

Version à usage académique
Ne faire référence qu'à la version publiée

Serge Gutwirth,
'Le droit à l'autodétermination entre le sujet individuel et le sujet collectif. Réflexions sur le cas particulier des peuples indigènes',
Revue de droit international et de droit comparé, 1998/1, 23-78.

**Le droit à l'autodétermination entre le sujet individuel et le sujet collectif.
Réflexions sur le cas particulier des peuples indigènes.**

"Une société nationale culturellement homogène est par définition même antidémocratique"
Alain Touraine¹

Sommaire

Avant-propos

- I. Le droit à l'autodétermination des peuples
 - I.a. Autodétermination et décolonisation
 - I.b. L'autodétermination et la résurgence du tribalisme
- II. Critique de l'identité collective et des droits collectifs
 - II.a. Les critères problématiques de l'identité collective
 - II.b. Exclusion et inclusion
 - II.c. Droits collectifs ?
 - II.d. L'identité collective face aux principes fondamentaux de la pensée juridique Occidentale
 - Démocratie
 - L'Etat de droit démocratique
 - La conception relationnelle du droit
 - Liberté individuelle
 - II.e. En guise de conclusion
- III. Réflexions complémentaires sur la question de l'identité collective et des droits des peuples indigènes

Avant propos²

¹ TOURAINE, A., *Qu'est-ce la démocratie ?*, Paris, Fayard, 1994, 171.

² Ce texte fût conçu pendant plusieurs réunions-séminaires organisées en 1996 et 1997 par la *Fondation Internationale Lelio Basso pour le droit et la libération des peuples*. Il y a fait l'objet de discussions et de commentaires approfondis avant d'être finalement présenté pendant le congrès international du 23 janvier 1998. A cette occasion il a donné lieu a des discussions enrichissantes (plus particulièrement avec Richard Falk et Luigi Ferrajoli) dont les

1. Le droit à l'autodétermination est problématique parce qu'il se prête aussi bien à une interprétation individuelle que collective. Si pour certains le droit à l'autodétermination se réfère automatiquement à l'autonomie et aux libertés de l'individu, pour d'autres le même concept est indissociablement lié à des entités collectives telles que peuples, ensembles nationaux, minorités ethniques, communautés religieuses, groupes, etc. Or, ces deux prises de position ne sont pas aisément conciliables. Les aspirations collectives peuvent limiter les aspirations individuelles, tandis que ces dernières ne s'accordent pas souvent aux premières. Une vie individuelle n'est, de surcroît, jamais simplement ou automatiquement réductible à un projet collectif et il n'existe pas d'évidences qui, d'un point de vue normatif, tendraient à ce but.

Tout comme entre les droits individuels et collectifs en général, de sérieuses frictions peuvent surgir entre le droit individuel à l'autodétermination et son équivalent collectif. Ceci n'est pas seulement le cas dans la pratique, où les aspirations individuelles et collectives peuvent s'affronter violemment, mais aussi sur le plan théorique car la conceptualisation de droits (fondamentaux) collectifs se heurte principiellement aux droits et libertés individuels de l'homme. Bref, il règne un net champ de tension pratique et théorique entre les deux conceptions et revendications³.

Cette tension essentielle entre le collectif et l'individuel se trouvera au coeur de la présente contribution. Il s'agira, en effet, avant tout d'une réflexion théorique et critique sur la nécessité de concevoir des droits collectifs. Cette réflexion théorique de nature générale servira ensuite de toile de fond pour quelques réflexions sur la revendication particulière du droit à l'autodétermination par les peuples indigènes.

2. En conséquence, cette contribution aura trois parties. La première partie ébauchera succinctement le concept général de droit à l'autodétermination des peuples sous l'angle du droit international public ainsi que d'une perspective historique et politique. La seconde partie ensuite abordera de façon critique les revendications d'identité collective (nationalistes, raciales, culturelles, ethniques ou autres) ainsi que l'idée jumelle de droits collectifs parmi lesquels le droit à l'autodétermination des peuples joue un rôle essentiel. Enfin, dans la troisième partie l'attention sera brièvement portée vers la problématique spécifique du droit à l'autodétermination des peuples

répercussions n'ont pas encore été incorporées dans le texte. L'auteur tient à remercier sincèrement la *Fondation Internationale Lelio Basso* de l'avoir invité à participer à ses travaux.

³ Cette tension est bien exprimée entre autres dans : GALENKAMP, M., *Individualism versus collectivism. The concept of collective rights*, 1993, Rotterdam, RFS, 249 p.; GALENKAMP, M., "Collectieve rechten: een review essay", *R&R*, 1991/1, 60-72; GALENKAMP, M., "Collective rights: much ado about nothing? A review essay", *Netherlands Human Rights Quarterly*, 1991/2, vol. 9, 291-307; GALENKAMP, M., "De grenzen van de nationale zelfbeschikking" in *Naar een nieuwe interpretatie van het recht op zelfbeschikking ?*, SYBESMA, N. & VAN BELLINGEN, J. (Eds.), Brussel, VUBPress, 1995, 99-102; HAARSHER, "Les droits collectifs contre les droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990, 231-234; PELLOUX, R., "Vrais et faux droits de l'homme: problèmes de définition et de classification", *Revue du droit public*, 1981, 53-68 et RIVERO, J., "Déclarations parallèles et nouveaux droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990, 323-329. Voy. aussi : GUTWIRTH, S., "Het harlekijnspak en het vale ezelsvel" in *Naar een nieuwe interpretatie van het recht op zelfbeschikking ?*, SYBESMA, N. & VAN BELLINGEN, J. (Eds.), Brussel, VUBPress, 1995, 53-88.

Il faut aussi mentionner expressément les travaux de François Rigaux car cet auteur s'est en effet consacré en profondeur tant aux droits d'autodétermination individuelle qu'aux droits collectifs attribués aux peuples; voir d'une part RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel/Parijs, Bruylant/L.G.D.J., 1990, 849 p. et RIGAUX, F., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, avec les contributions de POULLET, Y., THUNIS, X., LEONARD, Th., Chaire Francqui 1992, Travaux de la faculté de droit de Namur, Larcier, Bruxelles, 1992, 317 p., et d'autre part RIGAUX, F., *Pour une déclaration universelle des droits des peuples. Identité nationale et coopération internationale*, Bruxelles/Lyon, Vie ouvrière/Chronique sociale, 1990, 169 p. et RIGAUX, F., "L'autodétermination dans les sentences du Tribunal Permanent des Peuples", texte dactylographié présenté à la réunion-séminaire *L'autodétermination des peuples dans les années '90* du 12 octobre 1996, Fondation Internationale Lelio Basso pour le droit et la libération des peuples, Rome. Il me semble cependant pouvoir déceler une série de tensions remarquables et significatives entre ces deux aspects de l'oeuvre de Rigaux.

autochtones ou indigènes. La réflexion critique sera ainsi transposée aux peuples indigènes tout en tenant compte, le cas échéant, des particularités de leurs situation et revendications.

I. Le droit à l'autodétermination des peuples

I.a. Autodétermination et décolonisation

3. Le principe d'autodétermination des peuples, tel que nous le connaissons le mieux, fut consacré par la Charte des Nations Unies (1945) dans laquelle il fut explicitement avancé comme un objectif essentiel de l'organisation (art. 1, 2 et art. 55, 1). En 1960 il fut à nouveau mis à l'ordre du jour en tant que concept central de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée Générale concernant l'indépendance de pays et peuples coloniaux⁴. Là il fut établi que tous les peuples disposent d'un droit à l'autodétermination au nom duquel ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel. La négation de ce droit par la domination et l'exploitation étrangères sera considérée comme une violation de la Charte et une atteinte aux droits fondamentaux de l'homme. Toujours dans le prolongement du mouvement de décolonisation l'Assemblée Générale a reconfirmé le droit à l'autodétermination par deux fois. D'abord ce fut le cas, deux ans plus tard dans une optique plus économique, dans sa résolution 1803 (XVIII) concernant la *Permanent Sovereignty of natural resources*⁵. Ensuite, dix ans plus tard en 1970, l'Assemblée Générale réaffirma l'idée à travers l'adoption de résolution 2625 ou la *Déclaration on principles of international law concerning friendly relations and cooperation among states in accordance with the charter of the United Nations*⁶. De surcroît, le droit en question a encore été repris explicitement en tant que premier article commun des deux pactes internationaux de 1966 concernant d'une part les droits civils et politiques (PIDCP) et d'autre part les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)⁷.

⁴ Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples, General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960, *Human rights. A compilation of international instruments*, UN, New York, 1978, 20.

⁵ General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, "Permanent sovereignty over natural resources", *Human rights. A compilation of international instruments*, UN, New York, 1978, 21-22.

⁶ UN Doc. A/Res/2625 (XXV). Résolution 2625 (1970) ou Déclaration relative au principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies. Cf. ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., *International Human Rights in Context : Law, Politics, Morals*, Oxford, Clarendon, 1996, 974-976.

⁷ "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", art. 1, 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 (New York), approuvé par la loi du 15 mai 1981, *Mon.*, 6 juillet 1983, 8806-8807; 8815-8828 (PIDCP) et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966 (New York), approuvé par la loi du 15 mai 1981, *Mon.*, 6 juillet 1983, 8806-8807; 8808-8815 (PIDESC). Pour un aperçu plus complet des confirmations et des formulations du droit à l'autodétermination des peuples, entre autres, dans le cadre des Nations Unies, voir : FRANCK, T.M., *Fairness in international law and institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 150 et seq.; FRANCK, T.M., "Postmodern tribalism and the right to secession" in *Peoples and minorities in international law*, BROLMAN, C.M., LEFEBER, R & ZIECK, M.Y.A., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 5 et seq.; KISS, A., "The peoples right to self determination", *Human rights law journal*, 1986, vol. 7, 166 et seq.; McCORQUODALE, R., "Self-determination: a human rights approach", *ICLQ*, 1994, 857 et seq.; PELLOUX, R., *l.c.*, 62-64; RIGAUX, F., *Pour une déclaration universelle des droits des peuples, o.c.*, 169 p. et SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1995, 91-92, 159 et seq. Au demeurant il faut aussi renvoyer à d'autres formulations du droit à l'autodétermination des peuples, telles la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (in MBAYE, K., *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pedone, 1992, 275-286) et la Déclaration universelle des droits des peuples, Alger, 4 juillet 1976 (Fondation Internationale Lelio Basso pour le droit et la libération des peuples, Rome, *repris* in RIGAUX, F., *Pour une déclaration universelle des droits des peuples, o.c.*, 162-164).

4. La mise en avant du droit à l'autodétermination des peuples après la deuxième guerre mondiale doit être comprise dans son contexte historique et politique. Il s'agissait clairement à l'époque de ratifier et de pérenniser les résultats obtenus dans la lutte politique pour la décolonisation⁸. L'attribution du droit à l'autodétermination est dans ces conditions aussi liée inséparablement à un état de fait de domination externe, de soumission à une puissance étrangère⁹. Les textes des Nations Unies ratifient ainsi l'obligation de décolonisation plutôt qu'ils n'octroient un véritable droit à l'autodétermination des peuples : "le peuple, en tant que sujet de droit n'existe que dans le droit de la décolonisation, sous réserve qu'il présente une triple caractéristique : former un peuple (ce qui suggère une certaine unité nationale); être sous domination, subjugation ou exploitation; que celle-ci soit étrangère"¹⁰.

Ce qui précède a deux conséquences importantes. Tout d'abord cela implique que *pas* toute nation ou minorité ne peut revendiquer le droit à l'autodétermination en tant qu'indépendance politique, territoriale, culturelle et économique. Ainsi, il y a une nette différence juridique entre le droit à l'autodétermination des peuples (art. 1 PIDCP) et les droits individuels des membres de minorités (art. 27 PIDCP)¹¹. L'égalité souveraineté des Etats- Membres des Nations Unies est acquise (art. 2, 1 de la Charte), sauf - seule exception - dans le cas d'une domination coloniale et donc du rejet d'un joug étranger. La sécession territoriale et politique d'un état national souverain n'est pas en accord avec la Charte (art. 2, 1)¹². Il s'ensuit que le droit à l'autodétermination après la deuxième guerre mondiale n'était valable que pour des peuples et des territoires qui en vérité avaient déjà été définis et "découpés" par la domination coloniale¹³. Il n'y avait donc nullement lieu de s'inquiéter au sujet de la question de la définition d'un "peuple"¹⁴. Cela ressortait des faits : "Peoples entitled to self-determination were defined as the inhabitants of a colony"¹⁵.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes justifiait par conséquent la résistance à l'emprise étrangère et signifiait au fond une reconnaissance du "droit à la décolonisation". Il prêtait une sorte de personnalité juridique internationale aux peuples colonisés qui était comparable à celle

⁸ Au sujet de la prise en compte du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans les deux traités de 1966 Sudre écrit : "(I)l s'agit, d'une part, de favoriser l'élimination du colonialisme en opposant le droit des peuples comme droit de l'homme aux métropoles européennes, **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.** des droits de l'homme, et d'autre part, de permettre aux nouveaux pays de participer à une définition des droits de l'homme qui réponde à leurs aspirations", SUDRE, F., *o.c.*, 160.

⁹ Cela ressort par exemple du texte même des deux premiers articles de la résolution 1514 (XV) dont il suit que la reconnaissance du droit à l'autodétermination d'un peuple dépend de son état de "alien subjugation, domination and exploitation". En ce sens DAVIDSON, S., *Human rights*, Buckingham, Open University Press, 1993, 75; RIGAUX, F., *Pour une déclaration universelle des droits des peuples*, *o.c.*, 103 et SIEGHART, P., *The lawful rights of mankind*, Oxford U.P., Oxford, 1985, 163.

Sieghart souligne d'ailleurs les réserves de l'Inde à la signature de deux traités de 1966. Cet état multi-ethnique a alors statué explicitement que le droit à l'autodétermination était applicable seulement à des peuples sous domination étrangère et non à des peuples sous contrôle d'un état national souverain. La réserve de l'Inde est reprise dans ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., *o.c.*, 976, avec les objections de l'Allemagne de l'Ouest.

¹⁰ SUDRE, F., *o.c.*, 160-161.

¹¹ Voir à ce sujet entre autres DUURSMA, J.C., *Fragmentation and the international relations of micro-states. Self-determination and statehood*, Cambridge U.P., 1996, 40-46 et HIGGINS, R., "Minority rights: discrepancies and divergencies between the international covenant and the Council of Europe system" in *The dynamics of the protection of human rights in Europe. Essays in honour of Henry G. Schermers*, III, LAWSON, R. & DE BLOIS, M., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, 195-198

¹² C'est explicite dans les résolutions de l'Assemblée Générale nommés plus haut. Cf. GALENKAMP, M., "De grenzen ...", *l.c.*, 90; HIGGINS, R., "Minority rights ...", *l.c.*, 197-198 et KISS, A., *l.c.*, 168.

¹³ RIGAUX, F., *Pour une déclaration universelle des droits des peuples*, *o.c.*, 103; FLINTERMAN, C., "Three generations of human rights" in *Human rights in a pluralist world: individuals and collectivities*, BERTING, J., BAEHR, P.R. & BURGERS, J.H. (Ed.), London, Meckler, 1990, 46-47 et HIGGINS, R., "Minority rights ...", *l.c.*, 197 (avec renvoi à la doctrine *uti possidetis*).

¹⁴ ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., *o.c.*, 975. Voy. aussi : DUURSMA, J.C., *o.c.*, 31-34

¹⁵ FRANCK, T.M., *o.c.*, 153.

d'un Etat et qui d'ailleurs ferait après la décolonisation la personnalité juridique de la nouvelle entité étatique résultante¹⁶. On considèrerait que l'Etat nouvellement créé réalisait et "épuisait" le droit à l'autodétermination. Il ne pouvait donc point être question de sécession : les principes de l'intégrité territoriale et la doctrine *uti possidetis* étaient bel et bien supérieurs à celui de l'autodétermination¹⁷. Ce sont par conséquent toujours des Etats et jamais des "peuples" ou des "nations" en tant que tels qui ont occupé la scène de la décolonisation internationale¹⁸. Voilà pourquoi le droit à l'autodétermination des peuples peut être uniquement perçu comme un concept transitoire visant à permettre la réalisation de la décolonisation. De ce point de vue il disparaît une fois la décolonisation réalisée.

5. Il est intéressant, néanmoins de noter que la question n'a pas toujours été posée de la même façon¹⁹. La désintégration des empires Allemand, Austro-Hongrois et Ottoman avant et après la première guerre mondiale avait en effet, sous l'impulsion du président Wilson, bel et bien donné lieu à une recomposition territoriale en Europe. Celle-ci avait pour objectifs de faire disparaître les causes ethniques et culturelles de conflits en Europe et d'en finir avec les empires dans lesquels de nombreuses ethnies et cultures antagonistes avaient été acculées à une vie en commun. D'après cette doctrine, l'autodétermination pouvait effectivement mener à la création de nouveaux Etats indépendants. Elle fut conçue de façon réellement dynamique et avait donc le dessus sur le principe de l'intégrité territoriale. En conséquence certaines frontières furent redessinées en fonction de la création d'Etats-nations plus aux moins homogènes, dans lesquels on espérait réduire le problème des minorités²⁰. Or, de cette *doctrine* de l'autodétermination ethnique-linguistique-nationale d'après 1918 il ne peut être déduit un *droit* universel à l'autodétermination culturelle et/ou territoriale (sécession). En effet, même si les premiers articles des traités internationaux de 1966 (PIDCP et PIDESC) sont apparemment formulés de façon universelle, le droit à l'autodétermination des peuples ne peut être considéré comme un droit unilatéral et absolu à l'indépendance hors du contexte de la décolonisation²¹.

