. Norvège, requêtes n°9278/81 et n°9415/81, décision, (03 octobre 1983) Com. E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08).

Handölsdalen Sami Village and Others v. Sweden, requête n°39013/04, décision (17 février 2009) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=39013/04&sessionid=60687517&skin=hudoc-en> (consulté le 16.08.10).

Hingitq 53 et autres c. Danemark, requête n°18584/04, décision, (12 janvier 2006) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=DANEMARK%20%7C%2018584/04&sessionid=39250353&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

I.G., M.K. et R.H. c. Slovaquie, requête n° 15966/04, décision, (22 septembre 2009) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=15966/04&sessionid=56336562&skin=hudoc-en> (consulté le 22 mai 2010).

Jane Smith c. Royaume Uni, requête n°25154/94, arrêt, (18 janvier 2001) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08).

Johnston et autres c. Irlande, requête n°9697/82, arrêt, (16 décembre 1986) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=IRELAND&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

Keegan c. Irlande, requête n°16969/90, arrêt, (26 mai 1994) Cour E.D.H., en ligne :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=16&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=14092881&skin=hudoc-fr> (consulté le 23.09.08).

Konkama et 38 autres villages Sames c. Suède, requête n° 27033/95, décision, (25 novembre 1996), Com E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=konkama&sessionid=60687517&skin=hudoc-en> (consulté le 12 septembre 2010).

Kroon et autres c. Pays Bas, requête n°18535/91, arrêt, (27 octobre 1994) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=6&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=14092881&skin=hudoc-fr> (consulté le 23.09.08).

Lee c. Royaume Uni, requête n°25289/94, arrêt, (18 janvier 2001) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=8916432&skin=hudoc-fr> (consulté le 22.09.08).

Moldovan et autres c. Roumanie (n°2), requêtes n°41138/98 et 64320/01, arrêt (12 juillet 2005) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=MOLDOVAN&sessionid=50769114&skin=hudoc-fr> (consulté le 15 avril 2010).

Marckx c. Belgique, requête n°6833/74, arrêt, (13 juin 1979) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=14092881&skin=hudoc-fr> (consulté le 23.09.08).

Nachova et autres c. Bulgarie, requête n°43577/98 et 43579/98, arrêt, (06 juillet 2005) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=43577/98&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

Noack et autres c. Allemagne, requête n°46346/99, décision, (25 mai 2000) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=46346/99&sessionid=44175527&skin=hudoc-fr> (consulté le 15 décembre 2009).

Šečić c. Croatie, requête n°40116/02, arrêt, (31 mai 2007) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=40116/02&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

Stenegry et Adam c. France, requête n°40987/05, décision, (22 mai 2007) Cour E.D.H., en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=FRANCE&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

Thlimmenos c. Grèce, requête n°34369/97, arrêt, (06 avril 2000) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=29&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=14092881&skin=hudoc-fr> (consulté le 23.09.08).

Tyrer c. Royaume Uni, requête n°5856/72, arrêt, (25 avril 1978) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=14092881&skin=hudoc-fr> (consulté le 23.09.08).

D. Van Oosterwijck c. Belgique, requête n°7654/76, décision, (01 mars 1979) Com. E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=9&portal=hbkm&action=prof&highlight=BELGIQUE&sessionid=54845312&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

Velikova c. Bulgarie, requête n°41488/98, arrêt, (18 mai 2000) Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=41488/98&sessionid=54844047&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

X. et Y. c. Pays-Bas, requête n°8978/80, arrêt, (26 mars 1985), Cour E.D.H., en ligne :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=7&portal=hbkm&action=html&highlight=PAYS-BAS&sessionid=54845312&skin=hudoc-fr> (consulté le 03 juin 2010).

Young, James & Webster c. Royaume-Uni, requête n°7601/76 et 7806/77, arrêt, (13 août 1981) Cour E.D.H., en ligne:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=14092881&skin=hudoc-fr> (consulté le 23.09.08).

- Avis rendus par le Comité consultatif de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales :

Avis sur le Royaume-Uni, ACF/INF/OP/I(2002)006, avis, (30 novembre 2001) Comité consultatif de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales, en ligne :

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_1st_OP_UK_fr.pdf (consulté le 18 février 2010).

- Décisions rendues par le Comité européen des droits sociaux

Centre européen des droits des Roms c. France, Réclamation n°51/2008, décision sur le bien fondé de la réclamation, (19 octobre 2009), Comité européen des droits sociaux, en ligne :

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC51Merits_fr.pdf (consulté le 12 mars 2010).

E. Décisions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, requête n°276/2003, décision, (02 février 2010), Com. A.D.H., en ligne : <http://www.minorityrights.org/?lid=9587> (consulté le 12.08.10).

III. RAPPORTS OFFICIELS, ÉTUDES ET DOCUMENTS DE TRAVAIL :

CAPOTORTI, M.F., *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, publication des Nations Unies, Genève, 1991.

COBO, M. J.R., *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Vol. 5, Conclusions, propositions et recommandations, Doc. Nations Unies, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 1987, E/CN.4/Sub.2/1986/7, en ligne : <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/spdaip.html>.

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observation générale n°12(21) droit à l'autodétermination*, Doc. A/39/40, 13 mars 1984, en ligne: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/f3c99406d528f37fc12563ed004960b4?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/f3c99406d528f37fc12563ed004960b4?Opendocument) (consulté le 01 juin 2010).

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observation générale n°18, Non-discrimination* (article 2), 10 novembre 1989, en ligne: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/688f6d5dc4bd5cb880256523004a9f50?Opendocument>.

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observation générale n°23, Les droits des minorités* (article 27), 08 avril 1994, en ligne : <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/8e168da58057073e80256523004b8e1c?Opendocument>.

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observation générale n°25, le droit de participation aux affaires publiques* (article 25), 12 juillet 1999, en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument) (consulté le 01 juin 2010).

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant – Concluding observations of the Human Rights Committee*, CCPR/C/AUS/CO/5, 07 mai 2009, en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/422/14/PDF/G0942214.pdf?OpenElement> (consulté le 20 mars 2010).

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant – Concluding observations of the Human Rights Committee*, CCPR/C/SWE/CO/6, 07 mai 2009, en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/422/07/PDF/G0942207.pdf?OpenElement> (consulté le 20 mai 2010).

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Examen des rapports soumis par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte – Observations finales du Comité des droits de l'homme, Nicaragua*, CCPR/C/NIC/CO/3, 12 décembre 2008, en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/456/93/PDF/G0845693.pdf?OpenElement>.

COMITÉ DES NATIONS UNIES POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *General Recommendation n°23 : Indigenous Peoples*, UN Doc. CERD/C/51/misc 13/Rev 4, 18 août 1997, en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/73984290dfea022b802565160056fe1c?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/73984290dfea022b802565160056fe1c?OpenDocument) (consulté le 01 juin 2010).

COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev., April 24, 1997, at 103.

COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *The Human Rights Situation of the Indigenous People in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II.108, Doc. 62 (October 20, 2000).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif à la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, STE n°157, Strasbourg, en ligne : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/157.htm> (consulté le 01 juin 2010).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Assemblée générale des Nations Unies, *Application de la résolution 60/251 de l'Assemblée générale du 15 mars 2006 intitulée « Conseil des droits de l'homme », Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur les questions autochtones*, A/HRC/4/77, du 06 mars 2007.

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, Commission des droits de l'homme, *Questions relatives aux populations autochtones, Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/2003/92, 06 janvier 2003.

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, Commission des droits de l'homme, *Questions relatives aux populations autochtones, Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/2002/98, 06 mars 2002.

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, Commission des droits de l'homme, *Questions relatives aux populations autochtones, Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/1999/82, 20 janvier 1999.

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, Commission des droits de l'homme, *Questions relatives aux populations autochtones, Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/2000/84, 06 décembre 1999.

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, Commission des droits de l'homme, *Questions relatives aux populations autochtones, Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/2001/85, 06 février 2001.

DAES, E-I. A., *Document de travail sur la notion de « peuple autochtone »*, 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, Groupe de travail sur les populations autochtones, 10 juin 1996, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, en ligne :

[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/921178d494879d84c1256b3a003f769e/\\$FILE/G9612981.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/921178d494879d84c1256b3a003f769e/$FILE/G9612981.pdf) (consulté le 30 mars 2010).

DAES, E-I. A., *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Document de travail E/CN.4/ Sub.2/2001/21, 11 juin 2001.

DESCHÊNES, J., *Proposal concerning a Definition of the term « Minority »*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1985/31, 1985.

EIDE, A. et E-I. A. DAES, *Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 19 juillet 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/10.

EIDE, A., *Texte final du commentaire sur la Déclaration sur le droit des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, Conseil économique et social, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 2 avril 2001, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2.

GRUPE DE TRAVAIL DES NATIONS UNIES SUR LE DROIT DES MINORITÉS, *Commentary of the Working Group on Minorities to the United Nations Declaration on the Rights of Peoples Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 04 avril 2005, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2.

HAUT COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Fiche d'information n°9 (Rev. 1), Les droits des peuples autochtones, Campagne mondiale pour les droits de l'homme*, sur le site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme : http://www2.ohchr.org/french/about/publications/docs/fs9rev1_fr.htm (consulté le 1er juin 2010).

LIE, T. H., Secrétaire général des Nations Unies, *Definition and Classification of Minorities*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/85, 27 décembre 1949.

