

Pour ou contre les droits culturels ?



ÉDITIONS UNESCO LES DROITS DE L'HOMME EN PERSPECTIVE



POUR OU CONTRE LES DROITS CULTURELS ?

POUR OU CONTRE LES DROITS CULTURELS ?

RECUEIL D'ARTICLES
POUR COMMÉMORER LE 50^e ANNIVERSAIRE
DE LA DÉCLARATION UNIVERSELLE
DES DROITS DE L'HOMME

Sous la direction de Halina Nieć

Les appellations utilisées dans cet ouvrage et la présentation des données qui y figurent n'impliquent, de la part du Secrétariat de l'UNESCO, aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites. Les auteurs sont responsables du choix et de la présentation des faits contenus dans ce livre, ainsi que des opinions qui y sont exprimées et qui ne reflètent pas nécessairement le point de vue de l'UNESCO, ni n'engagent l'Organisation.

Publié en 2000 par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 1, rue Miollis, 75732 Paris Cedex 15, France.

Illustration de couverture : *Un chaman au bord du lac Baïkal*. On voit ici, dans une cérémonie traditionnelle célébrée par un chaman sur une île sacrée, que l'environnement naturel est inséparable de la vie religieuse dans de nombreuses sociétés.

Photo : Mechtild Rössler.

Impression : Imprimerie des PUF
© 1998 UNESCO (anglais), 2000 (français).
ISBN 92-3-203555-3

SOMMAIRE

Avant-propos	7
Liste des abréviations	9
Auteurs	11
Introduction	13
LES DROITS CULTURELS : LE POINT DE VUE DES SCIENCES SOCIALES	19
<i>Rodolfo Stavenhagen</i>	
DE LA LIBERTÉ ARTISTIQUE	49
<i>Emmanuel Decaux</i>	
LES DROITS CULTURELS PEUVENT-ILS PROTÉGER LE SAVOIR CULTUREL TRADITIONNEL ET LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE ?	77
<i>Darrell Addison Posey</i>	
LE RESPECT DES DROITS CULTURELS DES AUTOCHTONES : LE CAS DE L'AUSTRALIE	101
<i>Elizabeth Evatt</i>	
DROITS CULTURELS, BIODIVERSITÉ ET PATRIMOINE DES TRIBUS AUTOCHTONES DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE	141
<i>Dean B. Suagee</i>	
LE DROIT À UN PASSÉ CULTUREL : POINTS DE VUE AFRICAINS	177
<i>Folarin Shyllon</i>	
LES DROITS LINGUISTIQUES EN INDE	203
<i>Vrajendra Raj Mehta</i>	

PERCEPTIONS DES DROITS CULTURELS EN RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE	 219
<i>Alice Erh-Soon Tay</i>	
L'UNESCO ET LES DROITS CULTURELS	 243
<i>Kishore Singh</i>	
S'ENTENDRE SUR LES DROITS CULTURELS	 265
<i>Lyndel Prott</i>	
POSER LES FONDEMENTS DE LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS CULTURELS	 287
<i>Halina Nieć</i>	
Annexe A : Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	<u>309</u>
Annexe B : Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones	<u>321</u>
Annexe C : Projet de Déclaration sur les droits culturels	<u>329</u>
Bibliographie sélective	<u>333</u>

AVANT-PROPOS

De toutes les questions que pose le cinquantième anniversaire de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, il n'en est guère de plus cruciale que celle de trouver le meilleur moyen de promouvoir la diversité culturelle et la tolérance civique. Apprendre à vivre avec autrui et, au lieu du contraire, accueillir avec joie les différences créatrices qui nous séparent de nos voisins, c'est là le grand défi que nous pose le XXI^e siècle et que le XX^e a malheureusement si peu souvent relevé.

Il ressort de *Notre diversité créatrice*, le Rapport de la Commission mondiale de la culture et du développement présidée par M. Pérez de Cuéllar, qu'une façon non négligeable de promouvoir ces attitudes est de développer et d'appliquer comme il convient les droits culturels.

Cela nous ramène à un thème qui était déjà cher à l'UNESCO à l'époque de sa création. Dans l'une des toutes premières publications de l'Organisation, *Les droits de l'esprit*, le premier Directeur général affirmait déjà :

L'individu humain n'est concevable qu'en tant que membre d'un groupe : totalement isolé, il ne saurait développer aucune de ses caractéristiques spécifiquement humaines. Les caractéristiques des individus et des sociétés sont dans une large mesure fonction de leurs rapports mutuels.

L'UNESCO continue d'user de toute son autorité et de mettre en œuvre toutes ses compétences pour défendre cette philosophie. Il est essentiel de respecter les droits culturels si l'on veut parvenir à une culture de la paix.

Le présent recueil d'articles écrits par des auteurs issus de cultures différentes révèle toutes sortes d'attitudes face aux droits culturels dans le monde d'aujourd'hui. Il ne saurait en être autrement. Car c'est certainement en recherchant des voies nouvelles d'examiner de vieux problèmes, et donc en les redéfinissant, que l'on peut découvrir d'autres possibilités visant à améliorer notre compréhension des droits culturels et à en assurer le respect.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AAA	American Association of Anthropologists
AC	Appeal Cases (Angleterre et pays de Galles)
ACHPR	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
ADPIC	Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AER	All England Reports (Angleterre et pays de Galles)
AFP	Agence France-Presse
AGPS	Australian Government Printing Service
AIADMK	All India Anna Dravida Munnetra Kazhagam
AIATSIS	Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies
AIR	All India Report
ALB	Aboriginal Law Bulletin
ALJ	Australian Law Journal
ALJR	Australian Law Journal Reports
ALR	Australian Law Reports
ALRC	Australian Law Reform Commission
ANASE	Association des Nations de l'Asie du Sud-Est
ATSIC	Aboriginal and Torres Strait Islander Commission
BIDDH	Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme
BJP	Bharatiya Janata Party
CBD	Convention sur la diversité biologique
CDCC	Conseil de la coopération culturelle
CEDIN	Centre de droit international de Nanterre
CIJ	Commission internationale de juristes
CLR	Commonwealth Law Reports
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUED	Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement

CSCE	Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (désormais OSCE)
FCR	Federal Court Reports (Australie)
Fed. Reg.	Federal Register
ILM	International Legal Materials
KMT	Gouvernement du Kuomintang
LGDJ	Librairie générale de droit et jurisprudence
NHPA	National Historic Preservation Act
NSW	New South Wales (Nouvelle-Galles du Sud) (Australie)
NT	Northern Territory (Territoire du Nord) (Australie)
NWLR	North Western Law Review
OEA	Organisation des États américains
OIT	Organisation internationale du travail
OMC/GATT	Organisation mondiale du commerce / Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONG	Organisation non gouvernementale
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
OUA	Organisation de l'unité africaine
PCRC	Pacific Concerns Resource Centre
PEN	Fédération internationale PEN (organisation mondiale d'écrivains)
PNB	Produit national brut
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
SA	South Australia (Australie-Méridionale)
SAARC	Association de l'Asie du Sud pour la coopération régionale
SEA	Système des écoles associées
SMH	Sydney Morning Herald
UE	Union européenne
UICN	Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
UNSW	University of New South Wales
UNTS	Recueil des traités de l'ONU
WLR	Weekly Law Reports (Angleterre et pays de Galles)
WWF	Fonds mondial pour la nature

AUTEURS

Emmanuel Decaux dirige actuellement le Centre de droit international de l'Université de Paris-X Nanterre et fait partie de la Commission nationale consultative française des droits de l'homme. Ses écrits sont nombreux et portent sur divers aspects du droit international.

Elizabeth Evatt est professeur honoraire invitée à la faculté de droit de l'Université de Nouvelle-Galles du Sud, membre du Comité des droits de l'homme de l'ONU et de la Human Rights and Equal Opportunity Commission australienne ; elle a été magistrat principal de la Family Court australienne.

Vrajendra Raj Mehta est vice-chancelier de l'Université de Delhi et a occupé la chaire de sciences politiques à l'Université du Rajasthan. Titulaire de nombreuses distinctions nationales et internationales, c'est un éminent spécialiste des sciences politiques. Ses écrits sont nombreux et portent sur divers aspects du droit international.

Halina Nieć est professeur adjoint de droit à l'Université Jagellon, où elle dirige aussi le Service d'assistance judiciaire en matière de droit humanitaire, qui apporte un soutien juridique gratuit aux réfugiés et demandeurs d'asile en Pologne. Elle est également spécialiste de la *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (Convention de La Haye)* de 1954.

Darrell Addison Posey est coordonnateur du Programme sur les droits en matière de ressources traditionnelles de l'Oxford Centre for the Environment and Ethics and Society de Mansfield College (Université d'Oxford) et a reçu le prix « Global 500 » décerné par l'ONU.

Lyndel Prott est une experte reconnue de la protection juridique du patrimoine culturel. Après avoir enseigné le droit du patrimoine culturel à l'Université de Sydney, elle est actuellement directrice de l'Unité des normes internationales au secteur de la culture à l'UNESCO. Elle a également beaucoup écrit sur le droit comparé et la philosophie du droit.

Folarin Shyllon est professeur de droit et ancien doyen de la faculté de droit de l'Université d'Ibadan au Nigéria. Il a écrit de nombreux ouvrages et articles sur le droit constitutionnel, le droit humanitaire, et le droit en matière de propriété culturelle et de propriété intellectuelle.

Kishore Singh, spécialiste du programme Culture de la paix à l'UNESCO. Il a travaillé au Centre de développement de l'OCDE et a été pendant de nombreuses années consultant pour le PNUD.

Rodolfo Stavenhagen est directeur de recherche au Colegio de México de Mexico. Ancien sous-directeur général pour les sciences sociales de l'UNESCO, il est l'auteur de nombreuses publications sur les droits des autochtones, les conflits ethniques, les problèmes agraires et le développement social.

Dean B. Suagee est un avocat qui s'est mis au service des gouvernements tribaux des Indiens d'Amérique et autochtones de l'Alaska ainsi que d'organisations tribales ; sa spécialité est le droit environnemental. Membre de la nation cherokee, il est vice-président du Native American Resources Committee.

Alice Erh-Soon Tay est présidente de la Commission australienne des droits de l'homme et a enseigné à la chaire Challis de jurisprudence de l'Université de Sydney. Elle a beaucoup écrit sur la jurisprudence et a dirigé la publication de plusieurs volumes sur les droits de l'homme.

INTRODUCTION

Conscient de la signification des nombreuses célébrations organisées dans le monde entier à l'occasion du cinquantième anniversaire de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, le Secteur de la culture de l'UNESCO a jugé particulièrement approprié de saluer la Déclaration en tant que premier document international à proclamer les droits culturels des êtres humains. Le Rapport de la Commission mondiale de la culture et du développement, intitulé *Notre diversité créatrice* (1996), invitait les juristes spécialisés en matière de droits culturels, et les autres spécialistes des sciences sociales, à s'exprimer quant à la situation actuelle en matière de reconnaissance et d'application des droits culturels dans le monde. Avec l'accélération de la mondialisation, que l'on choisisse de considérer les droits culturels sous l'angle artistique, écologique ou sociologique, le besoin de respect et de compréhension mutuels des cultures est manifestement de plus en plus sensible. La culture est un élément intrinsèque de tout groupe ou individu. Les questions de droits collectifs ou droits des groupes restent donc une priorité du droit international et de la politique internationale dès qu'il est question des droits culturels.

Quand il s'est agi d'établir la liste des auteurs, le responsable du présent ouvrage s'est efforcé de rassembler des juristes et universitaires représentant diverses cultures du monde. On comprendra aisément que, pour que cette compilation aboutisse, il était essentiel que les auteurs échangent directement leurs idées et conceptions, non seulement pour accumuler des renseignements mais, surtout, pour que chacun comprenne les concepts des autres. La Division du patrimoine culturel de l'UNESCO a donc organisé une vidéoconférence sur les droits culturels pour que les auteurs puissent se rencontrer, débattre de leurs différentes conceptions et discuter des questions d'intérêts communs. À partir de neuf points différents du globe, les auteurs se sont entretenus simultanément et chacun d'entre eux a pu découvrir des thèmes et concepts pertinents pour son domaine d'étude particulier. Bien que le face-à-face soit

certainement le moyen de communication le plus enrichissant de tous, cette rencontre par le biais des technologies de pointe s'est néanmoins révélée une réussite très appréciable.

Dans son étude, Rodolfo Stavenhagen commence par traiter de la question fondamentale de l'universalisme opposé au relativisme culturel dans la perspective des sciences sociales. Selon lui, le relativisme culturel ne doit pas être rejeté et la coexistence entre les deux conceptions est parfaitement envisageable. En substance, Stavenhagen soutient que le relativisme n'empêche pas d'appliquer comme il convient une norme commune en matière de droits culturels internationaux. À ses yeux, il s'agit essentiellement de savoir comment définir les objectifs des politiques culturelles, et il demeure tout au long de son article convaincu que les droits de l'individu doivent être promus au même titre que les droits collectifs des groupes.

Tout en admettant que les droits des groupes sont d'une importance considérable, Emmanuel Decaux invite le lecteur à concentrer son attention sur l'artiste, personnage exceptionnel qui, du fait même de sa nature particulière, doit bénéficier de droits spécifiques pour pouvoir s'exprimer librement. L'auteur insiste surtout sur le fait que le droit tel que l'applique la Cour européenne des droits de l'homme se heurte à la difficulté intrinsèque de l'équilibre entre la liberté de l'artiste et les restrictions qui s'imposent dans un pays démocratique. En même temps, il appelle l'attention sur la nécessité de protéger l'artiste contre toutes les formes de persécution, évoquant les procès d'écrivains comme Jorge V. Arango, Varlam Chalamov, Vaclav Havel et Arthur Koestler, pour ne citer que ceux-là.

Darrell Posey ouvre le débat sur la sauvegarde des cultures autochtones en se plaçant du point de vue des populations autochtones elles-mêmes. Il s'attache à montrer que le droit occidental en matière de propriété intellectuelle ne peut s'appliquer à la propriété collective du savoir traditionnel et des ressources communautaires dans de nombreuses cultures autochtones et illustre son propos par le conte du « brillant garçon et du scarabée de Noël », où il cherche à démontrer la nécessité d'un discours de réciprocité.

Elizabeth Evatt, comme Darrell Posey, recommande une approche *sui generis* de la protection des droits culturels autochtones et de leur application. Surtout, elle montre comment l'Australie a cherché à satisfaire aux conditions requises par les normes internationales s'agissant des populations autochtones par un commentaire de textes comme la loi fédérale sur les titres indigènes et en évoquant la doctrine australienne dans ce domaine.

L'accent étant désormais placé sur les normes nationales plutôt que sur les normes internationales relatives aux populations autochtones, Dean Suagee présente les principes fondamentaux de la loi et des politiques fédérales américaines s'agissant

des Indiens, l'idée étant que, si la politique américaine est peut-être déficiente à certains égards, d'autres États pourraient tirer profit d'un système semblable. De plus, l'auteur s'efforce de déterminer s'il est possible d'appliquer aux tribus indiennes de ce pays des analyses axées sur les droits culturels et si ces droits peuvent servir à encourager le respect de la culture autochtone ainsi que la préservation de la biodiversité, ce dont Posey est fermement convaincu.

Pour mettre en lumière l'approche *sui generis* sur un plan continental, Folarin Shyllon étudie les concepts communautaires africains du droit foncier et de l'art ancestral. La place centrale que l'auteur accorde à ces concepts est essentielle si l'on veut, comme lui, insister sur la nécessité de renforcer la légitimité des droits culturels dans les documents internationaux. Shyllon soutient ensuite que les Africains n'ont pu jouir de leur droit au patrimoine culturel puisque leurs objets d'une importance culturelle significative sont détenus dans des pays étrangers.

Vrajendra Raj Mehta propose un système fédéral qui repose fermement sur la nécessité de tolérer la diversité multiculturelle de langues, de croyances et de modes de vie garantie par la Constitution indienne. Il s'efforce d'isoler certains des facteurs de l'expérience indienne qui peuvent être utiles pour le développement international des droits culturels.

Alice Tay examine les écrits d'universitaires chinois sur les droits culturels. Opposée au confucianisme, au communisme et à l'élitisme han, elle retrace les origines de l'idéologie officielle typique de cette attitude chinoise qui consiste à privilégier les droits économiques, sociaux et culturels, convaincue que la Révolution a permis l'exercice des droits civils et politiques. Elle établit également un lien entre la politique culturelle et la reconnaissance du droit coutumier, et cite des universitaires chinois qui préconisent aujourd'hui d'harmoniser l'universalité et la nécessité de pourvoir à l'application de normes internes particulières.

Abordant pour sa part des questions générales, Kishore Singh situe le rôle de l'UNESCO en perspective en évoquant les instruments normatifs importants en matière de droits culturels et le rôle joué par l'UNESCO dans leur formulation, ainsi que les activités menées par l'UNESCO pour promouvoir ces documents. Il décrit également certaines des activités de programme conçues pour renforcer la diversité culturelle.

Abordant les droits culturels sous l'angle de leur dynamique, Lyndel Prott distingue les droits qui sont déjà définis dans ces documents et ceux qui, dans le pire des cas, n'ont jamais été promulgués. De plus, elle offre un aperçu des divers niveaux d'analyse à prendre en compte lorsque l'on envisage une politique culturelle et qu'on la met en œuvre. Pour que pareil discours soit suivi d'effets, il faut apprendre à écouter autrement pour percevoir des voix jamais entendues auparavant.

En dépit des différents appels qui ont été lancés en faveur des droits culturels, si ceux-ci ne sont pas respectés, tous les débats sur les droits culturels auront été vains. Halina Nieć et Lyndel Prott se prononcent donc en faveur de l'élaboration d'un catalogue définitif des droits culturels afin de les arracher à l'abandon où ils sont maintenus. Pour remédier à cette indifférence, Halina Nieć soutient qu'il faut adopter une attitude « accusatrice » face aux États qui se montrent peu disposés à s'acquitter des obligations en matière de droits culturels inscrites dans les divers documents internationaux.

Pour que cette démarche aboutisse, il faut surtout que soit mis en place un système international permettant d'engager à titre individuel des actions pour violation des droits culturels semblable au système qui fonctionne dans le cadre du Protocole facultatif se rapportant au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Il faudra aussi, étant donné le système actuel d'établissement des rapports, que les institutions publiques comme les organisations non gouvernementales participent davantage aux niveaux national et international, en particulier s'agissant des détenteurs proprement dits de ces droits.

Le présent ouvrage, inspiré par le Rapport de la Commission mondiale de la culture et du développement *Notre diversité créatrice*, veut apporter une contribution au débat actuel sur « les droits culturels comme droits de l'homme ». Les études rassemblées ici offrent aux lecteurs plusieurs éléments d'une importance particulière pour élaborer une conception commune de la nature et du fonctionnement des concepts généraux en matière de droits de l'homme. Les auteurs insistent dans leurs travaux sur ce que l'on considère actuellement comme faisant obstacle à l'universalité des droits de l'homme et que l'on justifie en invoquant les normes et coutumes culturelles, en même temps qu'ils mettent en regard les droits collectifs et les droits individuels.

Ce qui caractérise notamment ce livre, c'est qu'il prend en compte la théorie et la doctrine et les confronte à tout un éventail de pratiques publiques et nationales. Sur cette riche toile de fond, les auteurs s'interrogent et se penchent sur l'interaction des évolutions dans le cadre du droit national et international face à l'émergence de nouveaux concepts juridiques et de nouvelles revendications culturelles. Le présent ouvrage se veut aussi lieu d'expression des voix « cachées » des minorités et des populations autochtones, ajoutant ainsi des éléments qui, jusqu'à présent, manquaient au processus de justification rationnelle et de légitimation des droits culturels. C'est sans doute ce qui fait sa plus grande originalité.

Les auteurs ont bon espoir que, en cernant des problèmes qui, jusqu'à présent, n'avaient pas été adéquatement abordés en matière de droits culturels, ils auront contribué à en amener d'autres à participer à un dialogue intellectuellement stimulant en

vue d'apporter de la précision juridique aux normes admises dans le domaine des droits culturels.

En ce qui concerne la version originale anglaise, pour que le livre soit prêt pour la commémoration de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* le 10 décembre 1998, les auteurs, rédacteurs, imprimeurs et éditeurs ont dû déployer des efforts intenses. Tous méritent d'être félicités pour avoir accepté des délais serrés et d'être remerciés pour la patience et la bonne volonté avec laquelle ils ont répondu à ces exigences. Des remerciements particuliers doivent être adressés à Mme Lyndel Prott, de l'UNESCO, qui s'est occupée de ce projet, depuis le choix des auteurs jusqu'à la relecture des épreuves, à M. Rich Kraemer pour l'aide qu'il a apportée de manière générale à la mise en forme de cet ouvrage, à l'Université Jagellon de Cracovie et à Assia Bedjaoui, Louise Kleberd et Édouard Planche, de l'UNESCO, qui ont recherché les références, trouvé des illustrations et réglé les détails de dernière minute. Mme Ruth Redmond-Cooper et son équipe de l'Institute of Art and Law de Leicester ont également accompli une tâche héroïque en produisant la version originale de ce livre dans un délai minimal et conformément aux normes maximales.

J'espère que nous avons offert un éventail d'idées qui donnera envie de poursuivre le débat sous diverses formes – colloques, séminaires, nouveaux ouvrages de réflexion et autres débats. Il est clair qu'une certaine variété de perspectives est nécessaire pour respecter non seulement les cultures de tous mais aussi leurs conceptions différentes des droits culturels.

Halina Nieć
Cracovie
19 octobre 1998

LES DROITS CULTURELS : LE POINT DE VUE DES SCIENCES SOCIALES

Rodolfo Stavenhagen

1. INTRODUCTION : LE PROBLÈME DES DROITS CULTURELS¹

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies en 1966, ne fait que de modestes propositions en ce qui concerne les droits culturels. L'article 15 se réfère essentiellement au droit qu'a toute personne de participer à la vie culturelle, de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications et de bénéficier de la protection de ses travaux scientifiques, littéraires ou artistiques. L'article 13 stipule le droit de chacun à l'éducation, qui « doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité... ». Bien que les droits culturels soient également mentionnés dans de nombreux instruments internationaux ainsi que dans plusieurs conventions et recommandations de l'UNESCO², on n'a pas encore exploré tout ce qu'impliquent ces droits en tant que droits de l'homme. On se propose, dans ce chapitre, de contribuer à ce débat en se plaçant du point de vue des sciences sociales.

Pour des raisons évidentes, les droits culturels sont étroitement liés aux autres droits individuels et libertés fondamentales, tels que la liberté d'expression, la liberté de religion et de croyance, la liberté d'association et le droit à l'éducation. Les droits culturels n'occupent pas une place très importante dans les textes théoriques sur les

1. Ce texte est une version révisée de mon article « Cultural Rights and Universal Human Rights », dans A. Eide *et al.* (dir. publ.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 63-77.

2. Voir la *Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale* proclamée par la Conférence générale de l'UNESCO le 4 novembre 1966.

droits de l'homme et, comme l'a souligné Eide, ils sont plutôt traités comme une catégorie accessoire. Mais les États ont l'obligation de veiller au respect, à la protection et à l'exercice de chacun de ces droits, et cette obligation devrait être clairement énoncée dans le cas des droits culturels et de leurs diverses interprétations³.

Bien qu'il soit possible d'envisager certains droits culturels en se plaçant uniquement dans le cadre des droits de l'homme individuels et universels, les rapports entre la culture et les droits de l'homme sont tels qu'ils justifient une approche plus large.

Prott soutient que les droits culturels, notamment ceux qui ont trait à la sauvegarde du patrimoine culturel, à l'identité culturelle d'un peuple particulier et au développement culturel, sont parfois assimilés aux « droits des peuples » et elle demande qu'un effort soit fait pour que ces questions soient insérées dans un cadre juridique international⁴. Dans le présent essai, nous examinerons certaines idées relatives à ces questions.

Si les droits culturels doivent être considérés comme le droit de chacun « à » la culture, il n'existe en principe aucun doute sur la signification de l'expression. Mais il suffit de jeter un coup d'œil rapide à divers documents internationaux et instruments juridiques pour s'apercevoir que le concept de « culture » a été interprété de multiples manières. Le droit d'un peuple à son patrimoine artistique, historique et culturel est stipulé à l'article 14 de la *Déclaration d'Alger sur les droits des peuples*, adoptée lors d'une réunion non gouvernementale d'éminents experts en 1976. Cette Déclaration n'a pas de statut légal dans le droit international, du fait qu'elle n'a pas été reconnue par une institution intergouvernementale, mais, comme l'indique Brownlie, elle a eu « une certaine influence », notamment dans la mesure où les idées qu'elle contient sont reflétées dans la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée par l'Organisation de l'unité africaine en 1981⁵.

Le droit à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité est mentionné à l'article 22 de la *Charte africaine*. Le droit au développement d'une culture a été affirmé par l'UNESCO et est mentionné dans la *Charte africaine* ainsi que dans la *Déclaration d'Alger* (art. 13). L'UNESCO a également proclamé un « droit à l'identité

3. A. Eide, *op. cit.*, p. 233-238.

4. L. V. Prott, « Cultural Rights as Peoples' Rights in International Law », dans J. Crawford (dir. publ.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 92-106.

5. I. Brownlie, « The Rights of Peoples in Modern International Law », dans Crawford (dir. publ.), *The Rights of Peoples*, *op. cit.*

culturelle » lors de la Conférence mondiale sur les politiques culturelles en 1982⁶. En outre, la *Déclaration d'Alger* (art. 2) évoque le droit au respect de l'identité culturelle et le droit d'un peuple à ne pas se voir imposer une culture étrangère (art. 15).

Le droit des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques d'avoir leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion ou d'employer leur propre langue, en commun avec les autres membres de leur groupe, est reconnu par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (art. 27). Ce droit est réaffirmé dans la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, adoptée par l'Organisation des Nations Unies en 1992, qui invite les États à prendre des mesures pour permettre aux personnes appartenant à des minorités de développer leur culture (art. 4)⁷. La *Déclaration d'Alger* fait référence au droit des populations minoritaires au respect de leur identité, de leurs traditions, de leur langue et de leur patrimoine culturel (art. 19).

Adoptée en 1948, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* déclare celui-ci crime de droit international et définit comme tel un certain nombre d'actes « commis dans l'intention de détruire, en totalité ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel » (art. 2). Outre le meurtre, ces actes comprennent l'« atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe », le « transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe », etc. Buergenthal remarque à juste titre qu'en proscrivant la destruction de groupes nationaux, ethniques, raciaux et religieux, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* reconnaît clairement le droit de ces groupes à exister en tant que groupe, ce qui constitue certainement le plus fondamental de tous les droits culturels⁸.

-
6. La *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles* stipule notamment que :
1. toute culture représente un ensemble de valeurs unique et irremplaçable puisque c'est par ses traditions et ses formes d'expression que chaque peuple peut manifester de la façon la plus accomplie sa présence dans le monde ;
 2. l'affirmation de l'identité culturelle contribue donc à la libération des peuples. Inversement, toute forme de domination nie ou compromet cette identité.
- Conférence mondiale sur les politiques culturelles : Rapport final*, Paris, UNESCO, 1982.
7. Résolution 47/135 de l'Assemblée générale, 18 décembre 1992.
8. T. Buergenthal, *International Human Rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1988, p. 49.

2. LES CONCEPTIONS IMPLICITES DE LA CULTURE

Une lecture attentive des instruments précédemment cités montre qu'ils se réfèrent indirectement à diverses conceptions de la culture qui ne sont jamais explicitées dans les textes et qui sont, de fait, souvent employées dans la langue courante avec un sens assez approximatif. Traiter les droits culturels comme faisant partie des droits de l'homme exigera une conceptualisation un peu plus rigoureuse de la terminologie culturelle.

LA CULTURE ENVISAGÉE COMME UN CAPITAL

Il est courant d'identifier la culture au *patrimoine matériel accumulé par l'humanité* dans son ensemble ou par des groupes humains en particulier, notamment sous forme de monuments et d'objets d'art. Dans cette conception, le droit à la culture signifierait l'égalité d'accès de tous à ce capital culturel. Le droit au développement culturel est un prolongement de cette conception. Nombre de gouvernements et d'organisations internationales ont fait du développement culturel un processus spécifique du changement culturel, tenu par certains pour parallèle ou complémentaire par rapport à d'autres formes de développement (économique, politique ou social).

Le raisonnement semble être le suivant : si le développement économique est synonyme d'accroissement des biens et des services, de hausse du PNB et de meilleure répartition au sein de la population, le développement culturel signifie « plus de culture » et un meilleur accès à la culture pour un plus grand nombre de catégories de la population. Très souvent, on l'interprétera comme un processus purement quantitatif : publier davantage de livres, créer des bibliothèques, diffuser plus largement journaux et magazines, construire des musées, posséder ou utiliser un téléviseur, etc. La croissance quantitative des services culturels est quelquefois assimilée au concept de développement culturel. En revanche, on a prêté assez peu d'attention à ce jour dans les rapports officiels aux dimensions plus qualitatives d'un tel processus. Quelle est la nature et quels sont les contenus de ces services ? Peut-on vraiment appeler développement culturel une augmentation du nombre de chaînes de télévision ?

On suppose fréquemment qu'il y a consensus sur le sens de l'expression « développement culturel ». Pourtant, l'affirmation est discutable. On peut arguer par exemple que nombre de déclarations de principe sur le « droit au développement culturel » – qui suppose plus de « services » culturels – dissimulent trop souvent l'existence dans nos sociétés de conflits culturels sous-jacents, tout comme il en existe de sociaux, de politiques et d'économiques. Ces conflits peuvent naître à propos de la

reconnaissance et de l'identité de groupes culturellement définis au sein de la société, de la nature de la culture « nationale » ou des orientations des politiques culturelles. On considère généralement qu'il existe une culture « universelle », à laquelle certains peuples ont accès et d'autres non. Il s'ensuit que le droit à la culture doit supposer un accès plus équitable à cette « culture universelle ».

Cette approche, toutefois, n'est pas la seule possible. Le droit à la culture peut aussi être interprété comme le droit d'un groupe à sa propre culture, et pas nécessairement à une culture commune ou prétendument universelle, les deux concepts n'étant pas forcément coextensifs. On a fait observer à maintes reprises que la prétendue culture « universelle » n'est bien trop souvent qu'une culture « occidentale » imposée par les pratiques hégémoniques des puissances de l'Occident, depuis l'époque du colonialisme. Il est certain que les efforts d'universalisation du patrimoine culturel de l'humanité entrepris par l'UNESCO s'écartent de la tradition eurocentriste⁹.

LA CULTURE VUE SOUS L'ANGLE DE LA CRÉATIVITÉ

Une autre conception largement répandue voit dans la culture non plus nécessairement le « capital culturel » accumulé ou existant, mais le *processus de création artistique et scientifique*. Toute société abrite donc des individus qui « créent » de la culture (ou bien qui « interprètent » ou « jouent » des œuvres). Sous cet angle, le droit à la culture est le droit de certains de créer librement et sans restriction leurs propres œuvres culturelles, et le droit de tous d'accéder librement à ces créations dans les musées, les salles de concerts, les théâtres, les bibliothèques, etc. Les politiques culturelles visent alors à affermir la position du créateur culturel individuel (l'artiste, l'écrivain, l'exécutant) au sein de la société, et le droit à la liberté d'expression de ces créateurs est devenu à l'ère contemporaine l'un des droits de l'homme les plus précieux. Le créateur culturel symbolise la liberté de pensée et d'expression qui a constitué l'un des mobiles du combat pour les droits de l'homme à travers l'histoire. Il suffit de penser au tollé international que provoquent l'interdiction, l'exil ou l'emprisonnement (sans parler de l'exécution) d'artistes ou d'écrivains dans les régimes autoritaires ; l'exemple de Soljenitsyne, des écrivains kurdes en Turquie et de Salman Rushdie vient aussitôt à l'esprit.

9. S. P. Huntington, *Le choc des civilisations*, Paris, Odile Jacob, 1997. Selon l'auteur, le terme de « civilisation universelle » renvoie à des hypothèses, des valeurs et des doctrines qui sont fréquentes dans la civilisation occidentale et qu'il appelle la « culture de Davos » (par allusion au Forum économique mondial annuel organisé en Suisse par les élites financières du monde occidental).

Cette conception de la culture comme le fruit du travail de spécialistes culturels a conduit à une distinction généralisée entre culture « noble » et culture « populaire ». Dans les pays occidentaux, du moins, les débats culturels tournent autour du poids et de l'importance relatifs de la culture de l' « élite » et de la « culture de masse » : la seconde étant assimilée à la sphère des arts du spectacle, généralement canalisée par les médias et axée par les industries culturelles sur des publics spécifiques (musique « pop » et stars « pop », films « cultes », modes vestimentaires et culture jeune promus par des producteurs et des interprètes hautement rémunérés et bénéficiant d'une publicité considérable). Il existe une autre vision de la culture populaire que j'aborderai plus loin, mais les politiques officielles de développement culturel sont généralement axées sur la culture de l' « élite ». Dans ce schéma, les droits culturels sont nettement identifiés aux droits des créateurs, spécialistes de la culture.

LA CULTURE, MODE DE VIE

Une troisième conception de la culture nous vient de l'anthropologie. Elle envisage la culture comme la *somme totale des activités et des produits matériels et spirituels d'un groupe social donné, qui le distingue d'autres groupes similaires*. Ainsi entendue, la culture apparaît aussi comme un *système de valeurs et de symboles et un ensemble de pratiques* autonomes et cohérents qu'un groupe culturel donné reproduit dans le temps et qui fournissent à ses membres les repères et les significations nécessaires à leur comportement et à leurs relations sociales de tous les jours.

Les peuples du monde sont porteurs de milliers de cultures différentes. Dans certains cas, toute la population ou presque d'un pays partage la même culture. Dans d'autres, des cultures variées coexistent au sein d'un même État. Il n'y a pas d'accord sur le nombre de cultures existant à l'heure actuelle ni sur les critères d'appartenance à ces cultures, bien qu'il s'agisse d'une question cruciale, en particulier au regard du problème des droits culturels. De même, il n'est aucun moyen absolu et rapide de tracer une frontière entre les différentes cultures. Ce n'est ni possible ni nécessaire à notre compréhension des dynamiques culturelles. En gros, les spécialistes estiment que, pour les quelque 200 États indépendants existant dans le monde, il y a une dizaine de milliers de groupes ethniques ou d'ethnies, distingués essentiellement par leurs différences linguistiques, un des grands critères, mais en aucun cas le seul, pour différencier les cultures entre elles¹⁰.

10. Selon la Commission mondiale de la culture et du développement, 10 000 sociétés différentes vivent dans quelque 200 États. *Notre diversité créatrice*, Rapport de la Commission mondiale de la culture et du développement, Paris, Éd. UNESCO, 1996.

Les cultures ne sont pas statiques. Chaque culture identifiable est enracinée dans l'histoire et évolue avec le temps. Le changement culturel et la recréation dynamique constante des cultures sont un phénomène universel. On peut dire qu'une culture fait preuve d'une vitalité particulière si elle est capable de préserver son identité en intégrant le changement, tout comme chaque être humain change avec le temps en conservant son identité propre.

Il y a toutefois dans cette approche un risque, qui est de traiter la culture comme un objet, une « chose » existant indépendamment de l'espace social où interagissent les différents acteurs sociaux. L'anthropologie nous rappelle que l'identité ethnique (c'est-à-dire culturelle) d'un groupe ne dépend pas tant du contenu de sa culture que des frontières sociales qui définissent les espaces de relations sociales déterminant l'appartenance à un groupe ethnique ou à un autre¹¹.

Allant plus loin dans cette critique, des travaux récents montrent que la culture est sans arrêt construite, reconstruite, inventée et réinventée par des sujets eux-mêmes en constante évolution. L'accent est mis ici sur la façon dont les personnes perçoivent leur culture et en parlent plutôt que sur la culture elle-même (qui, selon ce critère, n'aurait pas d'existence objective hors de la subjectivité de l'individu). Coutumes et traditions sont des éléments intrinsèques de toutes les cultures observables ; or les traditions sont en permanence inventées et réinventées, et les coutumes, qui régissent la vie quotidienne des individus, se modifient régulièrement en fonction des circonstances historiques, même si elles visent à maintenir une continuité sociale. Les cultures nationales, si étroitement liées à l'activité des États par le truchement des politiques éducatives et culturelles, sont imaginées collectivement dans le processus historique et les pays eux-mêmes sont parfois décrits comme des « communautés imaginées ». De ce fait, si les « cultures » ont ainsi une existence objective (les individus naissent dans une culture, les groupes sociaux sont identifiés par leur culture), elles sont en même temps subjectivement et diversement construites et façonnées par d'innombrables individus en interaction sociale permanente¹².

Savoir pourquoi et comment les cultures perdurent, changent, s'adaptent ou disparaissent relève d'un domaine d'investigation spécifique ; de telles questions sont intimement liées aux processus économiques, politiques et territoriaux. Partout, à tout

11. Voir par exemple F. Barth, *Théorie de l'ethnicité*, suivie de *Les groupes ethniques et leurs frontières*, Paris, PUF, 1995 ; R. Ellis et A. Wildavsky, *Cultural Theory*, Boulder, Westview Press, 1990.

12. E. Hobsbawm et T. Ranger (dir. publ.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983 ; B. Anderson, *L'imaginaire national*, Paris, La Découverte, 1996.

moment, il peut y avoir une majorité et une minorité, des dominants et des dominés, des groupes culturels hégémoniques et d'autres subordonnés. La Commission mondiale de la culture et du développement de l'UNESCO écrit :

Un pays ne s'identifie pas nécessairement à une seule culture. Beaucoup de pays, peut-être le plus grand nombre, sont multiculturels, multinationaux et multiethniques, et riches de plusieurs langues, religions et styles de vie. Un pays multiculturel peut trouver de grands bienfaits dans son pluralisme, même s'il y a un risque de conflits culturels.

Pour la Commission internationale sur l'éducation pour le XXI^e siècle, l'un des problèmes qui se posera à l'avenir est « la multiplicité des langues, expression de la diversité culturelle de l'humanité. On estime qu'il existe 6 000 langues dans le monde, une douzaine seulement étant parlées par plus de 100 millions de personnes¹³ ».

Alors que des « guerres culturelles » (c'est-à-dire des tensions et des conflits idéologiques sur des questions culturelles liées à l'éducation, à la langue, aux politiques culturelles, etc.) peuvent se déclarer dans des sociétés bien intégrées sans les déchirer (généralement parce que d'autres institutions sociales, économiques et politiques contribuent à tenir ensemble les parties rivales), dans d'autres cas, en divers endroits du globe, des problèmes culturels ont acquis lors de dissensions politiques un grand pouvoir de mobilisation.

Pour ne prendre qu'un exemple parmi beaucoup d'autres, le conflit serbo-croate qui a provoqué l'éclatement de la Yougoslavie tenait en grande partie à des rivalités de longue date entre les élites nationales des deux républiques sur des questions linguistiques et religieuses. Après des décennies de débats linguistiques sur la nature du « serbo-croate » ou du « croato-serbe », un groupe de nombreux intellectuels croates publia en 1966 une déclaration spécifiant que le croate était une langue distincte qui devait être officiellement traitée comme telle. Un auteur observe que « cette tentative pour séparer les langues fut étiquetée comme nationaliste et jugulée par une ferme campagne politique¹⁴ ».

On pourrait trouver facilement d'autres exemples, mais on notera qu'il ne s'agit pas là de conflits exclusivement culturels, mais plutôt de conflits politiques sur des

13. UNESCO, *op. cit.*, p. 25 ; *L'éducation : un trésor est caché dedans*, Rapport à l'UNESCO de la Commission internationale sur l'éducation pour le XXI^e siècle, Paris, Éditions UNESCO, 1996, p. 42.

14. A. Neak Luk, « The Linguistic Aspect of Ethnic Conflict in Yugoslavia », dans P. Akhavan et R. Howse (dir. publ.), *Yugoslavia, the Former and Future*, Genève, UNRISD, 1995, p. 119.

problèmes culturels. La façon dont les sociétés gèrent les différences culturelles entre leurs populations peut être fortement politisée, et ces problèmes sont souvent résolus au niveau politique.

3. LES DROITS CULTURELS SONT-ILS SPÉCIFIQUES À UNE CULTURE ?

Si l'on prend la culture dans son sens large, anthropologique, et non simplement dans celui de capital culturel accumulé ou fruit des talents et du travail d'un petit nombre de créateurs culturels, alors on peut soutenir que les droits culturels dans leur acception collective sont spécifiques à une culture, c'est-à-dire que chaque groupe culturel a le droit de conserver et de développer sa propre culture, quels que soient son degré d'intégration ou ses liens à d'autres cultures en général. C'est ce qu'on appelle aujourd'hui le droit à l'identité culturelle¹⁵.