I.b. L'autodétermination et la résurgence du tribalisme

¹⁶ RIGAUX, F., *Pour une déclaration universelle des droits des peuples*, o.c., 104.

¹⁷ ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., o.c., 975; FRANCK, T.M., o.c., 146 et seq. et KOOIJMANS, P.H., "Tolerance, sovereignty and self-determination", *Netherlands International Law Review*, 1996, 213. Il s'agissait en fait d'une synthèse de deux principes opposés, notamment le principe statique de l'intégrité territoriale (*uti possidetis*) d'une part, et celui, dynamique, de l'autodétermination. Ce qui explique, comme note bien Franck, "the incongruity in those UN résolutions calling for universal décolonisation by reference to self-determination but, in the next breath, reserving each state's right to territorial integrity and inviolable frontiers"; FRANCK, T.M., o.c., 151. Au sujet des tensions entre ces deux principes voy. aussi KLABBERS, J. & LEFEBER, R., "Africa: lost between self-determination and *uti possidetis*" in *Peoples and minorities in international law*, BROLMAN, C.M., LEFEBER, R & ZIECK, M.Y.A., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 37-76

¹⁸ SUDRE, F., o.c., 161. Aussi Rigaux constate avec une certaine amertume l'ambiguïté de la fonction des peuples dans l'ordre juridique international : "les peuples oui, mais à condition qu'ils ne s'expriment que par la bouche des représentants de l'Etat-nation et que les droits dont la jouissance leur est en principe reconnue ne soient exercés que par les Etats", RIGAUX, F., *Pour une déclaration universelle des droits des peuples*, o.c., 145.

¹⁹ Pour un aperçu élaboré de l'histoire des prises de positions et règles concernant l'autodétermination des peuples, voir les travaux limpides de T.M. Franck : FRANCK, T.M., o.c., 140-169 et FRANCK, T.M., "Postmodern tribalism ...", *l.c.*, 3-27. Voy. aussi : DUURSMA, J.C., o.c., 1-141. Voy. aussi ANAYA, S.J., *Indigenous peoples in international law*, Oxford U.P., 1996, 75-77.

²⁰ ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., o.c., 972-973; DUURSMA, J.C., o.c., 9-10 et FRANCK, T.M., o.c., 149-150, avec les exemples.

²¹ En ce sens ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., o.c., 977. Comp. FRANCK, T.M., o.c., 154 et seq. et HIGGINS, R., "Minority rights ...", *l.c.*, 195-198. D'un point de vue purement textuel le droit ne revient en tout cas pas aux minorités, car leurs membres jouissent d'une protection par biais de droits individuels (art. 27 PIDCP)

6. Actuellement les choses se présentent cependant différemment²². Comme le décrit bien T.M. Franck nous sommes aujourd'hui - après la décolonisation, la fin de la guerre froide et l'effondrement du bloc communiste - témoins d'une montée en force d'un nouveau tribalisme qui n'est plus l'apanage exclusif des peuples soi-disants arriérés, mais s'affirme bien au contraire partout dans le monde et jusqu'au sein même des vieux pays d'Europe²³. Il s'agit bien-entendu de toutes ces 'nations', tous ces clans et groupes assertifs qui revendiquent à tue-tête la fragmentation politique et légale des Etats souverains, se faisant forts d'arguments de nature ethnique, culturelle, historique, morale et/ou économique. Ce nouveau tribalisme (ou : 'neo-apartheid'²⁴) tend toujours vers un même et unique but, notamment la redistribution de la population et du territoire d'états multiculturels ou multinationaux en fonction de la constitution de nouveaux états uniculturels ou uninationaux (et donc "tribaux")²⁵. Autrement dit, le nationalisme bat son plein et l'agenda politique se retrouve fortement déterminé par ses prémisses et principes : le monde est constitué de différentes nations qui doivent préserver leur propre identité, s'il le faut, au prix de la fondation d'états indépendants et culturellement homogènes (ou de la guerre). C'est donc la nation qui fait l'Etat²⁶.

7. On comprendra aisément qu'aujourd'hui le droit à l'autodétermination des peuples est invoqué dans ce contexte de revendications neo-tribales ou nationalistes²⁷. Il en est devenu l'essentiel vecteur. Or, il n'est plus question d'un contexte colonialiste, ne serait-ce que parce que la période colonialiste - du moins globalement parlant et en théorie²⁸ - a pris fin. La revendication d'autodétermination ne se présente donc plus comme une résistance à une domination étrangère, mais plutôt comme une résistance interne qui s'exprime par l'aspiration à une identité collective (qu'elle soit ethnique, linguistique ou religieuse) à laquelle des exigences plus concrètement politico-territoriales sont associées. Souvent la résistance est alors dirigée contre un pouvoir (étatique) central et a, exigence connexe, un lien étroit avec le fait que la collectivité en question trouve qu'elle n'a pas assez de pouvoir dans la structure étatique existante.

De là, bien sûr, la question de savoir si les nouvelles revendications nationalistes peuvent être traduites par le droit à l'autodétermination comme il était conçu par le droit international au temps où il devait émerger de la décolonisation. Quoiqu'il en soit il n'y a pas d'unanimité à ce sujet²⁹. Certains jugent que le droit à l'autodétermination des peuples en tant que tel a accompli sa tâche avec l'achèvement de la décolonisation et que hors de ce contexte il n'a plus de signification; d'autres trouvent par contre que l'on peut faire appel à ce droit chaque fois que les membres d'un peuple ne jouissent pas pleinement (comme tous les autres citoyens) de la représentation démocratique et de leurs droits et libertés fondamentaux, chaque fois qu'un peuple est opprimé ou,

²² Voy. p. ex. TOMUSCHAT, Chr., "Self-determination in a post-colonial world", 1993 repris dans ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., *o.c.*, 978.

²³ Par exemple les forces à l'oeuvre en ex-Yougoslavie, en ex-Union Soviétique, en ex-Tchécoslovaquie, au pays Basque, en Catalogne, en Ecosse, en Corse, en Bretagne, en Flandre et en Wallonie, en "Padanie", au Québec, au Myanmar, au Tibet, au Ruanda et au Burundi, en Irian Yaya, au Sri Lanka, etc.

²⁴ FRANCK, T.M., *o.c.*, 144.

²⁵ Voy. FRANCK, T.M., *o.c.*, 140-169 et FRANCK, T.M., "Postmodern tribalism ...", *l.c.*, 3-27.

²⁶ Cf. GALENKAMP, M., "De grenzen ...", *l.c.*, 93 et seq.

²⁷ Cf. HIGGINS, R., "Minority rights ...", *l.c.*, 195.

²⁸ Evidemment une discussion est possible à ce sujet : le colonialisme est-il vraiment passé? N'y a-t-il pas néo-colonialisme? N'existe-t-il pas un "colonialisme intérieur"?...

²⁹ Voir à ce sujet ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., *o.c.*, 977 et seq.; FRANCK, T.M., *o.c.*, 154 et seq. et McCORQUODALE, R., "Self-determination: a human rights approach", *l.c.*, 860 et seq.

plus fort encore, chaque fois qu'une entité collective décide de vouloir l'indépendance³⁰. D'une part on trouve des plaidoyers pour une réinterprétation très large du droit à l'autodétermination telle que toute minorité ou tout groupe pourrait l'invoquer dans toutes ces conséquences (sécession); de l'autre on tache de réduire le plus possible la désintégration d'états multiculturels en petits états ethniques ou religieux.

Toujours est-il que la poussée nationaliste/tribaliste et les événements géo-politiques ont précipité la recherche de *critères normatifs* pour l'évaluation des revendications d'autodétermination et de sécession, qu'ils se reportent ou non aux textes de la décolonisation. Force est de constater qu'il y a à cet effet plusieurs intérêts à prendre en compte à côté de ceux du groupe/peuple en question, notamment ceux des individus, ceux des autres groupes et ceux de la communauté internationale, qui en fin de compte - par le biais de sa reconnaissance - est seule à pouvoir ratifier les changements³¹. C'est dire qu'il faudra dorénavant *contextualiser* chaque revendication d'autodétermination et l'évaluer en fonction des faits et desdits critères normatifs. Plusieurs auteurs ont déjà ébauché à cet effet des batteries de critères, faisant évidemment référence à la pratique internationale des dernières années.

Ainsi Galenkamp propose d'évaluer la légitimité d'une revendication d'autodétermination à la lumière de deux critères. D'abord elle avance le critère de la nécessité : l'autodétermination doit être une réponse à une menace sérieuse pour l'existence d'un peuple et doit réaliser sa protection par les moyens les moins radicaux possibles (principe de proportionnalité). La sécession - c.-à-d. l'autodétermination externe - reste un *ultimum remedium*³². Ensuite le critère de légitimité doit être évalué. Selon celui-ci une revendication d'autodétermination/sécession doit obligatoirement tendre à redresser une situation illégitime créée dans un passé récent (p.e. par une annexion) et fournir assez de garanties démocratiques à *tous* les citoyens concernés (et ne pas engendrer de nouvelles discriminations)³³.

Franck quant à lui a dénombré une série de critères suggérés par l'analyse des réactions du système international face à la crise en ex-Yougoslavie. Il en a déduit:

- i. qu'un droit général de sécession n'est pas reconnu et n'existe pas;
- ii. que toute action violente, des sécessionnistes ou contre eux, donne une dimension internationale au conflit (déstabilisation de la paix, flots de réfugiés, ...) qui justifie une intervention du système international;
- iii. qu'en accord avec les parties concernées une force de paix peut être mobilisée pour séparer les combattants et pour fournir de l'aide humanitaire aux civils;
- iv. que la sécession n'est pas interdite
 - a. si elle est réalisée pacifiquement par consentement mutuel;
 - b. si le gouvernement sécessionniste contrôle son territoire de façon permanente, et accepte des obligations internationales essentielles (comme le respect des minorités et des droits de l'homme), et fait preuve de légitimité démocratique, et accepte de reconnaître constitutionnellement l'autonomie des minorités qui le réclament;

³⁰ On trouve ce genre de prise positions chez les philosophes 'communautaires' (*communitarianism*) comme Michael Walzer, Will Kymlicka et Charles Taylor. A ce sujet : GALENKAMP, M., *Individualism versus collectivism*, o.c., 77 et seq.; GALENKAMP, M., "De grenzen ...", l.c., 91 et seq. et GALENKAMP, M., "Speciale rechten voor minderheden ? Een commentaar op Kymlicka's *Multicultural Citizenship*", *Recht en kritiek*, 2/96, 202-224.

³¹ FRANCK, T.M., o.c., 145-146 et GALENKAMP, M., "De grenzen ...", l.c., 92.

³² Dans le même sens KOOIJMANS, P.H., l.c., 216.

³³ GALENKAMP, M., "De grenzen ...", l.c., 102-105.

v. que le territoire en question doit correspondre à une unité administrative préalable de l'"Etat-parent"³⁴.

La Déclaration universelle des droits des peuples du 4 juillet 1976³⁵, qui propose un droit général à l'autodétermination des peuples, contient elle aussi certains critères normatifs qui permettent d'évaluer les recours au droit à l'autodétermination tel qu'elle le conçoit³⁶. En effet, dans son article 7 elle lie la légitimité du droit à l'autodétermination des peuples (articles 5 et 6) à l'exigence d'un régime démocratique, représentant l'ensemble des citoyens et capable d'assurer le respect effectif des droits de l'homme et de libertés fondamentales pour tous³⁷.

8. J'ajouterai pour terminer cette partie que les prises de positions critiques qui vont suivre n'impliquent pas, pour ma part, une remise en question rétrospective du caractère émancipatoire du droit à l'autodétermination pendant la décolonisation³⁸. Il s'agit seulement en fait de signaler les problèmes et les dangers conceptuels de revendications collectives, de manière à chercher comment le droit peut s'en accommoder de façon prospective.

De la même façon la suite n'implique pas que toute cause actuelle prenant la forme d'une revendication d'autodétermination doive a priori être ignorée ou rejetée en sa totalité. Il est remarquable en ce sens que les revendications du droit à l'autodétermination des peuples sont généralement sympathiques quand elles peuvent être considérées comme des exigences qui groupent et incarnent des *résistances* au pouvoir, a fortiori à un pouvoir anti-démocratique et autoritaire. Les mouvements de résistance et de libération nationalistes sont souvent d'abord des rebellions justifiées contre l'injustice et l'exploitation. L'aspiration démocratique a dans ce cas priorité par rapport au nationalisme et c'est *pour cela* que ces mouvements paraissent alors légitimes et méritent le respect. Tant qu'ils peuvent donc être considérés comme démocratiques, ils ne soulèvent aucun problème. Très souvent cependant - si ce n'est pas par définition - le discours prend une allure autoritaire ce qui est d'autant plus grave lorsqu'il y a en même temps conquête du pouvoir. Aussi y a-t-il effectivement une différence entre par exemple la légitimité de la lutte des Ayatollahs contre le Chah (*cf.* la sympathie originelle de Foucault pour Khomeiny) et le jugement qu'on peut porter sur le régime théocratique qu'ils ont fondé. Ainsi encore on peut distinguer la lutte émancipatrice flamande et la surenchère de nationalisme agressif et triomphaliste que nous devons subir aujourd'hui. De même les attentes libératrices et démocratiques que le sionisme pouvait soulever chez les Juifs de la diaspora ne correspondent pas à leur concrétisation dans la politique de puissance de l'état israélien. Ainsi enfin y a-t-il un abîme entre l'admiration que suscite la résistance des Tchétchènes et l'idéologie qui les anime ...

II. Critique de l'identité collective et des droits collectifs

³⁴ FRANCK, T.M., *o.c.*, 162-168. Comp. KIRGIS, F., "The degrees of self-determination in the United Nations area", *American Journal of International Law*, 1994, 304-310.

³⁵ Fondation Internationale Lelio Basso pour le droit et la libération des peuples, Rome, *repris* in RIGAUX, F., *Pour une déclaration universelle des droits des peuples*, *o.c.*, 162-164.

³⁶ A ce sujet voy. RIGAUX, Fr., "L'autodétermination dans les sentences du tribunal permanent des peuples", texte distribué par la Fondation Internationale Lelio Basso, reunion-séminaire du 12 octobre 1996.

³⁷ La Déclaration d'Alger ne se prononce néanmoins pas sur la question de la définition d'un peuple. Elle risque donc de nourrir d'arguments juridiques toutes sortes de revendications et aspirations "tribalistes" (ethniques, nationalistes, religieuses, ...). En effet : tout groupe revendiquant la différence peut se définir comme un peuple et réclamer l'autodétermination par rapport à l'entité plus grande dont il faisait partie, car celle-ci sera, rien que par le fait de cette revendication, devenue automatiquement "autre" et donc étrangère ...

³⁸ Même si bien trop souvent la décolonisation et l'autodétermination n'ont pas fait bon ménage avec la démocratie et les droits de l'homme; même si le principe de l'indépendance a souvent pris la forme de "one person, one vote, one time"; même si en pratique "self-determination thus came to be interpreted in practice as sanctioning little more than the right of peoples of color not to be ruled by whites"; FRANCK, T.M., *o.c.*, 154.

II.a. Les critères problématiques de l'identité collective

9. Pour obtenir un concept consistant du droit à l'autodétermination il faut l'examiner en termes d'un véritable droit collectif, c.-à-d. d'un droit dont non pas l'individu mais la collectivité en tant que telle est le sujet (infra). Donc l'existence préalable d'une identité collective qui caractérise le groupe doit être présumée. De surcroît la revendication de collectivité doit naturellement posséder un minimum de teneur réelle. Cette présupposition de l'existence de telles "de facto, pre-legally existing non-reducible collectivities, having collective interests"³⁹ est cependant déjà problématique avant qu'y soient associées des conséquences normatives/juridiques. En effet, il faut se demander dans quelle mesure une telle identité collective peut vraiment exister. A cet effet il faut en tout cas démontrer que les différences entre les gens se manifestent principalement comme la conséquence des particularités du groupe et que le caractère générique détermine de manière décisive la spécificité. Les individus sont dans ces conditions avant tout membres d'une communauté et c'est bien cette adhésion qui est supposée fixer leur identité individuelle : l'adhésion est constitutive de la personnalité individuelle.