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *Fiche d'information n°12, L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et les peuples autochtones*, en ligne : <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet12fr.pdf> (consulté le 1er juin 2010).

IV. RAPPORTS DIVERS

AMNISTIE INTERNATIONALE, *Dossier individu en danger : Les communautés autochtones Yakye Axa et Sawhoyamaya (Paraguay)*, 04 juin 2009, en ligne : <http://www.isavelives.be/fr/yakye> (consulté le 27 mai 2010).

AMNISTIE INTERNATIONALE, *Il faut mettre fin aux expulsions forcées de Roms en Slovaquie*, 17 juin 2010, en ligne : <http://www.amnesty.org/fr/appeals-for-action/stop-forced-eviction-roma-slovakia> (consulté le 22 juin 2010).

AMNISTIE INTERNATIONALE, *Les communautés autochtones Yakye Axa et Sawhoyamaya : mise à jour du 17 mai 2010*, 26 mai 2010, en ligne : <http://www.isavelives.be/fr/node/5350> (consulté le 27 mai 2010).

CENTRE EUROPÉEN POUR LES DROITS DES ROMS, Commentaires écrits dans les affaires *Chapman c. Royaume-Uni, Thomas and Jessica Coster c. Royaume-Uni, John and Catherine Beard c. Royaume-Uni, Jane Smith c. Royaume-Uni et Thomas Lee c. Royaume-Uni*, 2001, en ligne : http://www.errc.org/Archivum_index.php (consulté le 03 février 2010).

DE SCHUTTER, O. et A. VERSTICHEL, *The Role of the Union in Integrating the Roma : Present and Possible Future*, European Diversity and Autonomy Papers, EDAP 2/2005, en ligne : www.eurac.edu/edap (consulté le 13 novembre 2006), 41 p.

DE SCHUTTER, O., *The Framework Convention on the Protection of National Minorities and the Law of the European Union*, C.R.I.D.H.O. Working Paper 2006/01, en ligne : <http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/index.php?pageid=9> (consulté le 13 novembre 2006), 29 p.

HENRARD, K., *The European Convention on Human Rights and the Protection of the Roma as a Controversial Case of Cultural Diversity*, European Diversity and Autonomy Papers, EDAP 5/2004, www.eurac.edu/edap, 25 p.

INTERNATIONAL WORK GROUP FOR INDIGENOUS AFFAIRS, *The Indigenous world 2008*, Copenhagen 2008, 578 p., en ligne: <http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/Documents/publications/Downloadpublications/IndigenousWorld/IW%202008/THE%20INDIGENOUS%20WORLD-2008.pdf> (consulté le 1er juin 2010).

INTERNATIONAL WORK GROUP FOR INDIGENOUS AFFAIRS, *The Indigenous world 2009*, Copenhagen 2009, 653 p., en ligne: <http://www.iwgia.org/graphics/fotos/books/THE%20INDIGENOUS%20WORLD-2009.pdf> (consulté le 1^{er} juin 2010)

INTERNATIONAL WORK GROUP FOR INDIGENOUS AFFAIRS, *The Indigenous world 2010*, Copenhagen 2010, 631 p., en ligne: http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/Documents/publications/Downloadpublications/IndigenousWorld/IW_%202010_WEB.pdf (consulté le 1^{er} juin 2010).

ORGANISATION POUR LE SÉCURITÉ ET LA COOPÉRATION EN EUROPE, *Report on the situation of Roma and Sinti in the OSCE Area*, 2000, en ligne : http://www.osce.org/documents/hcnm/2000/03/241_en.pdf (consulté le 03 février 2010).

V. DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1993, 758 p.

CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} édition, Paris, P.U.F., 2007, 986 p.

FERREOL, G., et G. JUCQUOIS (dir.), *Dictionnaire de l'altérité et des relations interculturelles*, Paris, Armand Colin, 2003, 353 p.

Grand dictionnaire terminologique, en ligne : http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index1024_1.asp (consulté le 22.09.08).

GRESLE, F., M. PANOFF, M. PERRIN et P. TRIPIER, *Dictionnaire des sciences humaines, anthropologie / sociologie*, Nathan, collection « Ref. », 1994, 469 p.

GUILLIEN, R. et J. VINCENT (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 12^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1999, 561 p.

REY, A. (dir.), *Grand Robert de la langue française*, en ligne : <http://gr.bvdep.com> (consulté le 22.09.08).

REY-DEBOVE, J., *Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Éditions le Robert, 2005, 2949 p.

REY-DEBOVE, J. et A. REY, *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, Paris, Éditions le Robert, 2007, 2837 p.

TAMISIER, J-C. (dir.), *Dictionnaire des Peuples, Sociétés d'Afrique, d'Amérique, d'Asie et d'Océanie*, Paris, Éditions Larousse-Bordas, Les référents, 1998, 413 p.

VI. OUVRAGES

ABOU, S., *L'identité culturelle*, Paris, Éditions Anthropos, collection Pluriel, 1995, 249 p.

ANAYA, J. S., *Indigenous Peoples in International Law*, 2^{ème} édition, Oxford, Oxford University Press, 2004, 396 p.

APPIAH, K. A., *The Ethics of Identity*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2005, 358 p.

ARNAUD, A-J. et M.J. FARIÑAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 378 p.

BARTH, F. (dir.), *Ethnic groups and boundaries. The social organization of culture difference*, Boston, The Little, Brown series in anthropology, 1969, 153 p.

BEDJAOU, M., *Droit International bilan et perspectives*, Tome 1, Paris, Pedone, 1991, 630 p.

BEDJAOU, M., *Droit International bilan et perspectives*, Tome 2, Paris, Pedone, 1991, 1361 p.

BELL, D., *Silent Covenants. Brown v. Board of Education*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 230 p.

BENHABIB, S., *Democracy and difference*, Princeton University Press, 1996, 352 p.

BENYEKHFLEF, K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, 934 p.

BERGER, P. et T. LUCKMAN, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1992, 288 p.

BODLEY, J. H., *Victims of Progress*, 3^{ème} édition, Mountain View, Mayfield, 1990, 261 p.

BOKATOLA, I.O., *L'Organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 291 p.

BOUCHARD, G., *Raison et contradiction. Le mythe au secours de la pensée*, Montréal, Nota bene / Cefan, 2003, 129 p.

BURGER, J., *Report from the Frontier. The State of the World's Indigenous Peoples*, London and New Jersey, Zed Books Ltd., 1987, 310 p.

CHAYES, A. et A. H. CHAYES, *The New Sovereignty*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, 417 p.

COPPENS, P., *Normes et fonction de juger*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1998, 291 p.

CUCHE, D., *La notion de culture dans les sciences sociales*, 3^{ème} édition, collection Repères, Paris, La découverte, 2004, 123 p.

DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit (I). Le Relatif et l'Universel*, Paris, Seuil, 2004, 439 p.

DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, 303 p.

DUMONT, F., *Genèse de la société québécoise*, Montréal, Boréal, 1993, 393 p.

DWORKIN R., *L'empire du droit*, Paris, P.U.F., 1994, 468 p.

DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Londres, New impression with a reply to critics, 1978, 371 p.

EAGLETON, T., *The Idea of Culture*, Oxford, Blackwell Publishers, 2000, 156 p.

EDMOND, B., *Les Touaregs*, Éditions Vents de sables, 2002, 176 p.

EISENBERG, A., *Reasons of Identity: A normative guide to the political and legal assessment of identity claims*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

ERGEC, R., *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant 2004, 237 p.

FRANCK, T. M., *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990, 178 p.

GADAMER, H-G, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique* (1960), traduction par Fruchon P., Paris, Seuil, 1996, 533 p.

GAUDREAULT-DESBIENS, J-F. et D. LABRECHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, 299 p.

GAUDREAULT-DESBIENS, J-F., *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 1996, 299 p.

GENTELET, K., A. BISSONNETTE et G. ROCHER, *La sédentarisation : effets et suites chez des Innus et des Atikamekw*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, 118 p.

GOFFMAN, E., *Stigma*, Prentice-Hall, 1963, 175 p.

GRAMMOND, S., *Identity Captured by Law. Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, 252 p.

GRONDIN, J., *Introduction à Hans-Georg Gadamer*, Paris, Éditions La nuit surveillée, Cerf, 1999, 238 p.

HANNUM, H., *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, 534 p.

HENKIN, L., *How Nations Behave. Law and Foreign Policy*, New York, Frederick A. Praeger Publishers, 1968, 324 p.

HENRARD, K., *Devising an Adequate System of Minority Protection*, Kluwer, 2000, 363 p.

HIGGINS, R., *The development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, London, Oxford University Press, 1963, 402 p.

JACKSON PREECE, J., *Minority Rights: Between Diversity and Community*, Cambridge, Polity Press, 2005, 213 p.

KINDRED, H. M. et P. M. SAUNDERS (dir.), *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7^{ème} édition, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 2006, 1221 p.

KLIMOVA-ALEXANDER, I., *The Romani Voice in World Politics. The United Nations and Non-State Actors*, Aldershot, Ashgate Publishing Limited, 2005, 159 p.

KOVACS, P., *La protection internationale des minorités nationales aux alentours du millénaire*, Cours et travaux n° 5, Paris, Pedone, 2005, 95 p.

KUHN, T.S., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972, 246 p.

KUOLJOK, S. et J.E. UTSI, *Les Samis, Peuple du Soleil et du Vent*, Jokkmokk, Suède, Éditions Ajtte, 2000, 59 p.

KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 280 p.