Cette approche soulève un certain nombre de questions importantes concernant le droit à la culture. Le principe de non-discrimination et d'égalité est à la base de la *Déclaration universelle* et des instruments généraux sur les droits de l'homme. Au cours du débat sur les droits de l'homme qui a suivi la seconde guerre mondiale, on a dit que si ce principe de non-discrimination était strictement respecté, chacun aurait également accès à tous les « biens » composant le panier des droits de l'homme, qu'ils soient civils et politiques ou économiques, sociaux et culturels. Est-ce toutefois suffisant pour assurer à chacun la jouissance de tous ses droits ? La question reste au premier plan de la discussion sur les droits culturels.

On pourra répondre que l'énoncé du principe de non-discrimination ne suffit pas, dans le cadre et dans les processus des sociétés actuelles, à fournir à tous un même accès à tous les droits de l'homme. Du reste, même si la non-discrimination était une réalité pour tous (ce qui n'est pas le cas), elle ne garantirait pas nécessairement la jouissance de droits culturels spécifiques. On pourrait faire valoir qu'il est nécessaire de mettre en place des procédures et des mécanismes pour affirmer et garantir les droits culturels spécifiques des peuples : tant que de tels mécanismes n'existeront pas, les droits culturels ne seront pas pleinement assurés à chacun, en dépit des principes d'égalité et de non-discrimination.

Une seconde question qui découle de la première est de savoir si le concept de droits culturels peut être correctement couvert par la notion de droits individuels

15. R. Stavenhagen, « The Right to Cultural Identity », dans J. H. Burgers *et al.* (dir. publ.), *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, Londres, Meckler, 1990, p. 255-258.

universels, ou s'il doit être complété par une approche différente, celle de droits collectifs ou communautaires. Il existe des arguments convaincants en faveur de cette autre approche. Les principes de non-discrimination et d'égalité, tels qu'ils sont établis dans la *Déclaration universelle* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, se rapportent fondamentalement aux droits des individus. Or, pour les droits culturels comme pour un certain nombre de droits économiques et sociaux, une approche collective est souvent nécessaire dans la mesure où l'individu ne peut bénéficier de certains de ces droits qu'en commun avec d'autres, et où la collectivité doit pouvoir préserver, protéger et développer sa culture commune. Ainsi que l'énonce la Commission Pérez de Cuéllar, « la liberté culturelle est (...) une liberté collective. C'est le droit dont jouit un groupe de suivre ou d'adopter le mode de vie de son choix¹⁶ ».

Les bénéficiaires de ces droits peuvent être des individus, mais ces droits sont vidés de leur contenu si le groupe n'est pas préservé ou s'il n'y a pas de droits collectifs du groupe. Les droits culturels sont attachés à des individus appartenant à des cultures spécifiques et façonnés par elles, qui sont engagés dans une action collective, partagent des valeurs communes et ne peuvent être porteurs de ces valeurs qu'en association avec d'autres membres de leur propre groupe¹⁷.

Ce raisonnement conduit nécessairement à se demander quels types de collectivités seraient les sujets logiques de tels droits. Quels sont les titulaires de ces droits ? Quels sont les acteurs, sociologiquement parlant, qui peuvent revendiquer ces droits et à qui sont-ils applicables ? C'est une question compliquée, car elle mène directement au débat sur les droits des groupes, groupes culturels ou peuples minoritaires, concepts qui apparaissent à l'occasion dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme mais qui sont rarement définis de façon appropriée.

4. DIVERSITÉ CULTURELLE ET DROITS UNIVERSELS DE L'ÊTRE HUMAIN

Lorsque nous parlons de droits culturels, nous devons tenir compte des valeurs culturelles partagées par des personnes et des groupes, qui très souvent leur sont chères et qui modèlent et définissent leur identité collective. Le droit à la culture suppose le respect des valeurs culturelles des groupes et des individus par ceux qui ne partagent pas

16. UNESCO, *Notre diversité...*, *op. cit.*, p. 26.

17. J. H. Burgers, « The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights », dans Burgers *et al.* (dir. publ.), *op. cit.*, p. 63-74.

ces valeurs ; il implique le droit d'être différent. Comment interpréter sinon les libertés fondamentales de pensée, d'expression, d'opinion et de croyance inscrites dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ?

Dans cette optique, il faut admettre que différentes cultures et civilisations ne partagent pas nécessairement les mêmes valeurs. L'humanité a sans doute en commun de nombreuses valeurs mais les cultures peuvent différer sur certaines d'entre elles parce que leur histoire et leur organisation sociale sont différentes. Cela est vrai de part et d'autre des frontières nationales et des lignes de faille entre civilisations, mais aussi au sein des pays où des populations culturellement différenciées partagent le même État et le même territoire¹⁸.

Or mettre l'accent sur la diversité des valeurs culturelles va à l'encontre du courant de pensée dominant dans le monde d'aujourd'hui en matière de droits de l'être humain, qui fait de l'universalité de tels droits le soubassement de l'édifice international des droits de l'homme. Non seulement les droits individuels de l'être humain doivent être universels dans leur portée (c'est-à-dire s'appliquer à toute personne), mais les valeurs sous-jacentes doivent être universellement partagées. Tous les êtres humains sont égaux ; peu importe ce qui les distingue, ils ont les mêmes droits. Pourtant, quand nous disons que le respect des valeurs différentes est essentiel au regard du concept de droits culturels collectifs, cette distinction même n'implique-t-elle pas de rejeter l'universalité pour reconnaître la spécificité de différents groupes sociaux¹⁹ ?

Certains spécialistes nieront ce raisonnement parce qu'ils estiment que le relativisme culturel est contraire au concept même de droits de l'homme. Mais on ne peut nier que le monde est fait d'une multiplicité de groupes et de peuples culturellement différents. Tant que le débat sur les droits culturels n'admettra pas les questions spécifiques à chaque groupe culturel, nous resterons dans de vaines abstractions²⁰.

L'American Anthropological Association (AAA) a envisagé cet aspect dès 1947, au moment de la discussion par la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies des différents projets de la *Déclaration universelle*. À cette époque, le Conseil de Direction de l'AAA a remis à la Commission une note dans

18. Sur les lignes de faille entre civilisations, voir S. P. Huntington, *op. cit.*

19. Organisation des Nations Unies, Département de l'information, 1987. *Is Universality in Jeopardy ?*, New York, Nations Unies, 1997.

20. Pour une critique du relativisme dans les droits de l'homme ainsi que des droits collectifs et des droits des peuples d'un point de vue individualiste et universaliste, voir J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, p. 109-124 et, du même auteur, « Third Generation Rights », dans C. Brölmann *et al.* (dir. publ.), *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

laquelle il demandait comment la future Déclaration pourrait s'appliquer à toute l'humanité. La *Déclaration universelle*, disait l'AAA, ne devrait pas être conçue uniquement dans l'optique des valeurs dominantes d'Europe occidentale et d'Amérique. Elle soutenait en premier lieu que l'individu développe sa personnalité à travers sa culture, donc que le respect des différences individuelles suppose le respect des différences culturelles.

Le respect des différences entre cultures, ajoutait l'AAA, est confirmé par le fait scientifique qu'aucune technique d'évaluation qualitative des cultures n'a été découverte.

D'autre part, les normes et les valeurs se rapportent à la culture dont elles proviennent, de sorte que toute tentative pour énoncer des postulats dépassant les croyances ou les codes moraux d'une culture donnée ne peut que diminuer l'applicabilité universelle de la *Déclaration des droits de l'homme*.

Enfin, l'AAA émettait l'idée suivante :

Ce n'est que lorsqu'aura été intégrée à la Déclaration proposée l'affirmation du droit des hommes à vivre conformément à leurs propres traditions que l'étape suivante de définition des droits et des devoirs des groupes humains à l'égard les uns des autres pourra être établie sur la base solide des connaissances scientifiques actuelles sur l'Homme²¹.

Il y a un demi-siècle, l'American Anthropological Association considérait donc déjà que la future *Déclaration universelle* incarnerait les valeurs d'une seule culture, et elle mettait en cause l'application automatique de ses normes à d'autres cultures. Cette position a été reprise récemment par de nombreux pays du Tiers Monde, notamment lors de l'entrée à l'ONU d'États d'Afrique et d'Asie, et clairement affirmée à la Conférence de Vienne sur les droits de l'homme à l'été 1993.

La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, par exemple, illustre quelques-unes de ces difficultés. Son article 17 emprunte à la *Déclaration universelle* la formule restreinte suivante : « Toute personne peut prendre part librement à la vie culturelle de la communauté. La promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté constituent un devoir de l'État. » La morale et les valeurs traditionnelles sont certes culturellement définies, mais de quelle « communauté » s'agit-il ?

Le chapitre II de la *Charte africaine* ne parle pas de droits mais de devoirs. C'est là un intéressant contrepoint à la question des droits. L'article 29 spécifie notamment

21. American Anthropological Association, « Statement on Human Rights », *American Anthropologist*, vol. 49, n° 4, octobre-décembre 1947, p. 539-543. On notera la formulation antérieure à la reconnaissance de la problématique homme-femme.

que l'individu a aussi le devoir « de veiller, dans ses relations avec la société, à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives ». Or, si préserver et renforcer les valeurs culturelles africaines positives est énoncé comme un devoir, on peut supposer qu'il existe en contrepartie un droit aux valeurs culturelles africaines. Si chaque Africain a le devoir de renforcer et de préserver ces valeurs, chacun doit avoir le droit d'en bénéficier.

On notera que, dans sa formulation, l'article 29 opère une distinction entre valeurs africaines et valeurs non africaines. Il suppose en outre une certaine unité ou homogénéité des valeurs africaines, puisqu'il ne fait pas référence à une éventuelle diversité interne. Par ailleurs, s'il existe des valeurs africaines positives, il existe corrélativement des valeurs africaines ou non africaines négatives, qui n'ont pas à être renforcées ou préservées. Quelles sont, alors, les « valeurs africaines positives » et comment sont-elles définies ? Si cette question présente un difficile défi sur le plan intellectuel, il est encore plus délicat d'en donner une application juridique. Soulever le problème signifie déjà ouvrir la boîte de Pandore des difficultés.

Le problème des droits culturels présente une autre dimension. Nous devrions nous soucier de respecter les variations des valeurs culturelles de part et d'autre des frontières entre pays, entre régions différentes, entre traditions historiques et systèmes politiques différents, mais également à l'intérieur des pays. La plupart des États qui ont signé les divers instruments internationaux sur les droits de l'homme sont eux-mêmes des mosaïques de cultures. Que ces cultures soient celles de groupes ethniques, de minorités ou de nationalités, très peu de pays, en fait, sont culturellement homogènes. Que signifie cette diversité en termes de droits de l'homme et de droit au développement culturel ? Si nous entendons par droit au développement culturel non seulement le droit de l'individu d'innover – de défricher des terres nouvelles – et de bénéficier de davantage de services culturels, mais aussi le droit d'avoir sa propre culture, autrement dit le droit à l'identité culturelle, le problème qui se pose encore une fois est celui de la définition des objectifs des politiques culturelles. Quand nous parlons d'étendre et d'améliorer l'éducation, quel doit être le contenu de cette éducation ? Nous parlons de développement culturel, mais quelles cultures doivent être développées, et par qui ?

Nous voici revenus par force à la question déjà évoquée des définitions culturelles. Depuis un demi-siècle, le développement a souvent été identifié à un processus d'édification de la nation, dont un aspect important était le développement d'une « culture nationale », en particulier dans les pays de ce qu'il est convenu d'appeler le Tiers Monde, dont beaucoup ont durant cette période accédé à l'indépendance politique. Cependant, le terme commodément ambigu de « culture nationale » laisse ouvertes deux questions : la nation à développer, c'est la nation de qui ? Et de quel

type de nation s'agit-il ? Connor a pu suggérer à juste titre que le développement d'États modernes relevait plus d'un processus de « destruction nationale » que de « construction nationale », compte tenu du nombre de peuples détruits ou éliminés au nom de l'État-nation moderne²².

Selon l'utilisation de cette expression dans l'histoire récente, la construction nationale suppose un « brassage » de populations ou un processus d'« intégration nationale ». Cela signifie que les différents groupes ethniques et culturels qui se retrouvent, pour une raison historique ou une autre, à l'intérieur des frontières d'un même État internationalement reconnu, sont censés abandonner une partie de leur identité culturelle soit pour adopter les valeurs des groupes dominants ou majoritaires, soit pour se mélanger à eux et donner naissance à quelque chose d'entièrement nouveau (c'est ainsi, considère-t-on généralement, que la nation s'est construite aux États-Unis). Habituellement, toutefois, les groupes sociaux qui exercent le pouvoir politique déterminent le modèle auquel doit se conformer la culture nationale ; en d'autres termes, ce sont eux qui décident de la forme et du contenu des politiques éducatives et culturelles.

Qui sont les individus au pouvoir ? Si l'on analyse la question, on s'aperçoit qu'ils appartiennent souvent à l'un des groupes culturels hégémoniques, qui peut être majoritaire ou minoritaire mais dominant. Parce qu'ils constituent le groupe dominant, ils sont à même de définir la culture nationale en fonction de leur propre identité culturelle. Les groupes culturels hégémoniques ayant la capacité ou le pouvoir de définir la culture nationale, ils attendent des autres groupes qu'ils se conforment à leur modèle, même si cela entraîne à long terme la destruction d'autres cultures²³. Pour ne citer que quelques exemples contemporains,

- L'État soudanais, aux mains des Arabes islamiques du Nord, veut imposer la *chari'a* et son propre modèle de nation aux diverses populations du sud du Soudan, provoquant l'une des plus longues guerres civiles d'Afrique. Entamés en 1997, les pourparlers de paix n'ont pas encore résolu le conflit.
- À Sri Lanka, la majorité dominante cinghalaise cherche à imposer une nation à son image, d'où l'apparition de la rébellion tamoule en 1983.

22. W. Connor, « Nation Building or Nation Destroying », *World Politics*, vol. 24, n° 3, 1972.

23. La Commission mondiale de la culture et du développement dit à ce sujet : « Ce ne sont pas seulement les attitudes qui sont ici en jeu. C'est aussi une question de pouvoir. La domination ou l'hégémonie culturelle passe souvent par l'exclusion des groupes subordonnés. La distinction entre "nous" et "eux" et le sens qui lui est donné ont une origine sociale ; cette distinction s'appuie fréquemment sur des arguments pseudo-scientifiques invoqués par un groupe pour exercer le pouvoir sur un autre et justifier à ses propres yeux l'exercice de ce pouvoir. » UNESCO, *Notre diversité...*, *op. cit.*, p. 25-26.

- L'État turc nie systématiquement les droits culturels de la minorité kurde, qualifiant simplement les Kurdes de « Turcs des montagnes ».
- Les populations autochtones d'Amérique latine sont censées se conformer à la culture « nationale » développée par les métis et les groupes dominants descendant des colonisateurs espagnols. Des mouvements sociaux autochtones récents réclament le droit à l'identité culturelle et parfois à l'autonomie territoriale.
- La Constitution des Fidji promulguée en 1990 refusait aux descendants des immigrants indiens les mêmes droits civils qu'aux Fidjiens d'origine, inégalité corrigée par la Constitution révisée de 1997.
- La nationalité malaisienne est définie constitutionnellement par les Malais, qui détiennent le pouvoir politique, au détriment de la communauté chinoise. Là où les Malais parlent de Malaisie « malaise », les Chinois et les autres minorités voudraient voir une Malaisie « malaisienne » unissant sur un pied d'égalité tous ses citoyens culturellement différents.
- L'État français unitaire ne reconnaît pas officiellement l'existence sur son territoire de minorités régionales culturellement distinctes (Bretons, Corses ou Occitans). La République française est « une et indivisible ».

Le lien entre une culture hégémonique et les groupes culturellement différents (qu'ils soient appelés peuples, nations ou minorités) est une question complexe dont les répercussions sont importantes sur la définition et la jouissance des droits culturels. Lorsqu'un groupe ethnique est capable d'étendre son hégémonie culturelle sur d'autres groupes plus faibles, on peut dire à coup sûr qu'il y a violation de droits culturels. Dans des cas extrêmes, on a pu parler de « génocide culturel », mais cette notion n'est pas reconnue par la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* ni par d'autres instruments juridiques en matière de droits de l'homme²⁴. Plus généralement appelé *ethnocide*, ce processus existe partout dans le monde²⁵.

Les tentatives faites par des groupes ethniques hégémoniques dans un État pour homogénéiser la culture nationale et la résistance à de telles politiques des groupes subordonnés sont en train de devenir un sujet de préoccupation internationale. Le problème a été abordé par des organes compétents des Nations Unies tels que la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. De plus

24. À l'époque où l'adoption de la Convention sur le génocide était en discussion à l'ONU, certains États souhaitaient y inclure le crime international de génocide culturel. Voir F. Ermarcora, « The Protection of Minorities before the United Nations », dans *Academy of International Law, Recueil des cours*, vol. 182, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 312-318.

25. R. Stavenhagen, *The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights*, Tokyo, United Nations University Press, 1990, p. 85-92.

en plus d'États reconnaissent leur patrimoine multiculturel, et certains encouragent les différents groupes présents sur leur territoire à préserver et à développer leur culture propre. Le discours sur les droits de l'homme fait référence aussi au droit à la différence. Quand nous parlons de droits culturels, nous voulons parler de même du droit des différents groupes, au sein d'un pays, à maintenir leur identité culturelle, à développer leur culture, même (ou particulièrement) si celles-ci divergent du modèle officiel ou dominant de développement culturel établi par un prétendu « État ethnocratique ».

D'après discussions ont opposé « universalistes » et « contextualistes » sur la question des droits de l'homme, les premiers soutenant que la conception libérale occidentale de ces droits est universellement valable, les seconds que des cultures différentes ont des façons différentes d'envisager (ou de ne pas envisager) ces droits. En réalité, les divergences entre ces deux attitudes extrêmes ne sont pas insurmontables. La plupart des théoriciens politiques admettent aujourd'hui que la politique de droits de l'homme la plus libérale et la plus individualiste, une politique neutre, imperméable à toute espèce de différence culturelle, doit néanmoins prendre en compte de telles différences qui constituent un fait sociologique et souvent politique, quand il s'agit d'asseoir l'édifice des droits de l'homme. Dans la mesure où les identités culturelles sont structurées par l'interaction collective d'individus socialement et culturellement définis, il est évident que le respect des droits individuels des membres de minorités ou de groupes défavorisés et marginalisés doit aller de pair avec le droit de ces groupes à préserver et à développer leur propre identité. L'un de ces théoriciens, parlant du Canada, soutient que la politique libérale des droits individuels doit être élargie pour inclure une politique de la différence et de la reconnaissance²⁶.

Les politiques des droits de l'homme ne sont pas totalement neutres, car elles dérivent des valeurs de la culture majoritaire ou dominante d'une société donnée à un moment donné. Que ces valeurs soient dominantes ne prouve pas qu'elles soient universelles. Si l'on reconnaît que la culture est une pratique continue (plutôt qu'une « chose » établie), l'évolution de la réflexion sur les droits de l'homme dans différents contextes culturels doit être considérée comme un processus continu : un processus dialogique, bien entendu, et non pas une alternative formée de deux propositions contraires²⁷.

26. C. Taylor *et al.*, *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

27. « C'est précisément pourquoi il faut une approche plus dynamique de la compréhension des droits de l'homme, qui mette l'accent sur l'interaction et la détermination mutuelle des facteurs et relations "internes" et "externes", et reconnaisse le rôle central joué par l'action et la conscience humaines. » A.-B. Preis, « Human Rights as Cultural Practice : An Anthropological Critique », *Human Rights Quarterly*, vol. 18, n° 2, 1996, p. 313.

5. NORMES INTERNATIONALES ET DROITS CULTURELS

La *Déclaration universelle* ne mentionne aucune minorité ni aucun groupe humain à l'exception de la famille. Au moment de son élaboration par la Commission des droits de l'homme, durant les années 1946 à 1948, certains États ont voulu inclure des dispositions spécifiques relatives aux droits culturels des minorités. Mais l'opinion prédominante a été que ces points relevaient non pas des aspects généraux des droits de l'homme, mais de questions particulières à certaines sociétés multiculturelles. Eleanor Roosevelt, présidente américaine de la Commission, déclara explicitement : « Les droits des minorités sont un problème purement européen, sans rapport avec les droits de l'homme en général²⁸. » Par suite de l'incapacité de la Commission à parvenir à un consensus sur ce point, la *Déclaration universelle* traite du droit de chacun à participer et contribuer à la vie culturelle de la communauté dans un sens très large, qui donne lieu à diverses interprétations.

Naturellement, la manière dont les droits culturels et les droits des minorités étaient abordés dans la *Déclaration universelle* mécontenta plusieurs États et de nombreuses personnes. Il convient toutefois de rappeler que, à l'époque de l'adoption de la *Déclaration universelle*, l'Assemblée générale prit une autre résolution moins connue, où elle déclarait que « les Nations Unies ne peuvent pas demeurer indifférentes au sort des minorités » et ajoutait : « Il est difficile d'adopter une solution uniforme de cette question complexe et délicate qui revêt des aspects particuliers dans chaque État où elle se pose²⁹. » Elle a alors demandé à la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de la Commission des droits de l'homme de consacrer un certain temps à cette question. Après quatre décennies de débats, rapports et négociations, la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités* fut enfin adoptée par l'Assemblée générale en 1992.

L'un des rares résultats concrets des premières discussions menées aux Nations Unies sur la question des minorités est l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ainsi rédigé :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie

28. F. Ermacora, *Der Minderheitenschutz in der Arbeit der Vereinten Nationen*, Vienne-Stuttgart, W. Braumüller, 1964, p. 32.

29. Voir Organisation des Nations Unies, *The United Nations and Human Rights*, New York, Nations Unies, Département de l'information, 1984, p. 116.

culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

Cet article est le seul des instruments internationaux sur les droits de l'homme à aborder de façon spécifique la question des droits culturels des minorités.

On peut y voir un premier pas vers la reconnaissance des droits des minorités culturelles, voire peut-être une évolution de la prise en compte abstraite et universelle des droits individuels de l'être humain vers l'idée de droits des groupes. Certains observateurs ont toutefois fait remarquer qu'il manquait à l'article 27 les éléments nécessaires à un instrument international pour garantir la protection des minorités et de leurs droits culturels. Certaines insuffisances ont ainsi été relevées.

En premier lieu, l'article 27 débute par cette formule : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques... » Cet énoncé laisse en suspens la question de savoir comment définir quelles sont les minorités qui existent, dans quel État en existe-t-il et qui les définira. Sachant que les États élaborent et signent des instruments internationaux pour leur propre usage, ce « comment » et ce « qui » laissent à l'évidence les gouvernements libres de déterminer si leur pays comprend ou non des minorités. Souvent, les États nient par intérêts politiques la présence de minorités sur leur territoire, alors que ces minorités aspirent à être reconnues et revendiquent leurs droits culturels. Les États d'Amérique latine, par exemple, ont longtemps rejeté l'idée qu'il y avait des minorités indigènes sur leurs territoires, quoique leur attitude à cet égard change avec les années. La non-reconnaissance du groupe culturel kurde a conduit à de graves violations des droits de l'homme à l'encontre de ces Kurdes, qui voulaient que soit reconnue leur identité culturelle. Les exemples abondent d'États refusant d'admettre l'existence de minorités sur leur territoire.

Une deuxième limite de l'article 27 tient au fait qu'il parle de personnes appartenant à des minorités, et non de groupes minoritaires en tant que tels. Les titulaires du droit énoncé dans l'article sont les individus, non les groupes. Or la jouissance d'un tel droit n'est évidemment possible que dans le cadre du groupe auquel appartient l'individu. Si l'on refuse au groupe le droit à son identité collective, on restreint ou on nie le droit de l'individu.

Le troisième problème est la forme passive de l'article. Il y est dit que les personnes appartenant à des minorités « ne peuvent être privées du droit... ». Dans sa teneur littérale, l'article 27 n'introduit pour les minorités aucun droit effectif, affirmatif, ni aucune obligation pour les États de mener à bien des politiques dans l'objectif de développer ces droits culturels. Il interdit simplement aux États de refuser ces droits aux personnes.

Ses interprétations, toutefois, ont donné à l'article 27 un contenu plus positif, notamment en matière de droits des personnes appartenant à des populations autoch-

tones. À plusieurs occasions, la Commission des droits de l'homme de l'ONU a reconnu que cet article « inclut certains droits économiques et sociaux des personnes appartenant à des minorités, lorsqu'il s'agit d'activités économiques et sociales essentielles à la culture d'une communauté ethnique³⁰ ».

En dépit de cette lecture constructive, le contenu de l'article 27 reste insuffisant pour protéger et promouvoir les droits culturels des minorités. Sans intervention de l'État, la tendance historique générale est en effet à la destruction des cultures minoritaires par le jeu des rapports de pouvoir dans les sociétés modernes, du système économique, du poids des médias et de la presse, ainsi que des politiques éducatives courantes. Tant que les droits des minorités culturelles ne seront pas pris au sérieux et que les États et les organisations internationales ne mettront pas en place des mécanismes pour promouvoir activement, protéger et renforcer les cultures minoritaires, des cultures seront perdues, même hors de toute volonté de les détruire. Tant qu'on ne prendra pas des mesures appropriées, on verra de plus en plus de « destructions nationales » camouflées en « constructions nationales » (en d'autres termes, les « nations » sociologiques fondées sur des identités culturelles communes laisseront la place à des « nations » politiques identifiées à un « État »). Ce processus, comme je l'ai dit plus haut, est aussi mondialement connu sous le terme d'« ethnocide ».

La *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* de l'Organisation des Nations Unies, adoptée par l'Assemblée générale en 1992, est plus affirmative. L'article premier proclame que « les États protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité³¹ ».

La Déclaration, toutefois, est loin de garantir les droits collectifs des minorités culturelles. L'article 4 traite des mesures à prendre par les États « pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes », autrement dit leur identité. Mais il ajoute cette restriction : « ... sauf dans le cas de pratiques spécifiques qui constituent une infraction à la législation nationale et sont contraires aux normes internationales ».

Comme on l'a vu, les législations nationales sont parfois limitatives en ce qui concerne les droits culturels des minorités. Cette restriction de l'article 4 pose donc la

30. A.-C. Bloch, « Minorities and Indigenous Peoples », dans A. Eide, C. Krause et A. Rosas (dir. publ.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 315.

31. Résolution 47/135 de l'Assemblée générale, 18 décembre 1992.

question du lien entre législation nationale et normes internationales relatives aux droits de l'homme, y compris la Déclaration elle-même. Selon Eide,

... les limites posées par la législation nationale ne doivent cependant pas excéder ce qui est permis par les textes internationaux sur les droits de l'homme. Les États ne peuvent, par le recours à leur législation nationale, interdire à des groupes de développer leur culture, à moins que ce ne soit contraire à des normes internationales. Il s'agit en particulier d'empêcher (...) que le développement d'une culture ne soit utilisé pour maintenir des traditions qui constituent les violations des droits de l'homme, comme la discrimination à l'égard des femmes, les mariages arrangés, le maintien de systèmes de castes ou d'autres formes de discrimination systématique, l'excision, ou d'autres violations des normes internationales. Le point qui est souligné et qui est essentiel dans tous les problèmes d'adaptation, c'est que des groupes ne peuvent exiger de préserver des aspects de leur culture et de leur identité qui sont incompatibles avec les normes universelles³².

Le danger, ici, est qu'un organisme extérieur veuille se poser en juge de la culture d'autres peuples. Cette situation est catégoriquement rejetée par l'histoire récente et contredit de façon évidente le droit des peuples à l'autodétermination. Les questions soulevées par Eide sont cependant de la plus haute importance, car elles mettent en évidence la tension entre les droits universellement admis de l'être humain et les droits collectifs des peuples et des groupes. Au premier abord, du point de vue international des droits de l'homme, les droits de l'individu devraient avoir la primauté chaque fois qu'ils sont menacés par les droits du groupe (y compris les droits culturels). Il est clair toutefois que ce point ne fait pas l'unanimité. Habermas fait observer pertinemment qu'une « théorie des droits bien comprise exige une politique de reconnaissance protégeant l'intégrité de l'individu dans les contextes vécus où se forme son identité³³ ».

Un aspect qui suscite largement l'intérêt depuis quelques années est celui des droits des populations autochtones, définies comme les descendantes de celles qui habitaient un territoire avant l'arrivée de conquérants ou de colons auxquels elles ont été par la suite assujetties. À la différence des nations qui ont obtenu ou recouvré plus tard la souveraineté politique (par la décolonisation), les populations autochtones du

32. A. Eide, *Peaceful and Constructive Resolution of Situations Involving Minorities*, Oslo, Norwegian Institute of Human Rights, 1994.

33. J. Habermas, « Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State », dans C. Taylor *et al.* (dir. publ.), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 113.

monde entier, qui ont souvent souffert de graves formes de discrimination et de marginalisation, et auxquelles la citoyenneté à part entière a souvent été refusée, réclament non seulement des droits égaux à ceux de tous les autres citoyens, mais aussi la reconnaissance de leur identité collective, c'est-à-dire de leur identité culturelle, de leur organisation sociale, de leurs liens territoriaux, et leur insertion sur un pied d'égalité dans la société. Les droits culturels collectifs occupent une place importante dans les revendications des groupes indigènes. Certains États ont commencé à reconnaître ces droits (entre autres, l'Australie, la Bolivie, le Canada et la Norvège) ; d'autres au contraire (comme le Brésil, l'Inde et le Mexique) résistent à ce concept et insistent sur la totalité « civique » de la nation, en refusant de reconnaître légalement et politiquement l'existence d'identités collectives sous-nationales.

La *Convention 169* de l'Organisation internationale du travail est l'un des rares instruments juridiques internationaux à mentionner explicitement les populations autochtones. Un *Projet de Déclaration sur les droits des populations autochtones* (y compris les droits culturels) est en discussion à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et devrait être adopté par l'Assemblée générale avant la fin de la Décennie mondiale des populations autochtones en 2004³⁴. L'Organisation des États américains (OEA) étudie une déclaration analogue pour les Amériques. Alors que les organisations indigènes veulent être appelées « peuples », de nombreux États rejettent cette terminologie à cause de ce qu'elle implique en droit international, en particulier quant au droit des peuples à l'autodétermination, que les États ne sont pas prêts à accorder à des populations autochtones ou à des minorités. Les droits des populations autochtones sont essentiellement des droits culturels.

6. DROITS CULTURELS ET POLITIQUES PUBLIQUES

Comment les États abordent-ils ces questions ? Dans la plupart des pays où des minorités existent, les politiques publiques visent à les assimiler ou à les intégrer au modèle dominant de la culture nationale. Dans certains cas, un tel objectif peut être partagé. Dans les pays d'immigration dont la population vient de diverses parties du monde, les immigrants peuvent effectivement souhaiter se défaire de leurs traditions pour entrer dans le nouveau *melting pot*. Cependant, même dans les sociétés qui ont défendu pendant des générations l'idée du creuset, cet idéal est de plus en plus critiqué. Trop souvent, les politiques d'intégration nationale et de développement cul-

34. Texte en annexe A.

turel national supposent en fait une politique d'ethnocide, c'est-à-dire de destruction délibérée de groupes culturels.

L'ethnocide diffère du génocide, qui détruit physiquement des populations, mais il est pareillement condamnable. Lorsque la future *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* était en discussion à l'ONU, on a beaucoup débattu sur la nécessité de donner une définition du « génocide culturel », mais ce débat n'eut pas de suite en raison des difficultés que cela impliquait. Aujourd'hui, le concept d'ethnocide est admis comme la définition d'un processus de destruction culturelle délibérée, même s'il n'a encore été introduit dans aucun instrument juridique international.

Si ethnocide il y a, donc, nous devrions pouvoir parler d'un droit au « contre-ethnocide » par l'« ethnodéveloppement », c'est-à-dire à des politiques conçues pour protéger, promouvoir et favoriser la culture des groupes ethniques non dominants au sein de la société, dans le cadre de l'État-nation ou de l'État multinational. L'ethnodéveloppement pourrait être un aspect du « droit au développement » proclamé par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1986.

Le développement culturel des peuples, qu'ils soient minoritaires ou majoritaires, doit être considéré dans le cadre du droit des peuples à l'autodétermination, qui, selon les normes internationales admises, est le droit de l'homme fondamental en l'absence duquel aucun autre ne peut être réellement exercé. Rappelons que l'article premier des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme pose en termes identiques le droit des peuples à l'autodétermination. Mais la communauté internationale n'est pas unanime sur les titulaires effectifs de ce droit ni sur ce qu'il suppose dans différents contextes³⁵.

On considère généralement que les populations des territoires non autonomes ont le droit de décider si elles veulent ou non devenir des États indépendants, tout comme ceux-ci ont le droit de conserver leur indépendance. C'est ce qu'on appelle l'« autodétermination externe ». Pour les groupes ethniques et culturels vivant dans des États souverains, cependant, la question de l'autodétermination se présente différemment ; sauf circonstances exceptionnelles, le droit international ne reconnaît pas le droit à l'autodétermination des minorités à l'intérieur des États indépendants, si celui-ci est entendu comme une sécession ou comme la création d'un nouvel État indépendant.

Malgré tout, l'idée est de plus en plus défendue que les minorités ont droit à une autodétermination interne – moins territoriale que culturelle – ainsi qu'au maintien et à la préservation de leur identité propre au sein de la société nationale, droit parfois

35. Voir C. Tomuschat (dir. publ.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

assorti d'une certaine autonomie. Mais la polémique reste vive³⁶. Les gouvernements craignent surtout qu'en débouchant sur un droit à la pleine indépendance politique, le droit à l'autodétermination des minorités n'entraîne l'éclatement des États existants avec la sécession, l'irréductibilité ou l'autonomie politique de ces groupes. Les intérêts de l'État l'emportent donc encore à l'heure actuelle sur les droits des populations. Certains États ont même recours à l'argument du « relativisme culturel » pour affaiblir, quand ce n'est pas pour réprimer, les droits de l'homme sur leur territoire³⁷.

7. LES POPULATIONS AUTOCHTONES : LE PLAIDOYER EN FAVEUR DES DROITS CULTURELS

La lutte pour les droits des populations autochtones illustre quelques-uns des aspects discutés ici. J'évoquerai brièvement les quelque 40 millions d'autochtones des Amériques, en particulier de l'Amérique latine, où plus de 400 groupes différents ont été identifiés³⁸. Les Nations Unies définissent ainsi les populations autochtones :

Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leur territoire, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques³⁹.

36. Hannum, 1990 ; R. Stavenhagen, « Self-Determination : Right or Demon ? », *Stanford Journal of International Affairs*, vol. 2, n° 2, 1993, p. 1-12 ; Tomuschat, *op. cit.*

37. Argument que présente Pollis en comparant le dossier des droits de l'homme en Afrique et en Asie, où l'accent a été fortement mis sur la « différence culturelle ». A. Pollis, « Cultural Relativism Revisited : Through a State Prism », *Human Rights Quarterly*, vol. 18, n° 2, 1996.

38. On estime qu'il existe dans le monde de 100 à 200 millions de populations autochtones, concentrées surtout en Asie du Sud (où elles sont connues sous le nom de populations « tribales »). On les trouve également en Afrique, en Europe et dans le Pacifique, ainsi que dans les Amériques.

39. Nations Unies, E/CN. 4/Sub. 2/1986/7/Add. 4. Il s'agit d'une définition proposée par le Rapporteur spécial J. M. Cobo dans un document intitulé « Étude du problème de la discrimination à l'égard des populations autochtones », établi pour la Sous-Commission de la lutte

Depuis 1982, le Groupe de travail sur les populations autochtones de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités des Nations Unies élabore une *Déclaration des droits des populations autochtones* qui doit être soumise à l'Assemblée générale avant la fin de la Décennie mondiale des populations autochtones. De nombreuses organisations indigènes du monde entier auront pris part à l'élaboration de ce document, au côté de représentants des gouvernements. Les droits culturels y figurent en bonne place, par exemple le droit des peuples autochtones d'être protégés contre le génocide culturel et l'ethnocide ainsi que le droit « à la restitution des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans qu'ils y aient consenti librement et en toute connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes ». Ces droits de propriété intellectuelle des populations autochtones couvrent :

Leurs sciences, leurs techniques et les manifestations de leur culture, y compris leurs ressources humaines et autres ressources génétiques, leurs semences, leurs pharmacopées, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leurs dessins et modèles, leurs arts visuels et leurs arts du spectacle, que le Rapporteur spécial des Nations Unies décrit comme leur « patrimoine culturel⁴⁰ ».

On notera que tous les aspects ci-dessus entrent dans le cadre de ce que nous avons appelé droits culturels collectifs⁴¹.

Si le *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones* ne constitue pas encore un instrument juridique international⁴², ce n'est pas le cas de la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail, qui a été ratifiée par un certain nombre d'États depuis son adoption par la Conférence générale de l'OIT en 1989. La Convention 169 stipule que les populations autochtones « doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international ».

contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Cette définition a été reprise entièrement ou en partie dans un certain nombre de documents de l'ONU, notamment dans le *Projet de Déclaration sur les droits des populations autochtones*.

40. Nations Unies, E/CN. 4/Sub. 2/1993/28.

41. Pour une analyse théorique des droits des populations autochtones, voir R. Stavenhagen, « Indigenous Rights : Some Conceptual Problems », dans E. Jelin et E. Hershberg (dir. publ.), *Constructing Democracy : Human Rights, Citizenship and Society in Latin America*, Boulder, Westview Press, 1996.

42. Il était encore débattu par un groupe de travail ouvert à tous de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies en 1998.

Les luttes pour les droits des populations autochtones se placent sous l'égide de ces textes internationaux, qui fournissent un cadre à des instruments régionaux plus spécifiques et à de nouvelles législations nationales en préparation dans un certain nombre de pays d'Amérique latine⁴³. Pendant des siècles, les populations autochtones d'Amérique latine ont été opprimées, exploitées et marginalisées sous des régimes coloniaux durs. Depuis l'Indépendance (au début du XIX^e siècle), ces populations constituent une sous-catégorie sociale (paysans pauvres pratiquant une agriculture de subsistance, travailleurs itinérants et ouvriers agricoles réduits à l'état de serfs), négligée et ignorée par les classes dirigeantes désireuses d'édifier un État-nation moderne. Ces États ont été bâtis grâce au travail indigène et, même si les Indiens ont été officiellement considérés dans certains pays comme des citoyens à l'égal des autres, ils n'ont pas eu accès à la plupart des attributs de la citoyenneté à part entière. Au cours de ce siècle, les politiques gouvernementales se sont efforcées (avec un certain succès) d'assimiler et d'intégrer les populations indiennes dans un modèle dominant non indien. Les identités indiennes ont tout de même survécu, perduré et dans certains cas prospéré. En Bolivie et au Guatemala, les populations indiennes sont démographiquement majoritaires. Dans d'autres pays, par exemple l'Équateur, le Mexique et le Pérou, elles représentent des minorités importantes, en particulier dans certaines régions où leur densité démographique est élevée. Les Indiens ne constituent plus seulement une population rurale : les changements économiques et des migrations massives les poussent en nombre croissant dans les grandes aires métropolitaines, où les identités indigènes subissent une transformation rapide.

Dans ce contexte, il n'y avait plus qu'à attendre que les populations autochtones commencent à s'organiser sur le plan social et politique, revendiquent leurs droits fondamentaux, mettent en cause les politiques gouvernementales établies et exigent une juste représentation au sein des structures politiques. Ce processus a débuté dans les années 1960 et 1970 et, en l'espace de deux décennies, les populations autochtones sont devenues de nouveaux acteurs sociaux et politiques en Amérique latine. La revendication de leurs droits culturels est désormais un puissant principe mobilisateur. Elles réclament la reconnaissance de leur identité, l'emploi de leur langue en public, une éducation bilingue et multiculturelle, l'accès aux médias, la protection de leurs biens intellectuels et de leur patrimoine culturel, la maîtrise de leurs ressources naturelles, le respect de leur organisation sociale et politique traditionnelle, ainsi que la reconnaissance de leurs systèmes juridiques coutumiers dans le cadre des législations nationales.

43. L'Organisation des États américains prépare un projet de déclaration régionale sur les droits des autochtones.

Parmi les revendications les plus pressantes des organisations indigènes d'Amérique latine figurent le droit des peuples à l'autodétermination et le droit à l'autonomie. Dans sa version originale anglaise, la *Déclaration de Vienne* (1993) emploie l'expression « *indigenous people* » au singulier et non « *peoples* » au pluriel, différence sémantique d'une grande portée politique pour les organisations indigènes. Comme le droit international n'accorde pas le droit à l'autodétermination aux populations autochtones (ni aux minorités), les États repoussent l'utilisation de la formule « *indigenous peoples* » au pluriel dans les instruments juridiques internationaux. Pour des raisons contraires, les organisations indigènes insistent sur ce point. Toutes ces questions font partie du combat politique d'aujourd'hui en Amérique latine, et les acteurs intellectuels et politiques indiens y jouent un rôle de plus en plus important⁴⁴.