Il s'agit donc d'une "catégorisation essentialiste" par laquelle l'individu est réduit à la dimension de représentant d'une collectivité (peuple, ethnie, culture, nation) qui *est* et reste invariable : "Naître tel, c'est être tel. Et devoir demeurer tel. L'appartenance est supposée prédictive de la pensée, comme style et comme ensemble de contenus"⁴⁰. Toutefois, une telle détermination de l'individuel par le collectif et l'idée que le collectif prévaut de manière déterminante sur l'individuel, sont, comme on le verra, des présuppositions tout à fait problématiques.

10. En premier lieu, les critères de distinction d'une identité collective sont toujours discutables et la plupart du temps arbitraires. Personne, jusqu'à présent, n'a réussi à déterminer de manière indubitable, les critères d'après lesquels "un peuple" ou une collectivité, tout comme l'appartenance collective, pourraient être définis et désignés plus ou moins sensément. En effet : des critères comme le sang, la race, la langue, la spécificité, la religion et la culture ne peuvent être ni raisonnablement ni efficacement distinctifs, ne serait-ce que parce que ces caractéristiques - sans entrer même dans la question de leur signification - ne sont jamais données avec "pureté". Ils sont au contraire toujours mêlés et interpénétrés, historiquement déterminés et liés les uns aux autres d'une manière hautement individuelle.

Envisageons ainsi la référence au "sang pur" et il suffira de remonter quelques générations pour découvrir des ancêtres au "sang différent"⁴¹ : considéré dans la durée chacun est un "mélange sanguin".

Prenons le critère des soi-disant caractéristiques raciales et biologiques et aussitôt les biologistes et les généticiens s'empresseront de les démonter. Ils savent déjà depuis longtemps que - hormis le cas des jumeaux homozygotes - il n'y a pas deux êtres au patrimoine génétique identique et ils ont montré que le concept racial en tant que tel⁴², tout comme la théorie de l'inégalité raciale,

³⁹ GALENKAMP, M., "Collective rights: much ado about nothing?", *l.c.*, 297. Galenkamp est très claire à ce sujet. Pour elle les droits collectifs "sont des droits qui reviennent à une collectivité dans sa totalité pour la protection d'intérêts collectifs qui ne sont pas réductibles à des intérêts individuels (...) Les droits collectifs supposent la présence d'une collectivité irréductible ayant une identité collective"; GALENKAMP, M., "Collectieve rechten ...", *l.c.*, 65 (notre traduction).

⁴⁰ TAGUIEFF, P.-A., "Racisme/racismes: éléments d'une problématisation", *Magazine littéraire*, Juillet-Août 1995: *Les exclus*, 37.

⁴¹ Qu'on se rappelle le calcul non seulement inconsistant mais écoeurant que les nazis faisaient intervenir pour désigner "le Juif".

⁴² "La distance biologique entre deux personnes d'un même groupe, d'un même village, est si grande qu'elle rend insignifiante la distance entre les moyennes de deux groupes, ce qui enlève tout contenu au concept de race" in

ne peut s'appuyer sur aucun argument scientifique⁴³. Ainsi François Jacob écrivait déjà en 1981 le propos suivant, dépourvu d'équivoque : "Ce que peut affirmer la biologie est: - que le mécanisme de transmission de la vie est tel que chaque individu est unique, - que les individus ne peuvent être hiérarchisés, - que la seule richesse est collective et faite de la diversité. Tout le reste est idéologie"⁴⁴.

Aussi la 'culture'(avec référence à la langue, la religion, les moeurs, etc.) s'avère problématique comme critère distinctif. Car aussi bien la culture en tant que telle, que les composantes qui la forment sont mêlées, composées, sujettes à de nombreuses osmose et aux caprices de l'histoire. Les cultures par ailleurs sont vivantes et interactives, elles ne sont (heureusement) jamais achevées. Elles ne *sont pas*, mais *deviennent*. Elles changent et évoluent par pollinisations croisées et par mouvements internes. Bref : elles ne sont jamais une essence. Leur isolement et pétrification signifient d'ailleurs leur fin. De plus on se demande à quel niveau une culture doit être définie et si finalement, compte tenu de toutes les particularités et différences, on ne doit pas indéfiniment⁴⁵ la décomposer, pour s'y retrouver, jusqu'au plan des individus qui la constituent⁴⁶.

11. A cette série de questions correspond directement une deuxième interrogation qui a trait à la constatation que les revendications nationalistes ou les aspirations à une identité collective ont la fâcheuse tendance à s'appuyer sur des amplifications quasi-débiles de certaines caractéristiques, appartenances ou particularités individuelles. L'individu est alors confondu et réduit à une seule ou quelques-unes des multiples composantes de sa personnalité. Par le biais d'une réduction inacceptable il se retrouve *seulement* homme ou femme, heterosexual ou homosexuel, francophone ou néerlandophone, noir ou blanc, croate ou serbe, hutu ou tutsi, ... Et à partir de ce stigmate tout - oui, tout - semble être dit au sujet de sa pensée, de sa conduite, de son caractère, de ses convictions, de sa volonté, de ses droits et devoirs, etcetera. Le racisme fonctionne d'ailleurs de la même manière. Il traite l'individu comme si sa personnalité se réduisait à une caractéristique immuable et "innée", alors qu'il ne s'agit que d'un choix du raciste qui lui permet par la suite de persécuter l'intéressé sur base de cette caricature⁴⁷. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que le nationalisme et le racisme s'interpénètrent si facilement. Au point que finalement les concepts du droit à l'autodétermination des peuples et de l'Etat-nation ont favorisé une véritable "racialisation du

JACOB, F., "Biologie-Racisme-Hiérarchie" in *Pour Léon Poliakov. Le racisme: mythes et sciences*, OLLENDER, M. (Ed.), Bruxelles, Complexe, 1981, 108

⁴³ Voir entre autres: *ibid*, 107-109; JACQUARD, A., "A la recherche d'un contenu pour le mot 'race'. La réponse du généticien", in *Pour Léon Poliakov. Le racisme: mythes et sciences*, OLLENDER, M. (Ed.), Bruxelles, Complexe, 1981, 31-39; JACQUARD, A., *Voici le temps du monde fini*, Paris, Seuil - Points Essais 261, 1991, 175 et seq. et TAGUIEFF, P.-A., *l.c.*, 35.

⁴⁴ JACOB, F., *l.c.*, 109.

⁴⁵ Galenkamp parle de "nationalistic splitting up *ad infinitum* of heterogeneous multicultural societies", GALENKAMP, M., "Special rights for minorities. The muddy waters of collective rights", in *Nation, state and the coexistence of different communities*, WILLIGENBURG, T. et al. (ed.), Kampen, 1995. Dans le même sens : FRANCK, T.M., *o.c.*, 159-160; HIGGINS, R., "Comments" in *Peoples and minorities in international law*, BROLMAN, C.M., LEFEBER, R & ZIECK, M.Y.A., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 35.

⁴⁶ En effet : qu'est ce qu'un habitant d'un village éloigné du Cantal a en commun avec l'occupant d'un appartement du Boulevard St. Michel hormis le fait qu'ils ont tous deux la nationalité française ? Le premier a-t-il vraiment plus de choses en commun avec le second qu'avec un habitant de Rome, Manhattan, Soho ou Bangkok ? Et le Bruxellois d'expression flamande est-il donc vraiment plus proche de l'éleveur de porcs néerlandophone des Fourons que de son voisin de palier francophone ? Quant aux Anversois, qu'ont-ils donc en commun avec les cultivateurs de Jeuk ou avec les pêcheurs de Blankenberge ? ... La même culture, la même ville, la même religion, la même famille : Ivan, Dimitri, Aliocha et le père Karamazov sont-ils plutôt semblables ou plutôt différents ? Cf. "(O)n n'a jamais montré qu'un phénomène collectif pût avoir son siège quelque part ailleurs que dans des comportements individuels"; CARBONNIER, J., *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1971 (2e éd.), 8.

⁴⁷ SERRES, M., "Préface: appartenance et identité" in AUTHIER, M. & LEVY, P., *Les arbres de connaissance*, Paris, La Découverte, 1992, 8.

nationalisme"⁴⁸: le peuple, la nation ou la race *est* et cela *doit* éternellement rester ainsi, faute de quoi le droit à l'autodétermination est perdu. Voilà pourquoi l'homogénéité culturelle devient primordiale et l'assimilation de l'autre est présentée comme une impossibilité: l'autre *est* à l'évidence éternellement et immuablement autre⁴⁹ ...

Cette amplification d'une, deux ou trois formes d'enracinement ou caractéristiques attribuées à un individu est évidemment suspecte. Michel Serres parle d'une grossière erreur logique. Parler de quelque chose comme l'identité nationale ou féminine revient en effet à réduire une personne à une seule catégorie de désignation ou, en d'autres termes, à confondre le collectif et l'individuel. Et cela alors que les individus sont tellement plus complexes et changeants que les quatre ou cinq données qui sont mentionnées sur leurs cartes d'identités. En effet : "votre authentique identité se détaille et, sans doute, se perd dans une description de l'infinité virtuelle de telles catégories, changeant sans cesse avec le temps réel de votre existence (...) Qui êtes-vous donc ? L'intersection fluctuante dans la durée, de cette variété, nombreuse et bien singulière, de genres. Vous ne cessez de coudre et tisser votre propre manteau d'Arlequin, aussi nué ou bariolé que la carte de vos gènes"⁵⁰.

12. Ce qui précède - en troisième lieu - explicite clairement que les individus ne sont pas des alliages simples et statiques d'un nombre réduit d'*appartenances* données. Bien au contraire, les individus sont des habits d'Arlequin ou des *métissages* : ils changent en interaction avec les autres, avec les idées, avec les choses et par leurs expériences⁵¹. Ils sont indissociablement liés au contexte de leur itinéraire de vie. Par conséquent la revendication d'une identité donnée et totalitaire, d'une terne et immuable peau d'âne, est intenable dans la pratique de toute vie individuelle⁵².

Que la vie serait d'ailleurs ennuyeuse si chacun devait être condamné à rester "identique"! Elle représente exactement le contraire : la vie implique que l'on devienne chaque fois autre que l'on est déjà, que l'on se mélange physiquement, culturellement, intellectuellement et affectivement, que l'on s'enrichisse en absorbant et en élaborant ce que l'on n'a pas encore⁵³. L'identité actuelle est le résultat d'une évolution permanente de l'autodétermination des individus et de la liberté avec laquelle ils nouent des relations, les poursuivent ou les font cesser. Libre à eux aussi d'adhérer ou non à la formation de groupes⁵⁴. Bref, chacun est unique et différent des autres⁵⁵. Et c'est justement

⁴⁸ Voir à ce sujet TAGUIEFF, P.-A., *l.c.*, 38-39.

⁴⁹ Une telle conjonction de racisme et de nationalisme culmine à l'évidence dans la théorie et la pratique des "purifications ethniques". Il est d'ailleurs effrayant de constater à quel point ce concept en est venu à appartenir au vocabulaire quotidien des médias : contrairement aux "chambres à gaz", à l'"endlösung" ou à la "shoah" cette notion s'est déjà libérée de sa charge d'effroi. Elle est devenue un terme de la politique quotidienne qui est utilisé en toute légèreté aux informations.

⁵⁰ SERRES, M., "Préface: appartenance et identité", *l.c.*, 8.

⁵¹ Voir à ce sujet : SERRES, M., "Le Tiers-Instruit", Paris, François Bourin, 1991, 249 p.; SERRES, M., *Le contrat naturel*, Paris, François Bourin, 1990, 146-148 et SERRES, M., *Eclaircissements. Entretiens avec Bruno Latour*, Paris, François Bourin, 1992, 265-268.

⁵² "Qui ne voit donc qu'il serait bon, juste, raisonnable et salutaire de séparer encore individu et catégorie, appartenance et singularité, expertise et hiérarchie, et, pour ce faire, remplacer les *peaux d'âne*, pauvres cartes d'identité confinant à la misère logique et descriptive et au mépris hiérarchique, par des profils plus riches et variables dans le temps, donc incomparables", SERRES, M., "Préface: appartenance et identité", *l.c.*, 9 (mes italiques).

⁵³ L'apprentissage et l'éducation sont selon Michel Serres seulement possibles par le processus de *métissage*. L'enrichissement individuel a lieu au moment du passage d'un territoire à l'autre, du bain dans l'altérité, de l'aventure qui se joue dans le voyage du culturel au naturel, de l'exact au spéculatif, de la ville à la campagne, de celle-ci à la mer, ..., bref, du moment où quelqu'un absorbe l'autre et continue à changer pour cause. *Tout apprentissage est un métissage*, écrit Serres.

⁵⁴ Aussi A.C. 't Hart développe, à la lumière de sa perspective juridique (sur laquelle nous reviendrons ultérieurement) une conception semblable où l'identité d'un individu est toujours liée à un contexte et n'est jamais approchée en l'isolant de l'interaction sociale : l'homme comme "un noeud de relations, dans lequel l'individualité et le social sont présents simultanément"; 't HART, A.C., *Mensenwerk ? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde, Noord-Hollandsche, Amsterdam, 1995, Nieuwe reeks, Deel 58, no. 4, 37 (notre traduction).

de ce point de vue que les hommes sont "égaux": ils doivent se respecter comme des égaux dans leur diversité et variété individuelles. La seule base pensable de l'universalisme est par conséquent, non point que nous sommes tous égaux, mais que nous sommes tous différents. C'est précisément par nos différences, par ce *métissage* général, que nous sommes tous semblables. Comme dans la pensée des droits de l'homme il s'agit de l'égalité comme un concept abstrait, constructiviste et ouvert au changement (tout le contraire d'une perception essentialiste ou naturaliste de l'égalité)⁵⁶. Face à la "mixophobie"⁵⁷ et aux tendances homogénéisantes du nationalisme brun, il ne s'agit donc pas de proposer le gris terne du socialisme prolétarien international, mais une vie commune diversifiée et colorée qui se tisse, toujours de manière variable, comme un habit d'Arlequin constitué d'habits d'Arlequin. Nous montrerons ultérieurement à quel point les liens entre la reconnaissance de cette diversité d'une part et le maintien de la démocratie et de l'Etat de droit d'autre part sont étroits.

II.b. Exclusion et inclusion.

13. Les revendications d'identité collective et les discours qui subissent leur impact n'ont pas seulement un lien problématique avec la réalité mais aussi un nombre de conséquences dangereuses. Elles sont en effet toujours imprégnées d'exclusion et s'avèrent être incorporantes et oppressantes à l'intérieur de la collectivité⁵⁸.

14. En premier lieu l'appel à une identité de groupe ou d'un peuple et le nationalisme sont - par définition - excluants. La définition de l'identité collective a toujours pour conséquence qu'une frontière est établie avec l'altérité et avec ceux qui, pour une raison ou l'autre, ne peuvent pas être comptés au nombre des élus ou faire partie du groupe. La pensée en termes de "nous" et "eux" qui en découle est très souvent antagonique, tranchante et hostile. De l'horreur des purifications ethniques jusqu'aux minables querelles communautaires en Belgique, il s'agit toujours d'un groupe qui se complaît dans l'autosatisfaction et se bombe le thorax au détriment d'un autre groupe (et, en fait, de tous les autres groupes). Il y a la fierté inconditionnelle du "nous"; voilà ce qui prime, et tout ce qui se trouve au dehors ou à côté est subordonné, coupable, dangereux, malhonnête, suspect, etc. L'appartenance à la collectivité est donc centrale parce qu'elle procure une légitimité aux désirs de privilèges, de plus de droits, de supériorité. Michel Serres parle à juste titre de "la gloire ignoble que donne l'entrée dans un collectif noble au-dessus de la commune condition"⁵⁹.

L'exclusion peut d'ailleurs prendre diverses formes. D'une part, il peut être question de stigmatisation ou d'exclusion symbolique. Dans ce cas on dotte les étrangers qui sont considérés comme dangereux pour le propre groupe de stéréotypes et de marques dépréciatives, de manière à ce qu'une image hostile soit évoquée et les mécanismes du bouc émissaire s'en trouvent déclenchés⁶⁰. D'autre part, il existe diverses formes d'exclusion effectives dont même l'histoire

⁵⁵ Pour le dire avec les mots du biologiste : "Chacun est différent de tous les autres à la fois par le programme qu'il a reçu et par l'aventure qu'il a vécue"; JACOB, F., *l.c.*, 107.

⁵⁶ Cf. RAES, K., "De universele strekking en de contextuele variabiliteit van mensenrechten" in *Van wereldburger tot 'bange blanke man'*, CORIJN, H. (Ed.), Brussel, VUBPress, 1994, 91-115.

⁵⁷ Cf. TAGUIEFF, P.-A., *l.c.*, 38.

⁵⁸ Pour une analyse des formes inclusives et exclusives du pouvoir en général voir GUTWIRTH, S., *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap*, VUBPress/MAKLU, Brussel/Antwerpen, 1993, 215 et seq. avec les références aux oeuvres de Stanley Cohen, Gilles Deleuze et Michel Foucault.

⁵⁹ SERRES, M., "Préface: appartenance et identité", *l.c.*, 9.