KYMLICKA, W., *Multicultural Odysseys : Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 374 p.

KYMLICKA, W., *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 374 p.

LACASSE, J-P., *Les Innus et le territoire*, Collection territoires, Québec, Septentrion, 2004, 274 p.

LAJOIE, A., J-M. BRISSON, S. NORMAND et A. BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Éditions Yvon Blais, 1996, 305 p.

LAJOIE, A., *Quand les minorités font la loi*, Paris, P.U.F., 2002, 217 p.

LAJOIE, A., *Jugements de valeurs*, Paris, P.U.F., 1997, 217 p.

LIÉGEOIS, J-P., *Roms en Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, 311 p.

LIÉGEOIS, J-P., *Roms, Tsiganes, Voyageurs*, Publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994, 371 p.

LOUKACHEVA, N., *The Arctic Promise, Legal and Political Autonomy of Greenland and Nunavut*, Toronto, University of Toronto Press, 2007, 254 p.

MACKAAY, E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Montréal, Éditions Thémis et Dalloz, 2008, 728 p.

MACKLEM, P., *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 334 p.

MAYALL, D., *Gypsy Identities 1500-2000. From Egipcyans and Moon-men to the Ethnic Romany*, London and New-York, Routledge, 2004, 313 p.

MENDRAS, H., *Éléments de sociologie*, 4^{ème} édition, Paris, Armand Collin, 1996, 248 p.

MORIN, M., *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997, 334 p.

MOWBRAY, A. R., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Vol. 2, Oxford, Hart Publishing, Human Rights Law in Perspective, 2004, 239 p.

NIEZEN, R., *The Origins of Indigenism. Human Rights and the Politics of Identity*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2003, 272 p.

O'NIONS, H., *Minority Rights Protection in International Law. The Roma of Europe*, Aldershot, Ashgate, 2007, 331 p.

OST, F., et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1988, 254 p.

POSNER, E. et J. L. GOLDSMITH, *The Limits of International Law*, New York, Oxford University Press, 2005, 262 p.

POUTIGNAT, P. et J. STREIFF-FENART, *Théorie de l'ethnicité*, 2^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1995, 270 p.

RAMCHARAN, B.G., *The United Nations High Commissioner for Human Rights, The Challenges of International Protection*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, 250 p.

REUTER, P., *Droit international public*, Paris, P.U.F., 1983, 595 p.

RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 849 p.

RINGELHEIM, J., *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 490 p.

RIVERO, J., *Les libertés publiques. Les droits de l'homme*, Tome 1, Paris, P.U.F., 1997, 262 p.

ROCHER, G., *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, 327 p.

ROCHER, G., *Introduction à la sociologie générale*, Québec, Éditions Hurtubise HMH, 1992, 685 p.

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

ROULAND, N., *L'anthropologie juridique*, 2^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1995, 127 p.

ROULAND, N., S. PIERRE-CAPS et J. POUMAREDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, P.U.F., 1996, 581 p.

ROY, I., *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'Etat?*, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 2006, 460 p.

SCHACHTER, O., *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 431 p.

SEYMOUR, M., *De la tolérance à la reconnaissance*, Montréal, Éditions Boréal, 2008, 702 p.

SHACHAR, A., *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 193 p.

SOLBAKK, J.T., *The Sami People. A Handbook*, Davvi Girji OS, 2006, 295 p.

STAMATOPULOU, E., *Cultural Rights in International Law. Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 333 p.

STAVENHAGEN, R., *The Ethnic Question – Conflicts, Development and Human Rights*, Tokyo, United Nations University Press, 1990, 185 p.

SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} édition, Paris, P.U.F., 2006, 786 p.

TAYLOR, C., *Multiculturalism and « the Politics of Recognition »*, Princeton, Princeton University Press, 1992, 112 p.

TAYLOR, C., *Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, Montreal, Kingston, McGill-Queen's University Press, 1993, 208 p.

THORNBERRY, P., *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 451 p.

THORNBERRY, P. et M.A.M. ESTÉBANEZ, *Minority rights in Europe*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2004, 682 p.

THUAL, F., *Les conflits identitaires*, Paris, Ellipses, 1995, 191 p.

TIMSIT, G., *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., 1991, 199 p.

TIMSIT, G., *Les figures du jugement*, Paris, P.U.F., 1993, 204 p.

VIRALLY, M., *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, 504 p.

VOGT, R., *Whose Property? The Deepening Conflict between Private Property and Democracy in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, 242 p.

WERTHER, G.F.A., *Self-Determination in Western Democracies, Aboriginal Politics in a Comparative Perspective*, No.302, Westport, Greenwood Press, Contributions in Political Science, 1992, 113 p.

XANTHAKI, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 314 p.

YACOUB, J., *Les minorités quelle protection ?*, Paris, Éditions Habiter, Desclée de Brouwer, 1995, 398 p.

YOUROW, H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, International Studies in Human Rights vol. 28, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 224 p.

VII. OUVRAGES COLLECTIFS

ALLEN, S. et A. XANTHAKI (dir.), *Reflections on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (à paraître).

AMIT, V., et N. DYCK (dir.), *Claiming Individuality*, London, Pluto Press, 2006, 225 p.

AMSELEK, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, 328 p.

AMESELEK, P. et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, 228 p.

AN-NA'IM, A. A. (dir.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, a Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, 479 p.

BASTIAN, J-P. et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, 332 p.

BELLEY, J-G. (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, 279 p.

BENNETT, D. (dir.), *Multicultural States, Rethinking Difference and Identity*, London and New York, Éditions Routledge, 1998, 305 p.

BOURCIER, D. et P. MACKAY (dir.), *Lire le droit, langue, texte, cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, 486 p.

COHEN-JONATHAN, G. et J-F. FLAUSS (dir.), *Droit international, droit de l'homme et juridictions internationales*, Droit et justice n°55, Bruxelles, Bruylant, 2004, 152 p.

COHEN-JONATHAN, G. et J-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°64, Bruxelles, Bruylant, 2005, 276 p.

DINSTEIN, Y. et M. TABORY (dir.), *The Protection of Minorities and Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 537 p.

DUNDES RENTELN, A. et A. DUNDES (dir.), *Folk Law, Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, The University of Wisconsin Press, 1995, 1037 p.

EISENBERG, A., et W. KYMLICKA (dir.), *Institutions and Identities : How Public Institutions Mediate Identity Politics*, Vancouver, University of British Columbia Press, À paraître.

FENET, A., G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Le droit et les minorités, analyses et textes*, 2^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2000, 661 p.

FRITZ, J-C., F. DEROCHE, G. FRITZ et R. PORTEILLA (dir.), *La nouvelle question indigène, peuples autochtones et ordre mondial*, Paris, l'Harmattan, 2005, 506 p.

HANNUM, H. (dir.), *Guide to International Human Rights Practice*, Ardsley, 4^{ème} édition, Transnational Publishers Inc, 2004, 391 p.

HAVEMANN, P. (dir.), *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand*, New Zealand, Oxford University Press, 2000, 520 p.

IVISON, D., P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, London, Cambridge University Press, 2000, 323 p.

KYMLICKA, W. (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 387 p.

KYMLICKA, W. et S. MESURE (dir.), *Les identités culturelles*, Revue de philosophie et de sciences sociales n°1, Paris, PUF, 2000, 422 p.

LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, 266 p.

LAMBERT, P. et C. PETTITI (dir.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°46, Bruxelles, Bruylant, 2003, 149 p.

LE BAS, D. et T. ACTON (dir.), *All Change ! Romani Studies through Romani Eyes*, Hatfield, University of Hertfordshire Press, 2010, 83 p.

LUTZ, E. L., H. HANNUM, K. BURKE et F. C. NEWMAN (dir.), *New Directions in Human Rights*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1989, 246 p.

MARSH, A. and E. STRAND (dir.), *Gypsies and the problem of identities. Contextual, Constructed and Contested*, Swedish Research Institute in Istanbul Transactions vol. 17, I. B., London and New-York, Tauris and Co Ltd., 2006, 230 p.

NOREAU, P. (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, 199 p.

OTIS, G., (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Les presses de l'Université de Laval, 2004, 197 p.

PALLARD, H. et S. TZITZIS (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2003, 191 p.

PALLARD, H. et S. TZITZIS (dir.), *Minorités, culture et droits fondamentaux*, Paris, l'Harmattan, 2001, 139 p.

PANOSSIAN, R., B. BERMAN et A. LINSKOTT (dir.), *Gouvernance et diversité. Des solutions démocratiques pour des sociétés multiculturelles*, Montréal, en ligne : www.dd-rd.ca, 2007, 95 p.

PERELMAN, C. et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 377 p.

PETTITI, L. E., E. DECAUX et P. H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, 1230 p.

ROULAND, N. (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 310 p.

THIBIERGE, C., et *Alii.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, 891 p.

TOMUSCHAT, C. (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 347 p.

WATZLAWICK, P. (dir.), *L'invention de la réalité. Comment savons-nous ce que nous croyons savoir ?*, Paris, Seuil, 1988, 374 p.

VIII. COLLOQUES ET MELANGES

C.E.D.E.T.I.M., L.I.D.L.P., C.E.D.I.D.E.L.P., *Hommage à Léo Matarasso. Séminaire sur le droit des peuples*, Paris, L'Harmattan, 2004, 105 p.

DE DECKKER, P. et J-Y. FABERON (dir.), *L'état pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, colloque organisé à Nouméa du 3-5 juillet 2002, 2003, 536 p.