L'Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Colombie, le Nicaragua et le Paraguay sont au nombre des pays qui ont adopté depuis le début des années 1980 de nouvelles constitutions ou des amendements à leur Constitution faisant référence aux droits culturels autochtones. D'autres États ont promulgué des dispositions législatives de portée plus ou moins grande concernant leurs populations autochtones. En 1996, un accord de paix a mis fin au Guatemala, après des négociations acharnées, à une guerre civile de trente années dont les majorités indigènes avaient été victimes ou acteurs. Les droits culturels des peuples autochtones occupent dans cet accord une place cruciale. Au Mexique, les agriculteurs autochtones de l'État du Chiapas qui ont pris les armes contre le gouvernement national en 1994 ont revendiqué leur autonomie et leurs droits culturels lors de négociations de paix qui n'avaient toujours pas abouti en 2000. Dans de nombreux cas locaux et régionaux, un ou plusieurs droits culturels collectifs sont en jeu dans un pays latino-américain ou dans un autre, principalement dans le domaine de la langue et les politiques éducatives. Les choses sont plus complexes et délicates en matière de droits territoriaux, de maîtrise des ressources naturelles ou de propriété intellectuelle et de droit coutumier.

8. CONCLUSION : VERS UNE CITOYENNETÉ MULTICULTURELLE

Dans le combat des pays d'Amérique latine pour redéfinir leurs relations avec les populations autochtones, donc se redéfinir eux-mêmes, s'est imposé le concept de citoyenneté culturelle ou multiculturelle. J'entends par là la reconnaissance des peu-

44. R. Stavenhagen, « Indigenous Peoples : Emerging Actors in Latin America », dans *Ethnic Conflict and Governance in Comparative Perspective*, Washington, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 1995 (Working Paper, 215).

ples autochtones en tant que peuples possédant leur propre statut juridique et le droit à l'autodétermination : la reconnaissance des communautés indigènes en tant que sujet de droit public doté de l'autonomie, celle des langues autochtones en tant que langues nationales, la délimitation de territoires autochtones protégés, le droit de gérer leurs ressources et leurs projets de développement, le respect de leurs normes internes d'administration locale et de leurs droits coutumiers, la liberté culturelle et religieuse au sein de la collectivité, ainsi que la participation et la représentation politique aux niveaux régional et national. Il ne s'agit pas seulement de garantir des droits individuels et collectifs dans le cadre des structures nationales existantes, mais de redéfinir la notion même d'État et de nation. La citoyenneté culturelle, pour les populations autochtones, devrait se référer à deux principes essentiels : l'unité de l'État démocratique et le respect des droits de l'individu au sein des collectivités et entités autonomes qui pourraient être créées. Ni le libéralisme individualiste pur ni la structure corporatiste d'États centralisateurs (comme il en existe en Amérique latine) ne répondent aux exigences d'une citoyenneté multiculturelle ; celle-ci n'est possible que par la pratique démocratique, le dialogue, la tolérance et le respect mutuel.

Face à certains des problèmes évoqués plus haut, l'argumentation en faveur d'une citoyenneté culturelle ou multiculturelle est apparue comme une approche constructive des droits culturels des groupes dans l'État-nation moderne. L'anthropologue Renato Rosaldo et ses confrères, par exemple, défendent la nécessité d'une citoyenneté culturelle pour les populations hispaniques des États-Unis d'Amérique, autrement dit, la revendication et la reconstruction des espaces sociaux et géographiques des communautés de « *Latinos* » :

La citoyenneté culturelle intervient dans un champ d'inégalités structurelles où les prétentions dominantes à une citoyenneté universelle supposent que le sujet est le mâle blanc possédant et, de façon générale, ne veulent pas voir que cela exclut et marginalise les populations différentes par le sexe, la race, la sexualité ou l'âge. La citoyenneté culturelle concerne non seulement les exclusions et les marginalisations des dominants, mais aussi les aspirations des subordonnés et leur définition de l'affranchissement⁴⁵.

45. R. Rosaldo, « Cultural Citizenship, Inequality and Multiculturalism », dans W. V. Flores et R. Benmayor (dir. publ.), *Latino Cultural Citizenship*, Boston, Beacon Press, 1997, p. 37. Flores et Benmayor ajoutent : « Pour les "Latinos", la communauté est essentielle à la survie, pas seulement en termes de voisinage ou de lieux géographiques, mais aussi en termes d'identité collective... Les "Latinos" se sont organisés à l'échelle du quartier ou de la ville pour leur identité culturelle, leur survie en tant que groupe et leur représentation politique. »

En outre, la citoyenneté culturelle suppose une autonomisation, « un processus d'élaboration, d'instauration et d'affirmation de droits humains, sociaux et culturels ». Elle doit être perçue comme « une large gamme d'activités quotidiennes par lesquelles les "Latinos" et d'autres groupes réclament une place dans la société et finalement revendiquent leurs droits... [elle] tient compte du potentiel d'opposition ainsi que de restructuration et de réorganisation de la société⁴⁶ ».

Dans le même ordre d'idées, l'historien péruvien Rodrigo Montoya propose que la « citoyenneté ethnique » soit reconnue aux populations autochtones qui veulent utiliser leur propre langue et reproduire leur propre culture au sein de la société⁴⁷.

Du point de vue de la théorie politique, Kymlicka plaide pour une forme de citoyenneté différenciée dans des sociétés multiculturelles comme le Canada, dont les différentes identités devraient être reconnues, en vue non pas de morceler une nation fragile mais au contraire de l'intégrer et de la renforcer : « Des valeurs communes ne suffisent pas pour assurer l'unité sociale... L'élément manquant semble être la notion d'*identité commune* (...) découlant d'une communauté d'histoire, de langue et peut-être de religion. Or, ce sont justement ces aspects qui ne sont pas partagés par tous dans un État multinational. » Kymlicka invite les États libéraux à « garantir l'égalité *entre* les groupes et la liberté et l'égalité *à l'intérieur* des groupes⁴⁸ ». De même, le philosophe Charles Taylor estime que « le libéralisme ne peut et ne devrait pas prétendre à une totale neutralité culturelle ». Il propose au sein des sociétés multiculturelles une politique de « reconnaissance mutuelle⁴⁹ ». Toujours dans l'optique libérale, Spinner plaide pour une nouvelle forme d'« intégration pluraliste » des groupes culturellement différents aux États-Unis d'Amérique⁵⁰.

Les droits culturels des différents groupes ethniques présents dans les États existants peuvent ainsi être envisagés dans le contexte des luttes ethnonationalistes, ou bien dans l'optique d'une citoyenneté libérale. Le fait que la revendication collective de droits culturels entre dans l'une ou l'autre de ces catégories dépend des circons-

46. Flores et Benmayor, *op. cit.*, p. 14-15.

47. R. Montoya, « La ciudadanía étnica como un nuevo fragmento en la utopía de la libertad », dans González Casanova et P. et M. Roitman Rosenmann (dir. publ.), *Democracia y Estado multiétnico en América Latina*, Mexico, UNAM, 1996.

48. W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 118-194.

49. Taylor *et al.*, *op. cit.*, p. 62-73.

50. J. Spinner, *The Boundaries of Citizenship. Race, Ethnicity, and Nationality in the Liberal State*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1994.

tances et l'une et l'autre ne s'excluent pas forcément. Le pluralisme n'est qu'une des politiques capables de satisfaire la revendication de la différence culturelle. La citoyenneté multiculturelle constitue un cadre nouveau, porteur d'autonomisation et de participation accrue pour les communautés défavorisées, alors même que les États-nations sont mis au défi de revoir la perception traditionnelle qu'ils ont d'eux-mêmes et qu'ils ont souvent inscrite dans leur législation.

DE LA LIBERTÉ ARTISTIQUE

Emmanuel Decaux

1. INTRODUCTION

« En août 1966, j'ai été mis à l'écart et qualifié de sommité réactionnaire (...) Les quatorze volumes de mes œuvres ont été blâmés. Moi-même, j'ai été soumis à la critique devant les masses et à la télévision. J'ai été privé de mes droits politiques et je n'avais plus le droit d'écrire. À cette époque, certains lecteurs ont envoyé des lettres pour me soutenir et m'exprimer leur sympathie. Cela n'a fait que renforcer la sévérité des critiques contre moi (...) Au début de la Révolution culturelle, je travaillais à l'Association des écrivains, je balayais, je travaillais à la cantine et, quelquefois, je débouchais les égouts et les toilettes. D'octobre 1966 au début de 1970, j'ai été contraint à des auto-critiques par écrit et à la télévision. Puis, à partir de 1970, j'ai passé deux ans et demi à l'École des cadres du 7-Mai où je cultivais les légumes, mais je pouvais rentrer chez moi une fois par mois », confiait en 1978 – à 74 ans – le grand romancier Pa Kin¹ qui n'avait pu écrire pendant onze ans, avant d'évoquer enfin des projets : « Je compte décrire d'une façon indirecte la vie des écrivains qui ont souffert. Le plus important est que je veux accuser, exprimer mon indignation : écrire sur la situation d'un écrivain dans les années difficiles mais dans la ligne du président Mao². »

Korneï Tchoukovski³, qui a été un roc dans la tourmente soviétique, note en 1962 dans son *Journal* une visite parmi tant d'autres : « J'ai eu la visite d'Arkadi

1. Pa Kin, né en 1904. L'un des écrivains chinois les plus populaires pour ses romans des années 30 décrivant de jeunes intellectuels révolutionnaires. Considéré comme « petit-bourgeois », il fut réduit au silence par la Révolution culturelle.

2. Entretien avec l'AFP. Cité dans l'avant-propos du roman de Pa Kin, *Famille*, Livre de Poche, Biblio, 1979.

3. Korneï Tchoukovski (1887-1969), grande figure littéraire russe, qui se réfugia dans la traduction et la littérature pour enfants afin de préserver son intégrité intellectuelle.

Belinkov⁴. Visage livide. Il est resté un bon moment sans pouvoir prononcer le moindre mot. Il m'a raconté en pleurant qu'il n'arrivait plus à écrire. Il avait commencé un livre sur la vie d'Anna Akhmatova⁵, il avait écrit plus de cinq cents pages, à ce qu'il dit, et, tout à coup, il a eu une maladie de cerveau. Depuis il est incapable de transformer un brouillon en texte publiable. "Vous comprenez, dit-il, quand j'ai été arrêté, ils ont saisi et détruit cinq de mes livres, cinq manuscrits. Puis, pendant quinze ans, après mon retour d'exil, je n'ai pas arrêté de travailler, j'ai repassé mes examens pour entrer à l'Institut de littérature et obtenir le diplôme que j'aurais dû avoir avant mon arrestation." Là, il s'est interrompu, les larmes l'étouffaient, il ne pouvait plus parler. Il m'a donné à lire les premières pages de son travail sur Akhmatova. Il y écrit que les gouvernements ont toujours opprimé les artistes, que c'est une loi éternelle (...)⁶. »

On n'en finirait pas d'énumérer la liste des génies et des sans-grade qui ont leur place dans le martyrologe des vies piétinées et des œuvres brisées. Sous le titre *Écrivains en prison*, le PEN International a publié, avec une préface de Joseph Brodsky⁷, une anthologie de témoignages contemporains, d'Arthur Koestler⁸ à Vaclav Havel, de Varlam Chalamov⁹ à Nazim Hikmet¹⁰, de Jorge Valls Arango¹¹ à Wole Soyinka : « Pour délit d'opinion, ces 49 écrivains – connus ou inconnus – ont vécu la prison. Ils ont écrit sur des savonnettes, griffé des vers sur les murs, entre les lignes d'un livre ou

4. Arkadi Belinkov (1921-1970), écrivain et critique, survivant du Goulag qui mourut en exil.

5. Anna Akhmatova (1889-1966), la plus pure poétesse russe, victime de toutes les vagues de persécution, ostracisée entre 1923 et 1940, dénoncée par Djanov en 1946, puis progressivement réhabilitée après la mort de Staline.

6. Korneï Tchoukovski, *Journal*, vol. 2, 1930-1969, Fayard, 1998.

7. Joseph Brodsky (1940-1996) reçut le prix Nobel de littérature en 1987 pour sa poésie lyrique. Accusé de « parasitisme social » par les autorités soviétiques, il a été condamné en 1964 à cinq ans de travaux forcés. Exilé en 1972 aux États-Unis dont il prit la nationalité en 1977.

8. Arthur Koestler (1905-1983), romancier et essayiste britannique d'origine hongroise, auteur du *Zéro et l'infini* sur les procès de Moscou. Dans *Le testament espagnol* (1938) il raconte comment il fut emprisonné et condamné à mort par les nationalistes pendant la guerre d'Espagne.

9. Varlam Chalamov (1907-1982), écrivain et poète russe qui évoque les dix-sept années passées dans un camp en Sibérie à travers sa grande œuvre *Kolyma*.

10. Nazim Hikmet (1902-1963), poète turc. Quitta la Turquie en 1951 pour ne jamais y revenir, après avoir été emprisonné pour ses activités subversives. Vécut en Union soviétique et dans les pays de l'Est où il continua à propager ses idéaux communistes.

11. Jorge V. Arango, né en 1933. Poète cubain qui participa à la révolution cubaine avant d'être emprisonné pendant vingt ans par Castro. Vit en exil aux États-Unis d'Amérique.

sur du papier w.-c... Dans les hivers glacés de Chine, de Sibérie ou de Pologne, dans les touffeurs de l’Afrique et de Cuba, dans des cachots solitaires ou des cellules surpeuplées, ils ont passé trois mois, quatre ans, vingt ans¹². »

Face à de tels témoignages qui dépassent toute la littérature, le droit sent ses limites, mais aussi sa mission propre. Comment parler de « liberté artistique » en termes juridiques ?

2. ART, DROIT ET LIBERTÉ

Il n’y a pas de définition de l’art, encore moins de définition juridique. L’art est un royaume sans rivages, tandis que le droit est un réseau de codes, de règles et de limites. L’art véritable est remise en cause permanente, là où le droit, appuyé sur le passé, est la science du précédent, le gardien de l’ordre, le garant des ordres... Tout semble les opposer.

Aussi bien les rares terrains de contacts entre l’art et le droit peuvent sembler superficiels. Et les déconstructivistes qui étudient aujourd’hui leurs relations cachées nous en apprennent beaucoup plus sur l’image du droit – à travers les pièces de Shakespeare ou la symbolique de la justice – et sur l’imaginaire du droit¹³ que sur la nature de l’art. L’« art législatif » tout comme la législation artistique – le régime juridique des institutions, des politiques et des biens culturels – ne sont que des facilités, sinon des abus de langage... Peut-il même y avoir un « État culturel », comme le demandait Marc Fumaroli en remettant en cause la tradition française du mécénat d’État¹⁴ ? Tournant le dos à l’État, à ses commandes et à ses consignes, le premier et le dernier mot de la création artistique serait-il celui de liberté ?

Comment fixer une limite juridique à une liberté artistique qui – par vocation même – est nouveauté, invention, transgression, aventure personnelle. Bien plus, la liberté du créateur rencontre celle du lecteur ou du spectateur à travers un dialogue des consciences au-delà des limites du temps ou de l’espace, où Montaigne répond à Borges¹⁵. L’art incarne la liberté féconde d’une culture nourrie de l’expérience

12. Avant-propos de Laurence Deonna et Marie Guimard à l’édition française par le Centre suisse romand du PEN International, *Écrivains en prison*, Genève, Labor et Fides, 1997.

13. On songe au brillant essai de François Ost, *L’amour de la loi parfaite*, transposant dans le domaine juridique les travaux d’Umberto Eco sur la recherche de la langue parfaite in *L’amour des lois*. Colloque de l’UQAM sous la direction de Josiane Yacoub *et al.* (dir. publ.), Presses de l’Université de Laval/L’Harmattan, 1996.

14. *L’État culturel, essai sur une religion moderne*, Paris, Éd. de Fallois, 1991.

15. Jorge Luis Borges (1899-1986), poète, essayiste et conteur argentin. Borges fut démis de son poste à la Bibliothèque nationale par le régime péroniste.

irremplaçable de chacun de nous, devenu à son tour « créateur » de son propre univers, solitaire et solidaire, tout à la fois acteur de son identité culturelle et dépositaire d'un « patrimoine commun ».

Pour autant l'art peut-il se construire en dehors de la société, sinon contre elle ? Dans l'imagerie romantique, l'art est subversif ou il n'est pas. Tournant le dos aux servilités pompeuses de l'art officiel et aux fades banalités de l'académisme, l'art guide la Liberté pour conquérir les barricades et les honneurs. Le poète glisse de la révolution artistique à la révolte politique, comme l'écrivait Victor Hugo dans *Les Contemplations* :

Je fis souffler un vent révolutionnaire

Je mis le bonnet rouge au dictionnaire.

Les procès faits sous le second Empire à Baudelaire, le poète des *Fleurs du Mal*, ou à Flaubert, le romancier de *Madame Bovary* – pourtant eux-mêmes deux farouches conservateurs tenants de l'« art pour l'art », réfugiés dans leur « tour d'ivoire » loin de tout « engagement » politique –, montreront qu'il y a un divorce radical entre la liberté de création et le conformisme de la société. La peinture elle-même choque les bien-pensants, mais les toiles du « Salon des refusés » remplissent aujourd'hui les musées. Malgré les combats d'arrière-garde de l'autoritarisme et de l'académisme, le XIX^e siècle reste l'âge de la conquête de la liberté dans tous les domaines, le triomphe de l'« art libre¹⁶ ».

À peine conquise – et découvrant de nouveaux horizons avec la psychanalyse ou le surréalisme –, la liberté sera vite menacée par de nouveaux dangers. Le puritanisme anglo-saxon reste vigilant, qui fait interdire D. H. Lawrence ou James Joyce. Mais c'est surtout sur le plan politique que la littérature est mise en accusation. Avec les totalitarismes, le XIX^e siècle sera l'âge de nouveaux autodafés, brûlant les livres et pillant les tableaux de l'« art dégénéré », vouant à l'exil les plus grands créateurs, de Vladimir Nabokov à Robert Musil¹⁷, écrasant les voix les plus pures et les plus libres comme celles d'Osip Mandelstam¹⁸ ou de Mikhaïl Boulgakov, condamnant à de longs silences Boris Pasternak ou Anna Akhmatova... L'art murmuré en cachette reste alors l'ultime sursaut de la liberté, le défi impardonnable au dictateur qui habite la nuit. Face au pouvoir absolu, tout artiste est voué à l'exil intérieur. Face au mal-

16. Benedetto Croce, *Histoire de l'Europe au XIX^e siècle*, trad. fr., Paris, Folio/Essais, 1994.

17. Robert Musil (1880-1942), romancier autrichien, célèbre pour son œuvre monumentale inachevée *L'homme sans qualités* (Paris, Seuil, 1995). Mourut en exil à Zurich.

18. Osip Mandelstam (1891-1938), un des plus grands poètes russes avec son amie Anna Akhmatova. Arrêté en 1934 pour avoir écrit une épigramme sur Staline, il fut condamné à l'exil intérieur puis déporté et mourut d'épuisement en route vers la Sibérie.

heur absolu, tout survivant est voué à la mort, comme Primo Levi ou Paul Celan...¹⁹. C'est Nina Berberova²⁰, au carrefour des tragédies du siècle, qui écrivait en 1983 dans un dernier poème :

*S'il est vrai qu'Auschwitz a existé
Et aussi le goulag, Hiroshima
Tu ne peux pas dire : passons notre chemin !
Tu ne peux pas dire : j'ai tout oublié
Ne biaise pas : tu y étais !²¹*

Il n'y a plus d'art pour l'art, en quête de certitudes définitives, hors du temps, mais une histoire en crise où l'art est en sursis. C'est seulement sur cet arrière-plan qu'on peut essayer de comprendre la place de la liberté – et par là même de la liberté artistique – dans le monde d'aujourd'hui.

La liberté reste toujours à conquérir et à défendre. À côté des nombreux travaux de l'UNESCO et du Conseil de l'Europe, il faut faire une place à part au Colloque de Cracovie sur le patrimoine culturel des États participant à la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) organisé en juin 1991, qui marque un tournant important car c'est le premier document adopté en la matière dans ce cadre paneuropéen, rompant ainsi avec des décennies de contrôle idéologique et de culture dirigée dans le bloc soviétique. Sous le titre éloquent de *Culture et liberté*, une série de principes fondamentaux sont affirmés sans la moindre ambiguïté :

1. Les États participants soulignent que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales est essentiel au plein épanouissement de la créativité culturelle.

2. L'État et les autorités nationales s'abstiendront de faire obstacle à la liberté de création artistique.

3. Les États participants s'engagent à promouvoir et à protéger le développement libre et sans entrave de la créativité artistique ; ils reconnaissent le rôle éminent de l'artiste dans la société, respectent et protègent l'intégrité du travail de création.

4. Ils reconnaissent que les gouvernements doivent rechercher un équilibre entre les responsabilités qui leur incombent d'appuyer d'une part l'activité culturelle et d'en garantir la liberté d'autre part. (...)

19. Paul Celan (1920-1970), né en Roumanie ; il s'est suicidé à Paris. Poète de langue allemande, qui donna à la littérature de l'après-guerre une de ses voix les plus bouleversantes. Déporté comme juif par les nazis, dans un camp où ses parents furent exterminés.

20. Nina Berberova (1901-1993), romancière et poétesse russe, née à Saint-Pétersbourg ; elle vécut à partir de 1925 en France avant de s'exiler aux États-Unis d'Amérique.

21. Nina Berberova, *Anthologie personnelle (1921-1983)*, Arles, Actes Sud, 1998.

6. Les États participants rappellent leur respect de la liberté d'expression et, s'agissant de ses manifestations dans le domaine artistique et culturel, déclarent ce qui suit :

6.1. La publication d'œuvres écrites, la représentation et la diffusion d'œuvres musicales, théâtrales et audiovisuelles et l'exposition des œuvres de peintres ou de sculpteurs ne feront l'objet ni de restrictions ni d'ingérence de la part de l'État, à l'exception des restrictions qui sont prévues par la législation nationale et qui sont entièrement conformes aux normes internationales.

6.2. Les États participants se déclarent convaincus que l'existence, dans le domaine artistique et culturel, de toute une gamme de moyens de diffusion indépendants de l'État, tels que maisons d'édition, entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision, théâtres et galeries, contribue à assurer le pluralisme et la liberté de l'expression artistique et culturelle²².

Ainsi, même dans le cadre d'un État libéral – conciliant les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit, selon le triptyque désormais classique depuis la *Charte de Paris pour une nouvelle Europe* de 1990 – la liberté a trouvé des bornes. Non pas les « mots d'ordre » d'un État policier ou propagandiste, mais le respect de la liberté et de la dignité d'autrui. En s'exerçant, la liberté de création passe de la sphère absolue de l'art au domaine du relativisme juridique, le terreau où la liberté artistique trouve tout à la fois ses racines et ses limites.

3. LA CONQUÊTE HISTORIQUE DE LA LIBERTÉ

Dans la tradition juridique moderne, née des deux grandes révolutions du XVIII^e siècle, la Révolution américaine et la Révolution française, la liberté a d'abord été conçue comme une prise de parole. Mais bien des nuances apparaissent dès l'origine. Ce débat exemplaire mérite d'être évoqué car il explique bien des contradictions actuelles en deux philosophies radicales différentes de la liberté d'expression, sources de bien des malentendus actuels.

C'est le premier amendement de la Constitution américaine qui vient consacrer cette conception absolue de la liberté : « Le Congrès ne fera aucune loi (...) res-

22. Texte dans *Sécurité et coopération en Europe, les textes officiels du processus d'Helsinki (1973-1992)*, par Emmanuel Decaux, coll. Retour aux textes, Paris, La Documentation française, 1992, p. 313.

treignant la liberté de parole ou de presse²³. » Dès juin 1776, la *Déclaration des droits de Virginie* proclamait que « La liberté de la presse est un des plus forts boulevards de la liberté de l'État et ne peut être restreinte que dans les gouvernements despotiques » (art. XIV). Tandis que selon la *Déclaration du Delaware*, « La liberté de la presse doit être inviolablement maintenue » (art. XXIII) ou selon la *Déclaration du Maryland*, « La liberté de la presse doit être inviolablement conservée » (art. XXXVIII), etc.

La tradition française marque d'emblée une conception relative de la liberté qui se trouve étroitement placée sous la sauvegarde de la loi, dans le droit fil de la pensée rousseauiste. Selon l'article 11 de la *Déclaration française de 1789* : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. » Cette différence d'approche a sans doute des explications historiques. L'esprit des Lumières a été marqué en France par une lutte insidieuse entre la censure royale et celle de la Sorbonne, tolérant des éditions de contrebande publiées en Hollande ou en Suisse²⁴. En convoquant les états généraux, le Roi, dans le fil des revendications exprimées par les « cahiers de doléance », demandait d'ailleurs lui-même à ceux-ci d'examiner « le moyen le plus convenable de concilier la liberté de la presse avec le respect dû à la religion, aux mœurs et à l'honneur des citoyens ».

Les débats parlementaires de 1789 montrent bien la confrontation entre deux tendances, les partisans d'une liberté sans borne pour qui « l'arbre de la liberté politique ne croît que sous l'influence salutaire de la liberté d'imprimer », et ceux qui voient « un danger pour la religion et les bonnes mœurs dans la liberté indéfinie de la presse²⁵ ». Le compromis défendu par Mirabeau réside dans la mise en place d'un régime répressif, en substituant le contrôle *a posteriori* du juge pénal à tout contrôle *a priori*, en particulier à toute censure administrative. La Constitution de 1791 viendra ainsi garantir « la liberté à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et de publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication ».

23. Voir l'anthologie de Stéphane Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Pluriel Hachette, 1988. Et en anglais, par exemple, *The Human Rights Reader*, de Walter Laqueur et Barry Rubin (dir. publ.), Berkeley, Meridian Book, 1990.

24. Sur la connivence intellectuelle entre les élites de l'Ancien Régime, on lira avec profit la réédition par Roger Chartier des rapports de Malesherbes, *Mémoires sur la librairie, Mémoire sur la liberté de la presse*, Paris, Imprimerie nationale, 1994.

25. Voir Pierre Le Mire, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, sous la direction de Gérard Conac *et al.*, Paris, Economica, 1993.

Pendant près d'un siècle, la liberté de la presse – qu'il s'agisse de périodiques ou d'ouvrages – va ainsi devenir en France un enjeu politique, marqué par des tentatives de remise en ordre²⁶. Ainsi, à la veille des ordonnances de 1830 qui entraîneront la chute de la monarchie des Bourbons, le chef du gouvernement, Polignac, écrivait qu'« à toutes les époques, la presse périodique n'a été, et il est dans sa nature de n'être, qu'un instrument de désordre et de sédition »...

Peu après, dans *De la démocratie en Amérique*, tirant les leçons des expériences américaine et française, un jeune légitimiste, Alexis de Tocqueville, a admirablement montré les contradictions propres à toute atteinte à la presse, « cette puissance extraordinaire, si étrangement mêlée de biens et de maux, que sans elle la liberté ne saurait vivre et qu'avec elle l'ordre peut à peine se maintenir ». Pour autant, la démocratie implique la liberté de la presse : « La souveraineté du peuple et la liberté de la presse sont deux choses entièrement corrélatives : la censure et le vote universel sont au contraire deux choses qui se contredisent et ne peuvent se rencontrer longtemps dans les institutions politiques d'un même peuple. Parmi les douze millions d'hommes qui vivent sur le territoire des États-Unis, il n'en est pas un seul qui ait osé proposer de restreindre la liberté de la presse. » Il précise que les Américains « croient d'ailleurs que les tribunaux sont impuissants pour modérer la presse, et que la souplesse des langages humains échappant sans cesse à l'analyse judiciaire, les délits de cette nature se dérobent en quelque sorte devant la main qui s'étend pour les saisir... En matière de presse, il n'y a donc réellement pas de milieu entre la servitude et la licence ».

Bien plus, décrivant une philosophie profonde – qui trouve son aboutissement dans le développement moderne du Net au moment même où la concentration financière de la grande presse et des médias remet en cause certains de ses postulats –, Tocqueville souligne la forte décentralisation de la presse : « Les lumières comme la puissance sont disséminées dans toutes les parties de cette vaste contrée ; les rayons de l'intelligence humaine, au lieu de partir d'un centre commun, s'y croisent donc en tous sens ; les Américains n'ont placé nulle part la direction générale de la pensée, non plus que celle des affaires (...) C'est un axiome de la science politique aux États-Unis que le seul moyen de neutraliser les effets des journaux est d'en multiplier le nombre. » Ainsi, « chaque journal a individuellement peu de pouvoir, mais la presse périodique est encore, après le peuple, la première des puissances ». Tout en ne cachant pas ses travers, avec le goût de flatter les passions et de s'attaquer à la vie privée des hommes, il conclut à sa fonction politique : « C'est elle dont l'œil toujours ouvert met sans cesse à

26. Pour un historique de la liberté de la presse, voir Arlette Heymann-Doat, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, LGDJ (2^e éd.), 1998.

nu les secrets ressorts de la politique et force les hommes publics à venir tour à tour comparaître devant le tribunal de l'opinion²⁷. »

Dans le droit fil de cet héritage, Roosevelt ne manquera pas de mettre la liberté d'expression en tête des « quatre libertés » de son grand discours de 1941 : « *The first is freedom of speech and expression – everywhere in the world*²⁸. »

4. LA CONSÉCRATION INTERNATIONALE DES LIMITES

Cette internationalisation sera consacrée par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui proclame à l'article 19 : « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. » Il s'agit donc bien d'une liberté transfrontière qui couvre tout mode d'expression. L'expression artistique, proprement dite, se trouve évoquée à l'article 27 dans un double mouvement, puisque le paragraphe 1 mentionne le droit de toute personne « de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté (et) de jouir des arts »... tandis que le paragraphe 2 vise la « protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production (...) littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

En passant de la *Déclaration universelle* au droit conventionnel, on voit mieux apparaître les enjeux sociaux de la liberté d'expression, et partant de la liberté artistique. Dans le cadre universel, le dédoublement des deux Pactes contribue à isoler la dimension proprement « politique » des « libertés intellectuelles », au premier rang desquelles figure la liberté d'expression. Le paragraphe 2 de l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* reste lui-même assez proche du texte de la *Déclaration universelle* : « Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comporte la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix. » À ce stade, on relèvera la référence expresse à la forme « artistique », au fil de l'énumération, sans en tirer de conséquences définitives : il ne s'agit pas d'opposer la création littéraire « imprimée » ou « orale » à une création « artistique » qui serait purement plastique ou visuelle, à travers la peinture ou le cinéma. Par ailleurs, quelles « idées » ou quelles

27. Livre I (1835), deuxième partie, III.

28. Traduction française dans *Les droits de l'homme*, anthologie de Christian Biet, Paris, Imprimerie nationale, 1989, p. 732.

« informations » chercher dans un tableau ou une sculpture ? L'énumération se veut plus indicative que systématique.

C'est surtout le paragraphe 3 qui mérite de retenir l'attention puisqu'il indique pour la première fois de manière aussi précise : « L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :

- a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui ;
- b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques²⁹. »

Des limitations strictes sont ainsi apportées à la liberté d'expression, dans le cadre de la loi – selon la tradition française – mais en évitant avec soin toute référence à la « société démocratique » comme l'avait fait la *Convention européenne des droits de l'homme*, dans un contexte politique tout autre (voir *infra*). Sont seulement évoquées, sans autre garde-fou, les notions très larges de « sécurité nationale », d'« ordre public », de « santé publique » et de « moralité publique », faisant ainsi de l'État l'arbitre de l'« ordre moral ». Non content de parler de « devoirs et des responsabilités », l'article 19 paragraphe 3 souligne expressément l'existence de « devoirs spéciaux et de responsabilités spéciales ».

Autrement dit, si la liberté « artistique » est incidemment évoquée sous couvert de liberté d'expression, c'est au moment précis où cette liberté fondatrice se trouve elle-même solidement encadrée par des impératifs sociaux, aussi solennels que vagues. Cette incertitude n'est pas corrigée par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. C'est l'article 15 qui vient *in fine* évoquer les droits culturels, ces derniers faisant ainsi figure évidente de « parents pauvres³⁰ ». Selon le paragraphe 1 de cet article, les États « reconnaissent à chacun le droit :

- a) de participer à la vie culturelle ;
- b) de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ;
- c) de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ». Curieusement, cette disposition qui ressemble à un fourre-tout – mêlant participation culturelle et copyrights, culte du « progrès scientifique » et protection des brevets – ne vise qu'un seul

29. Pour la genèse de ces textes, voir Marc Bossuyt, *Guide to the « Travaux préparatoires » of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.

30. *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Patrice Meyer-Bisch (dir. publ.), Éditions universitaires de Fribourg, 1993.

droit, commun aux spectateurs et aux malades, aux savants et aux artistes, mais ce droit singulier reste par ailleurs innommé...

Bien plus, ce droit contradictoire, au carrefour de la revendication démocratique et de la création aristocratique, est soumis à une finalité supérieure dont l'État s'institue le garant suprême : « Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture » (art. 19 par. 2). C'est seulement dans un troisième temps que la liberté de recherche et de création est enfin rappelée : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices » (art. 19 par. 3). Bien tardif rappel, teinté d'utilitarisme, là où la liberté en elle-même est le point de départ de toute aventure intellectuelle.

Tout se passe comme si la division des rôles entre les deux Pactes aboutissait à affaiblir le bloc fondamental de la liberté d'expression, pour lui opposer ici les conformismes de l'ordre public, là les objectifs culturels du service public. L'art au service du public soit, mais n'est-ce pas oublier « l'art souverain de déplaire ». On peut certes imaginer une synthèse entre participation démocratique du public et solitude créatrice de l'artiste, en évoquant « un théâtre élitiste pour tous », à la suite de Vitez³¹ ou de Strehler³², mais le dernier mot ne doit-il pas rester au créateur ?

On retrouverait le même balancement entre liberté d'expression et contrôle social, dans les instruments régionaux. À la lettre – mais tout ici est affaire de jurisprudence –, la *Convention européenne des droits de l'homme* reste très marquée par un certain dirigisme. Si la liberté de la presse est un héritage du XIX^e siècle, le cinéma a longtemps relevé en France du régime des « spectacles de curiosité » au même titre que les attractions foraines. *A fortiori* les nouveaux médias, par leur mode même de diffusion, sont soumis à une tutelle stricte, quand ce n'est pas au monopole de l'État. Ainsi, l'article 10 de la *Convention européenne* n'hésite pas à prévoir des régimes particuliers après avoir proclamé un principe classique de liberté : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir d'ingérences d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. »

31. Antoine Vitez (1930-1990), metteur en scène français d'un grand rayonnement intellectuel. Administrateur de la Comédie-Française.

32. Giorgio Strehler (1921-1997), metteur en scène italien qui révolutionna le théâtre européen de l'après-guerre, fondateur du Piccolo Teatro de Milan.

Plus encore que pour les autres articles de la Convention, le paragraphe 2 introduit toute une série de bornes : « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. » L'énumération est encore plus exhaustive que dans le Pacte : le secret d'État vient rejoindre la morale d'État, et l'intégrité territoriale vient dissuader toute dissidence. Mais la référence presque incidente à « une société démocratique » va permettre un basculement complet entre la lettre du texte et l'esprit de la jurisprudence (voir *infra*).

De même l'article 13 paragraphe 1 de la *Convention américaine des droits de l'homme* adoptée à San José en 1969 consacre de manière classique le « droit à la liberté de pensée et d'expression » pour toute personne, en précisant que « ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, que ce soit oralement ou par écrit, sous une forme imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ». Le paragraphe 2 vient apporter des précisions inédites, puisqu'il stipule que l'exercice de ce droit « ne peut être soumis à aucune censure préalable, mais il comporte des responsabilités ultérieures qui, expressément fixées par la loi, sont nécessaires :

- a) au respect des droits ou à la réputation d'autrui, ou
- b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, ou de la santé ou de la morale publiques ». Pour autant, le paragraphe 4 vient apporter une restriction de taille à ce principe, puisque « sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 ci-dessus, les spectacles publics peuvent être soumis par la loi à la censure, uniquement pour en réglementer l'accès en raison de la protection morale des enfants et des adolescents³³ ».

La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée à Nairobi en 1981, semble, quant à elle, beaucoup plus prudente. L'article 9 paragraphe 2 se borne à déclarer que « toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions

33. La formulation n'est pas très heureuse, car elle semble confondre deux notions distinctes, la censure préalable – qui peut entraîner une interdiction complète de l'œuvre ou atteinte à sa substance en imposant des « coupures » – et un « contrôle » visant à établir une classification des œuvres pour limiter l'« accès » à certaines catégories de mineurs, selon des tranches d'âge.

dans le cadre des lois et règlements ». Bien plus, l'article 17, qui vise la libre participation à la « vie culturelle » de la Communauté, ajoute aussitôt que « la promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté constituent un devoir de l'État dans le cadre de la sauvegarde des droits de l'homme ». *A fortiori*, le chapitre sur les devoirs vient multiplier les bornes, en précisant de la manière la plus large que « les droits et les libertés de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun » (art. 27 par. 2). De manière plus spécifique, l'individu a le devoir « de veiller, dans ses relations avec la société, à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives, dans un esprit de tolérance, de dialogue et de concertation et d'une façon générale de contribuer à la promotion de la santé morale de la société » (art. 29 par. 7).

Tout le problème reste de savoir qui fera la part entre les valeurs culturelles africaines « positives » et les valeurs « négatives », qui déterminera ce qui est bon pour « la santé morale de la société ». Le risque de conformisme social est grand, mais aussi celui de voir le pouvoir en place museler toute critique au nom de « la morale » ou du bon moral de la population. De l'information « positive » à la « littérature officielle » il n'y a qu'un pas... On a vu le piège de ces bonnes intentions, lors des débats de l'UNESCO sur le « Nouvel ordre mondial de l'information et de la communication³⁴ ».

Plus que l'État qui est trop souvent « juge et partie », c'est bien sûr au pouvoir judiciaire, « gardien de la liberté individuelle », que doit revenir la tâche de préciser les limites tout à la fois légitimes et strictement nécessaires dans une « société démocratique ».

5. L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE DES LIMITES

C'est au juge qu'il revient de trouver le juste équilibre entre l'affirmation de principe de la liberté d'expression et ses modalités d'application. Faute de pouvoir faire un inventaire de droit comparé, on s'attachera à la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme qui est sans doute la plus développée et qui semble doublement exemplaire puisque, sur le plan politique, elle concerne aujourd'hui quarante États³⁵ et que, sur le plan doctrinal, elle suscite nombre d'interrogations de principe.

34. Serge Sur, « Vers un nouvel ordre mondial de l'information et de la communication », *Annuaire français de droit international*, Paris, CNRS, 1981, p. 45.

35. Trente-neuf États sont aujourd'hui parties à la *Convention européenne des droits de l'homme* tandis que la Russie a signé cet instrument au moment de son adhésion au Conseil de l'Europe, en février 1996.

Depuis l'origine, la jurisprudence européenne relative à la liberté d'expression est plus libérale dans les *obiter dicta* que dans les jugements d'espèce. Il faut noter qu'il s'agit, le plus souvent, de cas limites où la liberté d'expression qui est invoquée atteint rarement les sommets de la création « artistique ». Mais le problème n'est pas là : il ne s'agit pas d'un débat esthétique mais d'un enjeu juridique et c'est justement dans ces situations marginales que l'esprit libéral d'une société prend sa pleine mesure.

Aussi bien dans l'affaire *Handyside* que dans l'affaire *Müller*, après avoir évoqué « l'esprit d'ouverture à l'égard des idées qui choquent », la Cour en vient à confirmer les condamnations prononcées sur le plan local. Le point de départ est marqué en 1976 par l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*³⁶ dont les considérants de principe seront sans cesse cités par la Cour dans ses arrêts ultérieurs. Le sujet lui-même pouvait prêter à controverse, puisque sous le titre de *Petit livre rouge à l'usage des écoliers*, un éditeur londonien avait publié un ouvrage d'origine danoise contenant un chapitre d'éducation sexuelle qui était tombé sous le coup de la loi anglaise sur les publications obscènes. La Cour européenne s'est longuement interrogée sur le caractère des ingérences des autorités publiques : les sanctions prises étaient-elles « nécessaires dans une société démocratique », « à la protection (...) de la morale » ? Sans nier l'existence d'un but légitime – d'ailleurs expressément visé à l'article 10 paragraphe 2 –, la Cour affirme son contrôle sur le caractère « nécessaire » de la restriction.

Au passage, la Cour évoque la marge d'appréciation des États, notamment dans le domaine de la morale : « L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences...³⁷. » Pour autant, la Cour ajoute aussitôt que son rôle lui commande « de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique" ». La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance

36. Arrêt du 7 décembre 1976, série A, n° 25.

37. *Ibidem*, paragraphe 48. Ainsi la Cour sera amenée à écarter l'argument tiré de la publication de l'édition originale du livre au Danemark et de ses diverses traductions circulant librement en Europe, *ibidem*, paragraphe 57.

et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" ». Après ces fortes affirmations, la Cour rappelle que « d'un autre côté, quiconque exerce sa liberté d'expression assume "des devoirs et des responsabilités" dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé. En recherchant, comme en l'espèce, si des "restrictions" ou "sanctions" tendaient à la "protection de la morale" qui les rendait "nécessaires" dans une "société démocratique", la Cour ne saurait faire abstraction des "devoirs" et "responsabilités" de l'intéressé³⁸ ».