⁶⁰ TAGUIEFF, P.-A., *l.c.*, 37. Cf. GIRARD, R., *Le bouc émissaire*, Paris, Grasset-Le livre de poche/bibliothèque, 1982, 314 p.

récente nous donne de nombreux exemples : oppression, ségrégation (ghettos), déportations individuelles et collectives, "épurations" et exterminations (pogromes et génocides)⁶¹.

Pour résoudre le problème de l'altérité, une collectivité peut toutefois opter pour la voie plus universelle et égalitaire de l'assimilation grâce à laquelle l'étranger en deviendra un membre à part entière. Ce chemin exige cependant non seulement que l'étranger y soit favorable, mais aussi que l'on admette qu'il soit "assimilable", ce qui idéologiquement ne peut pas être le cas si l'identité du groupe est conçue dans une perspective "essentialiste". En effet dans ces conditions l'identité individuelle est de naissance, donnée une fois pour toute. C'est le cas quand le nationalisme se "racialise" (comme en ex Yougoslavie et au Ruanda, supra).

15. En second lieu, c'est à l'intérieur de la collectivité, que la revendication d'une identité collective s'avère dangereuse. En effet, les différences individuelles internes gênent la perpétuation du sentiment du "nous" et de l'homogénéité. Elles sont donc nécessairement ignorées. L'identité collective dès lors a des effets nivelants, uniformisants, disciplinants et appauvrissants. Elle comprime les riches identités individuelles dans des moules unidimensionnels et pétrifiants qui sont naturellement façonnés à l'image des desseins des détenteurs du pouvoir. Les individus en viennent, dans ces conditions, à être enfermés dans leur religiosité, leur ethnicité, leur *gender*, leur sexualité et ainsi de suite⁶². Ils perdent la libre disposition d'eux-mêmes. Les régimes qui se réclament d'une identité collective glissent ainsi souvent dans des formes antidémocratiques d'exercice du pouvoir, car cet appel à l'identité, et non pas des élections démocratiques, leur sert de légitimité. Le droit à une identité culturelle, ethnique ou religieuse tend donc naturellement à dégénérer en une oppression de l'individu par sa culture, son ethnie ou sa religion⁶³.

A quoi il faut ajouter que le lien entre cette action externe (exclusive) et interne (inclusive) des revendications collectives est très étroit. Un surcroît d'agressivité, de belligérance et d'exclusion par rapport au dehors entraîne un resserrement d'autant plus sévère au dedans. Plus l'ennemi est affreux, vilain, méchant, plus la solidarité entre les frères et/ou soeurs doit croître. Plus les tensions entre les collectivités sont grandes, plus il devient difficile de résister aux mécanismes de l'exclusion et de l'inclusion.

II.c. Droits collectifs ?

16. Les revendications d'identité collective ne peuvent pas être disjointes de leur traduction juridique sous forme de "droits collectifs". En ce qui concerne ces derniers on parle aussi de la troisième génération de droits de l'homme ou des "droits de solidarité"⁶⁴. Ces droits sont supposés se situer dans le prolongement d'une part de la première génération des droits de l'homme ou des

⁶¹ Cf. TAGUIEFF, P.-A., *l.c.*, 37-39.

⁶² GALENKAMP, M., "Het verschildilemma. Over de grenzen van het differentiedenken", *Crisis van de rede. Perspectieven op cultuur*, HEYERMANS, E. & WOUTERS, P. (Eds), Assen/Maastricht, Van Gorcum, 1992, 221-222.

⁶³ Cf. TOURAINÉ, A., *o.c.*, 20. Voy. aussi HIGGINS, R., "Minority rights ...", *l.c.*, 198: "The insistence by certain leaders of ethnic minorities that they have the right to secede by virtue of self-determination, often deprives the entire peoples of a State of their real right to self-determination - their right to determine their own political and economic destiny, on the basis of pluralism and choice".

⁶⁴ Voy. entre autres : ALSTON, Ph., "A third generation of solidarity rights: progressive development or obfuscation of international human rights law ?", *Netherlands International Law Review*, 1982, 307-322; ALSTON, Ph., "Conjuring up new human rights : a proposal for quality control", *American Journal of international law*, 1984, vol. 78, 607-621; FLINTERMAN, C., "Three generations of human rights", *l.c.*, 75-81; GALENKAMP, M., "Collective rights: much ado about nothing?", *l.c.*, 291-296; HAARSCHER, G., *Philosophie des droits de l'homme*, Brussel, Editions de l'ULB, 1991, 35-47; HAARSCHER, G., "Les droits collectifs contre les droits de l'homme", *l.c.*, 231-234; PELLOUX, R., *l.c.*, 53-68; RIVERO, J., *l.c.*, 323-329 et VASAK, K., "Les différentes catégories des droits de l'homme" in *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, LAPEYRE, A., DE TINGUY, F. & VASAK, K., Brussel, Bruylant, 1990, Vol. 1, 297-316.

libertés classiques individuelles qui visent à limiter - en tant que gel d'ingérence - le pouvoir de l'Etat et d'autre part de la deuxième génération des droits de l'homme, notamment les droits sociaux, économiques et culturels qui s'efforcent d'assurer la prospérité des individus en imposant à l'Etat des interventions et des prestations positives. La représentation usuelle des choses fait découler la troisième génération directement des droits et libertés fondamentaux de l'homme tels qu'ils ont déjà été ratifiés par de nombreux traités internationaux et/ou constitutions nationales et dont rares sont ceux qui osent nier (du moins explicitement) la valeur juridique essentielle. On suggère que les droits en question - comme le droit à l'autodétermination des peuples, le droit au développement, à la paix, à un environnement sain et à une identité culturelle - sont aussi fondamentaux pour l'ordre juridique que les droits de l'homme de la première et de la deuxième génération.

Quoiqu'il en soit, le caractère collectif de ces droits est essentiel : on suppose qu'ils appartiennent à la collectivité, à un groupe en tant que tel. Les droits collectifs seraient les interprètes de l'intérêt jugé légitime d'un groupe, intérêt qui est supposé dépasser la somme des visées des individus constituants. De la sorte la position centrale classique de l'individu dans les droits de l'homme est renvoyée à l'arrière-plan. Beaucoup de critiques justifiées ont donc surgi au sujet de cette troisième génération de droits de l'homme.

17. Premièrement, le concept de droits collectifs est en opposition avec l'infrastructure philosophique classique des droits de l'homme. Au point de vue théorique le droit des droits de l'homme est très étroitement lié à l'individualisme (humanisme), à l'universalisme (cosmopolitisme et inconditionalité) et au rationalisme (Lumières et raison)⁶⁵. Les droits de solidarité ou droits collectifs sont, quant à eux vraisemblablement opposés à ce qui précède parce qu'ils se raccordent plutôt à des concepts comme le collectivisme (droits et intérêts des groupes), le particularisme (les droits ne sont plus universels mais ne sont attribués qu'à certains groupes) et le mysticisme (une sorte de lien de sainteté avec la nation, la croyance, la race est placé au-dessus de la rationalité⁶⁶).

18. Deuxièmement le rapport entre les droits individuels et les "nouveaux" droits collectifs de l'homme est tendu. La conception de ces derniers soulève au demeurant la question de leur priorité juridique par rapport aux droits de l'individu. Si celui-ci est supposé déterminé par son appartenance à un groupe, alors cette détermination est de toute façon en contradiction expresse avec l'infrastructure classique des droits de l'homme. Dans ce domaine, en effet, la liberté individuelle et l'autonomie des *individus* sont axiaux. Mieux encore : les droits fondamentaux et les libertés de l'homme ont été décrétés précisément pour armer l'individu contre les assauts oppressifs et nivelants des détenteurs du pouvoir qui trop souvent renforcent leurs positions en s'appuyant sur la prétention d'agir au nom du "peuple" ou de la "nation". Ainsi Sieghart peut parler du coût énorme en vies humaines qui est justement imputable à la revendication politique d'identité collective et aux conséquences de celle-ci (guerre, oppression, persécution, ...) : combien d'hommes ont déjà été assassinés au nom du "peuple" ou de l'un ou l'autre idéal collectif ! Et Sieghart pose donc aussi à juste titre la question : "How then can the rights of a 'people' ever form a part of *human* rights - that is, precisely the rights that the individual may invoke *against* the claims of those who exercise power over him, and which they only too often assert in the name of 'the people' or some other abstraction which they hope will legitimate what they do?"⁶⁷. Les droits individuels et collectifs

⁶⁵ Cf. DAVIDSON, S., *o.c.*, 1-23; GALENKAMP, M., "Collectieve rechten: een review essay", *l.c.*, 63; HAARSHER, G. *o.c.*, 168 p. et SUDRE, F., *o.c.*, 21-35, 89-105.

⁶⁶ A ce sujet voy. HAARSHER, G., *l.c.*, 233.

⁶⁷ SIEGHART, P., *o.c.*, 164. Dans le même sens FLINTERMAN, C., "Three generations of human rights", *l.c.*, 49: "For all the talk of excessive individualism, the problem in the world today is not too many individual rights but rather the fact that individual human rights are not sufficiently respected (...) The balance is already (always?) tilted

sont donc difficiles à concilier dans la mesure où leurs charges contradictoires soulèvent inmanquablement la question de leur rapport hiérarchique. Pour Rivero toute discussion à ce propos est impossible : les droits des groupes sont seulement acceptables s'ils sont appliqués au bénéfice des individus qui les composent et si la subordination des droits collectifs aux droits de l'homme est clairement assurée⁶⁸.

19. Troisièmement, les droits de l'homme risquent d'être vidés de leur sens si n'importe quelle revendication politique ou morale, qu'elle soit ou non justifiée, vient à se réclamer d'eux. Le danger de dépréciation ou de banalisation des droits de l'homme n'est en effet pas irréal. Le concept même de libertés et droits fondamentaux peut alors "perdre en précision ce qu'il gagne en amplitude, au risque d'ôter aux droits de l'homme le caractère opérationnel qui conditionne leur efficacité, et de les réduire à l'état de slogan destiné à valoriser des espoirs et des vœux"⁶⁹.

En d'autres termes, les droits de l'homme, en tant que catégorie, sont menacés d'un déficit de contenu juridique par la troisième génération : la traduction par ce biais d'aspirations, d'espoirs et de désirs en fait hétérogènes risque de vider à terme les libertés et droits fondamentaux de leur substance et de les réduire à des vœux pieux et irréalisables. Le prestige des droits de l'homme ne peut être détourné ainsi au profit de la définition de revendications qui finalement n'ont que peu à voir avec eux⁷⁰.

20. Quatrièmement, les droits collectifs sont problématiques sur toute la ligne d'un point de vue purement juridique. Pour qu'il puisse être question d'un *droit*, et *a fortiori* d'un droit de l'homme, il faut en effet qu'un certain nombre de conditions soit rempli : le titulaire ou le sujet du droit doit pouvoir être désigné avec certitude; le droit doit avoir un objet définissable; il faut qu'il puisse être opposé à des tiers identifiables et il doit se prêter à des sanctions⁷¹.

Or, les droits collectifs sont problématiques en ce qui concerne ces quatre impératifs.

i. En tout cas le sujet d'une telle catégorie juridique n'est pas l'individu indépendamment de son sexe, de sa race, de sa conviction et ainsi de suite comme c'est le cas pour les droits de l'homme de la première et de la deuxième génération qui se rapportent, dans un esprit d'universalisme, à la dignité de chaque être humain quel qu'il soit. Ainsi, parce que les droits collectifs ne se conforment pas à cette condition et par définition ne profitent pas à tout un chacun mais au groupe seulement, ils ne peuvent pas être dénommés précisément droits de l'homme⁷². Mais s'agit-il seulement de droits *tout court* ? Qui en est alors le titulaire ? Quels sont alors les collectivités privilégiées ? Peuvent-elles être désignées avec un minimum de certitude (juridique) ? Si oui, sur la base de quels critères ? Et par qui ? Assurément diverses collectivités sont proposées comme sujets des droits de la troisième génération : nations, cultures, ethnies, races, Etats, groupes d'Etats, peuples, communautés linguistiques et même la population du monde dans son ensemble. Ces concepts demeurent néanmoins vagues; ils ne permettent pas de désigner un sujet de droit d'une manière suffisamment claire.

ii. Le même problème surgit en ce qui concerne l'objet des droits collectifs. Ici aussi le vague est dominant. La première génération de droits accorde la liberté d'agir et le droit d'exiger la retenue de

against the individual. The only likely result of advocating collective human rights, let alone the so-called human rights of states, is a further strengthening of the forces of repression"

⁶⁸ RIVERO, J., *l.c.*, 325. Dans le même sens FLINTERMAN, C., "Three generations of human rights", *l.c.*, 47-48.

⁶⁹ RIVERO, J., *l.c.*, 324.

⁷⁰ Dans ce sens aussi : HAARSHER, G. *o.c.*, 41-45 et PELLOUX, R., *l.c.*, 67-68.

⁷¹ PELLOUX, R., *l.c.*, 67-68 et RIVERO, J., *l.c.*, 324-329. Voy. aussi GALENKAMP, M., "Collectieve rechten: een review essay", *l.c.*, 66-68 et HAARSHER, G. *o.c.*, 41-45.

⁷² FLINTERMAN, C., "Three generations of human rights", *l.c.*, 43-44 et RIVERO, J., *l.c.*, 324-325.

l'Etat (libertés négatives) alors que la deuxième génération donne le droit aux individus de réclamer certaines prestations, moins clairement circonscrites il est vrai, étatiques. Pour ce qui est des droits collectifs cela devient encore moins net : que signifie "la paix", le "développement", le "maintien d'une identité culturelle" ou "l'autodétermination d'un peuple"?⁷³.

iii. Ensuite il faut que l'on puisse déterminer à qui on peut opposer le droit et qui est obligé de le respecter. En ce qui concerne tant les droits civils et politiques que sociaux, économiques et culturels, l'Etat est globalement parlant le premier recours indiqué. Mais qui est responsable et doit intervenir pour la réalisation de droits collectifs? Ici encore on est plongé dans l'ombre. Cela concerne-t-il les Etats? La communauté mondiale? Les Nations-Unies? Les Etats puissants du G7 ? Le monde des affaires? Tous les autres groupes? Tout le monde ?⁷⁴.

iv. Finalement il suit presque automatiquement de ce qui précède que la violation des droits collectifs n'est généralement pas susceptible d'être sanctionnée. Ils se font d'ailleurs valoir surtout auprès d'instances internationales dépourvues de compétences contraignantes.

21. Bref : les droits collectifs ne sont certainement pas des droits de l'homme et l'on se demande même s'ils peuvent ou doivent devenir des droits tout court. Toute revendication politique, éthique ou culturelle ne doit pas nécessairement recevoir une consécration juridique. Certaines aspirations se situent hors de la sphère du droit et il vaut mieux qu'il en soit ainsi si l'on veut éviter tant leur propre érosion que celle du droit en général et des droits de l'homme en particulier⁷⁵.

II.d. L'identité collective face aux principes fondamentaux de la pensée juridique Occidentale

22. Du chemin déjà parcouru il découle que les prétentions (nationalistes, culturelles, religieuses ou ethniques) à une identité collective sont, ambiguës et problématiques. Ainsi une identité collective et l'appartenance qu'elle définit ne semblent jamais pouvoir être établies sans arbitraire et une telle détermination va inévitablement de pair avec de l'exclusion et de l'inclusion. La représentation juridique de telles aspirations est d'ailleurs très controversée parce que le concept de droit (de l'homme) collectif utilisé paraît fondamentalement incompatible avec le droit positif (des droits de l'homme).

Tout cela ne doit d'ailleurs pas vraiment étonner car les aspirations indiquées tout comme les idéologies qui les soutiennent comportent une tension avec un nombre de valeurs et de principes fondamentaux inséparablement interpénétrés de la pensée juridico-politique Occidentale : la démocratie, l'Etat de droit, la liberté individuelle et le pluralisme.

23. *Démocratie*. Dans une remarquable et actuelle réflexion au sujet de la démocratie Alain Touraine souligne pertinemment que celle-ci est inconditionnellement liée au pluralisme et à la diversité. Pour cet auteur un projet politico-juridique ne peut tout simplement pas être démocratique s'il n'est pas pluraliste. En effet, la démocratie doit accorder la liberté la plus large possible au plus grand nombre et reconnaître et protéger un maximum de diversité. Pour être démocratique un système politique doit aujourd'hui accepter l'existence de divers arrière-plans culturels, de diverses batteries de valeurs, de la diversité des projets individuels et collectifs, et des conflits inévitables qui en découlent⁷⁶.

⁷³ RIVERO, J., *l.c.*, 325-327.

⁷⁴ *Ibid.*, 327-328, 328: "L'impossibilité d'identifier les responsables des divers fléaux qui pèsent sur l'homme rend dérisoire l'octroi à celui-ci d'un 'droit' qu'il ne sait à qui opposer, ce qui en rend impossible l'aménagement juridique et l'exclut par la même de la sphère du Droit".

⁷⁵ *Ibid.*, 328-329.

⁷⁶ TOURAINE, A., *o.c.*, 22 et seq.