DROBENKO, B. (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, Les Cahiers du C.R.I.D.E.A.U. n°12, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, colloque organisé à Limoges les 25-26 mars 2004, 2005, 231 p.

FABERON, J-Y. (dir.), *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La documentation française, colloque de l'Institut de Droit d'outre-mer tenu à Cayenne, 7-9 décembre 2005, C.E.R.I.C., 2006, 366 p.

SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, colloque de Mamoudzou, 14-16 septembre 2002, 2004, 715 p.

SEYMOUR, M. (dir.), *La Reconnaissance dans tous ses états. Repenser les politiques de pluralisme culturel*, Montréal, Éditions Québec Amérique, 2009, 268 p.

SEYMOUR, M. et M. BLANCHARD (dir.), *Plural States of Recognition*, Londres, Palgrave/Macmillan, 2010, 256 p.

SOCIETE FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL, *L'élaboration du droit international public*, Paris, Éditions Pedone, 1975, 224 p.

VERBUNT, G. (dir.), *Diversité culturelle, Société industrielle, Etat national*, Paris, l'Harmattan, 1984, 268 p.

IX. ACTES DE COLLOQUES :

ARNOUX, I., « Les minorités, les autochtones et le droit dans les collectivités françaises d'Amérique », dans FABERON, J-Y. (dir.), *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La documentation française, 2006, p. 73-85.

BERGER, V., « Le droit international et européen des droits de l'homme et Mayotte », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 333-342.

BLEROT, L., « Réflexions sur le régime législatif de Mayotte après la loi du 11 juillet 2001 : entre spécialité et identité législatives », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 185-200.

BOEV, Y., « L'Union européenne et les tsiganes : la logique d'un double standard », dans DROBENKO, B. (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, Cahiers du C.R.I.D.E.A.U. n°12, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2005, p. 73-95.

CARBONEILL, A., « Le pluralisme juridique : hypothèse de conflits et de leurs solutions », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 543-566.

CHATEAUNEUF, A., « La procédure de renonciation au statut civil de droit local applicable aux originaires de Mayotte », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 369-377.

COLLIARD, J. C., « Conclusions générales », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 679-687.

COUILLAUD, X., « Le cas du Royaume-Uni », dans VERBUNT, G. (dir.), *Diversité culturelle, Société industrielle, Etat national*, Paris, l'Harmattan, 1984, p. 39-55.

DELSOUC, M., « Approche socio-ethnologique de l'identité tzigane », dans DROBENKO, B. (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, Cahiers du C.R.I.D.E.A.U. n°12, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2005, p. 47-61.

DUPUY, R-J., « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la « soft law » », dans SOCIETE FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL, *L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, p. 132-148.

EISENBERG, A., « L'évaluation publique de l'identité autochtone », dans SEYMOUR, M. (dir.), *La reconnaissance dans tous ses états*, Montréal, Éditions Boréal, 2009, p. 227-252.

EISENBERG, A., « The public assessment of indigenous identity », dans SEYMOUR, M. et M. BLANCHARD (dir.), *Plural States of Recognition*, Londres, Palgrave/Macmillan, 2010.

FILOCHE, G., « L'utilisation des ressources naturelles par les peuples autochtones, entre auto-régulation, participation et normes imposées : droit comparé de trois États Amazoniens (Bolivie, Brésil, Pérou) », dans FABERON, J-Y. (dir.), *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La documentation française, 2006, p. 115-127.

FLORY, J. B., « Le tribunal supérieur d'appel de Mayotte : cheminement entre spécificité et assimilation », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 413-430.

GAUDREAU-DESBIENS, J-F., « Splendeurs et misères de la gouvernance par le droit dans les sociétés hypermodernes », dans Actes des journées Strasbourgeoises de l'Institut Canadien d'études juridiques supérieures 2008, *Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 555-622.

GIORDAN, H., « Vers la démocratie culturelle », dans VERBUNT, G. (dir.), *Diversité culturelle, Société industrielle, Etat national*, Paris, l'Harmattan, 1984, p. 33-38.

HORY, J. F., « A propos de quelques coutumes mahoraises. Les procédures infrajudiciaires de règlement des conflits », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 393-411.

JEAN, P., « Quelques aspects des droits aux différences devant la Cour européenne des droits de l'homme », dans DE DECKKER, P. et J-Y. FABERON (dir.), *L'état pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant 2003, p. 41-53.

LAFARGUE, R., « Dire le droit de l'autre : contribution à une approche réaliste du pluralisme juridique », dans FABERON, J-Y. (dir.), *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La documentation française, 2006, p. 87-98.

LAFARGUE, R., « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution : entre héritage colonial et volonté de modernisation de la société mahoraise », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 305-331.

LEMIEUX, D., « Le pluriculturalisme dans la Constitution canadienne », dans DE DECKKER, P. et J-Y. FABERON (dir.), *L'état pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant 2003, p. 301-311.

LEVEBVRE, M., « La Chambre d'annulation musulmane de Mayotte, îlot de cohabitation entre la *Chariâ' ah* et le droit européen », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 431-438.

LIEGEOIS, J-P., « Une minorité entre l'image et la réalité, l'expérience tzigane », dans VERBUNT, G. (dir.), *Diversité culturelle, Société industrielle, Etat national*, Paris, l'Harmattan, 1984, p. 135-145.

MARGUENAUD, J. P., « Les minorités itinérantes et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans DROBENKO, B. (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, Cahiers du C.R.I.D.E.A.U. n°12, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2005, p. 17-29.

MONNIER, B., « Une reconnaissance de la diversité », dans DROBENKO, B. (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, Cahiers du C.R.I.D.E.A.U. n°12, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2005, p. 9-11.

MORAND-DEVILLER, J., « Colloque territoires et minorités : la situation des gens du voyage », dans DROBENKO, B. (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, Cahiers du C.R.I.D.E.A.U. n°12, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2005, p. 13-16.

ORAISSON, A., « Réflexions générales sur les perspectives de règlement du conflit franco-comorien sur l'île de Mayotte à l'aube du XXI^e siècle », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 237-285.

REYNIERS, A., « Migrations, mobilité et territorialité chez les tziganes », dans DROBENKO, B. (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, Cahiers du C.R.I.D.E.A.U. n°12, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2005, p. 63-71.

SCOFFONI, G., « Pluriculturalisme et démocratie constitutionnelle aux Etats-Unis », dans DE DECKKER, P. et J-Y. FABERON (dir.), *L'état pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant 2003, p. 313-329.

SERMET, L., « Les Amérindiens de Guyane devant la justice et l'exemple de la justice cadiale à Mayotte », dans FABERON, J-Y. (dir.), *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La documentation française, 2006, p. 99-114.

TIOUKA, A., « Les Amérindiens et l'avenir institutionnel de la Guyane », dans FABERON, J-Y. (dir.), *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La documentation française, 2006, p. 65-71.

VERBUNT, G., « Après le colloque... », dans VERBUNT, G. (dir.), *Diversité culturelle, Société industrielle, Etat national*, Paris, l'Harmattan, 1984, p. 251-265.

VICENTE, M., « Vivre avec sa différence », dans DROBENKO, B. (dir.), *Territoires et minorités : la situation des gens du voyage*, Cahiers du C.R.I.D.E.A.U. n°12, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2005, p. 31-46.

WILLIAMS, D. C., « La situation juridique des Amérindiens des Etats-Unis », dans FABERON, J-Y. (dir.), *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La documentation française, 2006, p. 129-138.

WINDISCH, U., « La logique de la majorité culturelle l'obsession de l'unité nationale », dans VERBUNT, G. (dir.), *Diversité culturelle, Société industrielle, Etat national*, Paris, l'Harmattan, 1984, p. 131-134.

ZAKI, B. A., « Quelques éléments de statut personnel applicables aux Comores », dans SERMET, L. et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 499-506.

ZEHRAOUI, A., « L'avenir des minorités culturelles », dans VERBUNT, G. (dir.), *Diversité culturelle, Société industrielle, Etat national*, Paris, l'Harmattan, 1984, p. 92-106.

ZILLER, J., « Existe-il un modèle européen d'Etat pluriculturel ? », dans DE DECKKER, P. et J-Y. FABERON (dir.), *L'état pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant 2003, p. 231-245.

X. COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL (R.C.A.D.I.)

CANÇADO TRINDADE, A. A., « International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium », (2005) 316 et 317 *R.C.A.D.I.*, p. 8-439 et p. 8-312.

REUTER, P., « Principes de droit international public », (1961) 103 II *R.C.A.D.I.*, p. 426-651.

WEIL, P., « Le droit international en quête de son identité », (1992) 237 VI *R.C.A.D.I.*, p. 9-370.

XI. ARTICLES

A. Articles de presse

« Bruxelles s'inquiète des discriminations subies par les Roms », *Le Monde*, 02 juillet 2008, en ligne : www.lemonde.fr/europe/article/2008/07/02/bruxelles-s-inquiete-des-discriminations-subies-par-les-roms_1065618_3214.html (consulté le 03.07.08).

« Ce peuple serait celui qui rencontre le plus de difficultés à s'intégrer sur l'Ancien Continent », *France Soir*, 26 juin 2008, en ligne : www.francesoir.fr/etranger/2008/06/26/roms-la-minorite-la-plus-discriminee-d-europe.html (consulté le 28.06.08), p. 29.