Au terme d'un examen minutieux, la Cour finit par écarter de manière unanime toute violation de la Convention – sous réserve d'une opinion séparée du juge Mosler sur le caractère « nécessaire » des mesures prises, comme en témoigne la différence du sort des poursuites en Angleterre, au pays de Galles et en Écosse... Au-delà du cas d'espèce – et de la « nécessaire » protection de la jeunesse au début des années 70 –, les considérants de principe de la Cour sont devenus le fondement de toute sa jurisprudence ultérieure. Le manuel subversif ainsi condamné par le juge anglais marque bien le point limite de la liberté d'expression.

Près de dix ans après, l'affaire *Müller c. Suisse*³⁹ va, quant à elle, servir de test à la liberté artistique. De jeunes créateurs avaient organisé en 1981 une « exposition d'art contemporain » qui « s'inscrivait dans le cadre des fêtes du 500^e anniversaire de l'entrée du canton de Fribourg dans la Confédération ». M. Müller avait contribué au projet en peignant en trois nuits trois toiles géantes... Dès le vernissage, le procureur général considéra que ces toiles tombaient sous le coup du code pénal suisse interdisant les « publications obscènes » et fit saisir les trois « tableaux litigieux ».

La Cour est tout d'abord amenée à préciser le champ de la liberté d'expression : « Sans doute l'article 10 ne précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique, qui se trouve en cause, entre dans son champ d'application ; il ne distingue pas pour autant les diverses formes d'expression. Comme les comparants s'accordent à le reconnaître, il englobe la liberté d'expression artistique – notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées – qui permet de participer à l'échange public des informations et des idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte⁴⁰. »

38. *Ibidem*, paragraphe 49.

39. Arrêt du 24 mai 1988, série A, n° 133.

40. *Ibidem*, paragraphe 27. Dans une opinion séparée, le juge De Meyer prend ses distances avec certaines naïvetés de la rédaction de l'arrêt : « L'art, ou ce qui prétend l'être, relève certainement du domaine de la liberté d'expression. Point n'est besoin de tenter d'y voir une forme de communication d'informations ou d'idées : il peut l'être, mais on peut douter qu'il le soit nécessairement. Si le droit à la liberté d'expression "comprend" ou "implique" la liberté de "chercher" ou "rechercher", de "recevoir" et de "communiquer" ou "répandre" des "informa-

On pourrait certes longuement s'interroger sur les « idées culturelles » qu'un peintre entend communiquer, en transposant la réponse de Mallarmé à Degas : « On ne fait pas de la peinture avec des idées, mais avec des couleurs... » De manière assez besogneuse, la Cour ajoute : « S'il en était besoin, la justesse de cette interprétation trouverait une confirmation dans la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 10 car les activités des "entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision" s'étendent au domaine de l'art. » Là encore, la naïveté de l'argument peut surprendre : que la télévision soit une « entreprise » – ou que « le cinéma soit une industrie et non un art » comme le disait déjà Malraux –, cela n'a évidemment strictement rien à voir avec le fait de savoir si la peinture est une forme d'expression relevant de la liberté de création ! Un dernier argument, curieusement tiré du Pacte, est avancé par la Cour : « De son côté, l'article 19 paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui désigne explicitement comme un élément de la liberté d'expression les informations et idées revêtant "une forme (...) artistique" montre que la notion de liberté d'expression est assez large pour inclure l'expression artistique. »

Sur le fond de l'affaire, la Cour rappelle les formules de l'arrêt *Handyside* précitées sur les idées qui « choquent », en les étendant au domaine artistique ainsi annexé : « Ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression⁴¹. » Mais l'artiste ne saurait être « l'ennemi des lois ». Il reste pleinement comptable de son art, ajoute aussitôt la Cour : « Assurément, l'artiste et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10. Quiconque se prévaut de sa liberté d'expression assume en effet, selon les propres termes de ce paragraphe, des "devoirs et responsabilités" ; leur étendue dépend de sa situation et du procédé utilisé...⁴². » En l'occurrence, M. Müller a présenté ses toiles, « créées sur place selon le dessein d'une manifestation qui se voulait spontanée », à l'occasion d'une exposition gratuite auquel le grand public avait libre accès.

La Cour, ayant tenu à examiner les pièces à conviction – des tableaux de deux mètres sur trois – « ne trouve pourtant pas déraisonnable que les juges compétents les aient tenues pour "de nature à blesser brutalement", par l'accent mis sur la sexualité dans certaines de ses formes les plus crues, "la décence sexuelle des personnes douées

tions" et des "idées", il peut aussi comprendre et impliquer autre chose. L'extériorisation de la personnalité humaine peut prendre des formes très diverses, qui ne sont pas toutes réductibles à celles-là. »

41. *Ibidem*, paragraphe 33.

42. *Ibidem*, paragraphe 34.

d'une sensibilité normale". Eu égard aux circonstances, et à la marge d'appréciation que leur réservait l'article 10 paragraphe 2, ils étaient en droit d'estimer "nécessaire" à la protection de la morale d'infliger aux requérants une amende pour publications obscènes⁴³ ».

Mais la sanction infligée à M. Müller allait plus loin. Ses œuvres, passibles de destruction pure et simple selon le Code pénal suisse (art. 204 par. 3), furent en fin de compte confisquées pour être enfermées dans les caves d'un musée... Cette confiscation se trouve justifiée aux yeux de la Cour par le même « besoin social réel » que la condamnation, afin de « protéger le public de la réitération de l'infraction ». La Cour laisse cependant percer un doute : « Un problème particulier surgit lorsque, comme ici, la confiscation porte sur un objet unique : la mesure prise empêche l'auteur de tirer parti de son œuvre de quelque manière que ce soit. Ainsi Josef Felix Müller avait perdu notamment la possibilité de montrer ses toiles en des lieux où les exigences de la protection de la morale passent pour moins strictes qu'à Fribourg⁴⁴. » La restitution des toiles à leur auteur par une décision judiciaire locale, peu avant l'arrêt de la Cour, évite à celle-ci d'avoir à trancher ce point, même si la confiscation a duré huit ans... La Cour trouve le moyen, non sans une ironie douteuse, d'en faire grief à l'intéressé car « rien ne l'eût empêché d'en solliciter plus tôt la restitution » !

On le regrettera d'autant plus qu'en évoquant la notion d' « objet unique », la Cour atteint plus sûrement le point névralgique de la création artistique que dans ses exégèses laborieuses sur l'art. Le caractère unique de l'art ne donne pas une liberté absolue au créateur, le mettant au-dessus des lois, mais il empêche à tout le moins la banalisation dans laquelle les juges locaux sont tombés en écartant tout « critère esthétique »... Certes l'exemple aurait pu être plus éloquent, mais comme le montre bien le juge Spielmann dans son opinion dissidente, « la relativité de la notion d'obscénité » devrait inciter à la prudence : « La liberté d'expression est la règle, les ingérences de l'État doivent rester l'exception, et dûment justifiées. » Pour illustrer de manière frappante cette relativité, le juge Spielmann cite les propos pompeux du ministère public dans le procès des *Fleurs du Mal* en 1857.

Le débat sur la jurisprudence européenne a rebondi à l'occasion de deux affaires récentes, concernant le cinéma et la vidéo. C'est dans ce domaine, plus que dans celui de la peinture, que la censure reste aujourd'hui la plus vigilante dans nombre de pays. Mais alors même que le cinéma hollywoodien – et ses épigones de série B à travers le

43. *Ibidem*, paragraphe 36. Là aussi toute comparaison avec des « œuvres de la même veine » montrées ailleurs par le peintre est récusee, « eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause ».

44. *Ibidem*, paragraphe 43.

monde, notamment avec les cinématographies asiatiques – cultive en toute impunité la surenchère dans l'horreur, la violence et le sadisme, c'est sur le terrain de la morale sexuelle et de la sensibilité religieuse que les affaires se multiplient. Le paradoxe est d'autant plus grand que la télévision, avec son impact direct sur le grand public et notamment sur les enfants, semble elle-même échapper à tout contrôle, alors que le cinéma qui est devenu un spectacle pour *happy few* reste soumis à des contrôles quelque peu dépassés.

Dans l'affaire *Otto Preminger Institute c. Autriche*, qui a fait l'objet d'un arrêt du 20 septembre 1994 rendu par six voix contre trois, c'est la saisie et la confiscation d'un film qui étaient en cause. Un ciné-club d'Innsbruck avait programmé un film de Werner Schroeter, intitulé *Le Concile d'amour*, qui n'était autre qu'une représentation filmée de la pièce d'Oskar Panizza interprétée par le Teatro Belli de Rome. Il s'agit d'une lourde satire de la Rome des Borgia punie par la vérole, mêlant Dieu et diable, faisant de Marie « une dévergondée sans scrupule » et de Jésus un « débile mental profond » à moitié incestueux. Mais ce thème – qui n'avait pourtant rien de très nouveau, près d'un siècle après la création de la pièce en 1894⁴⁵ – suscita les foudres de l'évêque d'Innsbruck. À sa demande le film fut saisi et confisqué, en vertu de l'article 188 du Code pénal, par la justice qui considéra que « le persiflage massif de sentiments religieux pesait plus lourd que tout intérêt que le grand public pouvait avoir à être informé ou que les intérêts financiers des personnes désireuses de projeter le film » et dénonça « un film essentiellement provocateur et anticlérical⁴⁶ ».

Pour sa part, la Commission européenne avait conclu à la violation de l'article 10, par neuf voix contre cinq, s'agissant de la saisie du film, par treize voix contre une, pour sa confiscation. La Cour, au terme de son raisonnement classique, arrive au résultat contraire. Elle constate qu'il y a bien eu « ingérences » tant au regard de la saisie que de la confiscation. La Cour considère ensuite que l'article 188 du Code pénal autrichien est une base suffisante pour admettre que les ingérences étaient « prévues par la loi » au sens de la jurisprudence⁴⁷.

45. Oskar Panizza (1853-1921), jugé coupable de « crimes contre la religion » par la cour d'assises de Munich en 1895, s'est vu infliger une peine d'un an de prison, avant de sombrer dans la folie. On notera qu'il s'agit d'une époque particulièrement « faste » pour la littérature, puisque la même année, à Londres, un autre Oscar – à vrai dire plus mémorable –, Oscar Wilde, était condamné à deux ans de travaux forcés. Et en 1898, à Paris, Émile Zola était lourdement condamné pour avoir publié *J'accuse...*

46. Arrêt du 20 septembre 1994, série A, n° 295-A, paragraphe 13.

47. *Ibidem*, paragraphe 44. La Cour rappelle ici qu'il incombe « au premier chef » aux juges nationaux « d'interpréter et d'appliquer le droit interne », alors que dans d'autres affaires elle s'est montrée beaucoup plus exigeante sur la « qualité de la loi », notamment la précision et la

Selon les dispositions de l'article 188 : « Quiconque dénigre ou bafoue, dans des conditions de nature à provoquer une indignation légitime, une personne ou une chose faisant l'objet de la vénération d'une Église ou communauté religieuse établie dans le pays, ou une doctrine, une coutume autorisée par la loi ou une institution autorisée par la loi de cette Église ou communauté, encourt une peine d'emprisonnement de six mois au plus ou une peine pécuniaire de 360 jours-amendes au plus. »

S'agissant du « but légitime », la Cour se trouve satisfaite en notant « que la liberté de pensée, de conscience et de religion, qui se trouve consacrée à l'article 9 de la Convention, représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention. Elle est, dans sa dimension religieuse, l'un des éléments les plus vitaux contribuant à former l'identité des croyants et leur conception de la vie ». Curieusement, la Cour se réfère ici à la jurisprudence *Kokkinakis* qui visait le prosélytisme contre une religion d'État, pour aller plus loin dans un *obiter dictum* sans lien direct avec le litige, qui semble généraliser la condamnation du blasphème : « On peut légitimement estimer que le respect des sentiments religieux des croyants tel qu'il est garanti à l'article 9 est violé par des représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse ; de telles représentations peuvent passer pour une violation malveillante de l'esprit de tolérance qui doit aussi caractériser une société démocratique. La Convention doit se lire comme un tout et, par conséquent, l'interprétation et l'application de l'article 10 en l'espèce doivent s'harmoniser avec la logique de la Convention⁴⁸. »

Ce faisant, la Cour gomme l'article 10 qui s'efface au profit de l'article 9, alors qu'une conciliation des deux libertés n'était pas impossible : la liberté de religion – et le droit de voir respecter sa croyance – n'implique pas le droit d'interdire à autrui d'assister librement à un spectacle dans un lieu privé. C'est seulement sur le terrain des mesures « nécessaires dans une société démocratique » que l'on retrouve le discours habituel de la Cour sur l'article 10. Mais la Cour vient balancer la référence à l'arrêt *Handyside* en ajoutant : « Toutefois, ainsi que le confirme le libellé lui-même du second paragraphe de l'article 10, quiconque exerce les droits et libertés consacrés au premier paragraphe de cet article assume "des devoirs et des responsabilités". Parmi eux – dans le contexte des opinions et croyances religieuses – peut légitimement être comprise une obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à leurs droits et

prévisibilité de la loi, voir par exemple, pour les écoutes téléphoniques, les affaires *Huvig* et *Kruslin* du 24 avril 1990 (n^{os} 176-A et 176-B) concernant les pouvoirs donnés au juge par le Code de procédure pénale en matière d'enquête.

48. *Ibidem*, paragraphe 47. La Cour renvoie à l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, n^o 260, paragraphe 31.

qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain⁴⁹. »

Derrière cette formulation aussi générale que pompeuse, on constate une nouvelle fois la réduction de la création artistique à un « débat public » à visée progressiste. Ce n'est manifestement pas à la Cour de déterminer si ce sont les films violemment anticléricaux et « gratuitement offensants » d'un Buñuel ou d'un Bergman, ou bien les œuvres de commande, qui ont été les plus capables « de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain ».

La Cour semble d'ailleurs consciente du péril des généralisations où elle s'est laissé entraîner, puisqu'elle ajoute presque aussitôt : « Comme pour la “morale”, il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société ; semblables conceptions peuvent même varier au sein d'un seul pays. Pour cette raison, il n'est pas possible d'arriver à une définition compréhensive de ce qui constitue une atteinte admissible au droit à la liberté d'expression lorsque celui-ci s'exerce contre les sentiments religieux d'autrui. » Ainsi la Cour se réfugie derrière la théorie de la « marge nationale d'appréciation », tout en invoquant un strict contrôle là « où il y a eu ingérence dans l'exercice des libertés garanties au paragraphe 1 de l'article 10 ».

C'est donc sur ce dernier terrain, celui de l'application des principes, que tout devait se jouer. Ce faisant, en l'espèce la Cour semble confondre « le public » du film – les spectateurs désireux d'assister à une séance en payant un billet d'entrée – et « le public en général » qui aurait jugé offensant un spectacle sans l'avoir vu, au point non seulement de le boycotter mais de vouloir l'interdire à autrui. La Cour s'en rapporte en effet aux juridictions autrichiennes qui « n'ont pas considéré que la valeur artistique du film ou sa contribution au débat public dans la société autrichienne l'emportaient sur les caractéristiques qui le rendaient offensant pour le public en général dans leur ressort »...

Ainsi, au lieu de laisser chacun juge d'aller voir le film – et l'ayant vu de l'apprécier ou de le critiquer, ou même de quitter la séance –, c'est l'Autorité qui comme le Tartuffe de Molière « cache ce sein que je ne saurais voir ». Les arguments que croit bon d'avancer la Cour ne font qu'accroître le malaise ressenti devant une telle jurisprudence : « La Cour ne peut négliger le fait que la religion catholique romaine est celle de l'immense majorité des Tyroliens. En saisissant le film, les autorités autrichiennes ont agi pour protéger la paix religieuse dans cette région et pour

49. *Ibidem*, paragraphe 49. Dans leur opinion dissidente les trois juges minoritaires (Mme Palm, MM. Pekkanen et Makarczyk) contestent le pouvoir ainsi donné à l'État qui « ne peut que subir l'influence de l'idée que se font les autorités du “progrès” »...

empêcher que certains se sentent attaqués dans leurs sentiments religieux de manière injustifiée et offensante »... Cette référence au caractère majoritaire d'une religion, cette allusion contradictoire à la « paix religieuse » menacée par quelques non-conformistes visent plus l'ordre moral que l'ordre public. La tentation de l'intolérance d'une majorité semble primer sur la tolérance à l'égard de la minorité⁵⁰. Ce ne sont pourtant pas les gros bataillons qui font la morale.

Mais le véritable critère nous semble ailleurs, dans le caractère public ou privé du scandale, si « scandale » il y a. La différence avec l'affaire Müller et l'affaire Otto Preminger paraît évidente de ce point de vue. Si l'on reste dans le domaine du relatif, des droits d'autrui, ce *distinguo* semble s'imposer. Seuls les intégristes se réclamant non d'un dommage subjectif, mais d'un droit absolu, voudront détruire l'œuvre qui *en soi* est l'objet du scandale. Le propre des campagnes de dénonciations récentes contre des œuvres « blasphématoires » est paradoxalement de provenir de personnes scandalisées qui n'ont pas vu l'œuvre mise en cause : le scandale est objectif, le mal est absolu. Pour les iconoclastes, c'est la liberté artistique qui est l'ennemi de Dieu. Il ne suffit pas de confisquer, il faut détruire. Il ne suffit pas de brûler, il faut exorciser. On voit le danger d'une jurisprudence hasardeuse prêtant le flanc à de telles interprétations et légitimant, même indirectement, toutes les violences au nom de la « paix religieuse ». Ce qui est bon pour les Tyroliens d'Innsbruck ne le serait-il pas pour les mollahs de Bradford ?

L'affaire *Wingrove c. Royaume-Uni* est sans doute beaucoup trop terre à terre pour permettre au juge européen de s'élever sur de nouvelles hauteurs. L'arrêt rendu le 25 novembre 1996, par sept voix contre deux, concerne en effet un film vidéo jugé blasphématoire. M. Wingrove est l'auteur d'un court métrage – sans aucun doute répugnant – intitulé *Vision of Ecstasy*, évoquant les extases érotiques de sainte Thérèse avec un Christ en croix, qui s'est vu refuser un visa d'exploitation. Pour ce faire, les censeurs du British Board of Film Classification invoquaient « le droit pénal sur le blasphème » qui met en cause tout « élément de mépris, d'injure, de grossièreté ou de ridicule à l'égard de Dieu, de Jésus-Christ, de la Bible ou du rituel de l'Église d'Angleterre...⁵¹ ».

50. Pour une comparaison avec l'affaire *Jerzild* jugée par la Cour le même jour dans une autre formation, voir les critiques formulées lors du VIII^e Colloque de la *Convention européenne des droits de l'homme*, précité. Voir aussi Gérard Cohen-Jonathan, « Discrimination raciale et liberté d'expression », *Revue universelle des droits de l'homme*, 1995, vol. 1, p. 1, et *contra* les commentaires de Paul Mahoney, « Universality versus subsidiarity in free speech cases », *European Human Rights Law Review*, n° 4, 1997, p. 364.

51. Arrêt du 25 novembre 1996, paragraphe 27. Il s'agit de la jurisprudence *Gay News Ltd and Lemon* de 1979, la première affaire de blasphème depuis 1922. Il est intéressant de noter, comme le fait la Cour européenne elle-même, que seule l'« Église établie » est ainsi protégée.

Saisie de l'affaire, la Commission européenne avait constaté, par quatorze voix contre deux, l'existence d'une violation de l'article 10. Pour la Cour au contraire, l'ingérence « prévue par la loi » a bien « un but légitime ». Ainsi « la Cour relève d'emblée que, comme l'a souligné l'Office, l'ingérence avait pour but de protéger contre le traitement d'un sujet à caractère religieux d'une manière qui est de nature à choquer (dans le sens de susceptible de, et non de conçue pour choquer) quiconque connaît, apprécie ou fait siennes l'histoire et la morale chrétiennes, en raison de l'élément de mépris, d'injure, d'insulte, de grossièreté ou de ridicule que relèvent le ton, le style et l'esprit caractérisant la présentation du sujet ». Voilà indéniablement un but qui correspond à celui de la protection des « droits d'autrui », au sens du paragraphe 2 de l'article 10. Il cadre aussi parfaitement avec l'objectif de la protection de la liberté religieuse offerte par l'article 9⁵².

Reste à déterminer le caractère « nécessaire dans une société démocratique » d'une telle restriction à la liberté d'expression, « qu'elle s'inscrive dans le contexte des croyances religieuses ou dans un autre », prend soin de préciser la Cour. Mais c'est pour s'abriter derrière la « marge nationale d'appréciation » : « Il n'y a pas encore, dans les ordres juridiques et sociaux des États membres du Conseil de l'Europe, une concordance de vue suffisante pour conclure qu'un système permettant à un État d'imposer des restrictions à la propagation d'articles réputés blasphématoires n'est pas en soi nécessaire dans une société démocratique et s'avère par conséquent incompatible avec la Convention⁵³. » Comme s'il lui fallait répondre à l'avance au reproche d'incohérence, la Cour va aussitôt tenter de synthétiser sa jurisprudence récente en la matière : « Assurément, l'article 10 paragraphe 2 de la Convention ne laisse guère de

En 1991, dans un référé concernant l'œuvre de Salman Rushdie, *Les versets sataniques*, la justice anglaise a considéré que « la loi dans son état actuel ne s'étend pas aux religions autres que le christianisme ». Bien plus, dans une réponse à des personnalités musulmanes du Royaume, un ministre d'État, John Patten, écrivait fort justement en 1989 que « modifier le droit pourrait entraîner un foisonnement de litiges qui envenimerait les relations interconfessionnelles. Je pense que vous êtes conscients des divisions et des dommages que pourrait engendrer un tel contentieux et du caractère inapproprié de nos mécanismes juridiques pour traiter des questions de foi et de croyance individuelles. En fait, la foi chrétienne ne s'appuie plus sur ce droit, préférant admettre que la puissance de ses convictions propres constitue la meilleure armure contre railleurs et blasphémateurs ».

52. *Ibidem*, paragraphe 48. Dans son opinion concordante, le juge Pettiti prend soin de relever que « la Cour a justement centré son analyse sur l'article 10 par rapport aux droits d'autrui et n'a pas, comme dans l'arrêt *Otto Preminger Institute*, mixé les articles 9 et 10, morale et droits d'autrui, ce qui avait été critiqué en doctrine ».

53. *Ibidem*, paragraphe 57.

place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général. Cependant, une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale, et spécialement de la religion⁵⁴. »

6. CONCLUSIONS : NOUVELLES PERSPECTIVES

La jurisprudence européenne, fondée sur des situations trop rares et trop marginales, n'a manifestement pas encore trouvé son véritable équilibre. Elle montre bien cependant les limites du libéralisme et de la tolérance. Pour autant, les critiques récentes, venues d'outre-Atlantique, contre la *Convention européenne des droits de l'homme* sont injustes. D'abord parce que les restrictions prévues par l'article 10 doivent se lire dans le strict contexte d'une « société démocratique » et que la Cour a su donner toute sa portée à cette notion au départ assez vague. Par ailleurs, le régime américain, s'il exclut toute ingérence de l'État, n'en laisse pas moins, non sans hypocrisie, l'expression artistique à la merci des censures privées ou publiques⁵⁵.

En fait, les menaces sur la liberté artistique proviennent aujourd'hui plus des groupes que des États. Les atteintes « horizontales » à la liberté remplacent les violations « verticales ». En ce sens, la recherche d'un équilibre entre l'État et l'individu qui est au cœur des instruments internationaux se trouve quelque peu dépassée par les événements. L'affaire Rushdie est exemplaire à cet égard, puisque c'est la compétence même de l'État vis-à-vis de l'un de ses ressortissants qui se trouve mise en cause, en dehors même de toute possibilité de « protection diplomatique » au sens le plus classique du droit international public, avant même d'évoquer le respect des droits de

54. *Ibidem*, paragraphe 58. Dans son opinion dissidente, le juge Löhmus critique ce *distinguo* qui lui semble arbitraire. Pour lui, la jurisprudence Handyside devrait d'autant plus s'appliquer en matière de vidéo qu'il « arrive souvent que des impressions artistiques soient transmises par des images ou des situations susceptibles de choquer ou d'inquiéter un individu de sensibilité moyenne ».

55. La censure financière n'est pas la moindre. L'État lui-même, sous la pression des lobbies, peut remettre en cause des subventions publiques à des musées qui organisent des expositions choquant une certaine frange du public, comme avec l'affaire Mappelthorpe, à la Corcoran Gallery of Art de Washington en 1989. Le Sénat à cette occasion a élaboré de nouveaux « *guidelines* » pour le *National Endowment for the Arts* excluant les œuvres jugées « obscènes ».

l'homme. C'est la souveraineté britannique qui est contestée en la personne d'un de ses sujets⁵⁶.

Plus que le contentieux, de nouvelles formes de protection s'avèrent nécessaires. L'UNESCO a joué un rôle pionnier en la matière, avec la procédure 104 EX/3.3 instaurée par le Conseil exécutif dès 1978 pour examiner des communications « concernant les cas et les questions de violation des droits de l'homme qui relèvent des domaines de compétence de l'UNESCO ». Sont ainsi notamment visées les violations « dans le domaine de l'éducation, de la science, de la culture et de l'information⁵⁷ ». Mais la procédure étant confidentielle, il est difficile d'en évaluer la portée. Entre une vingtaine et une trentaine de cas sont ainsi traités tous les ans, selon une procédure « diplomatique⁵⁸ ».

D'autres initiatives plus récentes visent au contraire une action publique. La Commission des droits de l'homme a désigné en 1993 un « rapporteur spécial pour la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression ». En 1996, le mandat du rapporteur spécial, M. Abid Hussain (Inde), a été renouvelé pour trois ans⁵⁹. Le rapporteur spécial exerce sa mission en dressant un bilan annuel de la liberté d'expression, mais aussi en faisant des visites sur le terrain dans des pays où la situation lui semble particulièrement sensible. C'est ainsi que M. Hussain a consacré des rapports au Malawi, à la République islamique d'Iran et à la République de Corée, à la Turquie, à la Pologne et au Bélarus⁶⁰. Chaque année, la Commission des droits de l'homme adopte elle-même une résolution sur le droit à la liberté d'opinion et d'expression. Dans sa résolution 1997/22, la Commission « se déclare préoccupée de constater qu'un nombre considérable de personnes sont emprisonnées, ou sont victimes de mesures de détention de longue durée et d'exécutions extrajudiciaires, de persécution et d'intimidation, notamment par un recours abusif aux dispositions législa-

56. Voir *L'affaire Rushdie, dossier d'un différend international*, sous la direction de Sandra Szurek, perspectives internationales du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), n° 13, Montchrestien, 1998.

57. Texte cité, in Patrice Rolland et Paul Tavernier, *Textes sur la protection internationale des droits de l'homme*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », n° 2461, 2^e éd., 1994. Voir Suzanne Bastid, « La mise en œuvre d'un recours concernant les droits de l'homme dans le domaine relevant de la compétence de l'UNESCO », *Mélanges Mosler*, 1983.

58. Indication donnée par Josyane Couratier, lors de la journée d'études de la SFDI (Société française pour le droit international) : *Enseignement du droit international, recherche et pratique*, Paris, Pédone, 1997, p. 85.

59. Résolution 1996/53.

60. Voir ses rapports successifs E/CN.4/1995/32 (Malawi) ; E/CN.4/1996/39, Add. 1 (République de Corée) et Add. 2 (République islamique d'Iran) ; E/CN.4/1997/31 et Add. 1 (Turquie) ; E/CN.4/1998/40 Add. 1 (Bélarus) et Add. 3 (Pologne).

tives concernant la diffamation, ainsi que de menaces, d'actes de violence et de discrimination pour avoir exercé le droit à la liberté d'opinion et d'expression et les droits intrinsèquement liés que sont le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, de réunion pacifique et d'association et le droit de prendre part à la conduite des affaires publiques, et que ces mesures visent en particulier les professionnels de l'information, y compris les journalistes, les rédacteurs, les écrivains, les auteurs, les traducteurs, les éditeurs, les journalistes de la radio et de la télévision, les imprimeurs et les distributeurs ainsi que les personnes qui cherchent à promouvoir les droits proclamés dans la *Déclaration des droits de l'homme* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et à faire connaître à d'autres ces instruments ou qui défendent ces droits et libertés, y compris les membres de la profession juridique et tous ceux qui représentent des personnes exerçant ces droits ».

Cette disposition, même si elle est assez lourde, a le mérite de bien montrer que la liberté d'expression n'est pas le privilège de quelques *happy few*, mais le terreau d'une « culture des droits de l'homme ». C'est parce qu'ils sont les premiers visés que les écrivains et les « défenseurs des droits de l'homme » doivent être particulièrement protégés, de même que les libertés syndicales représentent un rempart pour l'exercice des droits de tous les travailleurs.

Dans le cadre de l'OSCE, la création d'un poste de « représentant de l'OSCE pour la liberté des médias » a été décidée à la fin 1997 par le Conseil permanent⁶¹. C'est M. Freimut Duve, un grand journaliste devenu parlementaire, qui a été désigné à compter de 1998 pour occuper ce poste nouveau pour un mandat de trois ans. S'il n'a pas formellement le titre de « Haut-Commissaire » – à l'instar du Haut-Commissaire de l'OSCE pour les minorités nationales –, le mandat du Représentant fait de lui un ombudsman pour la liberté de la presse. Derrière les « médias », c'est la protection du journaliste, la « liberté du mot » qui est visée, dans « une société libre et ouverte » où « la transparence des systèmes de gouvernement » ne peut être assurée « que par la liberté, l'indépendance et la pluralité des médias ». Son mandat lui donne en particulier une fonction d'« alerte rapide » en cas de violation de la liberté d'expression ou d'entraves à l'activité des journalistes.

61. Décision n° 193, 5 novembre 1997 (PC/DEC/193 in PC/JOUR/137). La décision est accompagnée d'une déclaration interprétative faite par la France, en tant que président du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, au nom d'une trentaine d'États parties à la *Convention européenne des droits de l'homme* qui « réaffirment leur attachement aux dispositions de ladite Convention relatives à la liberté d'expression, y compris la liberté des médias. À leurs yeux, le représentant de l'OSCE pour la liberté des médias devrait également être guidé par ces dispositions dans l'accomplissement de son mandat ». La Suisse, le Bélarus, la Croatie et l'Ukraine n'ont pas souscrit à cette déclaration commune.

Au-delà de tous ces mécanismes visant à sauvegarder la liberté d'expression, la « liberté artistique » nous semble garder un caractère irréductible. Si l'artiste est l'expression d'une société, sa vocation première n'est pas nécessairement de participer au « débat public ». À cet égard, une distinction fondamentale semble avoir été négligée par la jurisprudence entre les œuvres fondées sur la *mémoire*, s'inscrivant dans un débat historique ou politique, et les œuvres relevant de l'*imaginaire*, qu'il s'agisse de fiction littéraire ou d'art visuel. Comme le notait Jean-François Chevrier, professeur à l'École des beaux-arts de Paris, « l'art crée des formes plus que des relations sociales, il transmet des émotions plus que des préceptes moraux. Or les pouvoirs publics demandent de plus en plus aux artistes de “faire du social”, de traiter dans l'imaginaire les problèmes qu'ils sont incapables de résoudre politiquement. L'artiste est invité à produire du lien social...⁶² ».

Le décalage semble ainsi complet entre un art postmoderne qui se cherche de manière parfois gratuite ou narcissique, multipliant les provocations, les ruptures voire les régressions esthétiques, et une conception « harmoniste » du droit, au nom du « progrès dans les affaires du genre humain », où la marge nationale d'appréciation devient le paravent quelque peu hypocrite d'un puritanisme victorien qui n'ose pas dire son nom. Trop souvent le débat semble se réduire à un affrontement entre un art du XXI^e siècle et un droit du XIX^e siècle.

En 1905, Chesterton⁶³ soulignait déjà les contradictions de la société victorienne, lorsqu'il écrivait selon sa manière si paradoxale : « Au XV^e siècle, on mettait un homme à la question parce qu'il prêchait une doctrine immorale ; au XIX^e siècle, nous avons fêté et adulé Oscar Wilde parce qu'il prêchait une doctrine semblable, et puis nous lui avons brisé le cœur aux travaux forcés parce qu'il la mettait en pratique. On peut se demander laquelle des deux méthodes était la plus cruelle, mais il n'y a pas de doute sur celle qui est la plus ridicule...⁶⁴ ».

L'art ne cessera de jouer des tours à la morale. À la relation linéaire à laquelle le droit tend à réduire le « débat public », l'art oppose une contradiction interne dont il est parfois la première victime. À côté de la criminalisation de « droit commun » des artistes propre aux sociétés totalitaires – dans l'Union soviétique de Brejnev, le cinéaste Paradjanov était accusé de trafic d'icônes et condamné à six ans de travaux forcés pour homosexualité – a longtemps répondu le traitement psychiatrique des

62. *Le Monde* (Paris), 10 mars 1998, entretien : « Notre époque appelle un rapprochement entre l'art, l'information et le document. »

63. Gilbert K. Chesterton (1874-1936), romancier et essayiste anglais, maître de l'humour non conformiste, converti au catholicisme.

64. G. K. Chesterton, *Hérétiques*, coll. Idées, Paris, Gallimard, 1979.

sociétés libérales. Ce n'est sans doute pas seulement un hasard si les plus grands artistes suisses ont fini leur vie abandonnés ou enfermés, comme Robert Walser⁶⁵.

Mieux que quiconque Robert Musil a montré toute l'ambiguïté d'un ordre moral dans le domaine artistique, avec un article publié en 1911, à la suite de l'interdiction des *Carnets* de Flaubert par la police berlinoise et intitulé de manière provocatrice « L'obscène et le malsain dans l'art ». Il cherche à y démontrer avec sa froide logique d'ingénieur que « l'art devrait pouvoir non seulement représenter l'immoral et l'abject, mais l'aimer. Ce disant, je présuppose que, du point de vue de la société, l'immoral, l'abject et le malsain existent – ce que nul, raisonnablement, n'ira nier – de plein droit. Mais du coup, il n'existe que trois formes possibles de notre assertion : ou bien l'obscène et le malsain, une fois représentés par un artiste, cessent d'être tels. Ou bien, il faudrait admettre (en faisant abstraction des cas où ils ne sont représentés que pour susciter une réaction, pour être condamnés par exemple, cas d'ailleurs inexistant) que l'amour d'un artiste pour ces aspects du réel ne se confond pas avec ce que l'on exige d'ordinaire de sérieux dans le réel – c'est-à-dire, pour exclure d'emblée toute confusion avec les fumistes et les enthousiastes à lavallière : le sérieux dans l'art. Ou l'obscène et le malsain ont, dans la vie aussi, leurs bons côtés »... Il n'en ajoutait pas moins : « Avec cela, ne nions pas les dangers. Il est des demi-désirs trop faibles pour oser se réaliser dans la vie mais assez forts pour le tenter dans l'art, et il peut y avoir des êtres qui utilisent aussi bien la vie que l'art à cette fin. Mais ce faisant, ou bien ils en subissent l'effet libérateur (...), ou bien on ne peut tout simplement pas parler d'art⁶⁶ ».

65. Robert Walser (1878-1956), romancier suisse de la langue allemande, qui passa les vingt-cinq dernières années de sa vie dans un asile et mourut oublié. De la même manière, il a été révélé récemment que Robert Musil réfugié à Zurich en 1938 après l'Anschluss dut « renoncer à toute activité pouvant porter ombrage aux écrivains suisses », à la demande même de la Société suisse des écrivains. En 1940, la police des étrangers s'inquiétait de la venue d'un autre exilé, James Joyce, qui risquait « de déranger les écrivains nationaux, voire même de leur faire concurrence... » (*Le Monde*, 11 mars 1998).

66. R. Musil, *Essais*, Paris, Seuil, 1978.

LES DROITS CULTURELS PEUVENT-ILS PROTÉGER LE SAVOIR CULTUREL TRADITIONNEL ET LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE* ?

Darrell Addison Posey

1. INTRODUCTION

L'un des principaux buts des droits culturels est de protéger les « biens culturels » de l'humanité tels que l'art, la musique, la danse, les images, les représentations ou exécutions d'œuvres, la littérature orale, l'artisanat et d'autres formes d'expression de sociétés diverses dotées de caractéristiques particulières. À la différence des droits civils et politiques (inscrits dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*) qui sont fondamentalement des droits de l'individu, les droits culturels sont des droits qui peuvent s'exprimer et être exercés à titre à la fois collectif et individuel¹. De fait, au sein des sociétés autochtones et traditionnelles et de nombreuses minorités ethniques, ils ne peuvent être exercés qu'en tant qu'ensembles de droits collectifs. Cela tient au fait qu'une grande partie du savoir et de la « culture » y est conservée (mais est rarement « détenue ») par des collectivités, qu'il s'agisse de communautés entières, de lignées, de

* Le présent article s'inspire de l'« Introduction » au volume spécial du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) intitulé *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity* (Darrell Posey, dir. publ. et auteur principal), Londres, UNEP/Intermediate Technology Press, 2000. Pour information, contacter : Carmen Tavera, UNEP (Biodiversity), Nairobi (<carmen.tavera@unep.org>).

1. Les droits collectifs sont notamment garantis par les instruments internationaux fondamentaux suivants : la *Convention sur la diversité biologique*, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Voir D. A. Posey, *Traditional Resource Rights : International Instruments for Protection and Compensation for Indigenous Peoples and Local Communities*. Genève, UICN (Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources) – Union mondiale pour la nature, 1996.

clans, de générations ou de groupes familiaux, voire d'ascendants ou d'entités spirituelles².

Les droits collectifs ont suscité une opposition de la part de nombreux gouvernements du fait qu'ils apparaissent comme une entrave à la priorité individuelle et au transfert des biens et constituent par conséquent une menace pour des instruments aussi fondamentaux de l'industrie et du commerce internationaux que sont les droits de propriété intellectuelle³. Des problèmes se posent en particulier dans le cas des « biens culturels » présentant une valeur économique en dehors de leur communauté d'origine. Les transactions commerciales portant sur ce type de « biens culturels » soulèvent de difficiles questions de propriété et de représentation légale et peuvent également poser des problèmes en matière de recours, d'action en justice et de réparation (il faut déterminer par quels moyens et en faveur de qui les indemnités doivent être versées ainsi que la forme qu'elles doivent prendre)⁴.

Le savoir autochtone et les ressources génétiques devenus de plus en plus les cibles des activités de recherche-développement mises en œuvre par des entreprises et des scientifiques soucieux de découvrir de nouveaux produits « naturels » (c'est ce que l'on nomme souvent la « bioprospection »)⁵, on s'est préoccupé de définir des moyens de protéger les ressources traditionnelles de toute utilisation et exploitation illicites.

Ces préoccupations tiennent une place centrale dans la *Convention sur la diversité biologique*, qui constitue désormais l'un des principaux cadres internationaux per-

2. D. A. Posey et G. Dutfield, *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 1996, p. 75-92 ; D. A. Posey, *Principles for Sui Generis Options for the Protection of the Traditional Resource Rights of Indigenous and Local Communities*. Document établi pour la table ronde organisée par l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) sur la propriété intellectuelle autochtone à Genève, les 23 et 24 juillet 1998.

3. D. A. Posey et G. Dutfield, *ibidem*.

4. Voir, par exemple, D. Downes, S. Laird, C. Klein, B. Carney, « Biodiversity Prospecting Contracts », dans W. Reid, S. Laird, C. Meyer, R. Gamez, A. Sittenfeld, D. Janzen et C. Juma (dirs publ.), *Biodiversity Prospecting : Using Genetic Resources for Sustainable Development*. World Resource Institute, Washington, D.C., 1993, p. 255-287 ; et J. Sutherland, *National Overview of Policies, Protocols and Legislation Dealing with Indigenous Australians' Intellectual and Cultural Property*, communication présentée lors d'un atelier de la Rainforest Aboriginal Network and Wet Tropics Management Authority, 25-27 novembre 1993 (non publié). L'auteur peut être contacté à l'Australian National University, Department of International Relations, GPO Box 4, Canberra, ACT 2601, Australie.

5. W. Reid, S. Laird, C. Meyer, R. Gamez, A. Sittenfeld, D. Janzen et C. Juma (dir. publ.), *Biodiversity Prospecting : Using Genetic Resources for Sustainable Development*, Washington, D.C., World Resource Institute, 1993.

mettant d'examiner la question de l'application des droits culturels et des droits de la personne humaine à la protection du savoir écologique traditionnel et à la conservation de la diversité biologique⁶. On notera à cet égard que l'article 8 (j) de la Convention recommande que l'on protège « les connaissances, innovations et pratiques » (toutes formes d'expression de la culture) des communautés autochtones et locales « qui incarnent des modes de vie traditionnels ».