Une démocratie réconcilie donc toujours en son sein l'unité et la diversité, la liberté et l'intégration, au moyen de l'élection, par la majorité des dirigés, des dirigeants, qui à leur tour sont tenus de respecter les libertés et droits fondamentaux de tous, y compris des membres de la minorité⁷⁷. "Ce qui définit la démocratie, ce n'est donc pas seulement un ensemble de garanties institutionnelles ou le règne de la majorité mais avant tout le respect des projets individuels et collectifs qui combinent l'affirmation d'une liberté personnelle avec le droit de s'identifier à une collectivité sociale, nationale ou religieuse particulière"⁷⁸. Cela implique qu'à côté des règles de procédures la démocratie a bien un contenu substantiel opposé à la société culturellement homogène⁷⁹. On comprendra dès lors que pour Touraine les ennemis principaux de la démocratie sont "l'obsession de l'identité nationale, religieuse ou ethnique" et la culture uniformisante et banalisante de masse portée par les puissances économiques⁸⁰.

L'individu a une place prépondérante dans un tel projet démocratique. Il en est en l'occurrence le premier acteur ou le sujet par excellence. Voilà pourquoi il doit pouvoir opposer de la *résistance* à des pouvoirs qui deviennent constamment plus absolus⁸¹. L'individu est par conséquent la pierre angulaire de la société démocratique : il se définit comme sujet libre et agit librement en tant que maître de son projet personnel en indiquant à son gré les appartenances qu'il considère comme siennes et tout en reconnaissant et respectant les autres projets existentiels définis de la même manière. Ce qui implique une liberté de choix eu égard à toute identité collective (culturelle, religieuse ou ethnique) et signifie simultanément que l'on ne peut attribuer de valeur normative à cette dernière⁸². Cela n'empêchera d'ailleurs pas les groupes et les collectivités de se manifester en tant que tels dans la mesure où ils sont stratégiquement essentiels dans les confrontations sociales et les rapports de pouvoir (en particulier lorsqu'il s'agit de résister à des pouvoirs qui discriminent des gens sur la base de catégorisations qu'ils leur imposent). Simplement il faut se souvenir que ces groupes et collectivités - qui en fait sont des *réseaux* mouvants - peuvent toujours être conçus comme constitués d'individus qui s'identifient librement à eux⁸³.

⁷⁷ Dans un système démocratique les perdants - les autres - ne sont plus exclus ou détruits, au contraire, ils deviennent précisément la minorité ayant droit au chapitre ... Les membres de la minorité ont, en démocratie, des droits. Voilà d'ailleurs encore une raison pour laquelle la démocratie est pluraliste.

⁷⁸ TOURAINE, A., *o.c.*, 26. Et à la p. 35: "La démocratie repose sur la reconnaissance de la liberté individuelle et collective par les institutions sociales, et la liberté individuelle et collective ne peut pas exister sans le libre choix des gouvernants par les gouvernés et sans la capacité du plus grand nombre de participer à la création et à la transformation des institutions sociales. Tout ceux qui ont pensé que la liberté véritable résidait dans l'identification de l'individu à un peuple, à un pouvoir ou à un dieu, ou, au contraire, que l'individu et la société devenaient libres ensemble en se soumettant à la raison, ont ouvert la voie à des régimes autoritaires. La pensée démocratique ne peut survivre aujourd'hui qu'à partir du refus de ces réponses unitaires".

⁷⁹ *Ibid.*, 171 (voy. la citation mise en exergue de cette contribution) . Voy. aussi p. 101: "Il n'y a pas de démocratie blanche ou noire, chrétienne ou islamique; toute démocratie place au-dessus des catégories 'naturelles' de la vie sociale la liberté du choix politique".

⁸⁰ *Ibid.*, 29-31, 105. Voy. aussi à la p. 29: "(La culture démocratique) rejette avec la même force l'obsession de l'identité qui enferme chacun dans une communauté et réduit la vie sociale à un espace de tolérance, qui laisse en fait le champ libre à la ségrégation, au sectarisme et aux guerres saintes, et l'esprit jacobin qui, au nom de son universalisme, condamne et rejette la diversité des croyances, des appartenances et des mémoires privées".

⁸¹ *Ibid.*, 21, 178 et p. 24: "(l')affirmation de la liberté s'exprime avant tout par la *résistance* à l'emprise croissante du pouvoir social sur la personnalité et la culture".

⁸² *Ibid.*, 100.

⁸³ La liberté individuelle signifie naturellement aussi que chacun est libre de se croire entièrement déterminé par "sa" classe, "sa" terre, "sa" langue, "son" caractère ethnique, "sa" religion, "son" sang et même "sa" nationalité. Chacun est en effet libre de pétrifier son projet existentiel en se laissant totalement absorber par une appartenance ou identité collective. Chacun a le droit de se sentir absolument déterminé par cette dernière et même d'en être fier. Mais ceci n'est acceptable que dans la mesure où les droits et les libertés d'autrui, en particulier la liberté de *ne pas* partager ces exaltations collectives et le droit de ne pas subir à partir de là de discrimination, ne sont pas niés et qu'il ne s'agit donc que d'une affaire qui reste personnelle et ne peut être élevée au statut de norme.

La démocratie doit donc prévoir un système politique institutionnel au sein duquel tant la diversité que la cohésion sont possibles⁸⁴. En ce sens elle est avant tout un processus permanent assurant l'équilibre entre les diverses forces (souvent opposées) en présence. L'unité du système est donc maintenue sans que cela n'aboutisse à une ligne centralisatrice ou à "un principe d'orientation unique"⁸⁵. Une culture démocratique qui est en état de respecter tant l'Autre que le caractère mouvant du Même est indispensable. Il faut une mentalité par laquelle les "essences" et les "vérités absolues" cèdent la place à des projets, au dialogue, à la construction en commun et au pluralisme (de vérités). De l'espace tant pour l'épanouissement individuel que pour le dialogue et la confrontation sans violence (des idées) est à cet effet d'une importance primordiale. Touraine souligne d'ailleurs à plusieurs reprises le rôle décisif des libertés de conscience, d'expression, de réunion et d'association tout comme celui du respect de chacun pour la liberté personnelle et le droit de résistance d'autrui⁸⁶. Ces libertés fondamentales sont évidemment avant tout des prérogatives individuelles. Mais elles indiquent également les limites politico-juridiques de la formation des groupes et de l'action politique commune qui peuvent être menées au nom ou au bénéfice d'une éventuelle identité collective. La protection, la préservation et la construction - à l'évidence contextuellement liées⁸⁷ - de ces libertés individuelles rendent possible la réalisation d'aspirations collectives en même temps qu'elles établissent leur délimitation et restreignent leurs possibilités de dérapage⁸⁸.

24. *L'Etat de droit démocratique*⁸⁹. La protection et l'organisation d'une société pluraliste et diversifiée trouve par conséquent son expression dans l'engagement politico-éthique pour la démocratie. La traduction juridique de cet engagement passe assurément par le concept de l'Etat de droit démocratique⁹⁰. A. C. 't Hart pose sous ce rapport que l'Etat de droit est créateur de conditions de diversité. Il lui revient d'établir la possibilité pour tout un chacun de participer à la chose publique de manière autonome et sur la base de son développement et de son épanouissement personnels⁹¹. "Une condition de base (outre de pourvoir aux nécessités matérielles comme le travail et le revenu) est ainsi que le droit forme l'Etat de telle manière qu'à l'intérieur de celui-ci, la protection juridique de la sphère de liberté individuelle soit garantie. Alors seulement les gens auront un espace pour développer leur identité propre, alors seulement ils pourront en venir à juger avec indépendance et à mener sur cette base une action politique et une opposition éventuelle"⁹². Ce qui précède signifie qu'il faut avoir recours explicitement "à un concept du droit dont les valeurs

⁸⁴ "La démocratie est aujourd'hui le moyen politique de sauvegarder cette diversité, de faire vivre ensemble des individus et des groupes de plus en plus différents les uns des autres dans une société qui doit aussi fonctionner comme une unité", TOURAINE, A., *o.c.*, 171.

⁸⁵ *Ibid.*, 182.

⁸⁶ *Ibid.*, 22, 213.

⁸⁷ RAES, K., "De universele strekking en de contextuele variabiliteit van mensenrechten", *l.c.*, 91-115.

⁸⁸ Ajoutons à cela que le concept de démocratie proposé par Touraine rejoint la relecture du droit que Mireille Delmas-Marty a proposée dans *Pour un droit commun* (Le Seuil/La librairie du XXe siècle, Paris, 1994, 306 p.). En effet, tout en étant pluraliste, Delmas-Marty travaille en réalité à l'élaboration de la conception d'un droit commun mondial dans lequel l'articulation de la diversité et de l'unité pourrait être réalisée. Le "droit des droits de l'homme" comporte, selon Delmas-Marty, les germes d'un droit commun planétaire qui, greffé sur la démocratie, pourrait inaugurer un "universalisme pluraliste" au moyen duquel la diversité historique, culturelle, économique, religieuse et éthique des individus et des collectivités qu'il forme serait ordonnée de manière positive.

⁸⁹ Par "Etat de droit" j'entends le concept de *Rechtsstaat* (allemand, néerlandais) ou de *rule of law* (anglais).

⁹⁰ Voy. 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, *o.c.*, 18 et 36-37. TOURAINE, A., *o.c.*, 38-39 et 188: "Ce n'est pas le droit qui fonde la démocratie, c'est la démocratie qui transforme un Etat de droit, qui peut être une monarchie absolue, en espace public libre, et la démocratie avant d'être un ensemble de procédures, est une critique des pouvoirs établis et un espoir de libération personnelle et collective".

⁹¹ 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, *o.c.*, 18-20.

⁹² *Ibid.* 19-20 (notre traduction); voir aussi p. 26.

s'accordent à celles du système social et politique qu'est un Etat de droit démocratique"⁹³. Sous ce rapport on rejoint indubitablement ce que R. Foqué et A.C. 't Hart ont nommé la *conception relationnelle du droit*⁹⁴. Il reste donc brièvement à compléter ce renvoi à la théorie fondamentale en question qui présente surtout le droit dans sa dimension de médiation.

25. *La conception relationnelle du droit.* La conception relationnelle du droit a ses racines dans la pensée des Lumières de Montesquieu et de Beccaria qui était une réaction contre le pouvoir absolu du monarque sous l'Ancien Régime et conséquemment aussi contre une certaine pensée juridique impérative et volontariste qui réduit le droit à l'expression de la volonté du souverain. Pour la conception "relationnelle" du droit, au contraire, le droit doit, dans le but précis d'écarter les dérives absolutistes, être surtout un médiateur entre les différents pouvoirs. Une médiation juridique horizontale (organisée dans l'espace des concepts juridiques) remplace, en d'autres termes, un droit vertical, impératif, ne donnant que des ordres.

Le concept relationnel de droit insiste sur la nécessité de concevoir une articulation indivisible entre les deux fonctions prépondérantes du droit : d'une part la protection juridique, conçue comme frein au pouvoir et à ses dérapages despotiques, et de l'autre, l'instrumentalité du droit qui vise à créer les possibilités d'une vie commune pouvant garantir la liberté individuelle et l'égalité des hommes. Ainsi l'imbrication de l'aspect instrumental et de l'aspect critique (du pouvoir) dans la conception relationnelle du droit implique que ce dernier ait une fonction essentiellement médiatrice qui redistribue sans cesse les rapports de pouvoir en fonction d'une part de la liberté des individus et d'autre part de la poursuite du projet collectif qui a cette même liberté comme objectif principal. Une structure binaire fait place à une structure tripolaire dans laquelle le droit fait fonction de médiateur entre les deux autres pôles : un pouvoir et une résistance. De ce fait, le droit se positionne *en dehors* des rapports de pouvoir, mais sa substance et son contenu se constituent dans le cours de son activité de médiation *entre* ces pouvoirs. La spécificité de l'Etat de droit démocratique consiste précisément en ce que les rapports de force peuvent y être soupesés en droit (et donc sans violence), ce qui veut dire que le droit doit garantir (protection juridique) *à la fois* le projet de l'Etat de droit démocratique (instrumentalité) et les libertés individuelles. La double exigence que Touraine a lié à la démocratie, c.-à-d. de faire vivre le plus possible de projets différents dans une société qui en même temps doit fonctionner comme une unité⁹⁵, sera de cette manière respectée.

26. Ce qui précède a pour première conséquence qu'une sphère individuelle de liberté doit être protégée par le droit positif contre des violations soit de l'Etat soit d'autres citoyens ou personnes juridiques (par exemple au moyen du droit pénal). C'est ce que 't Hart a appelé le premier niveau de protection juridique⁹⁶. La deuxième implication de la pensée relationnelle du droit - le second niveau de protection juridique - est plus conceptuelle et se réfère au rapport entre les

⁹³ *Ibid.*, 17.

⁹⁴ Au sujet de cette conception du droit voir surtout FOQUE, R. & 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1990, 501 p. Voy. aussi FOQUE, R., "Le droit et sa fin politique", *Tijdschrift voor de studie van de verlichting en het vrije denken*, 1988/2-4, 145-159; FOQUE, R., "Erosie van het recht ?", *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1990/1, 7-18; FOQUE, R., *De ruimte van het recht*, Arnhem, Gouda/Quint, 1992, 44 p.; FOQUE, R. & 't HART, A.C., "Strafrecht en beleid: de instrumentaliteit van rechtsbescherming" in *Scherp toezicht. Van 'Boeventucht' tot 'Criminaliteit'*, FIJNAUT, C. & SPIERENBURG, P. (Ed.), Arnhem, Gouda Quint, 1990, 193-209; 't HART, A.C., *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Leerstoel Theodore Verhaegen 1989-1990 - Vrije Universiteit Brussel, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1991, 191 p.; 't HART, A.C., *Openbaar ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem, Gouda/Quint, 1994, 403 p. et 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 40 p. Aussi : GUTWIRTH, S., o.c., 235 et seq. Ce qui suit est basé sur ces contributions.

⁹⁵ Cf. Supra. TOURAINE, A., o.c., 171 et 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 17-18.

⁹⁶ 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 20, 24.

concepts juridiques et les événements réels. Dans une conception relationnelle du droit celui-ci n'est ni pure image de la réalité ni pure idéalité, mais une médiation permanente entre les deux. Cela implique que les concepts juridiques ne sont pas univoques : il doit en effet y avoir un espace conceptuel au sein duquel la médiation est et reste possible. Les concepts juridiques doivent demeurer "ouverts" et toujours laisser de la place pour d'autres vues, d'autres interprétations et d'autres vérités. En ce sens - toujours d'après Foqué et 't Hart - les concepts juridiques (fondamentaux) sont "contrefactives"⁹⁷. Leur contenu concret ne correspond pas à la réalité mais est déterminé par rapport à la tension avec cette réalité. Ils ne correspondent jamais ni à un projet ou idéal social dominant ni aux faits empiriques véritables eux-mêmes. Le droit doit être en somme une structure conceptuelle qui dépasse ou transcende le factuel.

Le deuxième niveau de protection juridique s'oppose donc à l'accaparement oppressif et exclusif des concepts juridiques par une vision dominante du monde ou de la réalité, par un grand récit, par un code donné d'interprétations ou par une optique qui se présenterait comme si aucune autre n'était possible⁹⁸. Les concepts juridiques représentent, dans cette perspective, des lieux où l'altérité peut s'exprimer et être mise dans la balance d'intérêts. En d'autres termes le droit doit admettre l'existence d'alternatives, même quand les revendications de vérité les plus fortes - fussent-elles scientifiques⁹⁹ - sont formulées. Il garantit donc l'expression de la résistance qui, présente dans tous les rapports de force¹⁰⁰, fournit de l'oxygène à la démocratie (Touraine).

Tout ceci n'implique pas cependant que les concepts juridiques soient entièrement relatifs. Leur ouverture n'est pas illimitée¹⁰¹. Le système juridique doit en effet pouvoir se perpétuer; l'Etat de droit démocratique doit aussi fonctionner comme une unité. Par conséquent ce dernier cherchera à préserver ses propres conditions de possibilité et valeurs fondamentales. Notamment on s'efforcera de garantir que la concrétisation des concepts juridiques ne viole pas d'une part le caractère médiateur ou relationnel du droit lui-même et d'autre part les valeurs qui sont à la base de l'Etat de droit démocratique : le respect de la liberté et de la diversité individuelles, de l'égalité, de la participation des individus, de l'épanouissement et de l'émancipation, des droits et libertés fondamentaux de l'homme et d'un nombre de principes généraux du droit (comme par exemple le principe de proportionnalité). Bref : les valeurs qui tendent à l'ouverture doivent en même temps poser des limites là où elles risquent elles-mêmes d'être supprimées, d'être éliminées par l'intérieur¹⁰².

⁹⁷ Foqué et 't Hart résument le caractère des concepts juridiques en leur attribuant une qualité déterminante qu'ils nomment la "contrefacticité" ("contrafakticiteit"). Dans ce mot - comme d'ailleurs dans le mot "contrepoint" - le préfixe "contre" ne renvoie pas seulement à une opposition, mais signifie aussi "en relation inséparable et donnant sens à". La contrefacticité du droit implique donc un *double bind* du droit : contre des faits (ne se confondant pas avec eux), il n'en reste pas moins positionné par eux. Il demeure donc en permanent état de re-définition et de création. Au sujet de la *contrafakticiteit* voir surtout; FOQUE, R. & 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, o.c., 129-159, 370-402.