BIDET, M., G. COUSIN, S. SELÉPINE, R. GUYON, O. LEGROS, M. OLIVIERA et X. ROTHÉA, « Les Roms-Tsiganes à nouveau boucs émissaires ? », *Le Monde*, 25 février 2010, en ligne : http://www.lemonde.fr/opinions/article/2010/02/25/les-roms-tsiganes-a-nouveau-boucs-emissaires-par-marie-bidet-gregoire-cousin-samuel-delepine-regis-guyon-olivier-legros-martin-olivera-et-xavier-rothea_1311406_3232.html (consulté le 26 février 2010).

BLOCH, A., « Renaissance culturelle en Amazonie », *Courrier international* n°857, avril 2007, p. 22.

CALDWELL, C., « Appliquer strictement la loi, et rien d'autre », *Courrier international* n°857, avril 2007, p. 10.

ESCARPIT, F., « Femmes totems », *Le Monde Diplomatique*, octobre 2006, p. 16 et 17.

McDOUGALL, G., « Roma in Europe : Racism alive and well », *The Journal*, 22 Novembre 2008, en ligne : <http://www.journal-online.co.uk/article/5125-roma-in-europe-racism-alive-and-well> (consulté le 03 mai 2010).

MARTIN, P., « L'Italie veut expulser les immigrants européens « dangereux » », *Le Soir*, 05 novembre 2007, en ligne : http://www.eurotopics.net/fr/dienste/medienindex/media_articles/archiv_article/ARTICLE21956-L-Italie-veut-expulser-les-immigres-europeens-dangereux (consulté le 03 mai 2010).

MICHALZIK, P., « Le modèle *multikulti* à bout de souffle », *Courrier international* n°857, avril 2007, p. 15.

OCHOA, S., « Retour sur le territoire des ancêtres », *Courrier international* n°862, mai 2007, p. 30.

REGNAULT, M., « Tensions et résistances dans la belle province, les peuples autochtones peinent à s'affirmer », *Le Monde Diplomatique*, juillet 2004, p. 16 et 17.

RODIER, A. et L. VAN EECKHOUT, « Les Roms, indésirables en France et en Europe », *Le Monde*, 01 août 2008, en ligne : www.lemonde.fr/societe/article/2008/07/31/les-roms-indesirables-en-france-et-en-europe_1079038_3224.html (consulté le 02.08.08).

ROTHENBORG, O., « Mon fjord à l'heure du réchauffement », *Courrier international* n°857, avril 2007, p. 42 et 43.

SPILLMANN, C., « Les Roms dénoncent le fichage et exigent la fin des discriminations », *Le Devoir*, 17 septembre 2008, p. B2.

STAINVILLE, R., « Les derniers des Mayas », *Le Figaro* hors série *Les Mayas les mystères d'un monde perdu*, décembre 2006, p. 96-107.

TRANIER, L., « Les Indigènes équatoriens face au défi évangélique », *Le Monde Diplomatique*, avril 2005, p. 18 et 19.

VIGNA, A., « Un moyen de sauver les villages », *Le Monde Diplomatique*, juillet 2006, p. 14 et 15.

SALVATORE, A., « L'Italie a commencé à fiché les habitants de ses campements nomades », *Le Monde*, 05 juillet 2008, en ligne : www.lemonde.fr/europe/article/2008/07/05/l-italie-a-commence-a-ficher-les-habitants-de-ses-campementsnomades_1066815_3214.html#ens_id=1065632 (consulté le 05.07.08).

B. Articles spécialisés issus de périodiques

AHREN, M., « Indigenous Peoples' Culture, Customs, and Traditions and Customary Law – The Saami People's Perspective », (2004) 21/1 *Arizona Journal of International & Comparative Law*, p.63-112.

AMAYA ÛBEDA DE TORRES, « Cour interaméricaine des droits de l'homme », (2006) 18 *L'Europe des libertés*, en ligne : <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr> (consulté le 16.05.07).

ANAYA, J. S. et C. GROSSMAN, « The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples », (2002) 19/1 *Arizona Journal of International and Comparative Law*, p. 1-15.

ANAYA, J. S. et R. A. WILLIAMS, « The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System », (2001) 14 *Harvard Human Rights Journal*, p. 33-86.

ANAYA, J. S., « Indigenous Law and Its Contribution to Global Pluralism », (2007) 6 *Indigenous Law Journal*, p. 3-12.

ANAYA, J. S., « International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State », (2004) 21/1 *Arizona Journal of International & Comparative Law*, p. 13-61.

ANDERS BAER, L., « Foreword », (2004) 21/1 *Arizona Journal of International & Comparative Law*, p. 11-12.

AVALOS MENDEZ, L., « Développement et changement culturel chez un peuple indigène de l'Amazonie de l'Equateur, Runa », (2005) 2/1 *Undercurrent, Canadien Undergraduate Journal of Development Studies*, en ligne : www.undercurrentjournal.ca/II2.html#article1, p. 9-16.

BARRE, M. C., « Les minorités territoriales et le droit international », (1989-90) 6/1 *R.Q.D.I.*, p. 26-37.

BENOÎT-ROHMER, F., « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? », (2001) *R.T.D.H.*, p. 999-1015.

BENOÎT-ROHMER, F., « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », (2002) *R.T.D.H.*, p. 563-586.

BERG, B., « Introduction to Aboriginal Self-Government in International Law: An Overview », (1992) 56 *Saskatchewan Law Review*, p. 375.

BOIVIN, M., « Les acquis du féminisme en droit : reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne », (1995) 36/1 *Les Cahiers de Droit*, p. 27-59.

CAILLE, A., « Le multiculturalisme est-il soluble dans la démocratie ? », (1999) 13 *Revue du M.A.U.S.S.*, p. 201-210.

CANÇADO TRINDADE, A. A., « Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme », (2004) 16/5-8 *R.U.D.H.*, p. 177-180.

CASSANO, F., « La querelle de l'universalisme et du particularisme (1) La théorie – vers un pluralisme. Pour un relativisme bien tempéré », (1999) 13 *La revue du M.A.U.S.S.*, p. 121-130.

CLEARY, B., « Le Projet de société des Atikamekw et des Montagnais du Québec et sa reconnaissance grâce aux normes internationales », (1989-90) 6/1 *R.Q.D.I.*, p. 102-104.

CHEVALIER, J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *Revue du droit public*, p. 659-690.

COHEN-JONATHAN, G. et J-F. FLAUSS, « Cour Européenne des Droits de l'Homme et droit international général », (2001) *A.F.D.I.*, p.423-457.

CORTEZ, B., « Les enjeux politiques d'une définition juridique des peuples autochtones », (1993) 25 *Droit et Cultures*, p. 69-90.

DELMAS-MARTY, M. et M. L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit, réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », (2000) 4 *R.I.D.C.*, p. 753-780.

DE SCHUTTER, O., « Le droit au mode de vie tsigane devant la Cour européenne des droits de l'homme : droits culturels, droits des minorités, discrimination positive », (1997) *R.T.D.H.*, p. 64-93.

DUBAR, C., « Les grands courants de la sociologie contemporaine », *Encyclopédie Universalis*, en ligne : www.universalis-edu.com (consulté le 15.04.08).

DUCHARME, D., G. ROCHER et A. LAJOIE, « Les médias écrits et le processus d'émergence de la Loi 120 », (1997-98) 28 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, p. 125-150.

DUPLESSIS, I., « Quand les histoires se font globales. L'exemple de l'internationalisation des revendications autochtones », (2000) 40 *Droit et Cultures*, p. 109-131.

DUPLESSIS, I., « Le vertige et la Soft Law : réactions doctrinales en droit international », (2007) Hors-série *R.Q.D.I.*, p. 245-268.

EINARSBOL, E., « Some legal considerations concerning Saami rights in saltwater », (2006) 1 *Journal of Indigenous Peoples Rights*, en ligne: www.galdu.org/govat/doc/sjosamisk_english.pdf (consulté le 30.05.07).

FARGET, D., « La protection juridique des modes de vie minoritaires et autochtones: analyse comparée des décisions de deux juridictions régionales », (2008) 13(2) *Lex Electronica*, en ligne : http://www.lex-electronica.org/docs/articles_4.pdf.

FRANCIONI, F., « Au-delà des traités : l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel », (2007) 1 *R.G.D.I.P.*, p. 19-41.

FRANCK, T. M., « The Emerging Right to Democratic Governance », (1992) 86 *American Journal of International Law*, p. 46-91.

GAUDREAULT-DESBIENS, J-F., « Angoisse identitaire et critique du droit. La « critique juridique identitaire américaine » comme objet et source de réflexion théorique », (2003) 50 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, p. 1-79.

GAUDREAULT-DESBIENS, J-F., « Identitarisation du droit et perspectivisme épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identitaire », (2000) 13/1 *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, p. 33-74.

GREY, S., « Waiting for Some Angel: Indigenous Rights as an Ethical Imperative in the Theory and Practice of Human Rights », (2005) 2/2 *Undercurrent, Canadien Undergraduate Journal of Development Studies*, p. 16-27.

HENNEBEL, L., « La protection de l'« intégrité spirituelle » des indigènes », (2006) *R.T.D.H.* p. 253-276.

HILLING, C., « La protection des droits des peuples autochtones et de leurs membres dans les Amériques », (1996) 41 *McGill Law Journal*, p. 855-889.

HOFFMANN, F. et J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », (2004) 52 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, p. 109-142.

HUMPHREY, J., « Les Pactes internationaux des droits de l'homme », (1993-94) 8/2 *R.Q.D.I.*, p. 337-339.