La *Convention sur la diversité biologique* a joué un rôle majeur en appelant l'attention sur le potentiel économique de la diversité biologique (ou, sous une forme abrégée, la *biodiversité*) et, parallèlement, sur la contribution importante du savoir et de la culture à la réduction de la durée et des coûts des activités de recherche-développement visant à l'élaboration de nouveaux produits. Ainsi, les aspects économiques de la biodiversité sont désormais étroitement liés aux aspects culturels du savoir et de l'utilisation de la biodiversité par les communautés locales – lesquelles ne jouissent souvent d'aucune garantie en ce qui concerne la protection de leurs ressources traditionnelles ou le dédommagement auquel elles auraient droit lorsque celles-ci sont exploitées.

Un autre grand problème tient au fait que les populations autochtones ont du mal à faire une distinction entre « nature » et « culture ». Pour les populations autochtones, *l'expression culturelle* englobe aussi la « nature » et l'« environnement », puisque tous deux sont des prolongements (ou des manifestations) de la société. Pour de nombreux groupes, la nature, à franchement parler, *est* la société ; ou, ce qui revient au même, la société ne se conçoit pas hors du contexte de la nature. Lorsque, par exemple, les peuples Haudenosaunee (Les six nations) ouvrent et closent leurs rassemblements, ils évoquent « tous nos parents » et saluent ainsi l'ensemble des êtres vivants – et pas seulement les êtres humains. On peut dire qu'ils conçoivent la « biodiversité » comme étant « la famille de tout ce qui vit⁷ ».

6. La *Convention sur la diversité biologique* a été élaborée lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED) qui s'est réunie lors du « Sommet Planète Terre » à Rio de Janeiro, en juin 1992. À ce jour, elle a été signée par plus de 185 pays et représente certainement le principal instrument international dans le cadre duquel examiner les questions concernant les droits de l'homme, les échanges, le développement durable et l'environnement. On trouvera des informations supplémentaires dans D. A. Posey, *Traditional Resource Rights : International Instruments for Protection and Compensation for Indigenous Peoples and Local Communities*, Genève, UICN, Union mondiale pour la nature, 1996, p. 43-56.

7. Lyons, « Perspectives from Indigenous Peoples », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, Londres, UNEP/Intermediate Technology Press, 2000.

Du fait de ce *continuum*, que l'on dénomme parfois la « trame du vivant », les droits de l'homme et les droits culturels classiques sont des instruments tout à fait inadaptés à la protection du savoir écologique traditionnel et des espèces végétales et animales (ainsi que de leur matériel génétique), qui forment, avec les êtres humains, cette trame. En effet, les valeurs spirituelles attachées aux notions de « nature » et de « culture » sont indissociables, ce qui rend impossible toute appropriation par quiconque. De plus en plus, les populations autochtones et les sociétés traditionnelles demandent des systèmes de protection supplémentaires *sui generis*, c'est-à-dire des systèmes différents des dispositifs existants qui seraient spécialement mis au point pour répondre aux exigences de situations pour lesquelles les dispositifs en vigueur n'ont pas été conçus et auxquelles ils n'assurent pas la protection voulue. Ces systèmes *sui generis* leur permettraient de protéger leur patrimoine aussi bien naturel que culturel – individuel et collectif – dans le cadre de l'ensemble holistique de connaissances qui les caractérise. Certains des principes fondamentaux de nouveaux régimes de protection juridique ont déjà été définis dans le domaine culturel, mais d'autres principes font l'objet de recherches actives de la part des populations autochtones elles-mêmes (dans le cadre du *Projet de Déclaration sur les droits des populations autochtones*) ainsi que de la communauté scientifique (l'International Society for Ethnobiology a ainsi établi des « principes de partenariat »).

2. LES POPULATIONS AUTOCHTONES ET LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE

Nombre des régions de la planète où la diversité biologique est très grande sont habitées par des populations autochtones, de sorte qu'il existe ce que la *Déclaration de Belém*⁸ a appelé un « lien inextricable » entre la diversité biologique et la diversité culturelle. De fait, sur les neuf pays qui, ensemble, représentent 60 % des langues parlées par l'homme et que l'on considère donc comme des « centres de diversité culturelle »,

8. La *Déclaration de Belém* a été élaborée en 1988, lors du premier congrès international d'ethnobiologie tenu par l'International Society for Ethnobiology. Elle a souligné les responsabilités des scientifiques et des spécialistes de l'environnement dans la prise en compte des besoins des communautés locales, et a reconnu le rôle fondamental des populations autochtones dans tous les aspects de la planification de l'environnement mondial (voir D. A. Posey et G. Dutfield, *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 1996, p. 2-3).

six se caractérisent également par une extrême diversité biologique puisqu'ils possèdent un nombre exceptionnel d'espèces végétales et animales distinctes⁹.

On estime que les populations autochtones représentent actuellement dans le monde au moins 300 millions de personnes. Elles occupent toute une gamme de zones géographiques allant des régions polaires aux régions désertiques en passant par les savanes et les forêts de la zone tropicale. Le fait qu'entre 4 000 et 5 000 des 6 000 langues parlées dans le monde soient des langues autochtones atteste sans conteste que les populations autochtones représentent l'essentiel de la diversité culturelle mondiale¹⁰.

Mais la richesse linguistique mondiale ne s'exprime pas uniquement dans la diversité des langues. Elle s'exprime aussi en grande partie dans les dialectes de communautés locales et de sociétés traditionnelles – voire dans les variations constatées entre des individus parlant un même dialecte¹¹. En d'autres termes, langues et dialectes constituent le principal instrument de transmission orale et écrite du savoir écologique traditionnel spécialisé et des valeurs locales liées au respect et à la protection de la nature.

Il est évident que l'action de l'homme n'a pas uniquement eu des effets positifs sur l'environnement. La destruction massive et sans précédent de systèmes écologiques entiers, l'extinction d'espèces et la pollution des eaux et de l'atmosphère sont dues à l'avidité de sociétés humaines incontrôlables. La croissance démographique, la surconsommation, le gaspillage et la simple indifférence à l'égard d'autrui contribuent tous à cette situation. Et bien que, pour l'essentiel, cette dévastation latente résulte de l'action des sociétés industrialisées en concurrence sur les marchés mondiaux, un nombre croissant de communautés autochtones, paysannes et locales sont en train d'abandonner des traditions permettant une exploitation durable pour se tourner vers ce type d'activités destructrices.

Nul n'a intérêt à idéaliser les populations autochtones et les sociétés traditionnelles, même celles qui vivent encore en étant proches de la terre et de ses formes de vie. Car, tout comme on a pu inventer le mythe du « bon sauvage écologique » vivant

9. A. T. Durning, *Guardians of the Land : Indigenous Peoples and the Health of the Earth*, Washington, D.C., Worldwatch Paper 112, 1992, p. 6.

10. *Ibidem*.

11. L. Maffi, « Language Diversity : Language and the Environment », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, chapitre 2, Londres, UNEP/Intermediate Technology Press, 2000 ; L. Maffi et T. Skutnabb-Kangas, « Language Maintenance and Revitalisation », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*, chapitre 2 ; D. Harmon, 1995, étude sur la situation des langues dans le monde publiée dans *Ethnologue. Southwest Journal of Linguistics*, 14, p. 1-33.

en « harmonie et en équilibre avec la nature¹² », on peut découvrir des pratiques non viables au sein de ces sociétés. Les populations autochtones elles-mêmes évitent ce genre de mythes¹³. Toutes les sociétés humaines – même les plus traditionnelles – sont, et ont toujours été, en évolution.

Par évolution humaine, il faut entendre adaptation et changement. À mesure que les cultures et les écosystèmes s'adaptent à des conditions différentes, certaines pratiques et coutumes cessent inévitablement d'être applicables et doivent être modifiées en fonction des nouvelles situations.

Mais quels types de sociétés peuvent le mieux réagir face aux taux sans précédent de destruction de l'environnement actuels ? Et de qui doivent émaner les idées, les choix et les technologies susceptibles de restaurer la santé de la planète ?

Assurément, les candidats les plus qualifiés sont les sociétés traditionnelles qui observent de près l'évolution de l'environnement et qui situent leurs sciences, leur philosophie et leur cosmologie dans la perspective du maintien de la diversité des formes de vie et des écosystèmes. Leur savoir écologique traditionnel, ainsi que l'ont appelé les scientifiques, s'incarne dans des symboles, des catégories et des langages qui peuvent nous sembler difficiles à comprendre¹⁴. Mais les expressions pratiques de ce savoir peuvent être observées, analysées et scientifiquement documentées grâce aux études dont ont notamment fait l'objet certains systèmes agricoles et médicaux complexes et éprouvés ainsi que des moyens de conservation efficaces des ressources des zones forestières, montagneuses et aquatiques¹⁵. De fait, les études scientifiques sur le savoir écologique traditionnel sont maintenant suffisamment nombreuses pour convaincre même les plus sceptiques qu'une conservation *in situ* efficace dépend non

12. K. H. Redford, « The Ecologically Noble Savage », *Cultural Survival Quarterly*, 15, p. 46-48 ; K. H. Redford et A. M. Stearman, « Forest-dwelling Native Amazonians and the Conservation of Biodiversity : Interests in Common or in Collision ? », *Conservation Biology*, vol. 7, n° 2, p. 248-255.

13. R. Pierotti et D. R. Wildcat, « Traditional Knowledge, Culturally-based Worldviews and Western Science », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*, chapitre 4.

14. Voir D. A. Posey et G. Dutfield, « Indigenous Peoples and Sustainability », UICN/Union mondiale pour la nature, Gland, Suisse, chapitre 2 ; J. Slikkerveer, « Ethnoscience : TEK and its Application to Conservation », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*, chapitre 4.

15. D. A. Posey et G. Dutfield, *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, p. 21-32.

seulement de l'exploitation des connaissances locales mais également de la possibilité pour les communautés autochtones et locales d'avoir la maîtrise de leurs terres et de leurs ressources¹⁶.

Cette conception se retrouve dans l'article 8 (j) de la *Convention sur la diversité biologique*, aux termes duquel chaque partie contractante :

Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques.

La Convention consacre également l'importance des usages coutumiers pour la conservation de la biodiversité et préconise la protection des « technologies traditionnelles » ainsi qu'un partage équitable des avantages résultant de leur utilisation et de leur application (art. 10 (c) et 18.4). Il s'agit là d'un pas important vers la reconnaissance du savoir écologique traditionnel et de la contribution des populations autochtones et des sociétés traditionnelles à la conservation de la diversité biologique. Malheureusement, lorsque des informations ou des matériels génétiques quittent les sociétés d'où ils sont issus, aucune loi internationale n'existe pour assurer la protection *ex situ* des « connaissances, innovations et pratiques » des communautés autochtones et locales. Un grand nombre de pays ne reconnaissent même pas aux populations autochtones le droit fondamental d'exister – et, *a fortiori*, le droit de disposer d'elles-mêmes, de posséder des terres ou d'avoir la maîtrise de leurs ressources traditionnelles.

La définition de droits des agriculteurs à laquelle travaille depuis vingt ans l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture constitue l'une des rares initiatives visant à reconnaître la contribution des agriculteurs traditionnels à la sécurité alimentaire mondiale. Mais le fondement juridique de ces droits n'est pas encore assez solide et certains pays puissants refusent que soit octroyée la moindre garantie, ce qui rend inopérant le fonds mondial créé pour garantir certaines formes d'indemnisation aux agriculteurs locaux. L'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture a entrepris de réviser son Engagement international sur les ressources

16. J. Slikkerveer, « Ethnoscience, “TEK” and its Application to Conservation », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*, chapitre 4.

phytogénétiques¹⁷ en vue de renforcer ou d'accroître les droits des agriculteurs, mais la voie politique pour parvenir à ces améliorations est pavée d'obstacles et encore incertaine¹⁸.

La *Convention 169* de l'Organisation internationale du travail est le seul instrument ayant force de loi visant spécifiquement à protéger les peuples indigènes et tribaux. La Convention pose clairement les principes de la possession et du contrôle par les communautés des terres qu'elles occupent et des ressources que celles-ci renferment. Ses dispositions ne s'appliquent cependant pas aux nombreux groupes traditionnels et agricoles qui jouent également un rôle essentiel dans la conservation de la diversité des ressources agricoles, médicinales et sauvages. À ce jour, la Convention ne compte que dix signataires et ne constitue guère plus qu'une base de discussion sur les droits des populations autochtones¹⁹.

Une analyse de la législation concernant les droits de propriété intellectuelle débouche sur des conclusions qui ne sont pas plus réjouissantes. Les droits de propriété intellectuelle ont été créés pour protéger les inventions et les inventeurs à titre individuel et non les traditions anciennes et le savoir écologique traditionnel de caractère collectif des communautés autochtones et locales. Même si des droits de propriété intellectuelle étaient garantis à ces communautés, le fait que celles-ci n'aient pas accès au même titre que les autres populations aux brevets, aux droits d'auteur, aux savoir-faire, aux lois relatives aux secrets d'affaires et à une assistance judiciaire, compte tenu des coûts impliqués, les empêcherait en général d'utiliser les procédures d'enregistrement, de contrôle ou de recours aux tribunaux sur la base de ces instruments²⁰. Ceux-ci ne sont pas adaptés à la protection du savoir écologique traditionnel et des ressources des communautés pour les raisons suivantes :

- ils reconnaissent des droits individuels plutôt que des droits collectifs ;
- ils exigent un acte spécifique d'« invention » ;

17. Grain, « Towards a Biodiversity Community Rights Regime », *Seedling*, vol. 12, n° 3, 1995, p. 2-14.

18. PNUE, 1997, *Programme d'action en faveur de la diversité biologique*, décisions de la Troisième réunion de la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique, Buenos Aires, 1996 ; K. Plenderleith, « The Role of Traditional Farmers in Creating and Conserving Agrobiodiversity », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*, chapitre 6.

19. D. A. Posey, *Traditional Resource Rights : International Instruments for Protection and Compensation for Indigenous Peoples and Local Communities*, Genève, UICN/Union mondiale pour la nature, 1996, p. 25-28.

20. G. Dutfield, « Rights, Resources and Responses », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*, chapitre 11.

- ils supposent une conception simplifiée des régimes de propriété ;
- ils encouragent la commercialisation ;
- ils ne reconnaissent que la valeur du marché ;
- ils sont soumis à des puissances et à des manipulations économiques ;
- ils sont difficiles à contrôler et à appliquer ;
- ils sont coûteux, compliqués et exigent beaucoup de temps.

L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de l'Organisation mondiale du commerce (GATT/OMC) ne contient aucune référence explicite au savoir et aux ressources génétiques des sociétés traditionnelles, bien qu'il prévoie la mise au point par les États de systèmes *sui generis* (conçus en fonction de besoins particuliers) de protection des végétaux²¹. Les gouvernements ainsi que des organisations non gouvernementales et des associations s'emploient actuellement vigoureusement à définir le champ que devraient recouvrir de nouveaux régimes types de protection.

La possibilité que cette approche *sui generis* puisse déboucher sur des systèmes véritablement à même de suppléer aux droits de propriété intellectuelle existants suscite cependant un certain scepticisme²². Un faible espoir est né, en revanche, de la décision du Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique* de mettre en œuvre un « processus intersessionnel » dans le but d'évaluer les insuffisances des droits de propriété intellectuelle et d'élaborer des directives et des principes à l'intention des gouvernements qui demandent des conseils sur la législation devant régir les conditions d'accès et de transfert en matière de technologie afin de protéger les communautés traditionnelles²³. La Convention sur la diversité biologique semble pencher en faveur de l'élaboration d'un ou de plusieurs système(s) *sui generis*, qui seraient cependant tout à fait différents de ceux qu'autorise l'instrument de l'Organisation mondiale du commerce.

Cette situation offre à un grand nombre de pays et de populations la possibilité exaltante de prendre part à un débat historique. Jusqu'à présent, les institutions des

21. ADPIC, article 27. (Voir Posey, *Traditional Resource Rights : International Instruments for Protection and Compensation for Indigenous Peoples and Local Communities*, Genève, UICN/Union mondiale pour la nature, 1996, p. 102-103) ; voir également G. Dutfield, « Can the TRIPS Agreement Protect Biological and Cultural Diversity ? », *Biopolicy Paper n° 19*, Nairobi, African Center for Technology Studies, 1997.

22. C. Montecinos, « *Sui Generis – a Dead End Alley* », *Seedling*, vol. 13, n° 4, 1996, p. 19-28.

23. Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique*. *L'impact des régimes de droits de propriété intellectuelle sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et sur le partage équitable des avantages qui en découlent*, UNEP/CDB/COP/3/22 ; PNUE, 1997, *ibidem*.

Nations Unies ont été peu enclines à débattre de « systèmes de protection juridique intégrée » englobant les droits en matière d'environnement et de commerce et les droits de l'homme²⁴, même si le Groupe de travail sur les populations autochtones a fait œuvre de pionnier dans ce domaine²⁵. Toutefois, des instruments tels que la *Convention sur la diversité biologique* et certains arrangements passés entre l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture et l'Organisation mondiale du commerce tendent à faciliter désormais l'organisation de larges consultations entre l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)²⁶, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), l'Organisation internationale du travail (OIT), le Centre des droits de l'homme de Genève et d'autres entités. Il sera nécessaire que tous ces organismes – et bien d'autres encore – fassent preuve de créativité et d'imagination pour venir à bout de la tâche complexe que représente l'élaboration de nouvelles dispositions législatives nationales et internationales qui protègent et renforcent la diversité culturelle et biologique.

Les principes qui sous-tendent les systèmes de protection *sui generis* ont déjà été consacrés dans des conventions internationales telles que la *Convention sur la diversité biologique* et la *Convention 169* de l'Organisation internationale du travail, ainsi que dans d'importants traités concernant les droits de l'homme tels que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Pour les populations autochtones, le *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones* constitue le texte qui définit le mieux les droits et la protection minimaux à assurer. Il a été élaboré pendant près de vingt ans sous la direction de centaines de représentants de populations autochtones travaillant en consultation avec le Groupe de travail des Nations Unies

24. Voir A. E. Boyle et M. R. Anderson (dir. publ.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

25. E. I. Daes, *Study on the Protection of the Cultural and Intellectual Property of Indigenous Peoples*, Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies, Groupe de travail sur les populations autochtones, Genève, Suisse, E/CN. 4/sub. 2/1993/28, 1993.

26. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), conjointement avec le Haut-Commissaire pour les droits de l'homme, a organisé une table ronde sur la propriété intellectuelle autochtone les 23 et 24 juillet 1998, qui marque un tournant dans la politique de l'OMPI, laquelle n'avait pas jusque-là tenu compte des demandes qui lui avaient été adressées d'étudier les aspects liés aux droits de l'homme des régimes de propriété intellectuelle. Pour plus de précisions, s'adresser à Richard Owens, OMPI, Genève.

sur les populations autochtones²⁷. Il a une large portée, il est exhaustif et son élaboration reflète l'un des processus les plus transparents et démocratiques jamais mis en œuvre au sein de l'Organisation des Nations Unies. (Le texte complet figure à l'annexe A.) Les droits énoncés dans le *Projet de Déclaration sur les droits des populations autochtones* sont notamment les suivants :

- Le droit de disposer d'eux-mêmes, d'avoir leurs propres représentants et de participer pleinement à la prise de décisions et à la définition de mesures les concernant.
- Le droit à la reconnaissance des traités et arrangements existants conclus avec des populations autochtones.
- Le droit de choisir leur propre citoyenneté et de définir les obligations qui s'y rattachent.
- Le droit, à titre collectif et individuel, au respect des droits de l'homme.
- Le droit de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en étant protégés de toute intervention ou de tout recrutement à caractère militaire.
- Le droit à la liberté religieuse et à la protection des lieux et objets sacrés, y compris les écosystèmes, la flore et la faune.
- Le droit à la restitution des biens culturels, intellectuels, religieux ou spirituels dont ils ont été dépossédés ou à une indemnisation lorsque des biens de ce type ont été exploités sans leur autorisation.
- Le droit d'exprimer leur consentement librement et en toute connaissance de cause (consentement préalable donné en connaissance de cause).
- Le droit de contrôler l'accès aux espèces végétales, animales et minérales jouant un rôle essentiel dans leurs cultures et d'exercer un droit de propriété à leur égard.
- Le droit de posséder, de mettre en valeur, de gérer et d'utiliser leurs terres et territoires, c'est-à-dire l'ensemble de leur environnement comprenant les terres, l'air, les eaux, fluviales et côtières, la banquise, la flore, la faune et les autres ressources qu'ils possèdent ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement.
- Le droit à des mesures spéciales destinées à leur permettre de contrôler, de développer et de protéger leurs sciences, leurs techniques et les manifestations de leurs cultures, y compris leurs ressources humaines et autres ressources génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des

27. A. Gray, « Voices of the Earth : Introduction », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*, chapitre 3.

propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leurs dessins et modèles, leurs arts visuels et leurs arts du spectacle.

- Le droit à des indemnités justes et équitables dans le cas d'activités ayant des effets néfastes sur les plans écologique, économique, social, culturel ou spirituel.

Bien que ces initiatives positives soient fortement appréciées, elles se heurtent aux forces énormes de l'économie et du marché qui poussent à la mondialisation des échanges. Les critiques adressées à la mondialisation sont nombreuses et concernent notamment deux inconvénients majeurs : (a) une valeur n'est imputée aux informations et aux ressources que lorsqu'elles pénètrent sur les marchés extérieurs ; et (b) les prix ne reflètent pas les coûts environnementaux et sociaux réels des produits. En d'autres termes, les valeurs non monétaires reconnues par les communautés locales ne sont pas prises en compte, alors que l'on sait que la biodiversité locale fournit les éléments essentiels de la survie des populations concernées (alimentation, hébergement, pharmacopée par exemple). Aucune valeur n'est non plus attribuée au savoir et aux ressources des populations autochtones et des sociétés traditionnelles, et on suppose qu'ils peuvent être librement exploités.

Cette approche évoque ce que l'on pourrait appeler le principe de la « *terra nullius* intellectuelle », car elle n'est pas sans rappeler le concept de « terre vierge » qui permettait aux puissances coloniales de déclarer non occupées les terres qu'elles « découvraient » et, par conséquent, de se les approprier²⁸. Des entreprises et des États continuent de défendre ce concept moralement sans fondement, parce qu'il facilite le « biopillage » de certaines variétés de cultures et de la pharmacopée traditionnelle des populations locales, ainsi que d'espèces qui leur sont utiles.

Les scientifiques eux-mêmes ont participé à des incursions de ce type en publiant des données dont ils savent qu'elles seront diffusées dans le domaine public où elles seront glanées par des « bioprospecteurs » à la recherche de produits nouveaux. Ils ont également perpétué le concept de « *terra nullius* intellectuelle » en qualifiant certaines espèces végétales locales utiles de « sauvages » et des écosystèmes entiers de « zones vierges », alors que, dans de nombreux cas, ils savaient que ceux-ci étaient façonnés, gérés et protégés par des populations humaines depuis des millénaires²⁹.

Il est également courant que des scientifiques déclarent des zones « vierges » et des ressources « naturelles » sans même avoir fait la moindre recherche sur leur

28. M. Langton, « Art, Wilderness and *Terra Nullius* », dans *Ecopolitics IX : Perspectives on Indigenous Peoples' Management of Environment Resources*, Darwin, Northern Territory University, 1996, p. 23.

29. *Ibidem*, p. 20-30.

archéologie, leur histoire ou leur gestion par les hommes. C'est ainsi que l'ensemble de la biodiversité en vient à être déclarée « naturelle », qu'elle passe de ce fait dans le domaine public et que l'on dépouille des communautés de tous leurs droits sur leurs ressources traditionnelles.

Il ne faut donc pas s'étonner que des groupes autochtones de la région du Pacifique aient décrété un moratoire suspendant toutes les recherches scientifiques jusqu'à ce que les scientifiques soient en mesure de garantir aux communautés locales la protection de leur savoir traditionnel et de leurs ressources génétiques. Le mouvement à l'origine de ce moratoire a débuté en 1993, avec l'adoption de la *Déclaration de Mataatua*³⁰, qui stipulait (clause 2.8) :

Un moratoire suspendant la poursuite de la commercialisation de plantes médicinales et de matériels génétiques d'origine humaine autochtones doit être décrété jusqu'à ce que les communautés autochtones aient mis sur pied des mécanismes de protection appropriés.

La *Déclaration de Mataatua* a influé à son tour sur la *Déclaration finale de la consultation sur le savoir et les droits de propriété intellectuelle des populations autochtones* tenue en 1995 à Suva (Fidji)³¹ et dont le texte se lit comme suit :

[Nous] demandons l'adoption d'un moratoire sur la prospection des ressources biologiques – ou bioprospection – dans le Pacifique et lançons un appel aux populations autochtones pour qu'elles ne coopèrent pas aux activités de bioprospection, tant que des mécanismes de protection appropriés ne seront pas mis en place ;

- Il convient de définir précisément le terme de bioprospection, afin d'exclure du champ de cette dernière les activités de récolte coutumières des populations autochtones.
- Il convient de faire valoir que la conservation *in situ* par les populations autochtones constitue le meilleur moyen de préserver et de protéger la diversité biologique et le savoir autochtone, et d'encourager sa mise en œuvre par les communautés autochtones et tous les organismes concernés.
- Il convient d'encourager les populations autochtones à préserver et à développer le savoir sur les ressources biologiques locales.

30. D. A. Posey et G. Dutfield, *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 1996, p. 205-208.

31. PCRC (Pacific Concerns Resource Centre), 1995. Actes de l'*Indigenous Peoples' Knowledge and Intellectual Property Rights Consultation*, 24-27 avril, Suva (Fidji), Pacific Concerns Resource Centre, Suva et PNUD/New York, clause 2.

Afin d'apaiser les inquiétudes ainsi exprimées, un grand nombre d'organisations scientifiques et professionnelles sont en train d'élaborer des codes de conduite et des règles d'action applicables dans le cadre des projets réalisés auprès de communautés autochtones et locales dans les domaines de la recherche, de la santé, de l'enseignement et de la conservation³². On doit l'un des textes les plus complets qui aient été rédigés à cet égard à l'International Society of Ethnobiology, qui a entrepris une consultation décennale auprès de populations autochtones et de sociétés traditionnelles ainsi qu'auprès de ses nombreux membres internationaux afin de définir des « principes de partenariat équitables³³ ». Le principal objectif visé était de déterminer les conditions qui permettent à des ethnobiologistes et à des communautés de mener des activités de collaboration et de recherche conjointes reposant sur la confiance, la transparence et la sollicitude mutuelle. Ces principes méritent d'être énoncés dans leur intégralité :

- (a) *Le principe d'autodétermination* : ce principe reconnaît aux populations autochtones un droit à disposer d'elles-mêmes (dans certains cas sur le plan local, en ce qui concerne les communautés traditionnelles et locales) et aux chercheurs le devoir de reconnaître et de respecter, selon que de besoin, ce droit. La culture et la langue sont intrinsèquement liées aux terres et aux territoires, et la diversité culturelle et linguistique est inextricablement liée à la diversité biologique ; par conséquent, le principe d'autodétermination implique : (i) le droit de gérer la terre et le territoire ; (ii) le droit à la protection des lieux sacrés ; (iii) le droit de posséder un savoir et de définir les conditions d'utilisation, de reconnaissance, de protection et d'indemnisation de ce savoir ; (iv) le droit d'accéder aux ressources traditionnelles ; (v) le droit de préserver et de protéger la langue, les symboles et les modes d'expression locaux ; (vi) et le droit de se définir soi-même.
- (b) *Le principe de l'inaliénabilité* : ce principe reconnaît aux populations autochtones et aux communautés locales des droits inaliénables liés à leurs terres, territoires, forêts, pêcheries et autres ressources naturelles

32. Voir D. A. Posey, *Indigenous Peoples and Traditional Resource Rights : a Basis for Equitable Relationship ?*, Oxford, Green College Centre for Environmental Policy and Understanding, 1995 ; A. B. Cunningham, « Ethics, Ethnobiological Research and Biodiversity », Gland, Suisse, WWF/ UNESCO/Kew People and Plants Initiative, Fonds mondial pour la nature, 1993.

33. WGTRR (Working Group on Traditional Resource Rights), « Draft Code of Ethics and Standards of Practice of the International Society of Ethnobiology », *Bulletin of the Working Group on Traditional Resource Rights*, vol. 4, 1997, p. 22-28.

- traditionnels. Ces droits sont à la fois individuels et collectifs, les populations locales choisissant le régime de propriété qu'elles jugent approprié.
- (c) *Le principe de l'incidence minimale* : en vertu de ce principe, les scientifiques et les chercheurs ont le devoir de veiller à ce que leurs recherches et leurs activités aient une incidence minimale sur les communautés locales.
 - (d) *Le principe de la divulgation totale* : en vertu de ce principe, il est important d'informer les populations autochtones, les sociétés traditionnelles et les communautés locales (en des termes qu'elles soient en mesure de comprendre) de la façon dont des recherches vont être effectuées et des informations réunies, ainsi que de l'objectif final de l'utilisation de ces informations et de l'identité de l'utilisateur.
 - (e) *Le principe du consentement préalable en connaissance de cause et du veto* : en vertu de ce principe, le consentement préalable en connaissance de cause de tous les peuples et de leurs communautés doit être obtenu avant d'entreprendre toute recherche. Les populations autochtones, les sociétés traditionnelles et les communautés locales ont le droit d'opposer leur veto à tout programme, projet ou étude les concernant.
 - (f) *Le principe de la confidentialité* : ce principe reconnaît aux populations autochtones, aux sociétés traditionnelles et aux communautés locales le droit de décider à elles seules d'interdire de publication et/ou de garder confidentielle toute information concernant leur culture, leurs traditions, leurs mythes et leurs croyances ; les chercheurs et les autres utilisateurs potentiels d'informations ont le devoir de respecter cette confidentialité. Les populations autochtones et les sociétés traditionnelles ont également le droit à la protection de leur vie privée et à l'anonymat.
 - (g) *Le principe de la participation active* : en vertu de ce principe, la participation active des communautés à toutes les phases d'un projet, de son lancement à son achèvement, revêt une importance capitale.
 - (h) *Le principe du respect* : en vertu de ce principe, les chercheurs occidentaux doivent respecter l'intégrité de la culture et des traditions des populations autochtones et des sociétés traditionnelles ainsi que de leur rapport au monde naturel, et éviter d'appliquer des conceptions et des normes ethnocentriques.
 - (i) *Le principe de la protection active* : en vertu de ce principe, il est important que les chercheurs s'emploient activement à protéger et renforcer le rapport des communautés à leur environnement et favorisent ainsi le maintien de la diversité culturelle et biologique.

- (j) *Le principe de la bonne foi* : en vertu de ce principe, les chercheurs et les autres personnes ayant accès au savoir des populations autochtones, des sociétés traditionnelles et des communautés locales doivent faire preuve, en toutes circonstances, d'une parfaite bonne foi.
- (k) *Le principe du dédommagement* : en vertu de ce principe, les communautés doivent recevoir une rémunération ou une indemnisation équitable et raisonnable au titre de l'accès à leur savoir et à leurs informations ainsi que de leur utilisation.
- (l) *Le principe de la réparation* : en vertu de ce principe, si des recherches ont entraîné des effets néfastes et des perturbations pour des communautés locales, les responsables des recherches doivent procéder à la réparation et à l'indemnisation nécessaires.
- (m) *Le principe de la réciprocité* : en vertu de ce principe, au vu de l'intérêt intrinsèque qu'offre pour la science occidentale et l'humanité en général l'accès au savoir des populations autochtones, des sociétés traditionnelles et des communautés locales, il conviendrait de faire bénéficier ces populations de possibilités comparables en retour.
- (n) *Le principe du partage équitable* : ce principe reconnaît aux communautés le droit d'avoir part aux avantages procurés par les produits ou les publications élaborés grâce aux possibilités d'accès à leur savoir et à l'utilisation de ce dernier, et aux scientifiques et aux chercheurs le devoir de partager équitablement ces avantages avec les populations autochtones.

Les philosophes et les théologiens s'occupant d'environnement³⁴ ont défini des principes comparables. Malheureusement, une grande partie de leur action s'est exprimée dans le cadre de trop rares interventions qui ont eu peu d'impact sur la pratique scientifique ou la politique menée par les pouvoirs publics. Certaines exceptions méritent cependant d'être signalées, en particulier la définition du concept d'« écologie profonde³⁵ », lequel a inspiré le mouvement militant « Earth First » dont le but est de mettre un terme à l'idée anthropocentrique selon laquelle les êtres humains ont le droit de traiter comme ils le veulent les autres formes de vie. Pour les tenants de

34. J. Gollhofer, « Ethical, Moral and Religious Concerns », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, Londres, UNEP/Intermediate Technology Press, 2000, chapitre 10.

35. A. Naess, *Ecology, Community and Lifestyle*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, David Rothenberg (trad.) ; B. Devall, *Simple in Means, Rich in Ends : Practicing Deep Ecology*, Salt Lake City, Gibbs Smith, 1988 ; W. Fox, *Toward a Transpersonal Ecology : Developing New Foundations for Environmentalism*, Boston, Shambhala, 1990 ; G. Sessions (dir. publ.), *Deep Ecology for the 21st Century*, Boston, Shambhala, 1995.

l'écologie profonde, l'idée démesurée de demander aux gens de « devenir responsables » de l'environnement doit faire place à une invitation à prendre conscience de la profondeur des relations écologiques existantes³⁶. Cette conception implique que l'on privilégie désormais les *valeurs intrinsèques* (celles que possèdent toutes les formes de vie, qu'elles soient utiles ou non à l'être humain) par rapport aux *valeurs instrumentales* (les valeurs de la biodiversité considérées du point de vue de leur utilité pour l'être humain) – ce qui n'est pas une tâche facile dans un univers dominé par l'économie et le commerce mondial.

L'« écoféminisme », pour sa part, a montré comment l'inégalité des rapports de forces entre les hommes et les femmes a permis l'établissement d'une distinction entre le « monde naturel » et le « monde spirituel » et, partant, a stimulé l'irrespect à l'égard de la biodiversité et la destruction des écosystèmes³⁷. L'accent placé sur la composante spirituelle de l'existence offre l'immense intérêt de combler le fossé entre les cultures, dans la mesure où les diverses visions du cosmos sont à la base des modèles d'organisation spirituels et conceptuels qu'appliquent les populations autochtones et les sociétés traditionnelles pour intégrer leur société au monde. Ces conceptions cosmiques se fondent sur l'« équilibre sacré » des forces cosmiques qui unissent les êtres humains (hommes et femmes également) à l'ensemble des formes de vie (au sein desquelles elles sont aussi équitablement réparties).

Cette représentation de la vie est proche des concepts de « trame du vivant » ou d'« arbre de vie » qui tiennent une place fondamentale dans la plupart des religions mondiales. Nombreux sont les cultes religieux qui ont du mal à épouser ou réinterpréter les doctrines mêmes sur lesquelles ils se fondent dans un monde moderne arraché à ses traditions anciennes et jeté dans les révolutions du matérialisme, de la consommation, de la mondialisation des échanges et des communications mondiales instantanées³⁸. Certains s'y sont cependant efforcés, dans l'« esprit » de la réunion

36. Golliher, *ibidem*.

37. R. R. Ruether, *Gaia and God : An Ecofeminist Theology of Earth Healing*, San Francisco, Harper, 1992 ; R. R. Ruether, « Ecofeminism : Domination, Healing and World Views », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*, chapitre 10 ; C. Adams (dir. publ.), « *Ecofeminism and the Sacred* », New York, Continuum, 1993 ; M. Mies et V. Shiva, *Ecofeminism*, Londres, Zed Books, 1993 ; J. Plaskow et C. Chirst (dir. publ.), *Weaving the Visions : New Patterns in Feminist Spirituality*, San Francisco, Harper and Row, 1989 ; A. Primavesi, *From Apocalypse to Genesis, Ecology, Feminism and Christianity*, Minneapolis, Fortress Press, 1991.

38. Golliher, *ibidem* ; T. Jensen, « Forming the "Alliance of Religions and Conservation" », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*

d'Assise, qui a invité à l'introspection en vue de définir des moyens de « régénérer » les grands cultes religieux et au dialogue interreligieux³⁹. Aucune de ces approches ne s'est révélée facile, mais la seconde présente des difficultés particulières du fait des tendances de chaque religion à enseigner et à prêcher la vérité en se situant dans une perspective moniste.

Nombreux sont ceux qui ont abandonné le monde austère des religions en faveur d'une « éthique » plus pratique de la terre, de la diversité biologique et de l'environnement. Leur mouvement s'inspire des idées d'Aldo Leopold concernant l'« éthique de la terre » et la « citoyenneté environnementale⁴⁰ ». Callicott⁴¹ affirme la *nécessité* d'une éthique planétaire qui se fonderait sur le respect de la diversité des cultures et des écosystèmes. Il est possible que cette « nécessité » ne soit pas que le fruit de la psychologie et de la réflexion morale de l'homme, mais soit, au contraire, profondément ancrée dans l'esprit et le psychisme. Roszak⁴² croit que la crise environnementale tire son origine des très fortes « perturbations » infligées à la trame du vivant considérée comme un élément de la conscience humaine.

De fait, l'un des préceptes fondamentaux de l'écologie est que la perturbation d'un seul élément d'un écosystème se répercute sur chaque élément individuellement, et sur l'ensemble du système⁴³. Il est difficile de dire dans quelle mesure l'*Homo sapiens* est éprouvé par la diminution générale de la diversité biologique et culturelle, mais ce qui est certain, c'est que les communautés autochtones, traditionnelles et locales sont conscientes des effets néfastes du phénomène sur le plan local – et qu'elles expriment leur inquiétude à cet égard par des moyens culturels et spirituels parce qu'elles sont convaincues du caractère profond des perturbations constatées.

39. M. Palmer, « Forming the “Alliance of Religions and Conservation” », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*.

40. A. Leopold, *A Sand County Almanac and Sketches Here and There*, New York, Oxford University Press, 1949.

41. J. B. Callicott, dans *Defense of the Land Ethic : Essays in Environmental Philosophy*, Albany, State University of New York Press, 1989.

42. T. Roszak, *The Voice of the Earth*, New York, Simon et Schuster, 1992.

43. F. Capra, « Reconnecting with the Web of Life : Deep Ecology, Ethics and Ecological Literacy », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*

3. CONCLUSION

Pour les populations autochtones, la « nature » et la « culture » sont inextricablement liées, toutes les formes de vie étant reliées au sein d'un même réseau. Dans ce contexte, les instruments de protection des droits culturels ne se prêtent pas, dans de nombreux cas, à la protection de la « nature », de même que le droit de l'environnement n'est pas adapté à la protection du savoir écologique traditionnel et des ressources génétiques. L'intérêt accru des entreprises commerciales pour la diversité biologique et le savoir traditionnel laisse présager des problèmes encore plus importants, puisque les « composantes » ou « produits » de la diversité biologique sont souvent détenus collectivement et de manière inaliénable – et sont totalement indissociables de la trame du vivant et de la culture. Les discussions à l'échelon mondial sur les droits de propriété intellectuelle ont donné une acuité nouvelle à ces questions et amené les populations autochtones à décréter un moratoire sur les activités de recherche et de prospection biologique futures, en attendant que des mécanismes de protection et d'indemnisation appropriés soient mis en place.

La *Convention sur la diversité biologique* reconnaît que les communautés autochtones et locales jouent un rôle fondamental dans la conservation *in situ* de la diversité biologique. Il convient donc de créer des mécanismes qui renforcent le savoir écologique traditionnel et contribuent à la pérennité des communautés locales.

Il est généralement admis que les droits de propriété intellectuelle ne peuvent, du fait qu'ils sont inadaptés et insuffisants, assurer ce renforcement et cette protection. De même, bien que certains principes en matière de protection et d'indemnisation soient inscrits dans les instruments de protection des droits de l'homme et des droits culturels, ces textes n'énoncent pas l'ensemble des principes à respecter. L'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et l'Organisation internationale du travail (OIT) continuent de travailler à l'élaboration de nouveaux systèmes juridiques permettant de protéger les ressources traditionnelles et autochtones, mais il apparaît de plus en plus clairement qu'il est nécessaire de mettre au point des systèmes d'un type entièrement nouveau, ou *sui generis*, si l'on veut refléter le caractère holistique des cultures autochtones.

Autrement dit, on ne saurait avoir recours à des solutions d'urgence pour mettre un terme à la destruction de la diversité biologique et culturelle. La leçon inquiétante qu'il faut tirer de ce qui précède est que ni des artifices technologiques ni des mesures politiques à court terme ne peuvent résoudre la crise de l'environnement mondial. Pour reprendre les termes d'Élan Noir,

C'est l'histoire de toute la vie, qui est sacrée et qu'il faut raconter, cette vie que nous autres les humains partageons avec les animaux qui marchent autour de

nous et qui volent dans le ciel, et avec tout ce qui est vert ; car nous sommes tous les enfants d'une même mère et notre père est un seul esprit⁴⁴.