⁹⁸ 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 20-26.

⁹⁹ C'est la conséquence du pluralisme des vérités dans le droit; voir GUTWIRTH, S. & NAIM-GESBERT, E., "Science et droit de l'environnement: réflexions pour le cadre conceptuel du pluralisme de vérités", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1995.34, 33-98.

¹⁰⁰ Cf. "(Cette résistance) n'est pas antérieure au pouvoir qu'elle contre. Elle lui est coextensive et absolument contemporaine.(...) il y a une *possibilité* de résistance. *Nous ne sommes jamais piégés par le pouvoir* : on peut toujours en modifier l'emprise, dans des conditions déterminées et selon une stratégie précise"; FOUCAULT, M., "Entretien" in LEVY, B.-H., *Les aventures de la liberté. Une histoire subjective des intellectuels*, Paris, Grasset, 1991, 380-381.

¹⁰¹ Cf. 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 27. Voy. aussi 't HART, A.C., "Algemeen belang en opportuniteit als rechtsoordelen" in *De inhoud van het gezag. Vier preadviezen*, OPENBAAR MINISTERIE, OM Publicatie reeks, Den Haag, 1996, 89-112 et 't HART, A.C., *De meerwaarde van het strafrecht*, Sdu, Den Haag, 1997, 318 p.

¹⁰² 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 27. A titre d'exemples de conflits aux limites 't Hart mentionne entre autres la problématique de l'excision féminine et de la discrimination raciale.

Sur l'arrière-plan d'une conception relationnelle du droit, la subjectivité juridique est décrite, par Foqué et 't Hart, comme la frontière inférieure de l'intrusion sociale, ou encore, comme un masque (*persona*)¹⁰³ qui est offert à l'individu par le droit de manière à assurer le cas échéant l'organisation de la médiation de ses conflits avec l'Etat ou avec autrui sous une protection adéquate. Qui est ou ce qu'est l'individu n'a ici aucune importance; il est libre; ce qui importe en l'occurrence c'est ce qu'il veut, sur quel point il aspire à se faire entendre ou à quel endroit il entend faire jouer sa résistance dans les rapports de force. L'"être" de l'individu est sans importance et n'intervient aucunement dans la balance; ce sont les relations, les conflits et les tensions qui comptent pour le droit.

27. *Liberté individuelle.* A la lumière de ce qui précède il est possible maintenant d'affirmer que l'Etat de droit démocratique ne peut-être reconstruit sans qu'il ne suppose finalement un individu autonome et libre. Quoique l'on fasse, la liberté individuelle, l'autonomie, et le droit à l'autodétermination individuelle sont en l'occurrence centraux. Mais ceci ne doit ni nécessairement signifier que l'on fasse l'apologie de l'égotisme (ultra-libéral) ou d'un individualisme extrême et atomisant ni que l'individu puisse être compris sans rendre compte de ses liens avec les autres. Bien au contraire, tout ce qui précède oblige de situer *toujours* l'individu dans des réseaux où se manifestent par définition la réciprocité, les rapports (de pouvoir), des relations et ainsi de suite. L'auto-épanouissement et l'autonomie ne se trouvent jamais en dehors de l'interaction sociale¹⁰⁴. En tant que *métissage* l'individu est d'ailleurs en permanence mêlé aux autres, à son environnement et aux événements du cours de son existence.

Mieux que quiconque François Rigaux a clarifié une telle conception de l'individualité par ses analyses approfondies de ce qu'il a nommé "la liberté de la vie privée"¹⁰⁵. Pour l'auteur cette notion telle qu'elle est comprise par le droit positif ne peut être vue comme quelque chose (une zone emmurée par exemple) qui revient univoquement à chaque individu. Au lieu de correspondre à une maîtrise absolue, inaliénable et quasi sacrée du "soi" la vie privée se développe comme condition de base pour que chacun puisse librement jouer ou engager sa personnalité ou identité dans le commerce social¹⁰⁶. A ce titre la *privacy* renvoie à la liberté d'autodétermination des individus et en même temps à l'autonomie dans laquelle ils nouent, poursuivent et arrêtent leurs relations. Il s'agit bien entendu d'une liberté d'autodétermination *ouverte* qui assure la protection des comportements alternatifs et des résistances au sein des rapports de pouvoir. Un tel concept dynamique et relationnel de la vie privée en tant que liberté individuelle s'oppose à son usage absolu ("ontologique"). Il laisse un espace pour une libre construction de l'identité. Ce qui signifie que la diversité et le pluralisme sont à nouveau maître atout. "En bref, la *privacy* est la liberté individuelle par excellence, elle se situe aux confins de toutes les libertés publiques et de tous les droits civils, mais elle est aussi un signe d'inégalité, l'un des enjeux du droit contemporain étant de convertir un

¹⁰³ Cette image de masque a été esquissée de manière brillante par Ellul. Le sujet de droit ne peut en effet être supposé correspondre à un être humain de chair et de sang. La subjectivité juridique est précisément pour cela une *persona* (le masque que les acteurs portaient dans l'antiquité grecque au théâtre) qui d'une part protège l'individu contre son entière transparence et intimité et d'autre part autorise sa manifestation en tant qu'acteur social; ELLUL, J., "Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception", première partie, *Archives de philosophie du droit*, 1963, nr. 8, 24-27. De la sorte un accusé devrait pouvoir agir dans un procès pénal comme une partie égale au Ministère Public; 't HART, A.C., *Recht als schild van Perseus, o.c.*, 49 et seq. et 158 et seq.

¹⁰⁴ 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 30.

¹⁰⁵ Voy. entre autres RIGAUX, F., *La protection de la vie privée, o.c.*, 849 p.; RIGAUX, F., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, o.c., 317 p. et RIGAUX, F., "La liberté de la vie privée", *Revue Internationale de droit comparé*, 1991, 539-563.

¹⁰⁶ Cela signifie un exercice de la liberté qui ne menace ni l'Etat de droit démocratique où cette liberté est possible, ni la liberté des autres.

privilège aristocratique en maîtrise de soi-même accessible à tous. *Il y va d'un droit à la différence, individuelle et collective*¹⁰⁷.

II.e. En guise de conclusion

28. Le chemin parcouru est lourd de conséquences pour les revendications d'identité collective. Une conception ouverte du droit, dans laquelle celui-ci crée un équilibre entre des aspirations distinctes dans le cadre d'un projet de vie collective démocratique, est en opposition radicale et fondamentale avec l'idée que l'individu et la collectivité doivent être bâtis et dirigés à l'image d'une identité commune qui serait au-dessus de tout soupçon et prétendrait être "naturelle" et "évidente". Au demeurant ceci n'est pas seulement valable pour des revendications ethniques, culturelles et religieuses nettement profilées mais aussi pour des prétentions scientifiques qui se réclament de l'objectivité et de la vérité.

Le droit ne peut en conséquence jamais imposer une identité, une norme moyenne ou une "réalité"; il doit au contraire gérer les différences. Autrement dit : le droit ne peut pas devenir un simple instrument d'une gestion en fonction d'une seule perspective culturelle, ethnique, religieuse, politique, scientifique ou mystique, mais il doit justement rendre possible la vie en commun d'innombrables individus aux profils différents, ainsi que celle des groupes et les réseaux qu'ils forment. Jamais une seule perspective ne peut occuper entièrement le terrain. "En offrant une protection juridique qui comporte aussi l'ouverture de ses concepts de droit, l'Etat de droit démocratique est susceptible de réaliser sa tâche qui consiste à protéger l'identité propre des citoyens tout en permettant simultanément à ceux-ci de vivre ensemble dans une communauté qui peut fonctionner comme une unité"¹⁰⁸.

29. Les considérations précédentes impliquent que le droit dans un Etat de droit démocratique doit par définition revenir et se joindre à la diversité inépuisable, imprévisible, infinie, colorée et dynamique des individus et des groupes de la collectivité. Un tel droit, qui peut en permanence continuer à relever les nombreux et successifs *métissages* individuels, permet effectivement de les prendre en compte et de les protéger contre toutes les formes possibles d'impératifs absolus. Ceci vaut aujourd'hui surtout pour les exigences nationalistes - souvent totalitaires - d'une identité collective qui déterminerait la place sociale de tout un chacun et dont dépendrait la reconnaissance des droits et libertés individuels. Même si le droit doit admettre qu'il y a là des sensibilités existantes, il lui revient, s'il veut demeurer pluraliste, ouvert et démocratique de résister catégoriquement à de telles généralisations ou aux ratifications juridiques de ces aspirations. Il ne peut *jamais* être remplacé complètement par une volonté nationaliste, culturelle ou autre. Il doit au contraire favoriser l'épanouissement d'innombrables identités. C'est dire - en termes plus politiques - qu'il faut opposer à l'idéal nationaliste de l'Etat-nation uniculturel, le concept bien plus beau de l'état pluraliste et démocratique qui respecte tous les citoyens sans exceptions.

Les droits et libertés fondamentaux des individus rendent au demeurant tout à fait possible leur organisation politique et sociale autour d'intérêts communs et de projets collectifs. La protection de ces droits et libertés individuels sera bien-entendu aussi assurée quand ils les mettent en oeuvre pour exprimer et faire valoir une identité commune¹⁰⁹. Il faut donc se demander s'il est bien nécessaire de faire appel à des droits collectifs si le respect des droits individuels est assuré. Et

¹⁰⁷ RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, o.c., 9.

¹⁰⁸ † HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 29 (notre traduction)

¹⁰⁹ Or cette ouverture comporte cependant sa propre limite : tous les autres individus - c.-à-d. tous ceux qui ne partagent pas ces aspirations et ces exaltations collectives, leur sont opposés ou simplement trouvent qu'ils ont autre chose à faire - doivent continuer à pouvoir jouir de leurs droits et libertés fondamentaux qui les autorisent à cultiver et éventuellement à manifester une autre identité individuelle ou collective.

en conséquence, ne faudrait-il pas plutôt se concentrer sur des luttes qui tendent à leur mise en oeuvre et renforcement et à l'optimalisation et défense de l'Etat de droit démocratique ?

L'Etat de droit est en effet caractérisé par une neutralité principielle. Mais si celle-ci doit rendre possible l'éclosion de multiples projets individuels et collectifs, elle n'est cependant pas inspirée par une absence de valeurs ou par un relativisme normatif. Ce sont le pluralisme lui-même, la tolérance et l'inclination au dialogue que comporte l'Etat de droit qui sont les valeurs qui l'obligent à être neutre¹¹⁰. Or, cela ne signifie pas encore qu'un Etat de droit démocratique ne peut pas contrer des individus et des groupes qui rejettent ces valeurs et mènent des actions qui menacent précisément leur survie. L'Etat de droit démocratique doit autrement dit aussi pouvoir montrer ses dents. Dans un tel contexte la formation de groupes et de collectivités basée sur toutes sortes d'aspirations identitaires possibles est alors de toute évidence bien pensable. Ces ensembles ne seront cependant jamais considérés comme des essences mais toujours comme des constructions. Ils seront alors, en fait, bâtis *contractuellement* en processus vivants dynamiques et se redéfinissant constamment eux-mêmes. Chacun décidera alors personnellement de sa participation ou non aux groupes et réseaux en question tout comme de son maintien ou non en leur sein. C'est dire que "la liberté de ne pas faire partie de" est elle aussi essentielle¹¹¹.

III. Quelques réflexions complémentaires sur la question de l'identité collective et des droits des peuples indigènes

30. Ce qui précède implique un scepticisme de ma part envers les droits collectifs, parmi lesquels le droit à l'autodétermination des peuples joue un rôle de premier plan. C'est évidemment avec le même scepticisme que j'aborderai l'objet de la troisième partie de cette contribution, notamment le cas particulier du droit des peuples indigènes.

Toutefois, il me faut expliciter préalablement que l'objectif de ce chapitre est restreint. Comme l'indique son titre, il ne propose que quelques réflexions succinctes qui découlent de

¹¹⁰ RAES, K., "Vrijheid van meningsuiting en de revisionistische geschiedvervalsing" in *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, SCHUIJT, G.A.I. & VOORHOOF, D., Gent, Academia Press 1995, 41 et seq.

¹¹¹ La suite des idées que j'ai élaborées doit logiquement aboutir à une critique de l'Etat-nation et du concept de nationalité (même si vers l'intérieur l'Etat est garant du pluralisme parmi ces citoyens). Les frontières étatiques et les législations nationales sont en effet discriminatoires et limitatives de liberté. La souveraineté de l'Etat est opposée au droit à l'autodétermination individuelle et à la liberté connexe des individus de constituer et de quitter des réseaux et des collectifs, de s'établir où ils veulent et quand cela leur convient. Les Etats par leurs législations sur la nationalité font surgir des pratiques discriminatoires. Le profil étatique actuel du monde avec sa distribution complètement déséquilibrée de la prospérité techno-scientifique, économique, sociale, politique et culturelle, voire même simplement élémentaire, en est une preuve flagrante. On dirait même qu'une partie du monde - en l'occurrence l'Europe Occidentale, le Japon et l'Amérique du Nord - se replie chaque jour plus sur ses territoires relativement riches et prospères qui se font constamment moins perméables. L'empathie, l'aide et la solidarité ont cédé la place à l'exportation de la pauvreté et de la misère, de l'envie et de l'exclusion. Sur le plan mondial les Etats riches d'Occident et d'Asie se sont transformés en entités égoïstes qui ont bien trop facilement remplacé la responsabilité qui incombe à leur position de force et à leurs idéaux par un retrait sur leurs îlots illusoire, mais fort protégés, de calme et de richesse (Cf. PETRELLA, R. en de Groep van Lissabon, *Grenzen aan de concurrentie*, Maatschappij en technisch-wetenschappelijke ontwikkelingen - 1, VUBPress, Brussel, 1994, 198 p., version française chez La Découverte, Paris, 1995).

La division, l'éclatement et la balkanisation d'entités étatiques sur la base de critères collectifs ethniques, culturels, religieux et autres ne peuvent qu'accentuer cette sorte de tendance au repli sur soi. Il suffit de relever le pathos totalement anti-solidaire - par exemple en ce qui concerne la sécurité sociale - des dirigeants des "communautés" de la Belgique fédéralisée pour que l'on s'aperçoive de la facilité avec laquelle de telles attitudes sont adoptées. Sans même parler des cas de l'ex-Yougoslavie et de l'ex-Union Soviétique. Chacun se replie sur son discours et sur sa propre mais insuffisante richesse et s'y accroche convulsivement tandis que le voisin le plus proche devient subitement un étranger, voire même le pire ennemi. La voie inverse est juste, même si elle est utopique : la constitution d'entités étatiques toujours plus grandes fonctionnant comme des Etats de droit démocratiques dans le dessein de la formation d'un Etat de droit mondial au sein duquel chaque individu humain jouissant de ses droits et libertés serait considéré comme l'acteur pivot de la mondialisation : un seul passeport de la Communauté Mondiale remplacerait tous les autres (cf. JACQUARD, A., *o.c.*, 174). Cela suppose néanmoins la réalisation connexe d'une décentralisation administrative et garante de processus démocratiques qui entre autres confierait un rôle politique important aux villes.

l'application des arguments développés plus haut sur les revendications des peuples indigènes. Il ne s'agit donc pas d'une étude approfondie, spécialisée ou exhaustive du droit positif national et international concernant les peuples indigènes¹¹². Mon approche cherche tout juste à étendre ma réflexion théorique sur les droits collectifs au cas particulier des peuples indigènes.

31. Au demeurant, il est avant tout nécessaire (d'essayer) de délimiter l'objet des réflexions qui vont suivre et donc de poser la question de la définition du peuple indigène¹¹³. Or, il n'existe en effet ni concept scientifique unique ni définition juridique univoque ayant autorité qui puisse indiquer clairement et distinctivement qui est exactement en cause quand on évoque les peuples indigènes¹¹⁴. La discussion est toujours en cours et sa prolongation est probablement symptomatique de certaines difficultés conceptuelles plus profondes.

L'enjeu est pourtant lourd de conséquences. Car la catégorie des "peuples indigènes" ouvre plus de pistes conceptuelles et juridiques pour la revendication de droits que la catégorie des "minorités" ou des "populations". C'est le cas en particulier en ce qui concerne le droit à l'autodétermination qui, le cas échéant et en principe, ne peut revenir qu'à des "peuples" et non à des minorités. On comprendra dès lors qu'il existe toute une littérature qui, selon la perspective, essaye de fonder ou de nier la distinction entre minorités et peuples indigènes¹¹⁵. Même si cette discussion est problématique d'un point de vue éthique, conceptuel ou sociologique, elle semble néanmoins tranchée tant par le droit international qui consacre des instruments séparés aux deux catégories que par la pratique stratégique différente des deux groupes. De surcroît, l'on observera qu'au bilan ceux qui se réclament de l'identité indigène ont eu plus de succès que ceux qui invoquent l'identité minoritaire. Les peuples indigènes ont - à en croire la majorité des commentateurs - mieux réussi à se faire reconnaître comme sujet (collectifs) de droit international¹¹⁶.