JAFFRELOT, C., « L'Etat face aux communautés », (1994) 15/16 *Cultures et Conflits*, p. 3-6.

JOBIN, S. N., « Les traités et conventions des nations autochtones du Québec en droit international et constitutionnel », (1989-90) 6/1 *R.Q.D.I.*, p. 59-70.

KASTORYANO, R., L. BOUVET et C. JAFFRELOT, « Le multiculturalisme au cœur, entretien avec Michael Walzer », (1999) 3 *Critique internationale*, p. 56-63.

KENNEDY, D., « Challenging Expert Rules: The Politics of Global Governance », (2005) 27(5) *Sydney Law Review*, p. 5-28.

KINGSBURY, B., « « Indigenous Peoples » in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy », *The American Journal of International Law*, vol 92(3), 1998, p. 414-457.

KINGSBURY, B., « Self-Determination and "Indigenous Peoples" », (1992) 86 *American Society of International Law, Proceedings*, p. 383-393.

KLEBES, H., « La Convention cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales », (1997) *R.T.D.H.*, p. 205-227.

KLIMOVA-ALEXANDER, I., « Transnational Romani and indigenous non-territorial self-determination claims », (2007) 6/3 *Ethnopolitics*, p. 395-416.

KOUBI, G. et I. SCHULTE-TENCKHOFF, « « Peuple autochtone » et « minorité » dans les discours juridiques : imbrications et dissociations », (2000) 45 *Revue interdisciplinaire d'Études Juridiques*, p. 1-26.

KOUBI, G., « Brèves réflexions sur les paradoxes et ambiguïtés des stratégies socio-juridiques des minorités », (1997) *R.T.D.H.*, p. 407-423.

KREIMER, O., « Indigenous Peoples' Rights to Land, Territories, and Natural Ressources : A Technical Meeting of the OAS Working Group », (2003) 10/2 *Human Rights Brief*, en ligne: www.wcl.american.edu/hrbrief/10/2indigenous.cfm (consulté le 18.01.07).

KYMLICKA, W., « Theorizing Indigenous Rights », (1999) 49 *University of Toronto Law Journal*, p. 281-293.

LACLAU, E., « L'universalisme, le particularisme et la question de l'identité », (1999) 13 *Revue du M.A.U.S.S.*, p. 131-145.

LAJOIE, A., « Dans l'angle mort de l'analyse systémale », en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/dspace/bitstream/1866/133/1/Timsit+angle+mort.pdf> (consulté le 02.08.08).

LALY-CHEVALIER, C., F. DA POÏAN, H. TIGROUDJA, « Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2002-2004) », (2005) *R.T.D.H.*, p. 459-498.

LARRALDE, J. M., « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », (2003) *R.T.D.H.*, p. 1247-1274.

LEBOEUF, M. E., « La construction sociale des lois criminelles: l'expérience canadienne concernant l'ivresse au volant », (1990) *Déviance et société*, p. 395-420.

LECLAIR, J., « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales », (2009) 14(1) *Lex Electronica*, en ligne : www.lex-electronica.org/docs/articles_233.pdf.

LOCHAK, D., « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité », (2005) 49 *Droit et Cultures*, p. 15-19.

MACKLEM, P., « Militant democracy, legal pluralism and the paradox of self-determination », (2006) 4 *International Journal of Constitutional Law*, p. 488-516.

MAGGA, O. H., « Sami Past and Present and the Sami Picture of the World », (1994) 6 *Arctic Centre Publications*, p. 74-80.

MARTIN, B., « Les droits culturels comme mode d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme », (1999) 13 *Revue du M.A.U.S.S.*, p. 236-260.

MASSÉ, R., « Les limites d'une approche essentialiste des ethnoéthiques, pour un relativisme éthique critique », (2000) 24/2 *Anthropologie et Sociétés*, p. 13-33.

MORIN, E., « Pour une réforme de la pensée », en ligne : http://college-heraclite.iffrance.com/documents/r_actuels/em_reforme.htm (consulté le 23.04.08).

MZIKENGE CHIRWA, D., « Toward Revitalizing Economic, Social, and Cultural Rights in Africa : *Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria* », (2002) 10/1 *Human Rights Brief*, en ligne : www.wcl.american.edu/hrbrief/10/1africa.cfm (consulté le 20.04.2008).

OLINGA, A. D., « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme », (2005) *R.T.D.H.*, p. 499-537.

OST, F., « Pour une théorie ludique du droit », (1992) 20/21 *Droit et société*, p. 93-103.

OTIS, G. et A. EMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », (1996) 41 *McGill Law Journal*, p. 543-570.

OTIS, G., « Sub qua lege vivis? L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux », (2007) 52 *Revue de droit de McGill*, p. 1-22.

OTIS, G., « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », (2006) 47 *Les Cahiers de droit*, p. 781-814.

PEYRAT, D., « Autochtonie : vers de nouvelles relations entre Emancipation et Droit ? », (2002) 40 *Droit et Cultures*, p. 153-161.

PRESTON, C., « A Past of Tragic Stories : The (Non-)Treatment of Native Peoples' Oral Histories in Canada », (2005) 2/1 *Undercurrent, Canadien Undergraduate Journal of Development Studies*, p. 54-64.

RAMU, S., « Le statut des minorités au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », (2002) *R.T.D.H.*, p. 587-628.

RIGAUX, F., « Mission impossible: la définition de la minorité », (1997) *R.T.D.H.*, p. 155-175.

RINGELHEIM, J., « Identity Controversies Before the European Court of Human Rights : How to Avoid the Essentialist Trap ? », (2002) 3/7 *G.L.J.*, en ligne: www.germanlawjournal.com (consulté le 09.04.07).

ROCHER, G., « Le “regard oblique” du sociologue sur le droit », Conférence présentée à la Faculté de droit de l’Université de Montréal, le 23 novembre 2004, dans le cadre de la série intitulée « Dans le regard de l’autre ».

ROCHER, G., « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *Cahiers de droit*, p. 91-120.

ROMY-MASLIAH, D. L., « Les terminologies du multiculturalisme », (2002) 44 *Droit et Cultures*, p. 73-83.

ROSENBERG, D., « L’indifférence du juge européen aux discriminations subies par les Roms », (2001) *R.T.D.H.*, p. 1017-1033.

ROULAND, N., « Chronique d’anthropologie juridique : le temps des minorités », (1993) 25 *Droit et Cultures*, p. 91-119.

ROULAND, N., « Le statut juridique des peuples autochtones du Canada », (1993) 25 *Droit et Cultures*, p. 121-128.

RÖVID, M., « “One-Size-Fits-All-Roma” ? On the Normative Dilemmas of the Emerging European Roma Policy », *H.I.I.A. Papers, Series of the Hungarian Institute of International Affairs*, 2009.

SAAMI COUNCIL, « Introduction : Project Proposal – Comparative Analysis : Culture, Customs, and Traditions of Indigenous Peoples. Defending Diversity : Case Studies », (2004) 21 *Arizona Journal of International & Comparative Law*, p. 1-10.

SAGANASH, D. R., « Bilan: L’année internationale des peuples autochtones », *R.Q.D.I.* vol. 8(1), p. 29-33.

SANSANI, I., « American Indian Land Rights in the Inter-American System: Dann v. United States », (2003) 10 *Human Rights Brief*, en ligne: www.wcl.american.edu/hrbrief/10/2indian.cfm (consulté le 07.01.07).

SAHLINS, M., « Goodbye to Tristes Tropes: Ethnography in the Context of Modern World History », (1993) 65 *Journal of Modern History*, p. 1-25.

SUDRE, F., « Observations : A propos de l'autorité d'un « précédent » en matière de protection des droits des minorités », (2001) *R.T.D.H.*, p. 905-915.

TANGIORA, P. E., « Indigenous Peoples and Developed Nations », (1998) 11/2 *R.Q.D.I.*, p. 253-256.

TANNER, A., « Power and the Peoples of the Fourth World », (1992) 16(3) *Anthropologies et sociétés*, p. 17-35.

TANNER, L. R., « Interview with Judge Antônio A. Cançado Trindade, Inter-American Court of Human rights », (2009) 31 *Human Rights Quarterly*, p. 985-1005.

TAVERNIER, P., « L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », (1997) *R.T.D.H.*, p. 379-393.

THIOYE, M., « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », (2005) 2 *R.I.D.C.*, p. 345-397.

THORNBERRY, P., « International System of Protection of Minorities », Seminário Internacional *as minorias e o direito*, Série Cadernos do C.E.J., vol. 24, Conselho da Justiça Federal, 2003, en ligne : www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo01.pdf, p. 10-21.

TIGROUDJA, H., « Chronique des décisions rendues par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2005) », (2006) *R.T.D.H.*, p. 277-329.

TSOLAKIS, A., « Sédentaires et nomades – L'Europe et les Roms », (2009) 159 *Diversité*, p. 153-157.

VERHOEVEN, J., « Les principales étapes de la protection internationale des minorités », (1997) *R.T.D.H.*, p. 177-203.

WESTIN, C., « Striking a Balance between Diversity and Social Cohesion: Examples from Sweden », National Europe Center Paper n° 74, 18-20 février 2003, en ligne: www.anu.edu.au/NEC/Archive/westin_paper.pdf, (consulté le 07.05.07).

WEYRAUCH, W. O., et M. A. BELL, « Autonomous Lawmaking : The Case of the 'Gypsies' », (1993-1994) 103 *The Yale Law Journal*, p. 340-397.