Pour que la société industrielle inverse les cycles de destruction qu'elle a imposés à la planète, elle devra inventer une « écologie » suffisamment puissante pour contrebalancer la déforestation, l'érosion des sols, l'extinction d'espèces et la pollution, ainsi que des « méthodes d'utilisation durable » susceptibles d'aller de pair avec la croissance des échanges et l'augmentation de la consommation, et aussi, bien sûr, une « éthique de l'environnement mondial » que ne puissent bafouer les puissantes institutions économiques. La tâche peut paraître impossible – mais il existe certains moyens d'action.

Nous pourrions par exemple réapprendre l'écologie et les principes du développement durable que notre société a oubliés (et assumer les responsabilités qu'impliquent ces connaissances, ainsi que nous le rappelle le post-scriptum ci-après). On peut y parvenir en étant à l'écoute des nombreux peuples de la planète qui savent encore à quelle époque les oiseaux nichent, les poissons migrent et les fourmis creusent leurs galeries et à quel moment apparaissent les pattes des têtards, se produit l'érosion des sols et a lieu la germination des plantes rares – et dont la vision cosmique traduit une conception écologique et éthique de la durée. Mais être à l'écoute ne suffit pas. Nous devons reconnaître la validité de leurs droits fondamentaux sur leurs terres, leur territoire, leur savoir et leurs ressources traditionnelles. Et nous devons trouver comment les valeurs culturelles et spirituelles associées à la diversité biologique peuvent faire obstacle à des mesures économiques et utilitaires. Il sera très certainement nécessaire de définir à cette fin des options *sui generis* spécialement conçues pour protéger et renforcer le caractère singulier et holistique des systèmes associant nature et culture des communautés autochtones et locales. Les populations autochtones nous ont appris ce qu'était la trame du vivant et, forts de cette connaissance, nous avons désormais pour mission d'arrêter la destruction de la diversité biologique et culturelle. Si nous y parvenons, nous contribuerons indéniablement à la mise en œuvre de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, laquelle constitue depuis cinquante ans le fondement des droits et des aspirations des individus et des peuples du monde entier.

44. Neihardt, *Balck Elk Speaks*, Washington Square Press, 1959 ; D. Suzuki, « Finding a New Story », dans D. A. Posey (dir. publ.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, *op. cit.*, chapitre 3.

4. POST-SCRIPTUM : LES RESPONSABILITÉS QUI DÉCOULENT DU SAVOIR

L'*Homo sapiens* en tant qu'espèce a été ainsi nommé en raison de son niveau de connaissance, lequel est à la fois un bienfait et une malédiction. Le fait de savoir donne un pouvoir considérable, mais les responsabilités liées à cette connaissance représentent un terrible fardeau. Trop souvent, la science est aujourd'hui obsédée par l'acquisition de données mais a oublié pourquoi elle s'emploie à les rassembler. Les clans aborigènes Kombumerri-Munaljahlai d'Australie racontent à ce sujet l'histoire du « brillant garçon » qui est résolu à étudier un « scarabée de Noël » mais qui découvre que, pour ce faire, il doit entrer dans la peau du scarabée et supporter les outrages que d'autres brillants garçons infligent à la nature et à tout ce qui n'appartient pas au monde des humains.

LE SCARABÉE DE NOËL ET LE BRILLANT GARÇON⁴⁵

« Pourquoi ? » dit la cigale au brillant garçon, « pourquoi poses-tu cette question ?

— Pourquoi je la pose ? C'est parce que j'ai envie de savoir !...

— Tu as envie de savoir ! Est-ce la seule raison ?

— Oui ! Quel mal y a-t-il à ça ? Je n'ai pas besoin d'autre raison... je veux savoir ce que c'est que d'être un scarabée de Noël, et c'est tout. Quand j'ai envie de savoir quelque chose, j'essaie de faire en sorte d'y parvenir !

— Y parvenir ?... Suppose que tu arrives à découvrir ce que c'est que d'être un scarabée de Noël. Et alors, une fois que tu y seras parvenu, à quoi cela va te servir ?

— À quoi ça va me servir... eh bien, à rien, je veux juste savoir... et peut-être que, plus tard, ce que j'aurai appris me servira.

— Peut-être que ça te servira... Ce n'est pas sûr.

— Mais si !

— Bon, mais ce n'est pas parce que tu auras appris quelque chose de nouveau que tu sauras ce que tu vas en faire... Tu penses que cela pourra peut-être te servir plus tard... d'accord..., mais, dis-moi, en attendant, que vas-tu faire de ce nouveau savoir ?

— Ce que je vais en faire... Eh bien, je vais juste le conserver dans ma tête !

— Le conserver dans ta tête... Tu crois ?

— Je n'aime pas la manière dont tu dis ça... Quel mal y a-t-il à le conserver dans sa tête ?

45. C. Morris, Kombumerri/Munaljahlai Clans, 1996.

— Sais-tu que chaque nouvelle information qui parvient à ta conscience occupe un certain espace ?

— Oui, ça semble logique, et le cerveau peut contenir d'énormes quantités d'information, tout comme un ordinateur !

— Oui..., c'est-à-dire, s'il a un endroit où stocker ces informations !

— Qu'est-ce que tu veux dire par endroits ?

— Eh bien, les connaissances que tu as acquises jusqu'ici dans ta vie ont été classées dans ta mémoire en fonction de catégories d'informations ou de critères préexistants... Par exemple, tu peux apprendre le nom de toutes les équipes de football de la Côte Est, ou bien le nom scientifique de toutes les plantes d'une région particulière ; mais, quand tu vas commencer à apprendre ce que c'est que d'être un scarabée de Noël, tu vas découvrir que tu n'as aucune catégorie prédéfinie dans ton cerveau où classer ton nouveau savoir parce que tu n'auras jamais eu auparavant l'occasion d'acquérir des connaissances de ce type... La question que je me pose est la suivante : Est-il naturel que le brillant garçon que tu es souhaite devenir un scarabée de Noël ? ou bien demandes-tu en fait quelque chose qui dépasse tes possibilités physiologiques d'acquisition de connaissances ; ce que je veux dire, c'est que tu peux conserver ton nouveau savoir dans des parties de ta mémoire où il te semble normal de le conserver, mais tu découvriras rapidement qu'il n'y est pas à sa place et qu'il se signalera à nouveau à ta conscience et demandera à être conservé ailleurs, tout comme le signal qui avertit, sur un ordinateur, de l'arrivée d'un message et interrompt le travail en cours ; il passe avant tout le reste et exige une réponse, comme le téléphone. Alors, tu vois, si tu ne possèdes pas le savoir préalable nécessaire – c'est-à-dire une catégorie de connaissance ou des informations liées à une expérience antérieure auxquelles tu puisses rattacher ton nouveau savoir – celui-ci se signalera encore et encore à ta conscience et, si tu n'y prends pas garde, cela te rendra fou ou te distraira de ce que tu seras en train de faire au point de risquer de provoquer un grave accident.

— Un accident !

— Oui ; j'ai peur que tu n'imagines que toutes les connaissances arriveront toujours à s'intégrer quelque part dans ta mémoire de brillant garçon. Là encore, rien ne dit que c'est impossible, mais il faut que tu saches dans quelle catégorie tu vas pouvoir les classer ou quelle porte tu dois pousser dans ton cerveau. Pense un peu au genre de connaissances qu'il te faut acquérir avant que tu puisses avoir la même expérience de la vie qu'un scarabée de Noël. Imagine que tu sois soudain libre de voler. Est-ce que cela changerait ta façon de voir les choses ? Qu'est-ce que tu ressentirais, à ton avis, si tu mesurais soudain cinq centimètres de long et qu'un grand garçon, brillant mais maladroit, se dirige vers toi ? Et s'il lui prenait l'envie de t'attraper et de te mettre dans une bouteille parce qu'il trouve que tu es vraiment beau ? Que se passerait-il alors,

brillant garçon ? Pourrais-tu maîtriser ta peur ? Pourrais-tu supporter le sentiment de ton insignifiance ? Pourrais-tu supporter que ta vie soit entre les mains d'un géant maladroit qui voudrait jouer avec toi ? Alors, brillant garçon, quelles sensations éprouverais-tu face à une telle attaque ? Et comment verrais-tu alors la vie ?

— Je n'ai pas dit que je voulais être un scarabée de Noël. Je voulais juste savoir à quoi ça ressemblait.

— Ah, mon ami, si je te disais à quoi ça ressemble, tu souhaiterais immédiatement mesurer cinq centimètres pour te fondre dans l'environnement afin de pouvoir dissimuler la honte que ferait naître en toi le récit de ce que les brillants garçons du monde entier font à ceux qui sont différents d'eux ! »

Le garçon regarda un instant le scarabée de Noël, puis il l'ôta de sa main et le remit là où il l'avait trouvé.

LE RESPECT DES DROITS CULTURELS DES AUTOCHTONES : LE CAS DE L'AUSTRALIE

Elizabeth Evatt

Les droits culturels des populations autochtones peuvent-ils être protégés comme il convient par des systèmes juridiques qui sont fondés sur la protection de droits individuels et diffèrent nettement des valeurs culturelles indigènes ? Les droits culturels des autochtones doivent-ils être considérés comme un tout homogène et faire l'objet d'un seul ensemble de principes élaborés à cette fin, ou est-il possible de modifier les différentes catégories de protection reconnues dans les systèmes juridiques occidentaux, comme la législation sur le droit d'auteur, pour prendre en compte les intérêts des autochtones et leurs préoccupations ? Le présent chapitre aborde ces problèmes ainsi que les autres questions que posent la reconnaissance et l'application des droits culturels des aborigènes d'Australie. Il portera surtout sur la façon dont la législation australienne a pris en compte ou incorporé les coutumes, traditions et valeurs culturelles des autochtones, ainsi que sur la pertinence des instruments internationaux de protection des droits de l'homme et d'autres textes normatifs à cet égard¹.

À la lumière de l'expérience australienne, il apparaît que si le système juridique a pu incorporer certains éléments des valeurs culturelles des autochtones, en particulier par la reconnaissance des titres des aborigènes sur les terres, peu de changements ont été apportés aux règles fondamentales du droit de la propriété intellectuelle. En l'absence d'un principe général de reconnaissance des valeurs culturelles des autochtones, les communautés aborigènes peuvent à bon droit faire valoir que leur culture n'est pas suffisamment protégée.

Toutefois, la présente étude ne prétend pas parler au nom des communautés autochtones et présente leurs revendications sous une forme qu'elles jugeraient

1. L'auteur tient à mentionner la part prise par Tony Simpson et Vanessa Jackson dans l'élaboration des idées développées dans la présente étude.

peut-être inacceptable. Elle a été écrite par une juriste de formation occidentale qui s'interroge, de son propre point de vue, sur la façon d'améliorer la protection que le système juridique peut apporter à des valeurs importantes pour les communautés autochtones et sur les corrections ou compromis qui peuvent être nécessaires à cette fin.

1. PROBLÈMES DE DÉFINITION DES DROITS CULTURELS DES AUTOCHTONES

Il n'est pas facile de définir ce que sont les populations autochtones, et nombre de groupes ne se prêtent pas à une définition². Quelle que soit la définition qu'on en donne, l'élément essentiel est le concept de « revendication de la qualité d'autochtone ». Le *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones* prévoit le droit de revendiquer sa qualité d'autochtone et d'être reconnu en tant que tel³.

Il n'est pas facile non plus de définir la « culture autochtone » et les « droits culturels des autochtones ». Le concept de « culture » peut aussi bien désigner le mode de vie d'une communauté donnée que des manifestations ou expressions culturelles particulières telles que des œuvres d'art ou des chants. Le droit est lui-même un aspect de la culture. Il protège aussi la culture de nombreuses façons, notamment en promouvant la liberté d'expression et de religion et en protégeant le droit d'auteur ainsi que les dessins. Le champ des droits culturels que les autochtones cherchent à faire protéger est très vaste et n'entre pas dans les catégories de protection classiques. Par exemple, Mme Daes se sert de l'expression « patrimoine des peuples autochtones » pour désigner tout un éventail de biens intellectuels et culturels. Elle le définit en ces termes :

Le patrimoine des peuples autochtones se compose de tous les objets, sites et connaissances dont la nature ou l'utilisation a été transmise de génération en génération et qui sont considérés comme appartenant à un peuple, à un clan ou à un territoire particulier. Le patrimoine d'un peuple autochtone comprend aussi les objets, les connaissances et les œuvres littéraires ou artistiques susceptibles d'être créés à l'avenir à partir de son patrimoine (par. 11).

Le patrimoine des peuples autochtones comprend tous les biens culturels meubles tels que définis par les conventions pertinentes de l'UNESCO ; toutes les

2. Cette question n'est pas l'objet de la présente étude. Voir l'« Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones » du Rapporteur spécial J. Martinez Cobo (E/CN. 4/Sub. 2/1986/7).

3. E/CN. 4/Sub. 2/1994/2/Add. 1 (1994), article 8.

formes d'œuvres littéraires et artistiques dans les domaines de la musique, de la danse, des chants, des cérémonies, ainsi que des symboles et graphismes, des narrations et de la poésie ; toutes les formes de connaissances scientifiques, agricoles, techniques et écologiques, y compris les cultigènes, les médicaments et l'utilisation rationnelle de la flore et de la faune ; les restes humains ; les biens culturels immeubles dont les sites sacrés, les sites d'importance historique et les lieux de sépulture ; les enregistrements issus du patrimoine des populations autochtones sous forme de films, de photographies, de vidéocassettes ou d'audiocassettes (par. 12)⁴.

Dans la présente étude, on utilise à la fois « patrimoine autochtone », « biens culturels et intellectuels autochtones » et « propriété intellectuelle » pour désigner les aspects de la culture que les peuples autochtones cherchent à placer sous la protection de la loi. « Les droits culturels des autochtones » désignent les droits des peuples autochtones sur leurs biens culturels et intellectuels.

2. **PROBLÈMES FONDAMENTAUX QUE POSE LE RESPECT DES DROITS CULTURELS**

Les requêtes présentées par les peuples autochtones pour protéger leurs intérêts relatifs à des terres, des sites ou des objets sacrés, à des activités coutumières et traditionnelles, à des biens culturels et intellectuels, à leur religion et à leur spiritualité, n'émanent généralement pas d'individus et visent très souvent à protéger le mode de vie d'une communauté entière. Il est essentiel que ces requêtes soient entendues pour que les populations autochtones puissent jouir des droits de l'homme et de leur dignité⁵. Le cadre conceptuel que propose Mme Daes pour la protection du patrimoine des peuples autochtones oblige à considérer celui-ci comme un tout qui appartient à l'ensemble d'une communauté – même si les responsabilités en la matière sont à la fois collectives et individuelles – et dont la communauté jouit en permanence, sans aliénation.

Surtout, les demandes de protection des droits culturels ne sont qu'une manifestation de la revendication fondamentale, celle du droit à disposer de soi-même (à l'intérieur de l'entité politique que constitue l'État) et de la reconnaissance des intérêts

4. Erica-Irene Daes, Rapporteur spécial de la Sous-Commission, « Principes et directives pour la protection du patrimoine des populations autochtones ». On en trouvera le texte à l'annexe B.

5. *Ibidem*, Principe 4.

des peuples autochtones s'agissant de leurs terres traditionnelles. « La protection des biens culturels et intellectuels va de pair avec l'exercice par les peuples autochtones de leurs droits territoriaux et de leur droit à disposer d'eux-mêmes⁶. »

Si ces aspirations étaient satisfaites, les autochtones obtiendraient un certain droit de regard sur leur patrimoine culturel. En l'absence d'autonomie et d'un droit de regard effectif, les mesures de protection dont ils bénéficient ne sont qu'imparfaites.

Ce qui contribue aussi à cette situation, c'est que les systèmes juridiques occidentaux et la plupart des instruments de défense des droits de l'homme protègent les droits des individus alors que les revendications des autochtones en matière de droits culturels ont souvent un fondement communautaire ou collectif puissant. Pour les autochtones, la protection du patrimoine culturel n'est pas nécessairement un droit individuel. De même que seule la communauté est source de langue et de culture, de même l'individu ne peut en général profiter de celles-ci ou les utiliser qu'au sein de la communauté⁷. Ce sont en réalité, qu'on le veuille ou non, des droits collectifs. C'est le droit coutumier qui régit la détention du patrimoine et, traditionnellement, ce que l'on a reçu en dépôt ne saurait être aliéné. L'appropriation d'un bien du patrimoine autochtone, sa destruction ou sa mise en péril ont des effets semblables sur l'ensemble et menacent la survie de la communauté. Cela vaut également pour l'expropriation, l'appropriation de connaissances, l'épuisement des ressources et les mesures d'exploitation économique de toutes sortes. Le patrimoine culturel autochtone n'est pas considéré comme un bien au sens occidental ; il n'est pas aliénable. D'où nombre de malentendus chez ceux qui ont l'habitude de considérer la terre, les objets et les idées comme des biens commercialisables que possèdent des particuliers et dont ils disposent. Les lois qui traitent séparément et de façon distincte les diverses manifestations de la culture et qui sont conçues en vue de l'exploitation commerciale des formes d'expression culturelle plutôt que de la protection de la culture en tant que telle sont par principe inacceptables pour les communautés autochtones.

La définition des valeurs culturelles en question pose aussi d'autres problèmes. Comment procéder et qui doit s'en charger ? Quel lien y a-t-il entre la communauté et l'individu, et comment faire quand une communauté ou un groupe revendique des droits culturels collectifs qui risquent d'aller à l'encontre des droits qu'a un individu en tant que membre du groupe ou de la société dans son ensemble ? L'individu a-t-il la liberté de choisir et le droit de ne pas être privé de la jouissance culturelle (le droit de

6. Erica-Irene Daes, *Protection du patrimoine des populations autochtones*, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Genève, 1997, paragraphe 4.

7. Ce que reconnaît dans une certaine mesure l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, voir ci-après.

« prendre part librement à la vie culturelle ») ? Un problème tout aussi difficile se pose quand une personne fait valoir des droits opposés à ceux du groupe. À quel droit faut-il donner la préséance ? Les réponses que le droit occidental donne à cette question tendent jusqu'à présent à donner davantage de poids aux droits fondamentaux de l'individu⁸. Mais quels droits sont fondamentaux dans ce contexte ?

Ce qui compte également, c'est que la jouissance par les autochtones de leurs droits culturels n'exige pas seulement une protection juridique ; il faut aussi que les pouvoirs publics prennent des mesures actives pour soutenir et développer la culture aborigène, notamment son patrimoine, et en rendre la transmission possible. Une aide de ce type et l'affectation de ressources (par exemple pour préserver la langue, pour assurer l'éducation et pour permettre la restauration et la protection d'objets culturels) peuvent avoir, pour la protection durable du patrimoine, autant voire davantage d'importance que des lois ou des procédures qui parent aux menaces immédiates. En ce sens, il faut, pour faire appliquer les droits culturels, des décisions complexes sur l'affectation des ressources et les priorités et une idée claire des normes minimales à appliquer⁹.

En ce qui concerne les droits des autochtones, le principal document est le *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones* de 1994¹⁰. Le Projet de Déclaration met au premier rang des droits des peuples autochtones le droit de disposer d'eux-mêmes mais il prévoit aussi le droit d'utiliser et de mettre en valeur les terres et les ressources (art. 26) et la participation à la prise de décision. Il stipule le droit des peuples autochtones « d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes », à maintenir leurs traditions religieuses et spirituelles et à faire renaître et utiliser leur langue, leur histoire et leurs traditions¹¹. « Les

8. Voir ALRC 31, *Recognition of Aboriginal Customary Law*, ALRC [Australian Law Reform Commission], rapport n° 31, 1986 ; *Lovelace v. Canada*, 24/1977, Comité des droits de l'homme, 30. 7. 1981, Sélection de décisions prises en vertu du Protocole facultatif, p. 83, [autre référence : Rapport annuel du Comité des droits de l'homme 1981, A/36/40 p. 166].

9. Voir le débat sur l'élaboration d'un protocole facultatif au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et à la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*.

10. Le Projet de Déclaration a d'abord été rédigé par un Groupe de travail sur les populations autochtones créé au sein de la Sous-Commission, en consultation avec des organisations non gouvernementales de peuples autochtones. C'est Mme Daes qui est présidente du Groupe de travail. Le projet fait actuellement l'objet d'un examen à la Sous-Commission et il faudra encore quelques années avant qu'un projet définitif ne puisse être adopté par la Commission puis, en fin de compte, par l'Assemblée générale.

11. *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones*, articles 12, 13 et 14.

peuples autochtones ont droit à ce que la pleine propriété de leurs biens culturels et intellectuels leur soit reconnue ainsi que le droit d'en assurer le contrôle et la protection » (art. 29).

3. CONCEPTIONS AUSTRALIENNES DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE CULTUREL

On étudiera ici les réponses apportées par le système juridique australien aux revendications des peuples autochtones portant sur la reconnaissance et la protection de leurs droits et intérêts relatifs à leurs terres, objets et sites sacrés traditionnels ainsi que de leurs savoirs secrets en cette matière. On notera que la revendication de sa propre qualité et l'acceptation par la communauté aborigène sont à la base de la définition de l'aborigène¹². Les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres sont considérés comme des peuples autochtones.

L'occupation de l'Australie par des Européens a eu un effet catastrophique sur la culture et l'identité des aborigènes. Son impact n'a pas été également réparti. Certains aborigènes sont restés au contact de leurs terres traditionnelles. D'autres en ont été chassés, se sont trouvés dispersés et séparés les uns des autres, ce qui a entraîné la disparition des familles, des langues et des cultures ainsi qu'une érosion des liens traditionnels avec le sol. Les aborigènes souffrent depuis longtemps de nombreux handicaps dans un pays où la majorité de la population jouit d'un niveau de vie élevé.

Depuis quelques années, toutefois, les aborigènes réaffirment leur identité culturelle. Cette revendication, associée à la reconnaissance, pour certains groupes autochtones, de leurs titres et droits fonciers sur leurs terres traditionnelles, contribue à la renaissance du sentiment d'identité et de dignité chez ces populations. Les descendants des colons ont réagi en s'intéressant davantage aux richesses de la culture aborigène traditionnelle et à son enracinement profond dans cette terre ainsi qu'en manifestant le désir de réparer les injustices du passé. De nombreuses modifications ont donc été apportées à la législation et aux politiques suivies (reconnaissance des titres

12. On en trouve un exemple dans la loi de la Nouvelle-Galles du Sud (un des États qui constituent la Fédération australienne) de 1983 sur les droits fonciers des aborigènes. Cette loi prévoit que par « aborigène » on entend une personne qui appartient à la race aborigène d'Australie, revendique sa qualité d'aborigène et est acceptée en tant que telle par la communauté aborigène. En 1998, un juge du Tribunal fédéral a pris en compte les antécédents familiaux, la qualité revendiquée et la reconnaissance par la communauté de personnes dont la candidature à un conseil régional de l'Aboriginal and Torres Strait Islander Commission (ATSIC) était contestée.

des aborigènes, restitution du nom d'« Uluru » au site naturel d'« Ayer's Rock », lieu spirituel important pour les aborigènes)¹³. Il est désormais généralement admis qu'il faut reconnaître et protéger la culture autochtone dans toutes ses manifestations, veiller à ce que les autochtones puissent jouir de l'ensemble des droits de l'homme et libertés fondamentales sur la base de l'égalité et à ce que la réconciliation repose sur la reconnaissance véritable de l'égalité des droits et du droit des autochtones à disposer d'eux-mêmes.

DROITS FONCIERS

Dans les années 1970, on s'est de plus en plus écarté des anciennes politiques d'assimilation, et les aborigènes ont revendiqué de plus en plus fermement leur droit à disposer d'eux-mêmes et de leurs droits fonciers. C'est de 1971 que date la première requête déposée par des aborigènes devant les tribunaux pour revendiquer des terres tribales traditionnelles¹⁴. Bien que la demande ait été rejetée, elle a appelé l'attention sur le problème et sur la nécessité de réparer les injustices de la spoliation. Depuis cette décision, la législation et les politiques ont été sensiblement modifiées pour donner effet à cette nouvelle conception.

Quelques années après le verdict de l'affaire *Milirrpum*, le gouvernement australien a mené une enquête sur les droits fonciers des aborigènes¹⁵, et a ensuite promulgué une loi (du Territoire du Nord) sur ce point¹⁶. Cette loi considère recevables les demandes déposées par des aborigènes affirmant avoir des droits et des intérêts sur leurs terres traditionnelles, compte tenu de leurs liens spirituels avec ces territoires. Une disposition spéciale prévoit la protection des sites sacrés, c'est-à-dire des sites qui revêtent une importance spirituelle pour les aborigènes, l'accès des aborigènes à ces sites et la prise en compte des vœux des aborigènes concernant la protection des sites sacrés.

En 1981, les intérêts fonciers des autochtones ont été reconnus par la législation de l'État d'Australie-Méridionale, qui a accordé un vaste territoire aux

13. En outre, le parc national a été confié à la communauté aborigène.

14. *Milirrpum v. Nabalco* (1971), 17 FLR 141, Cour suprême du Territoire du Nord. Critique dans R. D. Lumb, *Aboriginal Land Rights: Judicial Approaches in Perspective*, 1988, 62 ALJ 273.

15. Aboriginal Land Rights Commission (Woodward J), premier rapport 1973, second rapport 1974, AGPS.

16. Loi de 1976 (du Territoire du Nord) sur les droits fonciers des aborigènes (Commonwealth). Cette loi ne s'appliquait qu'au Territoire du Nord, alors administré par le Commonwealth. Depuis, le Territoire du Nord est devenu autonome.

Pitjantjatjara sur la base de leurs droits traditionnels¹⁷. Dans une décision concernant l'application de cette loi, la Haute Cour a reconnu que la restitution des terres aux aborigènes leur permettrait de mieux protéger et préserver leur culture, de rétablir une relation à leur pays qui soit conforme à leur tradition, de s'acquitter de leurs responsabilités traditionnelles et d'acquérir un sentiment d'identité spirituelle, culturelle et sociale ou de le renforcer¹⁸. Les instruments de protection des droits de l'homme et, en particulier, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* ont joué un rôle essentiel dans l'adoption de cette décision. « Bien qu'on l'associe en général dans la pensée occidentale avec les droits de l'individu, le concept de droits de l'homme s'étend aussi aux droits des peuples ainsi qu'à la protection et à la préservation de leur culture¹⁹. » En consacrant les traditions et le droit coutumier des aborigènes, la législation du Territoire du Nord comme celle de l'Australie-Méridionale leur ont donné un important témoignage de reconnaissance.

RECONNAISSANCE DE LA CULTURE ET DU DROIT COUTUMIER

La Commission australienne de réforme du droit (ALRC) a à son tour contribué à faire reconnaître la culture et le droit coutumier des autochtones. Elle a été priée en 1977 d'étudier « s'il serait souhaitable d'appliquer en tout ou en partie aux aborigènes le droit coutumier aborigène soit de façon générale, soit dans des zones particulières, soit uniquement dans le cas des personnes suivant un mode de vie tribal²⁰ ». Les vœux des aborigènes et leur droit d'opter pour un mode de vie conforme à leurs coutumes et à leurs traditions étaient invoqués pour que soit reconnu, au moins partiellement, le droit coutumier aborigène²¹.

Pour s'acquitter de cette mission, la Commission s'est appuyée en particulier sur l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui dispose que « dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

17. Loi de 1981 sur les droits fonciers des Pitjantjatjara (Australie-Méridionale). La législation antérieure instituait une tutelle foncière.

18. *Gerhardy v. Brown*, ALJR, 1985, vol. 59, p. 311, 326, 328, 332, 340.

19. Mason, 326.

20. *The Recognition of Aboriginal Customary Laws*, ALRC 31, 1986 ; la Commission a été saisie en 1977.

21. *Ibidem*, paragraphe 127.

Selon la Commission, si les membres d'un groupe observaient les traditions et le droit coutumier, il fallait voir dans cette pratique un aspect de la culture de ce groupe, et que dans ce cas la reconnaissance du droit coutumier était conforme à l'esprit de l'article 27, qu'elle soit ou non spécifiquement requise²². Cependant, elle n'a pas considéré que l'article 27 justifiait que l'on impose le droit coutumier à quelqu'un dans le cas où cela irait à l'encontre des droits spécifiques énoncés dans le Pacte. « À titre individuel, les membres du groupe doivent être libres de choisir entre les usages ou la culture de la minorité et la protection du droit commun quand leurs propres droits, tels qu'ils sont définis par le Pacte, sont en jeu²³ ». La Commission s'est également demandé s'il serait discriminatoire de reconnaître et d'appliquer des lois coutumières spécifiques aux aborigènes. Elle a conclu que des mesures spéciales de l'espèce envisagée ne seraient pas discriminatoires et n'entraîneraient pas de déni d'égalité à condition qu'il s'agisse de mesures raisonnables répondant à des besoins spéciaux, qu'elles soient de façon générale acceptables pour les communautés et les particuliers concernés et qu'elles n'empêchent pas les aborigènes de jouir de leurs droits fondamentaux ni de saisir la justice.

La Commission a recommandé en 1986 que le droit coutumier des aborigènes soit reconnu dans certaines situations par une procédure qualifiée de « reconnaissance fonctionnelle²⁴ ». Les domaines où certaines formes de reconnaissance ont été recommandées sont notamment les suivants : mariage, enfants, droit pénal, peines prononcées, témoignage, procédure, chasse, pêche et cueillette traditionnelles, justice communautaire. Le droit coutumier aborigène doit également être reconnu dans le domaine de la protection des sites et objets sacrés²⁵.

Bien qu'elles n'aient pas été appliquées telles quelles, les conclusions de la Commission offrent un cadre utile pour l'examen des demandes déposées par des aborigènes en matière de protection du patrimoine et de biens culturels et intellectuels. Selon la Commission, la tradition et le droit coutumier peuvent être reconnus par la loi à certaines fins, notamment pour la protection de la culture, et il convient de respecter les vœux de la communauté tout en préservant les droits des particuliers.

22. *Ibidem*, paragraphes 177, 193 : la nécessité de respecter les droits de l'homme et l'identité culturelle des aborigènes corrobore la nécessité de formes appropriées de reconnaissance du droit coutumier aborigène.

23. *The Recognition of Aboriginal Customary Law*, 1986. Paragraphe 184. Voir affaire Lovelace.

24. *Ibidem*, paragraphe 209.

25. *Ibidem*, paragraphes 77, 78, 467.

RECONNAISSANCE DES TITRES DES AUTOCHTONES EN DROIT COMMUN

S'agissant de la reconnaissance du droit coutumier des aborigènes, un pas très important a été franchi avec une décision invalidant la doctrine qui faisait jusque-là autorité. Dans l'affaire Mabo, la Haute Cour d'Australie a en effet estimé en 1992 que « la *common law* de ce pays reconnaît une forme de titre des autochtones sur les terres qui, sauf s'il y a forclusion, atteste les droits des autochtones sur leurs terres traditionnelles, conformément à leurs lois ou coutumes²⁶ ».

Il apparaissait ainsi que l'application faite auparavant de la doctrine de la *terra nullius* reposait sur une discrimination injuste²⁷. En conférant un statut juridique à la culture et aux coutumes des aborigènes, la décision à laquelle aboutit l'affaire Mabo a représenté pour le système judiciaire australien un changement de direction majeur, puisqu'il reconnaissait désormais l'injustice de lois dont il avait soutenu auparavant le bien-fondé. Certains magistrats de la Haute Cour ont tenu compte, pour prendre cette décision, des principes des droits de l'homme et de l'adhésion de l'Australie aux normes internationales en matière de droits de l'homme. Selon le juge Brennan, par exemple : « Quelles que soient les justifications avancées autrefois pour refuser de reconnaître les droits et intérêts fonciers des autochtones vivant sur des terres colonisées, une doctrine aussi injuste et discriminatoire n'est plus acceptable. À cet égard, les attentes de la communauté internationale concordent avec les valeurs des Australiens d'aujourd'hui²⁸. »

Le juge a noté qu'en adoptant le Protocole facultatif se rapportant au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, l'Australie avait soumis sa *common law* à la forte influence puissante du Pacte et de ses normes, et que le droit international contribuait puissamment et légitimement au développement de la *common law*, en particulier en affirmant l'existence de droits universels. Compte tenu de ces droits, le juge a estimé devoir annuler la doctrine antérieure de la *common law* qui ne reconnaissait pas les droits et intérêts des autochtones. Quand elle repose sur une discrimination injuste en matière de jouissance des droits civils et politiques, une doctrine juridique doit être réexaminée.

26. *Mabo v. Queensland*, 1992, ALJR 408, cité par Mason et McHugh, 410, pour l'essentiel.

27. « Rien ne justifie que l'on applique à l'époque présente des dispositions de la *common law* anglaise qui découlent de cette théorie. » Juge Brennan, p. 421, 429.

28. Juge Brennan, 175 CLR 42 ; 1992 ALJR 422.

LA LOI RELATIVE AUX TITRES DES AUTOCHTONES SUR LES TERRES PROTÈGE LA CULTURE

Quand la Haute Cour eut reconnu que les aborigènes pouvaient se réclamer de titres sur les terres conformément à leur tradition, à condition qu'il n'y ait pas eu forclusion du fait d'initiatives contraires des pouvoirs publics, des textes ont été adoptés pour donner effet à cette décision²⁹. La loi de 1993 relative aux titres des autochtones sur les terres accorde reconnaissance et protection aux titres des autochtones, réglemente les transactions qui peuvent avoir une incidence sur ces titres et crée un tribunal chargé d'examiner, entre autres choses, les demandes relatives aux titres. Elle valide aussi certains actes conclus dans le passé qui auraient pu être invalidés parce qu'ils traitaient les titres des autochtones de façon discriminatoire. En gros, la loi dispose qu'à l'avenir les actes qui ont une incidence sur les titres des autochtones (par exemple l'octroi d'autorisations d'exploitation minière, de prospection ou d'amodiation ou l'acquisition à titre forcé) ne peuvent être conclus valablement que dans la mesure où ils pourraient aussi être conclus s'il s'agissait de nue-propriété et si, le cas échéant, rien n'a été négligé pour obtenir l'accord des autochtones détenteurs du titre par l'exercice d'un « droit de négociation » spécial³⁰.

Ce qui caractérise aussi la loi de 1993, c'est qu'elle légitime les lois coutumières relatives à la terre. Les titres des autochtones sont définis comme les droits et intérêts de communautés, groupes ou individus aborigènes ou insulaires du détroit de Torres sur des terres ou des eaux (a) quand les droits et intérêts sont possédés conformément aux lois traditionnelles reconnues et aux coutumes observées par les aborigènes ou les insulaires du détroit de Torres (b) quand les aborigènes ou les insulaires du détroit de Torres entretiennent, en vertu de ces lois et coutumes, une relation avec lesdites terres ou eaux et (c) quand les droits et intérêts sont reconnus par la *common law* australienne³¹.

AUTRE RECONNAISSANCE DU DROIT COUTUMIER

Le système juridique australien a reconnu ou admis les lois coutumières des aborigènes dans d'autres domaines. Par exemple, en prononçant une sanction, les tribunaux correctionnels ont parfois tenu compte du fait qu'un autochtone reconnu coupable d'un

29. Loi de 1993 relative aux titres des autochtones sur les terres (Commonwealth) (Territoire du Nord).

30. Voir le préambule à la loi de 1993 sur les titres des autochtones (Commonwealth), articles 26, 29 et 35.

31. Loi relative aux titres des autochtones sur les terres (1993) (Commonwealth), article 223.

délict risquait d'avoir à subir un châtement traditionnel dans sa communauté. L'application de ces châtements n'est ni facilitée ni encouragée (elle peut en effet en soi constituer un délit) mais elle est reconnue comme une réalité³². Récemment, un magistrat a estimé qu'en s'emparant d'un appareil de photo et en détruisant la pellicule, un ancien du peuple des Yolngu appliquait la loi coutumière sur une terre tribale. Le photographe avait refusé de verser un dédommagement pour s'être emparé de l'esprit d'un enfant sans permission. Le tribunal a estimé que le défendeur pouvait légitimement prétendre faire respecter sa loi tribale et avoir agi honnêtement et raisonnablement à cette fin. Poursuivi pour voies de fait, il a pu alléguer avoir honnêtement voulu faire valoir un droit³³.

NORMES INTERNATIONALES ET INTÉRÊTS FONCIERS TRADITIONNELS

L'évolution qui s'est produite en Australie depuis une vingtaine d'années et qui a conduit à reconnaître les droits fonciers et les titres des autochtones ainsi que leur culture, leurs traditions et leur droit coutumier a été fortement influencée par les normes internationales, en particulier par la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* et par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. C'est surtout net dans les décisions de la Haute Cour. Dans l'affaire Mabo, la décision s'inspirait des normes des principaux instruments des Nations Unies en matière de droits de l'homme (le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*), en particulier de leurs dispositions sur l'égalité et la non-discrimination.

On trouve des déclarations plus directement liées aux droits des autochtones sur les terres traditionnelles dans le *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones*³⁴. Les articles 25 à 27 demandent que soient reconnus l'importance des terres pour les peuples autochtones, le droit de ceux-ci de posséder, d'occuper et d'exploiter des terres conformément à leurs coutumes et le droit à la restitution de leurs terres traditionnelles. Cet instrument demande aussi que soient pleine-

32. Voir un débat sur ce point dans Shane McGrath, *Aboriginal Law Bulletin*, 1998, vol. 18.

33. SMH 21. 2.98. Affaire Galarrwuy Yunupingu.

34. Voir aussi la *Convention 169* de l'OIT (1989) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants. Elle stipule en son article 13 que les gouvernements des États parties « doivent respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec [leurs] terres ou territoires » ; voir aussi les articles 14, 15, 16 et 17. L'Australie n'est pas partie à cet instrument.

ment reconnus les droits, traditions, etc., des peuples autochtones en ce qui concerne la mise en valeur et la gestion des ressources. Il ressort implicitement des articles 3, 12 et 19 de la Déclaration que le droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes entraîne la reconnaissance du droit coutumier et de la tradition. Même si les résultats obtenus sur le plan législatif risquent d'être loin de ce à quoi aspiraient les aborigènes, il est apparu que la reconnaissance en *common law* des titres des autochtones de même que la loi promulguée à cet égard mettaient l'Australie quasiment à même d'appliquer les grands principes du *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones*³⁵. Les « droits » proposés dans ce projet sont, en un sens, des revendications fondamentales auxquelles on ne saurait répondre directement sans mécanismes complexes d'identification des terres et des groupes intéressés ni sans adaptation et, le cas échéant, indemnisation. La législation sur les titres des autochtones prévoit des solutions précises sur tous ces points. Elle est techniquement complexe mais pose en principe que les titres des autochtones reposent sur le droit traditionnel et la coutume, lesquels sont à leur tour reconnus par la *common law*. C'est peut-être là que l'on trouve la meilleure expression des droits culturels des aborigènes d'Australie.

4. PROTECTION DES SITES, DES OBJETS ET DU PATRIMOINE CULTUREL

Le lien avec la terre a une telle importance qu'il est omniprésent dans toute la culture des aborigènes. Terre, récits, objets et culture forment un tout intégré. La culture, l'histoire et la spiritualité sont associées :

Selon les aborigènes, tout paysage est le domicile de quelqu'un. Les lieux représentés dans l'art aborigène d'orientation traditionnelle sont d'ordinaire le point focal d'émotions religieuses, politiques, familiales et personnelles intenses (...). En dehors des nombreuses significations qu'ils peuvent avoir, les mythes servent souvent à étayer les droits d'un groupe humain sur une terre...³⁶.

Même quand, dans tel ou tel contexte, aucun droit foncier ne peut être revendiqué, les aborigènes cherchent à protéger et à conserver leur accès aux sites et objets sacrés. Le droit australien a reconnu et incorporé la tradition aborigène dans la législation de protection des sites et des objets.

35. Garth Nettheim, « Native Title and International Law », dans Stephenson (dir. publ.), *Mabo : The Native Title Legislation. A Legislative Response to the High Court's Decision*, UQP, 1995, p. 43-44.

36. Peter Sutton (dir. publ.), *Dreamings, the Art of Aboriginal Australia*, New York, Viking, 1988, p. 17 et 18.

Depuis les années 1960, la législation au niveau des États ou du Territoire et au niveau national accorde un degré élevé de protection aux sites, lieux et objets importants pour les aborigènes. Certaines de ces lois visent à protéger les vestiges « trouvés » tels que les objets et les restes humains plutôt que le patrimoine culturel des aborigènes. Dans d'autres cas, la protection est fonction de l'importance que le site ou l'objet revêtent pour les aborigènes. Par exemple, la loi de 1976 sur les droits fonciers des aborigènes (Territoire du Nord) (Commonwealth) prévoit la protection des sites sacrés, c'est-à-dire des sites qui ont une importance spirituelle pour les aborigènes, que ces sites se trouvent sur des terres dont la possession est confirmée par des titres autochtones ou sur des terres susceptibles d'être revendiquées comme telles³⁷. La loi admet donc qu'il y a une affiliation spirituelle entre les aborigènes et certains sites.