¹¹² Il existe d'ailleurs au sujet du droit des peuples indigènes déjà une littérature juridique développée et récente. Pour une bibliographie thématique et structurée voy. PERKINS, S.C., "Indigenous peoples an international organizations : issues and responses", *International Journal of Legal Information*, 1996, 217-259. Dans la littérature d'après 1990 voy. entre autres ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., *o.c.*, 1006-1020; ANAYA, S.J., *o.c.*, 267 p.; BARSH, R.L., "Indigenous peoples in the 1990s: from object to subject of international law ?", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 7, 1994, 33-86; BROLMAN, C.M. & ZIECK, M.Y.A., "Indigenous peoples" in *Peoples and minorities in international law*, BROLMAN, C.M., LEFEBER, R & ZIECK, M.Y.A., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 187-220; BROLMAN, C.M. & ZIECK, M.Y.A., "Some remarks on the draft Declaration on the rights of indigenous peoples", *Leiden Journal of international law*, Vol. 8, nr. 1, 1995, 103-113; FLINTERMAN, C., "Inheemse volkeren en het zelfbeschikkingsrecht" in *Naar een nieuwe interpretatie van het recht op zelfbeschikking ?*, SYBESMA, N. & VAN BELLINGEN, J. (Eds.), Brussel, VUBPress, 1995, 225-231; *Human rights in cross-cultural perspective. A quest for consensus*, AN-NA'IM, A.A. (ed.), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, 479 p.; ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUmarede, J., *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, 581 p. et VAN COTT, D.L., "Prospects for self-determination of indigenous peoples in Latin America : questions of law and practice", *Global Governance*, vol. 2, 1996, 43-64.

¹¹³ On passe ici par ailleurs très vite sur la question terminologique qui elle non plus n'est pas résolue mais a des conséquences moins importantes. Il existe en effet plusieurs termes qui peuvent être employés dans le même sens que le terme "indigène", comme notamment les termes "autochtone", "natif" (de l'anglais *native*), "aborigène" (de l'anglais *aboriginal*), "premières nations" (de l'anglais *first nations*) et "peuples tribaux". Ces termes ont certainement des connotations différentes et leur dépend d'objectifs stratégiques. Je me limiterai quant à moi au terme "indigène" que j'ai choisi sans objectif stratégique quelconque parce qu'il me semble le plus courant. Cf. ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUmarede, J., *o.c.*, 428-429. Voy. aussi MORRIS, G.T., "In support of the right of self-determination for indigenous peoples under international law", *German Yearbook of international Law*, 1986, 279-280.

¹¹⁴ ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUmarede, J., *o.c.*, 427-423. Au sujet des difficultés de définition voir aussi : ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., *o.c.*, 1006-1007; BROLMAN, C.M. & ZIECK, M.Y.A., "Indigenous peoples", *l.c.*, 187-197 et HANNUM, H., "New developments in indigenous rights", *Virginia Journal of International Law*, Vol 28, 1988, 662 et seq.

¹¹⁵ Cf. ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., *o.c.*, 1009-1011; BROLMAN, C.M. & ZIECK, M.Y.A., "Indigenous peoples", *l.c.*, 190-197; PERKINS, S.C., *l.c.*, 218-221 et ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUmarede, J., *o.c.*, 20-21, 434-437

¹¹⁶ Cf. BARSH, R.L., "Indigenous peoples in the 1990s", *l.c.*, 33-86 et ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUmarede, J., *o.c.*, 348.

32. Bien qu'il n'y ait pas de définition établie et contraignante, on constatera néanmoins un accord assez général concernant les caractéristiques essentielles et distinctives des peuples indigènes¹¹⁷. Ainsi grosso modo les quatre facteurs suivants seraient caractéristiques d'un peuple indigène. Les deux premiers seraient plutôt "objectifs", tandis que les deux derniers seraient plutôt "subjectifs".

Premièrement il s'agit de communautés ou de groupes ayant un rapport de *continuité historique* avec les populations qui habitaient le territoire avant sa colonisation, son occupation ou son invasion. Ces peuples ont des liens ancestraux avec les premiers occupants des territoires en question et c'est pourquoi la langue anglaise les nomme les *natives* ou les *first nations*. Ces traits de continuité historique peuvent découler entre autres du maintien dans la durée de l'occupation du territoire, de la descendance eu égard aux les premières populations des lieux ou d'une culture, langue, coutume, croyance, ... La différence avec les minorités serait ainsi surtout donnée par cette "pré-présence" et ces liens pré-coloniaux. Contrairement aux peuples indigènes les minorités existeraient principalement en conséquence de leurs (é)migrations.

Deuxièmement ces peuples indigènes sont marqués par une histoire au cours de laquelle ils furent exploités, opprimés, reniés et/ou dépossédés de leurs territoires par d'autres groupes. Leur histoire est marquée par des génocides et des ethnocides¹¹⁸. Le second critère implique que les peuples indigènes demeurent politiquement dominés par la culture des "intrus" et ne participent pas aux avantages de l'éventuel développement économique réalisé par les Etats dont ils dépendent. Bref : lesdits peuples indigènes ne disposent pas du pouvoir; ils ont une position de *non-domination*.

Troisièmement ces peuples ont une culture politique et économique significativement distincte des sociétés établies sur les territoires. Ils ont gardé et cherché à garder leur propre culture, souvent en tentant de préserver leur territoire (dont ils se considèrent culturellement dépendant). Ils conservent ainsi un style de vie pré-moderne ou pré-industriel et une économie communautaire à petite échelle. Bref : leur *différence culturelle* est claire et nette et ils cherchent à la préserver.

Quatrièmement, des mécanismes d'auto-identification individuelle et collective sont essentiels pour les peuples indigènes. En effet ils se forment par un double mouvement qui doit s'appuyer d'une part sur la conscience d'appartenance des individus et de l'autre sur l'acceptation et reconnaissance de cette appartenance par le groupe. Ce critère aussi ferait la différence avec les minorités.

33. A y regarder de plus près ces facteurs constitutifs ne sont certainement ni entièrement imperméables ni décisifs. Ainsi il peut y avoir des tensions entre l'auto-identification individuelle et collective et de grandes difficultés peuvent émerger en ce qui concerne l'établissement du critère de la continuité historique car l'histoire et les mythologies ne sont pas souvent linéaires, univoques,

¹¹⁷ On voit toutefois émerger dans tous les textes des éléments de la définition et des descriptions du rapport Cobo sur les discriminations à l'encontre des populations indigènes présenté sous l'égide de la Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités du Conseil économique et social des Nations Unies (à ce sujet voir entre autres ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 397 et seq.) Cette définition (de 1986) est établie dans les termes suivants : "Indigenous communities, peoples and nations are those which, having historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in these territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems" (cité dans BROLMAN, C.M. & ZIECK, M.Y.A., "Indigenous peoples", *l.c.*, 191 et dans FLINTERMAN, C., "Inheemse volkeren ...", *l.c.*, 227; version française dans ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 438). On retrouvera les caractéristiques avancées entre autres dans : ANAYA, S.J., *o.c.*, 3.

¹¹⁸ A ce sujet voy. ANAYA, S.J., *o.c.*, 3-4 et ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 351 et seq.

voire même déchiffrables. Néanmoins certains exemples font l'unanimité : les Indiens des deux Amériques; les Inuit du Canada et du Groenland; les Saame de Finlande, Suède et Norvège; les Aborigènes d'Australië; les Maori's de Nouvelle Zeelande; les "natives" en Malaisie (Penan, Iban, Dayak); les Kanaks en Nouvelle Calédonie; les Papous d'Irian Yaya; certains peuples Sibériens; les *hill tribe peoples* (comme les Hmongs, Akka, Lisu et Karen) dans la région Thaïlande-Laos-Myanmar, les Touaregs et les Masaï en Afrique ...¹¹⁹. Selon des estimations récentes il s'agirait environ de quatre mille peuples regroupant trois cents millions d'individus¹²⁰.

Force est de constater cependant ces communautés peuvent être absolument dissemblables tant par leurs histoire, coutumes, culture, situation climatique/géographique, religion et langue que par leurs rapports politiques, économiques et culturels aux Etats et pouvoirs dont ils dépendent. Ainsi, la position politique et juridique des peuples indigènes peut varier très fort selon l'attitude et les mesures prises par les gouvernements 'tutelaires'¹²¹. Les peuples indigènes en Amérique du Nord (au Canada et aux Etats-Unis) ont par exemple un tout autre statut politique et juridique et d'autres recours que ceux d'Asie du Sud-Est, d'Afrique ou des territoires d'outre-mer français. Il faut donc considérer séparément chaque peuple indigène et sa lutte. Chaque cas doit être apprécié dans son propre contexte historique, économique, politique et culturel.

34. En élaborant de manière plus approfondie les quatre éléments constitutifs de la notion de peuple indigène on peut en déduire deux nouveaux éléments.

D'abord, il découle en filigrane des critères du lien historique et de la différence culturelle que les peuples qu'on nomme indigènes ont un degré d'homogénéité supérieur à d'autres entités collectives. Cela s'exprimerait tant à travers le maintien des coutumes et rites traditionnels qu'au niveau culturel et ethnique. Ainsi, les différents peuples indigènes pourraient présenter une identité collective plus stable et moins métissée¹²².

Ensuite, le lien spécifique avec le territoire saute aux yeux. En effet, les peuples indigènes se font forts d'avoir des liens intenses et "symbiotiques" avec des lieux donnés. Ce rattachement est non seulement géographique, mais aussi spirituel, symbolique et religieux. Leurs cultures, traditions et coutumes en dépendent directement et de façon explicite : elles sont inscrites dans les terres¹²³. La dépossession des terres ou le déplacement des communautés indigènes vers d'autres lieux sont à l'origine de conséquences catastrophiques, tant au plan culturel qu'au plan de la survie physique¹²⁴. Au demeurant, les peuples indigènes ne définissent pas les liens entre nature et culture de la même manière que les sociétés modernes : ils ne se considèrent point comme "maîtres et possesseurs" des

¹¹⁹ Pour une énumération plus complète voy. ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 440-441. D'autres exemples sont contestés : les Ibo du Nigeria, les tziganes en Europe, les Bretons en France, les Ecosais en Grande Bretagne, les Basques en Espagne et en France ...

¹²⁰ Voy. FLINTERMAN, C., "Inheemse volkeren ...", *l.c.*, 227 et ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 347.

¹²¹ N. Rouland énumère, à la suite du rapport Cobo, six types de politiques suivies par les Etats vis-à-vis des indigènes : la ségrégation, l'assimilation, l'intégration, la fusion, le pluralisme et l'autonomie; ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 399-400.

¹²² Pour Galenkamp précisément, aujourd'hui seuls les peuples indigènes et les minorités ethniques peuvent être considérés comme des sujets légitimes de droits collectifs, et cela "to the extent that these communities are still characterized by a traditional way of living. Only in these cases may we speak of sufficiently homogeneous groups, having a distinctive collective identity"; GALENKAMP, M., "Collective rights: much ado about nothing?", *l.c.*, 300.

¹²³ Cf. ANAYA, S.J., *o.c.*, 104-107; BROLMAN, C.M. & ZIECK, M.Y.A., "Indigenous peoples", *l.c.*, 193-194 et HANNUM, H., *l.c.*, 666-670.

¹²⁴ Ainsi, "au Brésil, 25% des Indiens Xingu moururent après leur déplacement"; ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 470. Brozman et Zieck évoquent la phrase suivante d'un représentant indigène : "Next to shooting indigenous peoples, the surest way to kill us is to separate us from our part of the earth"; BROLMAN, C.M. & ZIECK, M.Y.A., "Indigenous peoples", *l.c.*, 193

terres, mais évoquent une liaison inverse ou des liens de réciprocité et d'interdépendance¹²⁵. C'est pourquoi ils ont d'ailleurs été souvent associés à la lutte écologique¹²⁶.

35. A la lumière de cet essai de caractérisation et description des peuples indigènes il serait possible en ce qui les concerne d'atténuer certaines des critiques énoncées plus haut à l'égard des revendications d'identité collective.

D'abord c'est le cas parce que les critères de distinction et d'appartenance à un peuple indigène seraient en général plus faciles à établir, car les individus qui en sont membres auraient été moins exposés aux métissages résultants du cours de l'histoire et des contacts extérieurs. Les cultures indigènes sont en effet souvent isolées géographiquement du reste du monde, ce qui est de nature à les préserver d'influences extérieures. Cela se traduit au niveau (malgré tout problématique) ethnique ou racial car il y a moins de possibilités de procréation mixte, mais surtout sur le plan culturel. L'isolement renforce le maintien des coutumes et traditions ancestrales, il empêche la pollinisation et l'apport de nouveaux contenus et formes. On pourrait donc dire que, comparé à d'autres identités collectives, l'identité indigène se distingue par son homogénéité. Mais est-ce bien le cas ? N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarede affirment en tout cas que des 300 millions d'individus qui sont considérés comme des autochtones, moins de 100.000 n'auraient pas encore été touchés par la modernité, qui n'est comme ils le constatent très correctement, plus seulement celle de l'homme blanc¹²⁷. Ils citent parmi les exceptions les Yanomani en Amérique de Sud, certains Pygmées et les Bushmen en Afrique ainsi que les Negritos de Borneo. Or, même ces peuples semblent connus et ont été décrits, étudiés et filmés par des aventuriers ou anthropologues qui ont vécu parmi eux; ils se voient aidés par des organisations non-gouvernementales qui, par le biais de leur coopérants véhiculent toutes sortes de valeurs et de techniques qui leur sont étrangères et ils sont impliqués dans des luttes communes avec des tiers-mondistes occidentaux ou des écologistes locaux (par exemple contre la déforestation au Sabah et Sarawak). Bref : même les peuples indigènes les plus isolés ne le sont pas de façon hermétique; tous connaissent l'interaction, tous se mélangent¹²⁸. Il me semble d'ailleurs, d'un point de vue plus théorique, fort problématique de soutenir les thèses absolument isolationnistes, car elles impliquent au fond des prises de positions extra-historiques et extra-territoriales. Aussi m'est-il difficile d'imaginer qu'au sein de ces peuples il n'y ait pas des divergences fondamentales entre les individus, même s'il est tout à fait certain que la conception des rapports entre l'individu et la collectivité (famille, clan, groupe, communauté) y est tout à fait différente de la notre.

¹²⁵ "La terre ne nous appartient pas, c'est nous qui appartenons à la terre". Cf. ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 468 et seq. Voir aussi, mais dans une autre perspective : GUTWIRTH, S., "Autour du contrat nature!" in *Images et usages de la nature en droit*, GERARD, Ph., OST, F. & VAN DE KERCHOVE, M. (Eds.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1993, 75-131

¹²⁶ Même si cela peut être le résultat d'une idéalisation occidentale issue des mouvements verts. Certains exemples de sociétés traditionnelles en effet ne témoignent pas du tout d'une telle conscience et/ou pratique écologique; voy. BARSH, R.L., "The challenge of indigenous self-determination", *U.Michigan Journal of Law Reform*, 1993, vol. 26, 277-312 (300) et ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 430-431.

Le principe 22 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement peut être lu à la fois comme une explicitation des liens qu'entretiennent les peuples indigènes avec leurs terres, et comme l'expression d'une profession de foi écologique. Principe 22 de Déclaration du 14 juin 1992 de Rio sur l'environnement et le développement : "Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les Etats devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable". Très critique à ce sujet : PALLEMAERTS, M., "La conférence de Rio: grandeur ou décadence du droit international de l'environnement", *Revue Belge de Droit International*, 1995/1, 175-223 (particulièrement : p. 197).

¹²⁷ ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 348-349.

¹²⁸ Cf. ANAYA, S.J., *o.c.*, 4, 78-79.

Ensuite, il faut se demander si les revendications d'identités collectives des peuples indigènes échappent aux conséquences dangereuses qu'ont les revendications d'identités collectives en général en matière d'*exclusion* et d'*inclusion* des individus. On ne voit pas pourquoi l'argumentation générale telle qu'elle a été développée plus haut ne s'appliquerait pas en toutes ces conséquences aux peuples indigènes. En effet, le degré plus élevé d'isolement et d'homogénéité des ces peuples, ainsi que l'oppression qui les obligent (malgré eux) à resserrer les rangs, nous semblent plutôt susceptibles d'amplifier les phénomènes d'exclusion et d'inclusion. De surcroît, leurs modes de vie sont parfois de nature à engendrer un contrôle social informel presque omniprésent - la communauté est partout, la vie privée n'existe pas - ce qui est de nature à poser une chape de plomb sur l'espace de liberté et d'autodétermination des individus. On observera d'ailleurs que le critère de l'auto-identification individuelle et collective est ici un critère à double tranchant. En effet, si l'opinion du groupe et la volonté de l'individu se rejoignent quant à l'appartenance de ce dernier au groupe il n'y a pas de problème apparent. Mais si ce n'est pas le cas, il y aura nécessairement inclusion ou exclusion¹²⁹. Finalement, à l'instar de tous les peuples ou collectifs, il reste ici aussi encore à voir si la plupart des individus supposés appartenir à ces peuples revendiquent le même genre d'identité dans le même dessein que leur *leaders* et porte-paroles (qui dans les communautés indigènes ne sont pas toujours issus de procédures que nous serions tentés de nommer démocratiques, même si elles sont parfois participatives)¹³⁰.