WRIGHT, J., « Minority groups, autonomy and self-determination », (1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 605-629.

YACOB, J., « Choc des civilisations : vrai ou faux débat ? », 2002, en ligne : http://fig-st-die.education.fr/actes/actes_2002/yacoub/article.htm (consulté le 15.12.06).

C. Articles spécialisés issus d'ouvrages collectifs :

ACTON, T., et N. GHEORGHE, « Citizens of the world and nowhere: Minority, ethnic and human rights for Roma during the last hurrah of the nation-state », dans GUY, W. (dir.), *Between Past and Future: the Roma of Central and Eastern Europe*, Hatfield, University of Hertfordshire Press, 2001, p. 54-70.

AKGÖNÜL, S., « La naissance du concept de minorité en Europe », dans BASTIAN, J-P. et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, p. 37-59.

ALFREDSSON, G., « Different forms of and claims to the right of self-determination », dans CLARK, D., et R. WILLIAMSON, *Self-Determination. International Perspectives*, Macmillan, 1996, p. 58-86.

ALFREDSSON, G., « The Right of Self-Determination and Indigenous Peoples », dans TOMUSCHAT, C. (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 41-54.

ALLEN, S., « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project in the Indigenous Context », dans ALLEN, S. et A. XANTHAKI (dir.), *Reflections on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (à paraître).

AMIT, V. et N. DYCK, « On Claiming Individuality: An Introduction to the Issues », dans AMIT, V., et N. DYCK (dir.), *Claiming Individuality*, London, Pluto Press, 2006, p. 1-21.

ARNAUD, A-J. et M. Atienza, « Juridicité », dans André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., p. 206-209.

ARNAUD, A-J., « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », dans Catherine THIBIERGE et Alii., *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 13-18.

ARNAUD, A-J., « Vers un processus de décision complexe en droit », dans BOURCIER, D. et P. MACKAY, *Lire le droit, langue, texte, cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 71-84

ASCH, M., « From Calder to Van der Peet », dans HAVEMANN, P., *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand*, New Zealand, Oxford University Press, 2000, p. 428-446.

BARTH, F., « Les groupes ethniques et leurs frontières », dans POUTIGNAT, P. et J. STREIFF-FENART, *Théorie de l'ethnicité*, 2^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1995, p. 203-249.

BAUBÖCK, R., « Territorial and Cultural Autonomy for National Minorities? », dans DIECKHOFF, A., *The Politics of Belonging: Nationalism, Liberalism, and Pluralism*, Lexington Books, 2004, p. 221-257.

BEACH, H., « Negotiating Nature in Swedish Lapland: Ecology and Economics of Saami Reindeer Management », dans ALDEN SMITH, E. et J. McCARTER, *Contested Arctic: Indigenous Peoples, Industrial States, and the Circumpolar Environment*, University of Washington Press, 1997, p. 122-149.

BEACH, H., « Reindeer-Pastoralism Politics in Sweden : Protecting the Environment and Designing the Herder », dans HORNBORG, A. et G. PÁLSSON, *Negotiating Nature: Culture, Power, and Environmental Argument*, Lund, Lund university Press, en ligne: www-hotel.uu.se/antro/personal/beach_hugh/index.html (12 mai 2007), 2000, p. 179-211.

BEACH, H., « The Saami », dans FREEMAN, M.M.R., *Endangered Peoples of the Arctic*, Greenwood Press, en ligne: www-hotel.uu.se/antro/personal/beach_hugh/index.html (12 mai 2007), 2000, p. 223-246.

BEACH, H., « World Heritage and Indigenous Peoples : The Example of Laponia », dans *Upholders of Culture Past and Present*, International Seminar by the Committee on Man, Technology and Society, Royal Swedish Academy of Engineering Sciences, en ligne: www-hotel.uu.se/antro/personal/beach_hugh/index.html (12 mai 2007), 2001, p. 90-98.

BELAIDI, N., « Le modèle des conceptions cosmiques : apport de la vision du monde des peuples autochtones à la question environnementale sous l'angle juridique », dans FRITZ, J-C., F. DEROCHE, G. FRITZ et R. PORTEILLA (dir.), *La nouvelle question indigène. Peuples autochtones et ordre mondial*, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 401-423.

BELTON, B., « Knowing Gypsies », dans Le BAS, D. et T. ACTON (dir.), *All Change ! Romani Studies through Romani Eyes*, Hatfield, University of Hertfordshire Press, 2010, p. 61-69.

BIZEUL, Y., « Définition sociologique : minorité versus majorité », dans Jean-Pierre BASTIAN, J-P. et F. MESSNER (dir.), *Minorités religieuses dans l'espace européen. Approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, p. 95-104.

BOSSUYT, M. et O. LINS, « La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme », dans COHEN-JONATHAN, G. et J-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour*

européenne des droits de l'homme, Droit et justice n°64, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 83-99.

BOYLE, K., « Council of Europe, OSCE, and the European Union », dans HANNUM, H. (dir.), *Guide to International Human Rights Practice*, Ardsley, 4^{ème} édition, Transnational Publishers Inc, 2004, p. 143-170.

CANCADO TRINDADE, A. A., « Approximations and Convergences in the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights », dans COHEN-JONATHAN, G. et J-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°64, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 101-138.

CANCADO TRINDADE, A. A., « La Convention américaine relative aux droits de l'homme et le droit international général », dans COHEN-JONATHAN, G. et J-F. FLAUSS (dir.), *Droit international, droit de l'homme et juridictions internationales*, Droit et justice n°55, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 59-71.

CAPOTORTI, F., « Are Minorities Entitled to Collective International Rights », dans DINSTEIN, Y. et M. TABORY (dir.), *The Protection of Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 505-511.

CASSESE, A., « Political Self-Determination – Old Concepts and New Developments », dans CASSESE, A. (dir.), *UN Law / Fundamental Rights: Two Topics in International Law*, 1979, p. 137-173.

COPPENS, P. et J. LENOBLE, « Déformalisation et procéduralisation du droit », dans A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1995, p. 105-110.

COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., « L'article 8 § 2 », dans PETTITI, L.E, E. DECAUX et P.H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 322-351.

DEROCHE, F., « La notion de « peuples autochtones » : une synthèse des principaux débats terminologiques », dans FRITZ, J-C., F. DEROCHÉ, G. FRITZ et R. PORTEILLA (dir.), *La nouvelle question indigène. Peuples autochtones et ordre mondial*, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 47-63.

DEROCHE, F., « Les peuples autochtones et leur relation à la terre et aux ressources naturelles », dans FRITZ, J-C., F. DEROCHÉ, G. FRITZ et R. PORTEILLA (dir.), *La nouvelle question indigène. Peuples autochtones et ordre mondial*, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 275-303.

EAGLETON, T., « Five Types of Identity and Difference », dans BENNETT, D., *Multicultural States, Rethinking Difference and Identity*, London and New York, Routledge, 1998, p. 48-52.

EIDE, A., « In Search of Constructive Alternative to Secession », dans TOMUSCHAT, C. (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 139-176.

ERIKSSON, G., « Darwinism and Sami Legislation », dans JAHRESKOG, B., *The Sami National Minority in Sweden*, Stockholm, A&W, Humanities Press, 1982, p. 89-101.

FLAUSS, J-F., « Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans COHEN-JONATHAN, G. et J-F. FLAUSS (dir.), *Droit international, droit de l'homme et juridictions internationales*, Droit et justice n°55, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 73-120.

GAUDREAULT-DESBIENS, J-F., « Une anthropologie juridique rimbaldienne ? », dans LE ROY, E. (dir.), *Anthropologie et droit. Intersections et confrontations*, Paris, Karthala, 2004, p. 171-178.

GIL, T., « Le processus empirique de la globalisation et les droits fondamentaux », dans PALLARD, H. ET S. TZITZIS (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2003, p. 23-28.

GLASERSFELD, E. V., « Introduction à un constructivisme radical », dans WATZLAWICK, P., *L'invention de la réalité. Comment savons-nous ce que nous croyons savoir ?*, Paris, Éditions du Seuil, 1988, p. 19-42.

HAILBRONNER, K., « The Legal Status of Population Groups in a Multinational State under Public International Law », dans DINSTEIN, Y. et M. TABORY, *The Protection of Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 117-144.

HANNUM, H., « The Limits of Sovereignty and Majority Rule : Minorities, Indigenous Peoples and the Right to Autonomy », dans LUTZ, E. L., H. HANNUM, K. BURKE et F. C. NEWMAN (dir.), *New Directions in Human Rights*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1989, p. 3-24.

HAVEMANN, P., « Indigenous Peoples, the State and the Challenge of Differentiated Citizenship », dans HAVEMANN, P., *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand*, New-Zealand, Oxford University Press, 2000, p. 468-474.

HOOKER, J., « Defining Indigeneity in Latin America : How to Classify Afro-descendants? », dans EISENBERG, A., et W. KYMLICKA (dir.), *Institutions and*

Identities : How Public Institutions Mediate Identity Politics, Vancouver, University of British Columbia Press, (à paraître).

HOUTART, F., « La culture des peuples autochtones comme force de résistance à la mondialisation », dans FRITZ, J-C., F. DEROCHE, G. FRITZ et R. PORTEILLA (dir.), *La nouvelle question indigène. Peuples autochtones et ordre mondial*, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 425-431.