En 1981 la Haute Cour a reconnu qu'en raison des responsabilités que le droit traditionnel ou coutumier confère aux aborigènes à l'égard de tel ou tel site, ils avaient qualité pour s'opposer à son exploitation commerciale. Pour le juge Murphy, la culture aborigène devrait être reconnue au même titre que toute autre culture :

La « culture judéo-chrétienne de l'Europe occidentale », dans la mesure où elle existe, ne jouit d'aucun statut privilégié devant nos tribunaux. La culture des aborigènes a droit à tout autant de considération. Si l'existence d'un intérêt culturel ou religieux fondé sur la tradition « judéo-chrétienne de l'Europe occidentale » suffit pour pouvoir ester en justice, celle d'un intérêt culturel ou religieux fondé sur la tradition aborigène suffit elle aussi³⁸.

Par là, le juge admettait, sans toutefois les citer, les principes inscrits dans la *Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale* adoptée par l'UNESCO en 1966. L'actuelle législation en matière de protection des sites sacrés du Territoire du Nord considère comme un délit de profaner des sites sacrés, c'est-à-dire des sites importants selon la tradition aborigène, elle-même définie comme :

L'ensemble des traditions, observances, coutumes et croyances des aborigènes ou d'une communauté ou d'un groupe d'aborigènes, et notamment les traditions, observances, coutumes et croyances qui s'appliquent à des personnes, terres, choses, relations ou sites particuliers³⁹.

Une disposition prévoit aussi l'accès des aborigènes à leurs sites sacrés. L'application de la loi est assurée par un organisme indépendant, appelé l'Autorité, où les aborigènes

37. Article 69.

38. *Onus v. Alcoa*, 1981, vol. 55, ALJR, 631, Murphy, p. 638.

39. La législation en vigueur est la loi de 1989 du Territoire du Nord sur les sites sacrés des aborigènes.

sont en majorité et où hommes et femmes sont en nombre égal. Les sites menacés d'exploitation commerciale ne bénéficient pas d'une protection absolue. L'Autorité fait rapport au ministre sur l'importance des sites et l'ampleur de la menace qui pèse sur eux compte tenu des vœux des aborigènes sur le degré de protection à accorder à ces lieux. Le ministre décide s'il convient de maintenir la protection et doit accepter d'être tenu pour politiquement responsable de toute décision qui privilégie non la protection mais l'exploitation commerciale. La législation nationale ne comporte pas de régime de protection global mais habilite le ministre à prendre des arrêtés de protection de tels ou tels sites et objets auxquels la tradition aborigène accorde de l'importance.

Par « tradition aborigène » on entend l'ensemble des traditions, observances, coutumes et croyances des aborigènes en général ou d'une communauté ou d'un groupe particuliers d'aborigènes, et notamment les traditions, observances, coutumes ou croyances relatives à des personnes, terres, objets, relations ou sites particuliers (art. 3 (1))⁴⁰.

Les aborigènes peuvent invoquer ce dernier recours quand les sites sont menacés d'exploitation commerciale (chantiers de construction, barrages, exploitation minière, exposition ou vente d'objets). Les pouvoirs conférés au ministre sont à la fois vastes et discrétionnaires. Le droit à une déclaration de protection n'existe pas. Les aborigènes n'ont aucune part à la prise de décision, même s'ils peuvent être associés aux processus de médiation. La loi souffre de plusieurs vices de procédure et déficiences qui ont fait l'objet d'un rapport récent au ministre du Commonwealth⁴¹.

Certains sites remarquables du patrimoine des aborigènes ont été protégés grâce à leur inscription sur la Liste du patrimoine national⁴² ; quelques-uns ont été inscrits sur la Liste du patrimoine mondial en raison de leur importance culturelle pour la communauté internationale⁴³.

40. Loi de 1984 sur la protection du patrimoine des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres (Commonwealth), article 4 : la loi couvre les sites et objets revêtant une importance culturelle ou spirituelle avec lesquels les aborigènes et insulaires du détroit de Torres s'identifient étroitement aujourd'hui.

41. E. Evatt, *Report on the Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage Protection Act*, 1984 ; ATSIC, 1986. Des propositions de loi sont à l'étude.

42. En application de la loi de 1975 sur la Commission du patrimoine australien (Commonwealth), article 4 (1A) (g).

43. Parc national de Kakadu, Parc national d'Uluru et Région des lacs Willandra. La loi de 1983 sur la protection des sites du patrimoine mondial (Commonwealth) et le texte d'application de la *Convention de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel*.

Dans l'État de Nouvelle-Galles du Sud, un nouveau modèle de protection du patrimoine culturel autochtone est en voie d'élaboration ; il s'appuie sur les principes du Projet de Déclaration⁴⁴ et accorde un degré élevé d'autonomie en matière de supervision, d'utilisation et de gestion du patrimoine culturel. Il considère que la décision dans ce domaine ne revient qu'à des aborigènes qui sont reconnus par leur communauté comme étant compétents pour prendre de telles décisions et qui sont autorisés à faire valoir le point de vue de leur communauté en matière de patrimoine culturel. Ce modèle prévoit aussi la création d'une commission du patrimoine aborigène au niveau de l'État. Ce serait un organe officiel indépendant uniquement composé d'aborigènes et administré par un conseil dont les membres seraient démocratiquement élus sur la base des circonscriptions territoriales traditionnelles ou « Cultural Country Areas ».

Si cette proposition n'ôte pas aux pouvoirs publics leur faculté de décision en matière de planification et de mise en valeur, elle permet de faire en sorte que ces décisions soient prises dans un cadre culturel adéquat. Pour tout projet d'exploitation commerciale, les pouvoirs publics, l'industrie et les promoteurs privés sont encouragés à voir dans la protection et la gestion du patrimoine culturel des aborigènes non plus une question facultative distincte, mais un élément à prendre en compte pour obtenir le consentement de ceux-ci.

La loi australienne accepte désormais que les valeurs des aborigènes en matière de patrimoine culturel constituent le fondement des dispositions législatives visant à protéger les sites et objets importants. Le débat porte donc maintenant sur les problèmes pratiques que pose le règlement du conflit entre les valeurs traditionnelles des aborigènes et les processus d'exploitation commerciale qui menacent ces valeurs. Le système de notification et de négociation prévu dans certains régimes a souvent permis d'aboutir à des accords et à des compromis. Mais il est arrivé aussi, et ces affaires ont bénéficié d'un large écho, que les aborigènes considèrent que leur culture n'avait pas reçu de protection adéquate⁴⁵.

Quant au respect des droits inscrits dans le Projet de Déclaration, le fait que, dans la législation nationale et dans celle de certains États, les aborigènes n'aient aucune responsabilité dans la gestion et la protection du patrimoine et qu'ils n'y participent pas constitue une insuffisance grave, alors même que, dans la Déclara-

44. À l'heure actuelle, ce modèle existe sous la forme d'un Livre vert (document interne) du gouvernement : *The Future Protection and Management of Aboriginal Cultural Heritage in New South Wales (NSW)*, 1997.

45. Par exemple, en ce qui concerne le lagon de Boobera en Nouvelle-Galles du Sud et l'île de Hindmarsh en Australie-Méridionale.

tion, le droit à disposer de soi-même sous-tend toutes les dispositions. Les nouvelles propositions de l'État de Nouvelle-Galles du Sud donnent à penser qu'il est possible d'accorder un degré élevé d'autonomie en matière de protection du patrimoine autochtone et que cela peut favoriser les autres intérêts plutôt qu'y faire obstacle. Mais aucun régime ne garantit absolument la protection des droits culturels en question. Le problème se posera toujours de savoir quelle sera la meilleure solution à apporter au conflit entre les valeurs culturelles des autochtones et les autres intérêts. L'expérience australienne offre des modèles utiles pour régler ce problème.

RESTITUTION ET PROTECTION D'OBJETS CULTURELS ET DE PRODUCTIONS ARTISANALES

Le Projet de Déclaration prévoit le droit des peuples autochtones à la restitution des biens culturels qui leur ont été pris sans qu'ils y aient consenti librement et en toute connaissance de cause ainsi que le rapatriement des restes humains⁴⁶.

En Australie, les biens culturels ou objets remarquables sont en général protégés par les mêmes lois que celles qui protègent les sites sacrés et les lieux importants. La loi du Commonwealth autorise le ministre à protéger ces objets contre toute profanation, c'est-à-dire contre toute utilisation incompatible avec la tradition aborigène⁴⁷. Mais ce qui intéresse surtout les aborigènes, c'est de récupérer les nombreux objets culturels qui ne sont plus en leur possession et leur ont échappé. Ces objets sont souvent entre des mains privées ou exposés dans des musées publics, dans bien des cas à l'étranger. Le fait que des non-aborigènes possèdent, exposent et utilisent ces objets préoccupe beaucoup les aborigènes. Certains objets ont une signification religieuse et leur possession par des non-aborigènes est contraire aux traditions et aux croyances et peut froisser et blesser profondément les aborigènes.

Le meilleur moyen de protéger les objets est de faire en sorte qu'ils reviennent à leurs possesseurs traditionnels. Les lois du Commonwealth ne prévoient pas la restitution des objets aborigènes importants, sauf les restes humains auxquels les autochtones sont particulièrement attachés. Les dépouilles doivent être signalées et rendues aux aborigènes conformément à la tradition. La législation de l'État de Victoria prévoit l'acquisition à titre forcé de certains objets culturels en vue de leur restitution à leurs possesseurs traditionnels quand ces biens ne peuvent être protégés autrement⁴⁸.

46. Articles 12 et 13 (voir aussi article 29 ; *Convention* de l'OIT, articles 4, 7 et 13).

47. Loi de 1984 sur la protection du patrimoine des aborigènes et insulaires du détroit de Torres.

48. *Ibidem*, article 21 L.

Les politiques suivies tendent de plus en plus à encourager les musées à restituer ces biens⁴⁹, même si le processus est loin d'avoir atteint son terme.

Bien que la loi du Commonwealth ne stipule rien en ce qui concerne la propriété des objets aborigènes importants ni leur restitution à leurs possesseurs traditionnels, elle a été utilisée à cette fin⁵⁰. Dans le cas d'une très importante collection d'objets sacrés et rituels d'Australie centrale, le ministre a signé un décret de protection provisoire pour empêcher leur profanation. Ce décret a été prorogé plusieurs fois. Un médiateur a été nommé aux termes de la loi, et des négociations prolongées ont conduit à la restitution des objets à une organisation d'aborigènes⁵¹. Dans certains cas, le Commonwealth a pris des mesures conservatoires pour protéger des objets qui avaient été exposés dans des salles de vente et a versé ensuite des fonds à des communautés aborigènes pour leur permettre de les racheter⁵².

La loi régit le commerce international des biens culturels meubles importants pour l'Australie et prévoit la restitution des objets illégalement importés en Australie⁵³. Les objets protégés par l'Australie sont notamment liés au patrimoine, à l'archéologie et à l'ethnographie des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres. Certaines communautés d'aborigènes ont pris elles-mêmes l'initiative de négocier avec des musées étrangers et d'autres organismes pour obtenir le rapatriement de biens culturels et de restes humains⁵⁴ ; à titre d'exemple récent, on citera le cas de ce crâne aborigène qui se trouvait au Royaume-Uni et qui a été restitué à l'État d'Australie-Occidentale⁵⁵.

49. En octobre 1993, les ministres du Commonwealth chargés des affaires des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres ont approuvé des principes nationaux de restitution des biens culturels des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres. Le Council of Australian Museums (Conseil des musées australiens) a adopté en 1993 des dispositions nouvelles sur les obligations concernant les objets possédés.

50. Loi sur la protection du patrimoine.

51. Il s'agit de la collection Strehlow, ensemble d'objets artisanaux et autres acquis par l'archéologue Strehlow, qui se les était procurés auprès d'anciens de tribus aborigènes et qui les avait confiés à un musée.

52. Comme dans l'affaire Strehlow. Voir Rapport Evatt, chapitre 12.

53. Loi de 1986 sur la protection du patrimoine culturel meuble (Commonwealth). Il s'agit là du texte d'application de la *Convention de 1970 de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*.

54. A. Dunn, « How to Get a Head Down Under », *65 Journal of the Institute of Burial and Cremation Administration*, p. 62 et 63 ; « Aborigine leader's skull to be handed back », *Guardian Weekly* du 24 août 1997, p. 8 ; « Tribal hero's skull starts journey home », *The Times* du 1^{er} septembre 1997, p. 29.

55. Tasmanian Aboriginal Centre.

CONFIDENTIALITÉ DE L'INFORMATION CULTURELLE

En Australie, des démarches ont été entreprises pour que soit protégé un autre aspect majeur de la culture aborigène, à savoir la confidentialité de certains savoirs traditionnels qui ont une signification spirituelle ou culturelle particulière. Selon la coutume et la tradition, l'accès à ces savoirs est réservé à certaines personnes, qui sont chargées de les protéger. Ils ne peuvent être divulgués qu'aux initiés et il arrive que divers éléments de ce savoir soient répartis entre plusieurs personnes différentes. Dans ce domaine, les responsabilités des hommes et des femmes peuvent différer⁵⁶. La divulgation de secrets ou d'informations sacrées en dépit des règles en vigueur est considérée comme un préjudice et le responsable peut encourir des sanctions sévères, jusqu'à l'isolement social absolu⁵⁷. Le Projet de Déclaration ne prévoit pas expressément la protection des informations confidentielles, même s'il ressort implicitement des articles 12, 13 et 14 qu'elle fait partie de la protection de la culture.

Le désir des aborigènes de maintenir les restrictions coutumières sur la détention et la diffusion d'informations culturelles importantes a parfois été à l'origine de litiges avec les non-aborigènes. Il s'agit d'un problème essentiel, qui concerne pratiquement tous les aspects des droits culturels examinés ici, depuis les droits fonciers jusqu'à la protection de la propriété intellectuelle. Certains sites, terrains et objets tirent en effet une partie de leur puissance du secret qui les entoure⁵⁸. Protéger un site, c'est aussi protéger le savoir secret sur le lieu. Toutefois, le droit national peut exiger que l'on fournisse des informations sur l'importance d'un site à l'appui d'une revendication de droits fonciers ou de titres autochtones ou pour appuyer une demande de protection d'un site. Il y a là un dilemme car si le savoir ésotérique doit être révélé, l'importance du terrain ou de l'objet peut en être d'autant réduite, voire supprimée, lui ôtant toute valeur en tant que bien du patrimoine culturel. Cette divulgation peut également compromettre les relations sociales entre aborigènes ainsi que la foi accordée au droit coutumier. Si tel est le cas, les aborigènes répugneront à demander la protection de la loi et préféreront peut-être laisser détruire leurs sites. Ce type de problème a été au premier plan d'une affaire récente à laquelle les médias ont donné un large écho. Le ministre du Commonwealth avait déclaré zone protégée un

56. D. Bell, *Daughters of the Dreaming*, 1983, p. 34.

57. Voir, par exemple, D. Bell, « Sacred Sites : The Politics of Protection », dans N. Peterson et M. Langton (dir. publ.), *Aborigines, Land and Land Rights*, Australian Institute of Aboriginal Studies, 1983, p. 282.

58. Voir, par exemple, H. Morphy, « "Now you understand" : An analysis of the way Yolngu have used sacred knowledge to retain their autonomy », dans Peterson et Langton (dir. publ.), *Aborigines...*, *op. cit.*, Australian Institute of Aboriginal Studies, 1983, p. 111.

site aborigène important. Le tribunal a annulé cette décision parce que le ministre avait refusé d'examiner personnellement des documents relatifs à l'importance du site. En effet, les femmes qui se disaient les dépositaires traditionnelles du site avaient, en réponse à l'enquête lancée par le ministre, donné des informations qui ne devaient être vues par aucune personne de sexe masculin⁵⁹. La loi du Commonwealth accorde une certaine protection aux informations confidentielles dans les procédures judiciaires, mais elle ne protège pas la confidentialité de l'information divulguée dans le cas d'une demande de protection de zones et d'objets⁶⁰. Le respect que le ministre avait manifesté envers les vœux des aborigènes avait entaché sa décision d'un vice de procédure⁶¹. Le point était extrêmement litigieux et les tensions n'ont pas cessé entre les requérants aborigènes qui refusaient de divulguer des informations secrètes et ceux qui prétendaient que la demande ne reposait sur rien⁶². Les moyens d'améliorer la protection de la confidentialité dans le cadre de la législation sont actuellement à l'étude.

La législation de certains États et du Territoire prévoit la protection des informations secrètes liées à des sites, zones ou objets importants⁶³. L'Autorité chargée du patrimoine dans le Territoire du Nord a demandé à être dispensée, pour des raisons

59. Affaire de l'*Ile Hindmarsh (Kumarangk)*. Des textes ultérieurs ont soustrait cette zone aux effets de la loi sur la protection du patrimoine.

60. C'est ce que recommandent et prévoient en partie les nouvelles propositions législatives.

61. *Tickner v. Chapman and Others*, Tribunal fédéral, 7 décembre 1995. Le décret de protection du ministre a été annulé. Le ministre a désigné un autre rapporteur au titre de l'article 10 mais cette nomination a été rejetée par la Haute Cour. Le nouveau gouvernement a promulgué un règlement qui a soustrait la zone du pont de la protection de la loi.

62. La loi a dorénavant soustrait le site à toute protection. L'État d'Australie-Méridionale a créé une Commission royale qui a conclu que les justifications fournies avaient été fabriquées de toutes pièces. Les requérants ont refusé de fournir à la Commission des éléments sur des questions secrètes. Une nouvelle demande de protection du site a été déposée mais le Commonwealth a ensuite adopté une réglementation qui soustrayait le site aux effets de la loi (*Hindmarsh Island Bridge Act*, 1997).

63. Territoire du Nord : l'Autorité reste maîtresse de toutes les pièces versées au dossier d'instruction (art. 10 g, 38, 48). S'il a été demandé que certaines informations ne soient pas divulguées, elles ne figurent pas au Registre des sites sacrés. La loi de 1988 d'Australie-Méridionale sur le patrimoine des aborigènes (art. 35.2) fait obligation au ministre de consulter les intéressés avant d'autoriser la divulgation d'informations contraires à la tradition des aborigènes. Voir également le Rapport Senior (p. 115 et 116), qui recommande que, dans certaines circonstances, le ministre d'Australie-Occidentale ne soit pas autorisé à accéder à des informations sacrées ou secrètes.

d'intérêt général, d'avoir à présenter des documents concernant des sites sacrés. Le tribunal a accepté d'examiner cette requête à condition qu'elle soit mise en balance avec d'autres questions d'intérêt général⁶⁴. Il a été finalement décidé que le tort causé par la divulgation était dans ces circonstances moindre que le tort que la non-divulgation causerait à l'intérêt général. La divulgation a été autorisée dans certaines limites. Le juge a montré qu'il n'ignorait pas les préoccupations véritables de la communauté aborigène en cette affaire :

À mon avis, il est tout à fait dans l'intérêt général d'assurer une protection adéquate des droits des minorités et donc de veiller au respect de convictions spirituelles profondes. En particulier, il convient d'accorder aux droits et croyances des aborigènes d'Australie un degré spécial de protection et de respect devant les tribunaux australiens. J'imagine donc parfaitement que, dans une affaire criminelle ou civile, un tribunal décide que, tout bien considéré, la violence faite à une communauté d'aborigènes en l'obligeant à révéler des informations sur un site sacré compte davantage que de pouvoir déterminer avec précision l'endroit ou expliquer pourquoi ce site est sacré⁶⁵.

Les procédures prévues par la loi du Territoire du Nord sur les droits fonciers et par la loi de 1993 relative aux titres des autochtones sur les terres (Commonwealth)⁶⁶ admettent que des restrictions puissent être apportées à la divulgation d'informations traditionnelles⁶⁷. Le magistrat qui présidait a parfois demandé que certaines dépositions ne soient entendues que par des personnes du même sexe ou que la publicité des dépositions soit restreinte.

Il est arrivé aussi que des tribunaux reconnaissent que la divulgation d'informations secrètes et confidentielles sur le patrimoine des aborigènes n'était pas

64. *Aboriginal Sacred Sites Protection Authority v. Maurice : Re the Warumungu Land Claim* (1986) 10 FCR 104.

65. Voir par exemple *Aboriginal Sacred Sites Protection Authority v. Maurice : Re the Warumungu Land Claim* (1986) 10 FCR 104 p. 114.

66. Articles 82 (2) et 109 (2) ; la Cour et le Tribunal ne sont pas contraints par les arguments de droit, formes juridiques ou règles en matière de preuve, articles 82 (3) et 109 (3).

67. La loi de 1993 exige que lors de l'instruction ou de la procédure, la Cour fédérale et le Tribunal prennent en compte les intérêts culturels et coutumiers des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres (art. 82.2 et 109.2). Elle dispose aussi que la Cour et le Tribunal ne sont pas contraints par les arguments de droit, les formes juridiques ou les règles en matière de preuve (art. 82.3 et 109.3). Voir aussi Gray, juge Peter (Commissaire chargé des terres aborigènes). On trouvera dans le Discussion Paper de 1995 des éléments sur les informations secrètes en fonction du sexe dans les revendications foncières des aborigènes. La loi de 1991 sur les terres des aborigènes (Queensland) prévoit ce cas.

dans l'intérêt général⁶⁸. Dans un autre cas, le tribunal a suivi une procédure de référé pour empêcher la publication d'un livre qui révélait des informations secrètes de nature culturelle et religieuse relatives à des aborigènes que le premier défendeur avait apprises à titre confidentiel.

Celui-ci, M. Mountford, était un anthropologue qui avait séjourné chez les Pitjantjatjara, lesquels lui avaient montré leurs lieux et objets sacrés. Le tribunal a considéré que ces informations lui avaient été communiquées en toute confiance et que la divulgation d'informations confidentielles risquait d'entraîner des préjudices sociaux de nature grave que ne pourraient compenser des dédommagements financiers ; une ordonnance de référé était donc indiquée⁶⁹.

Dans ce domaine comme dans d'autres, l'action de la législation australienne a été assez ponctuelle. Aucune disposition juridique de nature générale ne garantit le droit de conserver secrètes des connaissances traditionnelles. On se borne surtout à répondre aux questions particulières à mesure qu'elles se posent dans le cadre des principes juridiques en vigueur. Les tribunaux reconnaissent dans certains cas la validité du concept de secret mais ce n'est jamais une règle absolue et il est peu probable que la protection des informations secrètes cesse de dépendre du pouvoir discrétionnaire du juge.

5. DROITS DES AUTOCHTONES EN MATIÈRE DE BIENS CULTURELS ET DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La présente section porte sur la protection de la propriété intellectuelle des autochtones et sur leur droit de protéger celle-ci ou d'en tirer profit. La Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle définit la propriété intellectuelle comme

les droits relatifs aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, aux inventions dans tous les

68. *The Western Australian Museum v. The Information Commissions* (Cour suprême d'Australie-Occidentale, jugement non communiqué, n° 1478 de 1994 et SJA 1055 de 1994 prononcé le 28 janvier 1994 par J. White).

69. *Foster and Others v. Mountford and Rigby Ltd.* (1976-77) ALR 71 (SCNT). Dans l'affaire *Pitjantjatjara Council v. Lowe and Bender* (1982) ALR 11, le Conseil était en possession de diapositives qui avaient été prises par M. Mountford et qui contenaient des informations sur des cérémonies religieuses secrètes dont la divulgation était de nature à léser les Pit.

domaines de l'activité humaine, aux découvertes scientifiques, aux dessins et modèles industriels, aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et dénominations commerciales, à la protection contre la concurrence déloyale, et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique (art. 2(viii)).

Dans les systèmes juridiques occidentaux, la propriété intellectuelle est essentiellement protégée en tant que droit de l'individu. La plupart des instruments internationaux concernant la propriété intellectuelle reposent sur le même concept (*Convention de Berne, Convention de Paris, etc.*)⁷⁰.

Le *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones* dispose que les peuples autochtones ont droit à ce que la pleine propriété de leurs biens culturels et intellectuels leur soit reconnue ainsi que le droit d'en assurer le contrôle et la protection⁷¹. À la différence des normes du droit occidental, ce droit est de nature collective. C'est cette différence entre les droits individuels et les droits collectifs qui explique pourquoi les autochtones sont mécontents de la législation relative à la propriété intellectuelle. Il s'agit en effet d'un système juridique fondé sur les principes de l'aliénabilité et de la propriété exclusive, alors que les biens culturels et intellectuels des autochtones ne sont en général pas possédés ou monopolisés à titre individuel mais détenus en vertu d'un droit collectif qui s'étend à l'ensemble d'une communauté. C'est la communauté qui détermine l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs sur les « biens » qui lui sont propres. Les personnalités importantes, qui ont des responsabilités particulières dans l'utilisation et la gestion de certains de ces « biens », doivent exercer leur autorité conformément aux lois et coutumes du peuple. Elles ne peuvent par exemple aliéner ces biens en en cédant la propriété à une autre personne ou à d'autres personnes car ils font partie de l'identité collective et ont une signification dans le contexte de la communauté, pas en dehors.

Vu la prédominance exercée par les peuples non autochtones, ces différences de base conceptuelle ont entraîné une protection insuffisante des biens culturels et intellectuels des autochtones, qui sont exposés à des formes d'exploitation et d'appropriation à l'échelle internationale. Ce qui restreint aussi considérablement les possibilités qu'ont les autochtones de faire valoir ces droits, c'est que le droit en matière de propriété intellectuelle est un domaine spécialisé et que le niveau de connaissances juridiques requis pour déterminer les mécanismes susceptibles d'être mis en branle

70. Voir le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, paragraphe 1c de l'article 15.

71. Article 29 ; voir aussi article 12.

dans tel ou tel cas particulier est souvent, pour des raisons financières, hors de la portée des autochtones et que les services d'experts ne sont d'ordinaire pas assez régulièrement disponibles pour qu'un peuple puisse obtenir la forme de protection juridique que ces mécanismes instituent.

Ce sont là des difficultés que l'on retrouve en Australie. Ces dernières années, plusieurs mémoires et rapports sur le droit en matière de propriété intellectuelle ont été élaborés en vue d'assurer une meilleure protection à la culture autochtone⁷². Certains amendements ont été apportés aux lois applicables aux droits des autochtones en matière de propriété culturelle et intellectuelle par des décisions de justice, mais les possibilités de modification par les tribunaux de la loi en matière de propriété intellectuelle sont limitées car le droit en ce domaine relève essentiellement du droit écrit et non de la jurisprudence. On a peu fait en Australie pour élaborer des dispositions juridiques spécifiques étendant la protection du droit en matière de propriété intellectuelle à des aspects particuliers du patrimoine culturel des autochtones.

Tout récemment, l'Australian Aboriginal and Torres Strait Islander Commission a fait faire une étude sur les voies que la réforme pourrait emprunter⁷³. Cette étude utilise l'expression « propriété culturelle et intellectuelle autochtone » à propos des droits des peuples autochtones sur leur patrimoine. Par patrimoine, elle entend tous les objets, sites et connaissances dont la nature ou l'utilisation ont été transmises ou continuent d'être transmises de génération en génération et qui sont considérés comme appartenant à un groupe autochtone particulier ou à son territoire. Ce qui est en cause, c'est la protection de la propriété intellectuelle, des dessins et motifs, des sources d'alimentation traditionnelle, des expressions culturelles traditionnelles et contemporaines, des rituels ou légendes, des connaissances botaniques et zoologiques, des contes folkloriques et de la langue. Un certain nombre de problèmes particuliers sont abordés dans l'étude : la reproduction ou l'exposition non autorisées d'œuvres en violation de la coutume, les imitations de motifs aborigènes et la propriété individuelle ou communautaire des biens culturels.

72. Par exemple ATSIC, *Recognition, Rights and Reform : A Report to Government on Native Title Social Justice Measures*, Commonwealth of Australia, 1995, paragraphes 6.34-6.97. Le ministère public du Commonwealth a publié en 1994 une étude qui soulevait certains de ces problèmes : « Stopping the Rip-Offs : Intellectual Property Protection for Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples », octobre 1994. « Our Culture, Our Future : Proposals for the recognition and protection of indigenous cultural and intellectual property », Terri Janke, 1997 (AIATSIS et ATSIC). House of Representatives Standing Committee on ATSI Affairs Inquiry into Culture and Heritage. Reports of the ATSI Social Justice Commissioner.

73. « Our Culture, Our Future : Proposals for the recognition and protection of indigenous cultural and intellectual property », Terri Janke, 1997.

DROIT D'AUTEUR

La protection du droit d'auteur – c'est-à-dire du droit exclusif de reproduire une œuvre ou d'en autoriser la reproduction – est généralement accordée aux créateurs et auteurs d'œuvres littéraires, artistiques, dramatiques et musicales, d'enregistrements sonores et de films. Les titulaires du droit d'auteur sont juridiquement habilités à empêcher toute utilisation non autorisée du matériel protégé, telle que la copie ou la reproduction.

Le droit d'auteur s'applique aussi bien à une œuvre d'art aborigène originale qu'à toute autre œuvre d'art. Mais la création d'une œuvre d'art aborigène peut être tributaire de lois coutumières qui stipulent comment et par qui ces œuvres peuvent être réalisées et qui peut les utiliser et à quelles fins. Ce que l'on demande à la loi, c'est qu'elle protège l'intégrité de ces lois coutumières plutôt que le droit d'exploiter l'œuvre en vue d'un profit. La législation en matière de droit d'auteur est ici sans effet⁷⁴.

Le droit d'auteur ne peut être exercé que par un auteur identifiable, qu'il s'agisse d'un individu ou d'une société. Ce n'est pas un droit collectif. Si, pour créer une œuvre, un artiste doit, selon la tradition, y être autorisé par des dépositaires ou des anciens, c'est l'artiste, et non les dépositaires de la tradition, qui bénéficiera de la protection du droit d'auteur. À titre indépendant, ces dépositaires ne peuvent prétendre interdire l'utilisation non autorisée de l'œuvre, imposer des conditions d'exposition ou d'utilisation de l'œuvre ou empêcher l'auteur de la vendre sans leur permission. Le droit individuel de l'auteur risque d'être contraire aux droits que d'autres détiennent en vertu du droit aborigène traditionnel⁷⁵.

Un artiste aborigène, Terry Yumbulul, avait été critiqué par son clan pour avoir permis qu'une reproduction d'une de ses œuvres figure sur un billet de banque. Sous l'autorité du clan, il avait réalisé un poteau de l'Étoile du matin. Par l'intermédiaire d'une agence, ce poteau avait été vendu à un musée, qui l'exposait. La Reserve Bank avait obtenu une licence l'autorisant à reproduire cette œuvre sur un billet de 10 dollars. L'artiste déposa une réclamation, mais il ne put convaincre le tribunal qu'il n'avait pas compris la nature de la licence, qu'on l'avait incité à la signer ou qu'il avait accepté l'octroi de la licence dans des conditions abusives⁷⁶. Le juge French a toutefois fait observer que « la loi australienne en matière de droit d'auteur ne permet pas de

74. Voir D. A. Ellinson, « Unauthorised Reproduction of Traditional Aboriginal Art », *UNSW Law Journal*, 1994, p. 327 et 332 et suivantes.

75. ALRC IP 11, paragraphe 9.10.

76. *Yumbulul v. Reserve Bank of Australia* (1991) IPR 481, p. 490, articles 65 et 68 de la loi sur le droit d'auteur.

prendre convenablement en compte les demandes présentées par la communauté aborigène pour régler la reproduction et l'utilisation des œuvres dont l'origine est essentiellement communautaire ». Le tribunal a noté que certains artistes aborigènes se méprenaient peut-être gravement sur l'effet qu'une exposition publique de certains types d'œuvre pouvait avoir sur leur droit d'auteur et que « cette question et celle de la reconnaissance juridique des intérêts communautaires des aborigènes, s'agissant de la reproduction d'objets sacrés, devraient être étudiées en vue d'une réforme par les juristes et les législateurs ».

La protection du droit d'auteur ne peut s'appliquer qu'à des œuvres « originales », ce qui risque d'être difficile à prouver quand il s'agit de l'expression culturelle autochtone, parce qu'elle est le fruit d'une évolution et ne vise pas à l'originalité. Des artistes aborigènes avaient appris qu'une société d'Australie-Occidentale (Indofurn Pty) reproduisait leurs œuvres au Viet Nam sur des tapis tissés. Cette transgression les a choqués, étant donné que les récits du Rêve représentés sur les tapis avaient une grande signification culturelle et avaient dans certains cas un caractère sacré et secret : piétiner ce type d'image constituait une grave transgression. Les défenseurs ont fait valoir qu'il n'y avait pas de droit d'auteur en jeu étant donné que ces œuvres s'inspiraient de motifs traditionnels préexistants et qu'elles n'avaient rien d'original. La Cour fédérale d'Australie a toutefois estimé qu'il y avait là un domaine d'interprétation artistique individuelle suffisamment large, étant donné la complexité des détails et du motif qui traduisait un grand savoir-faire et beaucoup d'originalité, même si ces œuvres d'art s'inspiraient de motifs traditionnels préexistants⁷⁷. La Cour a considéré que l'utilisation non autorisée du patrimoine culturel aborigène pouvait causer un « préjudice culturel⁷⁸ » et a accordé aux artistes un dédommagement financier considérable correspondant au « préjudice culturel » qu'ils avaient subi en même temps que leur communauté, et tenant compte de la façon « odieuse » et « délibérée » dont les défenseurs avaient agi avant et pendant le procès. Le juge Von Doussa a noté que l'une des artistes avait tenté de cacher qu'elle avait reproduit sans autorisation sur les tapis deux récits qui lui avaient été confiés, de crainte que les siens ne lui interdisent de participer à des cérémonies ou de reproduire des peintures ou d'autres récits leur

77. Voir *Milpurrruru and Others v. Indofurn Pty Ltd and Others* (1995) 130 ALR 659. Autre point de litige en dehors de la question du droit d'auteur : les tapis étaient munis d'une étiquette annonçant à tort qu'ils avaient été fabriqués avec l'autorisation des artistes, qui touchaient des droits. Cette affirmation a été jugée mensongère et fallacieuse, et contraire aux articles 52 et 53 de la loi sur les pratiques commerciales.

78. *Milpurrruru v. Indofurn* (1995) 130 ALR 659.

appartenant. Le châtement pouvait aussi aller jusqu'à l'expulsion hors de la communauté ou à l'obligation de verser un dédommagement financier à son peuple.

Même si l'artiste peut établir qu'il est personnellement habilité à toucher des droits d'auteur en raison du caractère original de sa contribution, le motif ou le thème sous-jacent n'est pas protégé et peut ne pas avoir de propriétaire⁷⁹. Les dépositaires traditionnels du motif ou du thème ne pourraient rien alléguer au titre du droit d'auteur contre des tiers en invoquant une appropriation abusive ni ne pourraient empêcher le titulaire reconnu du droit d'auteur d'engager des sanctions qui risqueraient de constituer une violation des lois coutumières, par exemple si un artiste aborigène vend une œuvre qu'il a réalisée sans la permission de son peuple. On a suggéré que les communautés autochtones puissent invoquer le concept de fiducie implicite équitable (*equitable constructive trust*) pour revendiquer une propriété intellectuelle. Il ne semble pas que cette suggestion ait été soumise à un tribunal. Dans une autre affaire, un propriétaire foncier traditionnel s'est présenté comme partie requérante au même titre que l'auteur d'une œuvre d'art copiée, en arguant qu'il était le gardien des terres liées aux récits illustrés⁸⁰.

Pour pouvoir faire l'objet d'un droit d'auteur, les œuvres doivent être fixées ou avoir une forme tangible ou matérielle, ce qui exclut de la protection du droit d'auteur tout un ensemble de manifestations culturelles autochtones comme les récits, les chants et les danses⁸¹. C'est là un handicap particulier pour les peuples autochtones, dont le patrimoine culturel se transmet de génération en génération sous forme orale. En revanche, un chercheur, par exemple, qui commence par ramener l'œuvre à une forme permanente écrite ou enregistrée sur bande magnétique pourra bénéficier de la protection du droit d'auteur⁸².

De plus, la protection du droit d'auteur ne porte que sur l'expression des idées dans une œuvre particulière, pas sur les idées elles-mêmes. Les styles et techniques artistiques utilisés dans une œuvre particulière ne sont pas non plus protégés. Cela signifie, par exemple, que la technique pointilliste à l'acrylique utilisée dans l'art aborigène d'Australie n'est pas protégée et peut être employée par un artiste non autochtone sans qu'il viole la législation en matière de droit d'auteur ; les sujets ou thèmes ne sont pas protégés non plus.

79. Ellinson, *op. cit.*, p. 333.

80. Affaire *Bulun Bulun*, en instance devant la Cour fédérale.

81. La peinture corporelle en offre un bon exemple ; voir Maddock, *Aboriginal Law Bulletin* 2/34, octobre 1988 ; Ellinson, *op. cit.*, p. 333.

82. Les interprètes peuvent avoir certains droits.

Il convient aussi d'ajouter que la protection du droit d'auteur a une durée limitée (généralement, la vie de l'auteur et les cinquante années qui suivent sa mort). Comme on le sait, les aborigènes d'Australie vivent dans ce pays depuis plus de 40 000 ans. Leurs peintures rupestres anciennes peuvent avoir une grande importance culturelle et la reproduction de celles-ci susciter de graves préoccupations. Mais la législation en matière de droit d'auteur n'accorde aucune protection contre une telle appropriation.

Des artistes aborigènes contemporains ont pu invoquer le droit d'auteur pour empêcher des infractions à la tradition. Des tribunaux ont adapté et appliqué certains principes pour donner effet à des règles culturelles traditionnelles ainsi que pour prendre en compte et faire respecter les intérêts traditionnels quand les principes du droit le permettaient. Il est arrivé que des dispositions du droit pénal aient été invoquées pour faire saisir des œuvres d'art aborigènes. Néanmoins, la tradition a continué de subir de graves violations, qui ont suscité beaucoup d'inquiétude et de tristesse dans les communautés aborigènes. De surcroît, si l'on compte sur le recours aux tribunaux (ou sur la menace du recours aux tribunaux) pour obtenir réparation en cas de violation du droit d'auteur, on rend celui-ci moins à même de répondre aux besoins des autochtones en raison des frais et de l'incertitude de l'action en justice, compte tenu aussi de la répugnance de nombreux aborigènes à engager des procédures juridiques formelles. De l'avis général, la législation en matière de droit d'auteur ne protège pas suffisamment les œuvres culturelles et artistiques des aborigènes.

Ces vingt dernières années, plusieurs propositions ont été faites pour amender la législation⁸³, mais il n'y a pas accord sur la meilleure solution. Certaines propositions vont dans le sens de l'octroi, à la communauté aborigène intéressée, d'un droit moral ou d'un droit de propriété sur l'œuvre d'art pour empêcher celle-ci d'être appropriée ou utilisée contrairement à la coutume et à la tradition⁸⁴. Des propositions connexes préconisent de prolonger la durée de la protection du droit d'auteur⁸⁵. Il a

83. Voir, par exemple, Janke, *Report of the Working Party on the Protection of Aboriginal Folklore*, AGPS 1981 ; « Stopping the Rip-Offs ».

84. Janke, *op. cit.*, p. 62-63 (Les propositions de législation en matière de droits moraux n'ont pas jusqu'à présent été reprises par le gouvernement. Selon d'autres études qui ont été faites, il n'y a pas de nécessité particulière à mettre en place une législation sur les droits moraux ; voir DAA, *The Aboriginal Arts and Crafts Industry, Report of the Review Committee*, AGPS, 1989). *The Recognition of Aboriginal Customary Law*, ALRC 31, vol. 1, paragraphes 469-470. Voir aussi « Designs », ALRC IP 11, p. 60. Janke, *op. cit.*, p. 62-63. C. Golvan, « Aboriginal Art and the Protection of Indigenous Cultural Rights », *Aboriginal Law Bulletin*, vol. 56, n° 5, 1992, p. 8.

85. ALRC IP 11, paragraphe 9.15.

aussi été suggéré d'inclure le folklore dans le régime de protection des biens culturels. Par « folklore » on entend les chants, rites, cérémonies, danses, arts, coutumes et croyances religieuses qui ont une importance particulière pour les aborigènes, conformément à leurs traditions. Cette mesure établirait une relation juridique forte entre les droits fonciers, la protection des sites sacrés et la protection du patrimoine, des reliques et des œuvres d'art. « Il est essentiel de bien comprendre cette relation pour bien saisir ce qu'est l'art aborigène⁸⁶. »

La législation en vigueur en matière de propriété intellectuelle ne reconnaît pas la propriété collective. Si la propriété collective des biens culturels autochtones était reconnue, il faudrait veiller à ne pas restreindre indûment les droits des individus, notamment leur droit à la liberté d'expression. Il conviendrait de trouver un équilibre entre ces intérêts potentiellement rivaux pour que cette forme de protection culturelle trouve sa justification en tant que mesure spéciale.