Enfin, il n'est pas surprenant que le constat général de l'opposition entre identité collective, le nationalisme et l'uniculturalisme d'une part et les principes fondamentaux de la pensée juridique Occidentale d'autre part s'applique également au cas des peuples indigènes. Ici l'opposition est d'ailleurs poussée à l'extrême, car il est question de communautés qui font explicitement (à la différence de certaines minorités sécessionnistes en Europe) appel à des systèmes de valeurs et d'organisation sociale pré-modernes et traditionnels. Souvent il s'agit même d'un rejet des valeurs modernes. Celui-ci s'inscrit dans la foulée des accusations - souvent justifiées - d'ethnocentrisme et d'impérialisme idéologique à l'égard des Occidentaux. Les peuples indigènes et leurs représentants se veulent à rebours entièrement différents de états et même des minorités : face à l'universalisme et au cosmopolitisme des droits individuels ils prônent le particularisme du droit des peuples; face à l'organisation étatique laïque il plaident pour la reconnaissance des modes de vie en société traditionnels souvent imprégnés de religion, de mythologies et de mysticisme; face aux principes de la démocratie participative ils se placent du côté des modes de prise de décision ancestraux qui souvent passent par des autorités données, claniques, "naturelles", magiques ou héréditaires; face à la propriété des terres il se réclament "de" la terre ... Bref, toutes les tensions entre le moderne et le pré-moderne sont à l'ordre du jour. Et en filigrane c'est toujours la même question-accusation qu'on voit apparaître : qui sommes nous - les Occidentaux, les enfants des Lumières - pour poser les critères de l'évaluation et pour décider des valeurs ultimes ? Pourquoi la démocratie et l'Etat de droit laïque seraient-ils meilleurs ? Ces questions ne sont pas neuves, mais elles persistent entre autres parce qu'elles sont pertinentes, parce qu'elles jouent sur un sentiment de culpabilité chez beaucoup d'Occidentaux et parce qu'elles ont trouvé une assise philosophique, épistémologique et éthique dans la pensée relativiste.

Je n'approfondirai pas cette discussion ici. Je me bornerai d'affirmer que je crois que les droits et libertés fondamentaux des individus et la démocratie sont des valeurs qu'il faut éviter de mettre en question, car ce sont précisément elles qui rendent possibles l'écllosion et la co-existence pacifique de groupes très différents à tous égards. C'est dire qu'à mon avis, il faut se demander si les libertés individuelles, la démocratie et l'Etat de droit ne sont en fin de compte pas le meilleur moyen

¹²⁹ Le cas *Lovelace v. Canada* est exemplaire à cet effet; cf. ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., *o.c.*, 1017.

¹³⁰ Toutes ces craintes semblent d'ailleurs bien justifiées. Voy. à ce sujet les descriptions décourageantes des pratiques anti-démocratiques, autoritaires, patriarcales, népotistes, anti-solidaires ... au sein des peuples Indiens d'Amérique du Nord dans BARSH, R.L., "The challenge of indigenous self-determination", *l.c.*, 277-312.

de garantir les desseins individuels et collectifs au sein desdits peuples indigènes¹³¹. Il n'y a selon moi, hormis probablement la question des revendications territoriales¹³², aucun problème des peuples indigènes qui ne puisse être mieux résolu par les droits collectifs que par le véritable et plein respect des droits et libertés individuels et de la démocratie.

36. Les peuples indigènes ont souvent traduit leurs revendications politiques par l'exigence de leur reconnaissance en tant que collectivités. Sans aucun doute il visent à obtenir de véritables droits collectifs qui ne sont pas réductibles à des droits individuels dans le chef de leurs membres individuels. C'est bien en tant que peuples qu'ils veulent se voir attribuer des droits tels que ceux à l'autodétermination, à l'auto-gouvernement et à une identité culturelle.

A cet égard il faut certainement mentionner l'élaboration toujours en cours d'une Déclaration des droits des peuples indigènes aux sein des Nations Unies¹³³. Après neuf années de travaux préparatoires, le projet de cette Déclaration a été déposé en avril 1994 par le Groupe de travail sur les populations indigènes¹³⁴. Il fut adopté immédiatement par la Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités du Conseil économique et social et a acheminé sa route vers l'Assemblée Générale des Nations Unies. Le projet est actuellement étudié au sein de la Commission des droits de l'homme. Fort probablement le projet n'atteindra pas l'Assemblée Générale avant 1998¹³⁵. De surcroît, le projet rencontrera vraisemblablement beaucoup d'opposition - surtout en ce qui concerne le droit à l'autodétermination - et sera sans doute modifié. Toujours est-il que le projet consacre une série de droits qui sont explicitement qualifiés de collectifs, comme le droit à l'autodétermination (art. 3 et 31), le droit d'exister en qualité de peuple distinct sans faire l'objet d'ethnocide et de génocide culturel (art. 6 et 7), le droit de pratiquer et de revitaliser les traditions et les coutumes (art. 12), le droit de posséder et contrôler les territoires traditionnels (art. 26), ... Bref : par le biais de la reconnaissance d'un nombre de droits collectifs et/ou individuels les 45 articles du projet de Déclaration consacrent "the minimum standards for the survival, dignity and well-being of the indigenous peoples of the world" (art. 42)¹³⁶.

¹³¹ Il reste en effet à démontrer qu'un système démocratique puisse exister au delà de l'individualisme.

¹³² La gestion autonome des territoires (objet des *indigenous land claims*) par les peuples indigènes ne peut en effet être réalisée par le biais de droits individuels (de propriété). Il faut à cet effet nécessairement passer par la collectivité des intéressés, à qui il incombera, à notre avis, de pourvoir des mécanismes de prise de décision démocratique. A ce sujet voy. entre autres : ANAYA, S.J., *o.c.*, 104-107.

¹³³ Draft declaration on the rights of indigeous peoples, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 du 20 avril 1994 et dans ALSTON, Ph. & STEINER, H.S., *o.c.*, 1011-1016 et ANAYA, S.J., *o.c.*, 207-216. Je n'aborderai pas ici l'ensemble des instruments internationaux précédents qui ont eu et ont toujours des implications pour le statut juridique des peuples indigènes ainsi que les évolutions qu'on peut y déceler. A ce sujet voy. entre autres ANAYA, S.J., *o.c.*, 43-58; BARSH, R.L., "Indigenous peoples in the 1990s", *l.c.*, 33-86 et ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 389 et seq.

¹³⁴ Ce Groupe de travail, constitué de cinq membres ayant le statut d'experts indépendants et représentant les cinq régions des Nations Unies, dépend de la Commission des droits de l'homme et de la Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités du Conseil économique et social des Nations Unies. A ce sujet : voy. ANAYA, S.J., *o.c.*, 51; BROLMAN, C.M. & ZIECK, M.Y.A., "Some remarks on the draft Declaration ...", *l.c.*, 103-113; DUURSMA, J.C., *o.c.*, 46-48; ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 486 et seq. et SANDERS, D., "The UN Working Group on indigenous populations", *Human Rights Quarterly*, vol. 11, 1989, 406-433.

¹³⁵ Au sujet du cheminement du projet et des travaux au sein des Nations Unies on consultera : ANAYA, S.J., *o.c.*, 52-54; BROLMAN, C.M. & ZIECK, M.Y.A., "Some remarks on the draft Declaration ...", *l.c.*, 103-113; ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 411 et seq. et SANDERS, D., "The UN Working Group on indigenous populations", *Human Rights Quarterly*, vol. 11, 1989, 406-433 et VAN COTT, D.L., *l.c.*, 43 et seq.

¹³⁶ Ces évolutions dans le droit international - y compris la Convention 169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (adoptée en 1989 et ratifié par 8 Etats en 1994) - vont selon beaucoup de commentateurs dans le sens d'une reconnaissance de droits collectifs au peuples indigènes. C'est pourquoi de nombreux écrits annoncent que les peuples indigènes sont passé du statut d'objets de droit à celui de sujets de droit international.

Naturellement le scepticisme que j'ai formulé plus haut à l'égard du concept des droits collectifs doit être élargi au cas des droits collectifs des peuples indigènes. Pour des raisons principielles il faut donc, contrairement au projet de Déclaration, éviter le plus possible le recours aux droits collectifs. La question demeure d'ailleurs dans chaque cas de savoir s'il est bien nécessaire (et efficace) de passer par des droits collectifs pour obtenir gain de cause et pour réaliser les objectifs recherchés. La véritable mise en oeuvre effective de toute la batterie de libertés et droits fondamentaux individuels permet probablement de garantir tout aussi bien, sinon mieux (et sans danger de dérapages totalitaires), l'épanouissement et la protection desdites collectivités indigènes et de leurs membres. La mise en oeuvre des droits et libertés politiques de ces derniers, de leurs libertés de conscience, de pensée, de religion, de la vie privée, d'opinion et d'expression, de réunion et d'association, etc. (sans parler encore de leurs droits économiques, sociaux et culturels) est sans doute suffisante pour satisfaire bon nombre d'objectifs et enjeux de lutte.

Ce refus maximaliste de la reconnaissance de droits collectifs en la matière peut sembler excessif. Il ne l'est toutefois pas face à l'ampleur et l'évidence avec laquelle on voit émerger des revendications de droits collectifs à l'époque du neo-tribalisme. Certes, la cause des peuples indigènes est une cause juste et leur situation spéciale justifie peut-être l'exception. Mais il faut de toute façon être et rester prudent. C'est pourquoi N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède - trois auteurs qui sont pourtant très favorables à la cause des peuples indigènes - proposent de n'envisager le recours à des droits collectifs que sous trois conditions minimales et indispensables qui créent un cadre propre à empêcher des dérives nuisibles aux personnes et aux droits et libertés individuelles :

- les droits collectifs doivent reposer sur la participation volontaire des membres du groupe à celui-ci et à ses valeurs : l'individu doit avoir le droit de choisir (ou de ne pas choisir) ses groupes d'appartenance, et éventuellement de s'en retirer;
- les droits collectifs doivent s'insérer dans une hiérarchie des normes juridiques : leur contenu ne doit pas être contraire aux énoncés des libertés et droits fondamentaux. Aucun droit collectif, fût-il culturel, ne peut légitimer l'infanticide, l'esclavage, etc.;
- le processus d'élaboration des droits collectifs est aussi important que la détermination de leur contenu. Un groupe a certainement des droits collectifs (*sic*), mais on doit s'assurer de la représentativité de ceux qui s'en présentent comme les véhicules ou les interprètes. La question 'Qui parle au nom de qui ?' doit demeurer toujours posée, de même que l'interrogation : 'Qui a le pouvoir de nommer qui ?'¹³⁷.

Et on revient ainsi à la problématique essentielle de la démocratie et des droits et libertés fondamentales de l'homme.

37. Un dernier faisceau de réflexions se rapporte à la question spécifique du droit à l'autodétermination des peuples indigènes. Cette problématique est à l'ordre du jour car ce droit à l'autodétermination (avec ou sans sécession territoriale) est souvent au coeur des revendications des peuples indigènes et figure à l'agenda des organisations internationales qui s'occupent de leur cause. En particulier ce droit est affirmé dans le projet de Déclaration des droits des peuples indigènes (art. 3 et 31).

Trois pistes conceptuelles peuvent être empruntées pour aborder cette question¹³⁸.

38. Il y a d'abord la piste conceptuelle radicale qui fait référence au droit à l'autodétermination des peuples comme il a été formulé lors de la décolonisation par les instruments internationaux qui ont été évoqués plus haut. Dans ce contexte la réflexion peut se limiter à la constatation que le droit à l'autodétermination ne s'applique pas aux peuples indigènes car il ne

¹³⁷ ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 459

¹³⁸ Pour une voie radicale en faveur de l'indépendance territoriale pour les peuples indiens des Etats-Unis, voy. MORRIS, G.T., *l.c.*, 277-316

peuvent être considérés comme des peuples qui se trouvent sous une domination coloniale au sens strict de ce terme. S'ajoute à cela, que le droit à l'autodétermination ainsi conçu ne comporte en aucun cas des implications territoriales ou sécessionnistes. En effet : le droit à l'autodétermination à l'époque de la décolonisation était conditionné par le principe de l'intégrité territoriale (*uti possidetis*). Son application s'est donc cantonnée dans le cadre des découpages territoriaux antérieurs.

39. La seconde piste, plus nuancée, est celle empruntée par le projet Déclaration des droits des peuples indigènes. En effet, l'article 3 de ce projet affirme le droit à l'autodétermination dans des termes très similaires à ceux employés dans la résolution 1514 et les premiers articles du PIDCP et du PIDESC. Ainsi, le droit à l'autodétermination se voit en ce qui concerne les peuples indigènes dissocié et détaché du processus de la décolonisation. Certains auteurs justifient cette dissociation en affirmant que la plupart des peuples indigènes se trouvent en situation de domination de type colonial par rapport aux Etats dont ils dépendent¹³⁹, d'autres affirment plus généralement que depuis les pactes internationaux de 1966 l'universalisation du droit à l'autodétermination des peuples est un fait (sans pour autant y lier des implications sécessionnistes)¹⁴⁰.

Le projet de Déclaration ne consacre toutefois pas de droit de sécession (ou de droit à l'autodétermination "externe"), qui n'est nulle part affirmé, en quoi il respecte la conception originelle de l'autodétermination des peuples¹⁴¹. Par contre, à l'article 31 du projet de Déclaration, l'autodétermination "interne" est élaborée dans les termes suivants : "Indigenous peoples, as a specific form of exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, including culture, religion, education, information, media, health, housing, employment, social welfare, economic activities, land and resources management, environment and entry by non-members, as well as ways and means for financing these autonomous functions". Autrement dit, le projet de Déclaration reconnaît explicitement aux peuples indigènes des droits à l'autogouvernement de large envergure (culture, territoire, environnement, éducation, ...) au sein des Etats dont ils dépendent. Toutefois une question pertinente subsiste, en l'occurrence celle de savoir si la non-réalisation ou négation de ce droit à l'autodétermination interne est de nature à activer le droit à l'autodétermination externe qui implique la sécession¹⁴².

40. C'est ici que l'on retrouve la troisième piste conceptuelle, notamment celle qui recherche des critères normatifs pour l'évaluation des revendications d'autodétermination, qu'elles soient internes ou externes. Cette piste emboîte le pas à des évolutions géo-politiques de la dernière décennie qui furent marquées, comme nous l'avons vu plus haut, par des nouvelles formes de tribalisme qui ont agencé des bien réelles réorganisations de souveraineté et des redistributions territoriales (en ex-URSS en ex-Yougoslavie). Elle cherche des critères d'évaluation qui soient et réalistes, et justes, et juridiquement corrects.

Ainsi, il faut faire l'exercice édifiant d'évaluer spécifiquement chaque revendication d'autodétermination d'un peuple indigène, dans son propre contexte, à la lumière des critères de nécessité et de légitimité proposés par Galenkamp, des critères déduits du système international par Franck et des conditions que N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède ont posés à la reconnaissance de droits collectifs dans le chef des peuples indigènes. De cette façon, des solutions

¹³⁹ ANAYA, S.J., *o.c.*, 86 et ROULAND, N., PIERRE-CAPS, S. & POUMAREDE, J., *o.c.*, 447-448.

¹⁴⁰ Cf. HIGGINS, R., "Comments", *l.c.*, 31 et seq.

¹⁴¹ Voir aussi l'argument formulé par DUURSMA, J.C., *o.c.*, 47-48.

¹⁴² A ce sujet BROLMAN, C.M. & ZIECK, M.Y.A., "Some remarks on the draft Declaration ...", *l.c.*, 103-113. D'après Duursma il suit de l'art. 7 de la Résolution 2625 que le droit à l'autodétermination externe découle de la négation du droit à l'autogouvernement représentatif (ou l'autodétermination interne); voy. DUURSMA, J.C., *o.c.*, 25.

équitable qui d'une part respectent les droits et libertés fondamentaux et principes de l'Etat de droit démocratique et d'autre part n'excluent aucune issue à priori, peuvent être recherchées dans chaque cas spécifique à travers la pondération de tous les intérêts et droits en question, notamment ceux des individus, ceux des peuples indigènes et ceux, dont la garantie de la justice et de la paix, de la communauté mondiale.

Serge Gutwirth

Vrije Universiteit Brussel et Erasmus Universiteit Rotterdam¹⁴³

¹⁴³ Une fois de plus : mes chaleureux remerciements à Rudolf et Arlette Gutwirth, ainsi qu'à Thomas, pour leur aide rédactionnelle.