JOHNSTON, D. M., « Native Rights as Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation », dans KYMLICKA, W. (dir.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 179-201.

KYMLICKA, W., « American Multiculturalism and the 'Nations Within' », dans IVISON, D., P. PATTON et W. SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 216-236.

KYMLICKA, W., « Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy ? », dans ALLEN, S. et A., XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart Publishing, (à paraître).

KOUNDOURA, M., « Multiculturalism or Multinationalism ? », dans BENNETT, D., *Multicultural States, Rethinking Difference and Identity*, London and New York, Éditions Routledge, 1998, p. 69-87.

KRENC, F., « Le sort des Tsiganes devant la Cour européenne des droits de l'homme », dans LAMBERT, P. et C. PETTITI (dir.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n° 46, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 97-110.

LAJOIE, A., « Surdétermination », dans LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1995, p. 85-92.

LE BAS, D., « The possible implications of diasporic consciousness for Romani identity », dans LE BAS, D. and T. ACTON (dir.), *All Change ! Romani Studies through Romani Eyes*, Hatfield, University of Hertfordshire Press, 2010, p. 61-69.

LE ROY, E., « Pluralisme et Universalisme juridique », dans *L'étranger en France face au droit de la famille*, Paris, La documentation française, 2000, en ligne : www.dhdi.free.fr, 17 p.

LEWIS-ANTHONY, S. et M. SCHEININ, « Treaty-Based Procedures for Making Human Rights Complaints Within the UN System », dans HANNUM, H., *Guide to International Human Rights Practice*, 4^{ème} édition, Ardsley, Transnational Publishers Inc, 2004, p. 43-63.

MACCORMICK, N., « La texture ouverte des règles juridiques », dans AMESELEK, P. et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 109-126.

MACDONALD, R. A., « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law », dans LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 9-24.

MAGALLANES, C. J. I., « International Human Rights and their Impact on Domestic Law on Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand », dans HAVEMANN, P., *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand*, New Zealand, Oxford University Press, 2000, p. 235-276.

McDONALD, M., « Should Communities Have Rights ? Reflections on Liberal Individualism », dans AN-NA'IM, A. A., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, a Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, p. 134-161.

MELKEVIK, B., « Prolégomènes à une problématique : mondialisations et droit », dans PALLARD, H. ET S. TZITZIS (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2003, p. 109-127.

MEYER-BISCH, P., « Quatre dialectiques pour une identité », dans KYMLICKA, W. et S. MESURE (dir.), *Les identités culturelles*, Paris, PUF, 2000, p. 271-295.

MISCHEK, U., « Mahalle Identity Roman (Gypsy) Identity under Urban Conditions », dans MARSH, A. et E. STRAND (dir.), *Gypsies and the problem of identities. Contextual, Constructed and Contested*, Swedish Research Institute in Istanbul Transactions vol. 17, I. B., London and New-York, Tauris and Co Ltd., 2006, p. 157-162.

OTIS, G., « Le pluralisme juridique et les droits fondamentaux dans la gouvernance autochtone : l'exemple des conseils de bande dits 'coutumiers' », dans FERRAND, J. et H. PETIT, *Enjeux et perspectives des droits de l'homme, L'Odyssée des droits de l'homme III*, Paris, l'Harmattan, 2003, p. 151-161.

PALLARD, H., « Histoire et mondialisation. Diversité culturelle et droits fondamentaux », dans PALLARD, H. ET S. TZITZIS (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2003, p. 9-22.

ROSAS, A., « Internal Self-Determination », dans TOMUSCHAT, C. (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 225-252.

ROSENNE, S., « The Protection of Minorities and Human Rights », dans DINSTEIN, Y. et M. TABORY, *The Protection of Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 513-518.

ROULAND, N., « L'émergence du droit des minorités et des peuples autochtones dans les conventions et traités internationaux », dans ROULAND, N. (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 191-204.

RUSSO, C., « Article 8 § 1 », dans PETTITI, L.E., E. DECAUX et P. H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 307-321.

SANDERS, D., « Self-Determination and Indigenous Peoples », dans TOMUSCHAT, C. (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 55-81.

SHELTON, D. L., « The Inter-American Human Rights System », dans HANNUM, H., *Guide to International Human Rights Practice*, 4^{ème} édition, Ardsley, Transnational Publishers Inc, 2004, p. 127-141.

SHAW, M. N., « The Definition of Minorities in International Law », dans DINSTEIN, Y. et M. TABORY, *The Protection of Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 1-31.

SVENSSON, T. G., « Right to Self-Determination : a Basic Human Right Concerning Cultural Survival. The Case of the Sami and the Scandinavian State », dans AN-NA'IM, A. A., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, a Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, p. 363-384.

TERRÉ, F., « Forces et faiblesses de la norme », dans THIBIERGE, C. et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 19-21.

THIBIERGE, C., « Synthèse », dans THIBIERGE., C. et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 741-811.

THORNBERRY, P., « The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination with some Remarks on Federalism », dans TOMUSCHAT, C. (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 101-138.

THORNBERRY, P., « An Unfinished Story of Minority Rights », dans BIRO, A.M. et P. KOVACS (dir.), *Diversity in Action*, Budapest, LGI/OSI, 2001, p. 45-73.

TIMSIT, G., « La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives », dans LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *Théorie et*

émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité, Montréal, Thémis, 1995, p. 99-104.

TOMUSCHAT, C., « Self-Determination in Post-Colonial World », dans TOMUSCHAT, C. (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 1-20.

TULLY, J., « Une étude de la politique de l'identité », dans KYMLICKA, W. et S. MESURE (dir.), *Les identités culturelles*, Paris, PUF, 2000, p. 193-218.

VILLA, V., « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans AMSELEK, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 288-291.

WALDRON, Jeremy, « Identité culturelle et responsabilité civique », dans Will KYMLICKA et Sylvie MESURE (dir.), *Comprendre les identités culturelles*, Revue de philosophie et de sciences sociales n°1, Paris, 2000, p. 173-192.

WEBBER, J., « Commentaires sur la nature sociale du droit et le rôle du pouvoir », dans LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 191-197.

WEBBER, J., « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés », dans BELLEY, J-G. (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 113-149.

WRÓBLEWSKI, J., « Interprétation », dans ARNAUD, A-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 199-201.

YACOUB, J., « A l'épreuve des civilisations et des cultures, repenser les Droits de l'homme. Une approche critique », dans FERRAND, J. et H. PETIT (dir.), *Enjeux et perspectives des droits de l'homme, L'Odyssée des droits de l'homme III*, Paris, l'Harmattan, 2003, p. 183-200.

XII. THESES ET MEMOIRES

FORREST, S., *Do Fences Make Good Neighbours ? The Influence of Territoriality in State-Sami Relations*, mémoire de maîtrise, University of Northern British Columbia, 1998, 97 p.

GIROUX, M-H., *Le droit européen et la protection des minorités*, thèse de doctorat, Université de Montréal, 2008, 333 p.

LAJCAKOVA, J., *Ethnocultural Justice for the Roma in Slovakia*, thèse de doctorat, University of Toronto, 2007, 293 p.

XIII. SITES INTERNETS

A. Organisations et juridictions internationales et régionales

Comité des droits de l'homme des Nations Unies :

www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/Documentsfrsetfr?OpenFrameSet

Commission interaméricaine des droits de l'homme : www.cidh.oas.org

Conseil de l'Europe : www.coe.int

Cour Européenne des droits de l'homme : www.echr.coe.int/echr

Cour interaméricaine des droits de l'homme : www.corteidh.or.cr/index.cfm

Cour internationale de justice : www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij

Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones :

www.ohchr.org/french/issues/indigenous/groups/groups-01.htm

Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme : www.ohchr.org

Instance Permanente sur les Questions Autochtones des Nations Unies :

www.un.org/esa/socdev/unpfii/fr/index.html

Organisation internationale du Travail : www.ilo.org/global/lang--fr/index.htm

Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore : www.wipo.int/tk/fr

Secrétariat de la Convention sur la Diversité Biologique : www.biodiv.org

UNESCO : [portal.unesco.org/en/ev.php-](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=29008&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

[URL_ID=29008&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=29008&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

B. Assemblées représentatives de peuples autochtones

Assemblée des premières nations : www.afn.ca

Conseil Sami : www.saamicouncil.net

Inuit Circumpolar Conference :

www.inuitcircumpolar.com/index.php?Lang=En&ID=1

Parlement Sami de Suède : www.sametinget.se/sametinget/view.cfm?oid=1000

Unrepresented Nations and Peoples Organisation : www.unpo.org

C. O.N.G.

Center for World Indigenous Studies: www.cwis.org/who_we_are.htm

European Roma Rights Center : www.errc.org

Groupe International de Travail sur les Peuples Autochtones: www.gitpa.org

Indian Law Resource Center : www.indianlaw.org/documents.html

International Work Group for Indigenous Affairs: www.iwgia.org/sw6419.asp

Human Rights Network International :

www.hrni.org/FR/noflash/issues_main.php?root_cat_ID=2&cat_ID=160&root_title=Droits+et+Libert%E9s

Minority Rights Group International: www.minorityrights.org

Resource Center for the rights of indigenous peoples: www.galdu.org

Survival International: www.survival-international.org

D. Revues électroniques et centres de recherches et de documentation en ligne

Centre de Documentation, de Recherche et d'Information des Peuples Autochtones : www.docip.org/francais/bienvenu.html

Indigenous affairs : www.iwgia.org/sw6419.asp#516_14910