DESSINS ET MOTIFS

La législation en matière de dessins et motifs pose des problèmes similaires. Les dessins ou motifs nouveaux ou originaux peuvent être déposés pour empêcher les utilisations non autorisées ; leur protection est d'une durée limitée. L'artiste jouit d'un monopole pendant une courte période, à condition qu'une fois que cette protection a pris fin, le motif ou l'idée tombe ensuite dans le domaine public. Cette législation ne protège donc pas les aborigènes, dont les motifs traditionnels remontent à l'Antiquité ou sont de nature sacrée. La reproduction de ceux-ci léserait gravement les aborigènes traditionnels⁸⁷. Dans le cas des motifs ayant une signification culturelle et spirituelle particulière, les lois en vigueur ne les protègent pas dans leur intégrité⁸⁸. Les propositions de réforme portent notamment sur la reconnaissance de la propriété communautaire des dessins et motifs culturels autochtones et tendent à permettre aux communautés aborigènes de les déposer et à en étendre la protection à perpétuité⁸⁹.

86. Golvan, *op. cit.*, p. 8. Voir la loi de 1984 sur la protection du patrimoine des aborigènes et insulaires du détroit de Torres (Commonwealth) Pt IIA. Cette loi a été promulguée par le Commonwealth à la demande de l'État de Victoria et n'est en vigueur que dans cet État.

87. ALRC ; IP 58-59, DP 58, 2.39. Le rapport final n'a pas abordé cette question parce qu'une commission parlementaire se penchait sur la question du patrimoine culturel ; voir Janke, *op. cit.*, p. 44.

88. The Recognition of Aboriginal Customary Law, ALRC 31, vol. 1, paragraphes 469-470.

89. Janke, *op. cit.*, p. 64 ; voir aussi Daes, paragraphe 145.

BREVETS

Des problèmes semblables se posent dans le cas des brevets. Un brevet accorde au titulaire le droit exclusif d'exploiter une invention pendant une période limitée, d'ordinaire de quinze à vingt ans. Les brevets offrent un mécanisme juridique de protection des connaissances et du patrimoine culturel des autochtones, mais ils comportent un certain nombre de restrictions graves. Il faut un « inventeur » identifiable, alors que chez de nombreux peuples autochtones la mise en commun du savoir est la pratique courante. Il est également difficile de prouver que l'objet du brevet est une « invention » que ne connaissent ni d'autres groupes autochtones ni des particuliers, puisque les connaissances des autochtones se sont développées sur des milliers d'années. Faire breveter une invention revient aussi très cher.

On a fait observer que les connaissances des autochtones en ce qui concerne les techniques agricoles, pharmaceutiques et scientifiques se transmettent souvent de génération en génération et ne sont généralement pas brevetables⁹⁰. Il faudrait qu'il y ait un nouvel usage d'une ressource existante. L'une des possibilités de réforme consisterait à modifier les lois et procédures en matière de brevet pour donner aux peuples autochtones un droit à reconnaissance ou à dédommagement quand des connaissances traditionnelles ont contribué à la mise au point de produits agricoles et pharmaceutiques⁹¹.

Nombre de communautés autochtones habitent des zones remarquables par leur biodiversité et ont acquis, d'une génération à l'autre, une compréhension vaste et subtile de divers écosystèmes, ou ceux-ci risquent d'être exploités par des industriels qui cherchent à tirer profit du savoir des aborigènes en biologie⁹². Ces derniers craignent que leur connaissance des ressources naturelles ne soit utilisée par des scientifiques et laboratoires pharmaceutiques à des fins commerciales contraires à leurs intérêts⁹³. Leur savoir risquerait d'être exploité sans que leur contribution soit dûment reconnue et seul un faible dédommagement serait obtenu, à condition même qu'il y en ait un. Par exemple, le gouvernement d'Australie-Occidentale a autorisé un institut de recherche et, plus tard, un laboratoire pharmaceutique à ramasser des plantes pour élaborer un médicament contre le sida. La plante en question, le « smokebush » (*fustet*

90. Janke, *op. cit.*, p. 45.

91. Janke, *op. cit.*, p. 64.

92. Daes (par. 90-102) évoque la nature des connaissances traditionnelles et signale plusieurs cas où des autochtones n'ont rien reçu, ou pratiquement rien, en échange de ce que leur savoir avait permis d'obtenir.

93. « Our Culture, Our Future : Proposals for the recognition and protection of indigenous cultural and intellectual property », Terri Janke, 1997 (AIATSIS et ATSIC), p. 26, 28, 29.

cotinus), a des propriétés médicinales bien connues des autochtones locaux. Or ceux-ci n'ont tiré aucun profit de la part qu'ils avaient prise à la découverte de ces facultés curatives⁹⁴.

Cette « appropriation du savoir des autochtones » n'est soumise à aucune restriction juridique et ne donne droit à aucune compensation sauf s'il y a eu conclusion d'un accord. Pour remédier à cette situation, on a proposé des contrats types dans le domaine de la biodiversité⁹⁵. Ces accords reposeraient sur la consultation, le consentement et le versement de redevances. D'autres auteurs ont demandé que les communautés autochtones aient un droit de regard sur l'utilisation des substances en question.

OBSERVATIONS ; PERTINENCE DES NORMES INTERNATIONALES

Comme on peut le constater, le droit australien a mieux su prendre en compte et adapter le droit coutumier aborigène dans le domaine des droits fonciers, des titres des autochtones sur les terres et de la protection des zones et des objets, c'est-à-dire quand il s'agit de « biens réels et personnels », qu'en ce qui concerne les autres formes de biens culturels et de propriété intellectuelle. Dans le premier cas, la nature communautaire de la culture autochtone semble poser moins de problèmes ; il est possible de reconnaître que les intérêts fonciers sont détenus à perpétuité par la communauté et en son nom. En revanche, le droit en matière de propriété intellectuelle repose sur le droit individuel d'exploitation, concept qui ne va pas dans le sens des intérêts de la communauté et qui peut même entrer directement en conflit avec eux. Des pressions s'exercent toutefois constamment en faveur de réformes, en particulier dans le domaine du droit d'auteur et de la protection contre l'utilisation non autorisée de matériel culturel. La possibilité d'avoir une part du profit retiré de l'exploitation commerciale des savoirs autochtones, de même que la protection de l'authenticité sont aussi des sujets de préoccupation.

Mais il y a un facteur à prendre en considération dans le processus de réforme : en effet, si les intérêts des autochtones en matière de biens fonciers et culturels ont été défendus uniquement sur la base des lois nationales, la législation en matière de propriété intellectuelle quant à elle s'inscrit dans un réseau complexe de normes internationales. Pour obtenir une révision de cette législation, les aborigènes cherchent à la fois à faire reconnaître leur droit à disposer d'eux-mêmes et leurs droits collectifs à la pleine propriété de leurs biens culturels et intellectuels ainsi que leur droit d'en assurer

94. Terri Janke, *op. cit.*, 1997 (AIATSIS et ATSIC), p. 28, 46.

95. Janke, *op. cit.*, p. 79 et 80 ; les dispositions modèles s'appuient sur l'exemple de Merck mentionné par Daes, paragraphe 96.

le contrôle et la protection. Ce qui peut gêner ces réformes, c'est qu'il faudrait que les modifications apportées à la législation australienne en matière de propriété intellectuelle et culturelle des autochtones cadrent avec les obligations internationales de l'Australie aux termes des conventions de protection de la propriété intellectuelle. Or ces instruments visent pour la plupart à protéger les droits individuels et à faire en sorte que les créateurs puissent exploiter leur création sans que personne n'usurpe leurs droits. Ils n'indiquent pas comment résoudre les problèmes de protection des droits des autochtones dans ce domaine. Est également préoccupant le fait que certains instruments relativement récents en la matière semblent renforcer le fondement actuel du droit concernant la propriété intellectuelle.

Convention sur la diversité biologique

La récente *Convention sur la diversité biologique* en offre un bon exemple. Elle reconnaît que les droits de propriété intellectuelle peuvent considérablement aider les États à préserver la biodiversité⁹⁶. Cependant, elle ne cherche pas à contester la validité ou la légitimité du droit en matière de propriété intellectuelle, notant seulement que le transfert de technologie est souhaitable en direction des pays en développement et que, lorsque ces échanges ont lieu, ils doivent, quand il s'agit de savoirs autochtones et traditionnels, être uniquement assurés « selon des modalités qui reconnaissent les droits de propriété intellectuelle et sont compatibles avec leur protection adéquate et effective ». L'objectif à long terme de cette disposition semble être d'amener les pays en développement et tout État qui échange des biens intellectuels autochtones à le faire selon une modalité qui soit d'application universelle et conforme au droit occidental en matière de propriété intellectuelle.

La Convention repose sur le principe de la souveraineté nationale et dispose que chaque État a le droit d'exploiter les ressources naturelles qui relèvent de sa juridiction tant qu'il n'y a pas d'impacts environnementaux transfrontières nocifs. Ce principe exclut la reconnaissance des droits et des responsabilités que la plupart des communautés autochtones estiment être les leurs en tant que détentrices de leur territoire.

À l'alinéa (j) de son article 8, la Convention requiert des États parties qu'ils respectent, préservent, maintiennent et favorisent les connaissances, innovations et pratiques des peuples autochtones et encouragent le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances. Elle dispose que les peuples autochtones doivent pouvoir prendre une part « juste et équitable », « dans des conditions conve-

96. *Convention sur la diversité biologique* du 5 juin 1992, entrée en vigueur en 1993. Voir articles 16, 17.2, 1.

nues d'un commun accord », de tout profit tiré de la mise en valeur de leurs biens culturels et intellectuels⁹⁷. Mais elle ne crée pas de droits susceptibles d'être exercés par des autochtones et ne leur reconnaît pas qualité pour faire valoir leurs droits aux termes de la Convention.

La Convention est entrée en vigueur le 29 décembre 1993. L'Australie l'a ratifiée et a mis en place une stratégie nationale de développement écologiquement durable et de conservation de la diversité biologique. L'un des objectifs de cette stratégie est :

de faire en sorte que les connaissances biologiques traditionnelles exploitées à des fins scientifiques ou commerciales ou par l'État ne puissent être utilisées qu'avec la coopération et sous la surveillance de ceux qui en sont les détenteurs traditionnels, et de veiller à ce que l'utilisation et la collecte de ces connaissances procurent des avantages sociaux et économiques à leurs détenteurs traditionnels.

Ces dispositions encouragent l'élaboration de directives et de contrats types sur la biodiversité selon le modèle mentionné précédemment, mais elles n'abordent pas les problèmes essentiels qui se posent si l'on veut appliquer le droit en matière de propriété intellectuelle aux peuples autochtones⁹⁸.

L'Accord ADPIC et l'OMC

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de 1994 est également un instrument relativement récent⁹⁹. Il encourage tous les États signataires à élaborer, mettre en œuvre et faire respecter les droits en matière de propriété intellectuelle dans la législation interne sur la base des textes en vigueur en matière de propriété intellectuelle tels que la *Convention de Paris sur la protection de la propriété intellectuelle* de 1967, en vue d'éliminer les éléments qui faussent la concurrence et les obstacles au commerce international dus à l'incompatibilité des systèmes juridiques. L'application des normes internationales doit répondre aux intérêts des étrangers comme des nationaux¹⁰⁰.

En ce qui concerne la protection du patrimoine culturel autochtone, l'article 39.2 de l'Accord ADPIC est important. Il dispose en effet que « les personnes

97. *Ibidem*, articles 15, 19.

98. Janke, *op. cit.*, p. 79 et 80.

99. Cet accord constitue l'annexe 1 (c) de l'Acte final du Cycle d'Uruguay signé en avril 1994. C'est l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui en est le dépositaire. Note : on peut se procurer ce texte sur le site Internet de l'OMC : <http://www.wto.org>.

100. *Ibidem*, articles 1 et 3.

physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes ». Mme Daes en conclut qu'en vertu de cet article les États membres de l'OMC « sont tenus d'assurer la protection, dans le cadre de la législation nationale, des éléments du patrimoine des peuples autochtones que les peuples concernés décident de garder confidentiels¹⁰¹ ».

Cependant, pour bénéficier des avantages de l'article 39 (2), il faut que la propriété intellectuelle en question ne soit pas notoirement dans le domaine public, qu'elle ait une valeur commerciale et ait fait l'objet de dispositions raisonnables, « de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, pour la garder secrète ». Si l'on donne à cette dernière exigence une interprétation étroite, non seulement l'information doit être détenue par une personne seulement (et non détenue collectivement par une communauté), mais cette personne doit être « licitement » reconnue comme détentrice de l'information. Il découle de cette formulation que lorsqu'un système juridique autochtone n'est pas reconnu par l'État en question, les conditions de l'article 39. 2 ne peuvent être remplies et l'État n'est pas tenu de protéger la propriété intellectuelle autochtone.

L'*Accord ADPIC* peut offrir aux gouvernements qui sont favorables aux droits des peuples autochtones sur le plan national un cadre pour prendre d'excellentes mesures afin de promouvoir l'exercice de ces droits. Cependant, il offre aussi suffisamment d'échappatoires pour que les États puissent arguer qu'ils ne sont pas tenus d'aller au-delà de l'application des normes internationales en vigueur en matière de propriété intellectuelle telles que celles qui sont inscrites dans la *Convention de Paris*.

Normes en matière de droits de l'homme

Si les intérêts des autochtones ne peuvent s'appuyer sur les normes internationales en matière de propriété intellectuelle, on peut se demander si les normes internationales concernant les droits de l'homme sont à même de combler cette lacune. Elles ont effectivement contribué indirectement à amener l'Australie à reconnaître le droit coutumier aborigène dans le domaine foncier et dans celui de la protection des biens

101. Erica-Irene Daes (1996), « Protection du patrimoine des populations autochtones : rapport supplémentaire du Rapporteur spécial » présenté conformément à la résolution 1995/40 de la Sous-Commission et à la résolution 1996/63 de la Commission des droits de l'homme, Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 48^e session, 24 juin 1996, E/CN.4/Sub.2/1996/22, paragraphe 51.

culturels. À cet égard, les instruments les plus utiles ont été la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. En matière de droits culturels, l'article 27 du Pacte, cité précédemment, a été particulièrement pertinent. Le Comité des droits de l'homme considère que les peuples autochtones sont visés par l'article 27, même si les sociétés autochtones n'acceptent pas nécessairement d'être décrites comme « minorités¹⁰² ».

Bien que les droits protégés par l'article 27 soient conçus comme les droits individuels de personnes appartenant à des minorités, ces personnes ne peuvent les exercer que conjointement avec d'autres membres de leur groupe. On a fait observer que l'emploi de l'expression « en commun » à l'article 27 apportait un élément collectif et requérait que la minorité soit protégée, étant donné que les droits des individus risquaient de devenir sans objet en dehors de cette protection¹⁰³. Le Comité des droits de l'homme a également reconnu l'importance du rôle de la communauté dans l'exercice de ces droits :

Bien que les droits consacrés à l'article 27 soient des droits individuels, leur respect dépend néanmoins de la mesure dans laquelle le groupe minoritaire maintient sa culture, sa langue ou sa religion. En conséquence, les États devront également parfois prendre des mesures positives pour protéger l'identité des minorités et les droits des membres des minorités de préserver leur culture et leur langue et de pratiquer leur religion, en commun avec les autres membres de leur groupe (par. 6. 2 de l'Observation générale).

Le Comité des droits de l'homme a souligné que les droits protégés par l'article 27 visaient à assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle, religieuse et sociale des minorités concernées ainsi que la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant¹⁰⁴.

L'article 27 a surtout été invoqué pour des revendications de nature foncière ou économique. Le Comité des droits de l'homme a reconnu que le droit d'avoir sa

102. Voir, par exemple, « Indigenous Peoples » dans H. J. Steiner et P. Alston, *International Human Rights in Context : Law, Politics, Morals*, Oxford, Clarendon, 1996, p. 1009. En son article 30 la *Convention relative aux droits de l'enfant* fait également référence aux autochtones en des termes parallèles à ceux de l'article 27 du Pacte.

103. M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl/Strasbourg/Arlington, Engel, 1993, p. 497 et références.

104. Comité des droits de l'homme, Observation générale 23, article 27 (50^e session, 1994), Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, document des Nations Unies HRI/GEN/1/Rev. 1, p. 43-46 (1994), paragraphes 1, 9 et 7.

propre vie culturelle peut consister en un mode de vie étroitement associé au territoire et à l'utilisation de ses ressources. Selon lui, l'exercice par des peuples autochtones d'activités traditionnelles comme la chasse et la pêche, des utilisations particulières de terrains et le droit de vivre dans des réserves protégées par la loi peuvent exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant¹⁰⁵.

Dans le cadre d'une affaire sur laquelle le Comité des droits de l'homme a statué, un membre de la bande du lac Lubicon avait allégué que, en dépit des lois et traités en vigueur, le gouvernement canadien avait violé les droits de la tribu en permettant au gouvernement de la province de l'Alberta de l'exproprier au profit de sociétés privées, notamment en accordant des concessions pour la prospection de pétrole et de gaz. Selon le Comité, les droits consacrés par l'article 27 comportaient le droit de se livrer, conjointement avec d'autres membres de la communauté, à des activités économiques et sociales qui faisaient partie de la culture de la communauté¹⁰⁶. Pour le Comité (par. 33) « les inégalités historiques mentionnées par l'État partie et certains faits plus récents menacent le mode de vie et la culture de la bande du lac Lubicon et constituent une violation de l'article 27 tant qu'ils n'auront pas été éliminés ».

Le Comité n'a pas envisagé l'application de ces principes à la protection des biens intellectuels et culturels des peuples autochtones. Il semblerait que l'article 27 justifie la reconnaissance du droit d'empêcher que le patrimoine culturel soit utilisé d'une façon qui nuirait aux valeurs spirituelles et culturelles. Mais ce soutien ne saurait être apporté d'une manière fatale ou nuisible aux droits de l'individu. Il doit prendre en compte le fait que les droits protégés en matière de propriété intellectuelle le sont en tant que droits individuels aux termes du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. L'article 15 de ce dernier reconnaît à chacun le droit : (a) de participer à la vie culturelle ; (b) de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ; (c) de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur¹⁰⁷.

Dans la mesure où il se limite aux droits de l'individu, l'alinéa (c) ne protège pas les intérêts communautaires en matière de biens culturels et intellectuels en tant que

105. Observation générale 23 (50), paragraphe 7 ; *Ilmari Lansman et al. v. Finland* 511/1992, 26 octobre 1994.

106. *Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada* 167/1984, 26 mars 1990, 1990 Ann. Rep. Voir également *Ilmari Lansman et al. v. Finland* 511/1992, 26 octobre 1994, Observation générale 23 (50).

107. Article 15 ; voir aussi l'article 27. 2 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*.

droit collectif de la communauté autochtone et, en fait, son application pourrait être incompatible avec les droits collectifs de la communauté. On notera aussi que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* protège plusieurs droits de l'individu importants pour la propriété intellectuelle comme la liberté d'expression, notamment la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations (art. 19), la liberté de religion et d'association et la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans la vie privée et la famille (art. 17). Certains de ces droits risquent d'entrer en conflit avec le droit collectif de restreindre l'accès à l'information, sauf dans les cas où cela pourrait se justifier comme une mesure spéciale de protection.

Par conséquent, les principaux instruments de protection des droits de l'homme comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* ne permettent pas de remédier aux discordances qui peuvent apparaître entre les droits individuels et le désir des communautés autochtones d'obtenir la protection de leurs droits collectifs dans le cas des biens intellectuels et culturels¹⁰⁸.

Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones

Le *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones* de 1993 n'est pas conçu comme une convention contraignante pour les États signataires¹⁰⁹. Toutefois, les obligations que les États accepteraient en l'adoptant sont libellées en termes vigoureux. Il prévoit que les droits déclarés devront être incorporés dans la législation interne de manière que les peuples autochtones puissent concrètement s'en prévaloir¹¹⁰. Les dispositions essentielles se trouvent aux articles 12, 13, 14 et 29, mentionnés précédemment, même si l'on peut considérer la Déclaration comme un tout, en particulier compte tenu de ses dispositions relatives aux droits des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes, droits que les Pactes n'avaient pas accordés aux autochtones¹¹¹.

108. Erica-Irene Daes, « Protection du patrimoine des populations autochtones », Haut-Commissariat aux droits de l'homme, Genève, 1997. Le Rapporteur spécial a ensuite élaboré des principes de base pour la protection du patrimoine des peuples autochtones.

109. Il fait actuellement l'objet d'un examen minutieux au sein du Groupe de travail de la Sous-Commission.

110. *Projet de Déclaration*, article 37.

111. Article 2. La Convention ne prévoit pas de procédure de dépôt de plainte individuelle. Dans l'affaire *Bernard Ominayak, chef de la bande du lac Lubicon c. Canada* (167/1984) du 26 mars 1990, l'auteur de l'allégation a soutenu que le gouvernement canadien avait violé le droit de la bande du lac Lubicon à disposer d'elle-même et, en vertu de ce droit, à déterminer librement son statut politique et à œuvrer à son développement économique, social et culturel,

La présente étude a été rédigée du point de vue d'une personne non autochtone. Mais il convient ici de souligner que les autochtones n'ont jamais manqué de faire valoir que la protection et la gestion de leur patrimoine culturel ne faisaient qu'un avec leur droit à disposer d'eux-mêmes, à avoir leur territoire et à jouir de leur culture. À leurs yeux, le respect de leurs droits culturels est inséparable du respect de la totalité de leurs droits, compte tenu de l'interdépendance de ces droits et de leurs relations réciproques.

Plutôt que de vouloir adapter le droit (occidental) en matière de propriété intellectuelle, les autochtones cherchent un système qui leur permettrait de dire ce qu'ils veulent protéger, comment ils veulent que cette protection soit assurée et comment ils veulent pouvoir continuer leur propre utilisation. En définissant leur propre conception de la protection et de la gestion de leur patrimoine culturel, les autochtones considèrent qu'ils exercent leur droit à disposer d'eux-mêmes. Ils ne cherchent pas nécessairement à élaborer des « lois » au sens qu'a ce terme dans la jurisprudence occidentale. La nouvelle approche pourrait notamment prévoir des structures ou institutions chargées de faire prévaloir certains types de comportement ou de résoudre des conflits plutôt que d'énoncer des « lois » codifiées sous forme de règlements.

Pour que cette méthode soit efficace, il faudrait que les systèmes juridiques non autochtones reconnaissent la « souveraineté » des structures et institutions politiques et sociales des peuples autochtones qui sont, à leurs yeux, habilités à appliquer et faire appliquer leurs lois et coutumes. Cette évolution aboutirait à mettre en forme ce qui, dans l'esprit de la plupart des peuples autochtones, a toujours été une réalité. Mais la reconnaissance qui serait ainsi accordée aux droits culturels des peuples autochtones et à leurs lois a autant d'importance pour la plupart de ces peuples que la reconnaissance de leurs droits territoriaux.

Il est impossible de prédire combien de temps il faudra pour que le Projet de Déclaration soit mené à bien. Ce qui est probable, c'est que les pressions exercées pour réformer les législations nationales en matière de propriété culturelle et intellectuelle n'attendent pas que la Déclaration soit adoptée. Mais il est également probable que les principes inscrits dans le Projet de Déclaration appuieront et éclaireront le processus de réforme actuellement en cours en Australie. Les principes qui régissent spécifiquement la protection des biens culturels et intellectuels ne répondent pas précisé-

ainsi que son droit à disposer librement de ses richesses et ressources naturelles et à ne pas être privée de ses moyens de subsistance. Il est apparu que le Comité ne pouvait se prononcer sur la question de savoir si la bande du lac Lubicon constituait un « peuple » aux termes du Protocole facultatif et qu'il ne pouvait donc pas dire s'il y avait eu violation du droit à disposer de soi-même aux termes de l'article premier du Pacte.

ment aux problèmes concrets de protection des biens culturels et intellectuels qui ont été évoqués dans la présente étude. Mais, considérée dans son ensemble, la Déclaration fournit effectivement un cadre permettant aux autochtones de régler eux-mêmes ces questions. Outre les points déjà mentionnés, elle donne en particulier aux peuples autochtones un droit d'accès à des procédures de règlement des litiges et un droit de recours pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs selon les modalités qui tiennent compte de leurs propres coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques¹¹².

112. Projet de Déclaration, article 39. Voir aussi la disposition de l'article 41 relative à la création d'un organe de l'ONU.

DROITS CULTURELS, BIODIVERSITÉ ET PATRIMOINE DES TRIBUS AUTOCHTONES DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE*

Dean B. Suagee

1. INTRODUCTION

Selon la tradition orale des nations iroquoises de la Confédération Haudenosaunee, la terre que l'on appelle aujourd'hui l'Amérique du Nord est apparue quand la Femme-Ciel est tombée par un trou de la voûte céleste¹. En ce temps-là, la Terre était recouverte par les eaux. Les créatures aquatiques levèrent les yeux, virent tomber la Femme-Ciel et comprirent qu'il fallait préparer un lieu pour l'accueillir. La grande tortue proposa son dos. Le canard fit remarquer qu'il fallait de la terre sur le dos de la tortue et il plongea vers le fond mais ne put aller assez loin. L'oiseau plongeur et le castor s'y essayèrent tous deux mais ils ne réussirent pas non plus à atteindre le fond. Finalement, c'est un rat musqué qui y parvint ; il en rapporta un peu de terre qui, une fois placée sur le dos de la tortue, s'agrandit tellement qu'elle finit par constituer le Monde entier. Un couple de cygnes s'élança très haut pour rattraper la Femme-Ciel et la déposer doucement sur la terre qui recouvrait le dos de la tortue.

Une culture autochtone qui reconnaît devoir sa survie, depuis l'aube des temps, à la bienveillance de créatures autres qu'humaines possède sans doute aussi des connaissances sur les moyens par lesquels les sociétés humaines peuvent répondre à leurs propres besoins tout en respectant ceux des autres créatures vivantes.

Un demi-siècle après l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, les peuples autochtones du monde cherchent à obtenir de la communauté

* Des passages de ce chapitre sont adaptés d'un article de Dean B. Suagee intitulé : « Human Rights of Indigenous Peoples : Will the United States Rise to the Occasion ? », 21 *American Indian Law Review* 365, édition de 1997.

1. J. Bruchac, *Iroquois Stories : Heroes and Heroines, Monsters and Magic*, Freedom (Californie), The Crossing Press, 1985.

internationale la reconnaissance de leurs droits, en particulier des droits liés à leur existence en tant que communautés autonomes vivant sur leurs territoires traditionnels. Parallèlement, les milieux scientifiques des pays industriels ont réussi à appeler l'attention des gouvernements sur la crise planétaire causée par l'extinction des espèces, qui est largement imputable aux activités menées au nom de la poursuite de la « croissance » économique et du « développement ». Le présent article analyse certains des rapports entre ces deux mouvements internationaux, le mouvement pour la reconnaissance des droits de l'homme des peuples autochtones et le mouvement pour la préservation de la diversité biologique.

Dans les pays industrialisés, ceux qui reconnaissent l'existence de certains de ces liens sont motivés soit par leur intérêt personnel, soit par des principes. D'une part, les peuples autochtones possèdent un savoir culturel traditionnel sur leur propre territoire, qui peut être mis à profit dans l'intérêt des populations du monde industrialisé. D'autre part, ceux qui agissent au nom de certains principes manifestent généralement leur soutien en faveur des droits de l'homme des peuples autochtones, y compris leur droit de continuer à exister en tant que cultures distinctes². Ces motivations de caractère différent ne sont pas nécessairement contradictoires et pourraient même se révéler complémentaires. Si les peuples autochtones peuvent survivre à la vague actuelle d'agressions contre leurs cultures et leurs territoires, les gouvernements non autochtones et les organisations non gouvernementales pourraient être conduits à travailler en partenariat avec eux afin d'œuvrer ensemble à la préservation de l'environnement pour les nombreuses générations à venir.

Le présent article porte essentiellement sur la situation des tribus indiennes vivant aux États-Unis d'Amérique plutôt que sur les peuples autochtones du monde entier. Les efforts déployés pour essayer d'établir des normes internationales minimales pour les droits des peuples autochtones ont principalement consisté à se fonder sur la législation nationale pour faire appliquer lesdits droits. Par exemple, le *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones*³ comprend de nombreuses dispositions visant à obliger ou encourager les États à prendre des mesures efficaces pour faire en sorte que les peuples autochtones bénéficient effectivement des

2. Voir S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 1996 (pour l'explication de la norme de l'intégrité culturelle), p. 98-104 ; voir les notes 73-76 *infra* et le texte d'accompagnement.

3. *Rapport de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités*, 46^e session, dans 115 Doc. de l'ONU : E/CN.4/1995/2, E/CN.4/Sub. 2/1994/56 Annexe (1994) (ci-après dénommé « Projet de Déclaration des Nations Unies »). Texte joint à l'annexe A.

droits qui sont proclamés dans la Déclaration. De même, l'article 8 (j) de la *Convention sur la diversité biologique*⁴ requiert de chaque partie contractante qu'elle respecte et préserve le savoir traditionnel autochtone, sous réserve des dispositions de sa législation nationale. Puisque tout dépend de la législation nationale, il paraît utile de centrer l'analyse sur la législation des États-Unis. D'autres pays pourront tirer parti de l'expérience de ces derniers pour adapter leur propre législation nationale, tandis que les lecteurs nord-américains comprendront peut-être que la notion de droits de l'homme apporte des éclairages intéressants.

Les États-Unis ont une longue tradition de reconnaissance du droit des tribus indiennes à vivre en tant que communautés autonomes culturellement distinctes, même si, en ce qui concerne l'adhésion au principe de l'autonomie tribale, la politique nationale a été – c'est le moins que l'on puisse dire – incohérente. En fait, à deux moments de leur histoire, les États-Unis ont mené une politique de destitution des autorités mises en place par les tribus. En outre, au cours d'une grande partie de leur histoire, ils ont encouragé le « développement » des ressources naturelles dans des conditions qui ont causé beaucoup de tort aux cultures tribales ; on peut citer à cet égard les barrages hydroélectriques de la côte nord-ouest du Pacifique qui, comme il est souligné plus loin dans cet article, ont été très dommageables aux déplacements des saumons sauvages dont les cultures tribales dépendent depuis des milliers d'années. Au cours du dernier quart du XX^e siècle, la politique fédérale à l'égard des tribus indiennes a été favorable à l'autonomie tribale ; les tribus indiennes ont donc joué un rôle de plus en plus déterminant dans le gouvernement de leurs territoires. Elles ont aussi fait de plus en plus largement savoir que leurs préoccupations concernant le monde naturel s'étendent souvent bien au-delà des limites de leurs réserves.

Les Indiens d'Amérique détiennent sur le monde naturel des trésors de connaissances qui attestent de la présence des cultures tribales en Amérique du Nord depuis d'innombrables générations et la diversité des façons dont ces cultures s'enracinent profondément dans le monde naturel. Avant les contacts avec les Européens, les cultures tribales subvenaient à leurs besoins grâce à l'agriculture, la chasse, la pêche et la cueillette. Dans beaucoup de cultures tribales modernes, la faune et la flore continuent d'être essentielles à la subsistance de la population. Aujourd'hui, dans la plupart d'entre elles, certaines personnes détiennent encore le savoir qui permet de soigner par les plantes. Dans toutes, les rapports avec le monde naturel demeurent un aspect important de l'identité indienne. Et les religions tribales constituent toujours le cœur

4. Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, *Convention sur la diversité biologique*, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, réimprimé dans le document 31 ILM 818, 1992.

même des cultures tribales. De nombreux sites du monde naturel ont une signification religieuse et culturelle pour les populations tribales, certains parce que des événements s'y sont déroulés, d'autres parce qu'on y organise des cérémonies et des rites religieux, d'autres encore pour des raisons qu'aucune personne extérieure à la communauté n'a le droit de connaître.

Dans les cultures tribales, les sites qui sont considérés comme sacrés se trouvent en général là où l'univers du vivant n'a pas encore été perturbé par l'activité humaine. En ces lieux, il peut porter l'empreinte de la présence de l'homme depuis des centaines ou des milliers d'années, mais n'a pas été souillé par le type d'activités qu'autorise l'industrie au nom du « développement ». Nombre d'êtres vivants autres que l'homme qui peuplent ces lieux – ce que les hommes politiques nomment aujourd'hui « diversité biologique » ou « biodiversité » – ont de l'importance dans les religions et les cultures tribales : on pense aux aigles, loups, saumons, corbeaux, coyotes ou bisons, mais aussi au cèdre, à la sauge ou à la glycérie, pour n'en citer que quelques-uns.

Comme les cultures tribales s'enracinent dans le monde naturel, la protection de la terre et de ses communautés biologiques devient une condition indispensable à la survie culturelle. On s'est beaucoup interrogé sur la question de savoir si les cultures tribales incarnaient ou non des valeurs qui peuvent être décrites comme une éthique de l'environnement, ou, pour inscrire le débat dans une perspective historique, si les valeurs et les pratiques culturelles des populations tribales leur permettaient ou non de satisfaire à leurs besoins et à leurs désirs sans causer de dégâts irréparables à leur environnement⁵. En fait, on peut dire que la plupart des cultures autochtones d'Amérique du Nord, et donc des conceptions du monde indiennes traditionnelles, présentent plusieurs caractéristiques communes :

Elles perçoivent la terre comme un être animé, sont convaincues que les êtres humains se situent dans une relation de parenté avec les autres formes de vie, considèrent que la terre est essentielle pour l'identité de la population, ont un concept de réciprocité et d'équilibre qui s'étend aux relations entre les êtres humains, y compris les générations futures, et entre les humains et le monde naturel⁶.

5. Voir J. Baird Callicott, « American Indian Land Wisdom », dans Paul A. Alson (dir. publ.), *The Struggle for the Land: Indigenous Insight and Industrial Empire in the Semiarid World*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1990 (analyse de plusieurs travaux, surtout universitaires, portant sur la question de savoir si les cultures tribales pratiquaient ou non la conservation de l'environnement).

6. Rebecca Tsosie, « Tribal Environmental Policy in an Era of Self-Determination : The Role of Ethics, Economics and Traditional Ecological Knowledge », 21 *Vermont Law Review*, 225, 276 (1996) qui cite Ronald Trosper, « Traditional American Indian Economic Policy »,

Le présent article repose sur l'idée fondamentale que l'on favorisera les objectifs du mouvement pour la préservation de la biodiversité si l'on reconnaît les droits de l'homme, et surtout les droits culturels des populations autochtones. La façon la plus efficace de tirer parti du savoir écologique traditionnel consiste à reconnaître le droit de ces peuples à gouverner leurs propres territoires. Les gouvernements nationaux et infranationaux du monde devraient soutenir ces droits en manifestant à l'égard des peuples autochtones un respect du même ordre que celui dont ils font preuve envers les autres entités gouvernementales. Ce postulat se fonde, en partie, sur l'expérience historique des États-Unis qui démontre que l'autonomie tribale est une condition indispensable à la survie culturelle.

L'autre idée fondamentale est que la reconnaissance du droit des peuples autochtones à se gouverner eux-mêmes sur leur propre territoire ne suffira pas à elle seule à garantir leur survie en tant que cultures distinctes ou à assurer que les peuples engagés dans la préservation de la biodiversité pourront avoir accès au savoir écologique traditionnel des peuples autochtones. Ce second postulat est aussi fondé sur l'expérience des États-Unis. Dans ce pays, la plupart des autorités tribales ont sous leur juridiction une faible part seulement de leur territoire aborigène⁷. Pourtant la plupart des tribus ont incontestablement des intérêts importants – d'ordre économique, culturel et religieux – dans des lieux situés en dehors des limites de leurs réserves. La législation fédérale prévoit divers mécanismes par lesquels les autorités tribales peuvent influencer sur les décisions prises par d'autres entités gouvernementales (au niveau fédéral, à celui des États ou au niveau local) lorsqu'elles concernent ces lieux en dehors des réserves ; on trouvera dans le présent article un aperçu de l'expérience des tribus dans le cadre de deux de ces mécanismes : celui de l'*Endangered Species Act*⁸ (loi sur les espèces en danger) et celui du *National Historic Preservation Act*⁹ (loi sur la préservation des sites historiques nationaux). Si des peuples autochtones autonomes rencontrent dans d'autres pays des problèmes semblables en dehors de leur territoire, il sera souhaitable que certains mécanismes leur donnent le pouvoir de faire connaître leur

19 *Amer. Indian Culture and Res. J.*, 65, 67 (1995). Voir aussi Dean B. Suagee, « Tribal Voices in Historic Preservation: Sacred Landscapes, Cross-Cultural Bridges, and Common Ground », 21 *Vermont Law Review*, 145, 160, 167 (1996) (ouvrage ci-après dénommé Suagee, « Tribal Voices »).

7. Bien qu'il existe un assez grand nombre de tribus qui ont acquis en dehors des limites des réserves des terres qui sont maintenant placées sous leur juridiction, il serait complètement irréaliste de donner à penser que les tribus des États-Unis pourront jamais récupérer l'ensemble de leurs territoires aborigènes.

8. 16 U.S.C. paragraphes 1.531-1544.

9. 16 U.S.C. paragraphes 470-470x-6.

opinion sur les activités menées en dehors de leur territoire, afin que le monde extérieur puisse bénéficier de leur savoir écologique traditionnel.

La première partie du présent chapitre comporte une brève analyse des principes fondamentaux de la législation fédérale concernant les affaires indiennes aux États-Unis, ainsi qu'un rappel historique des politiques fédérales à l'égard des tribus indiennes et de leurs membres. Les lecteurs étrangers auront peut-être l'impression que cette partie de l'article a surtout été écrite à leur intention. Il n'en est rien car, comme tout juriste travaillant dans le domaine du droit fédéral indien peut en attester, c'est un sujet sur lequel le citoyen moyen sait fort peu de choses. Dans le système de gouvernement des États-Unis, les tribus indiennes sont dans une situation de vulnérabilité que renforce le manque de connaissance du public américain. Cette partie de l'exposé se termine sur la question de savoir si l'analyse des droits culturels peut être utile dans le cas des tribus indiennes des États-Unis, soit du point de vue de leur survie en tant que cultures vivantes distinctes, soit sur le plan des moyens par lesquels les cultures tribales pourraient contribuer à la préservation de la biodiversité.

La deuxième partie du texte comporte un bref examen des nouvelles tentatives visant à définir spécifiquement les droits de l'homme des peuples autochtones, en mettant l'accent sur ceux qui concernent leur survie en tant que cultures distinctes. On y trouvera aussi quelques observations critiques sur le rôle qu'ont joué les États-Unis dans l'élaboration des principes dans ce domaine nouveau de la législation des droits de l'homme.

La troisième partie commence avec l'article 8 (j) de la *Convention sur la diversité biologique*, qui vise à faire respecter et à préserver le savoir traditionnel autochtone sous réserve des dispositions de la législation nationale. Elle traite ensuite de la législation nationale des États-Unis. L'accent est mis sur deux lois fédérales qui peuvent être utilisées pour que le savoir traditionnel et les valeurs des tribus indiennes puissent être pris en compte pour la préservation de la biodiversité ; il s'agit de la loi sur les espèces en danger et de la loi sur la préservation des sites historiques nationaux.

En conclusion, il apparaît que les conditions dans lesquelles se trouvent les tribus indiennes aujourd'hui aux États-Unis sont à bien des égards semblables à celles que l'on rencontre dans de nombreuses parties du monde où deux peuples cherchent à cohabiter sur la même terre. Si les États-Unis ne se montrent pas capables d'élaborer des règles acceptables pour résoudre les conflits qui existent sur leur propre sol, leur penchant à préconiser des solutions aux autres peuples risque de paraître discutable.

Quant au problème plus spécifique de savoir ce que les « droits culturels » pourraient ajouter à la protection des cultures tribales aux États-Unis, la présente analyse montre clairement que la question clé est celle de la reconnaissance du droit collectif d'un groupe de continuer à exister. Dans la mesure où l'on reconnaît que la volonté de

maintenir « son identité culturelle » ou de « préserver et développer sa culture » est un droit collectif – qui ne peut d'ailleurs être exercé que s'il est ainsi reconnu –, la prise en compte des droits culturels pourrait ajouter pour les individus de ces groupes une dimension essentielle à l'actuelle conception des droits de l'homme.

2. L'AUTONOMIE TRIBALE AUX ÉTATS-UNIS

Aux États-Unis, le gouvernement fédéral entretient actuellement des relations avec plus de 500 autorités tribales indiennes fédéralement reconnues, dont plus de 200 en Alaska¹⁰. Les tribus sont très différentes les unes des autres et il faut se méfier des généralisations. On trouve des réserves indiennes dans 33 des 50 États. Il y a 24 réserves qui sont plus grandes que l'État le plus petit (Rhode Island), tandis que d'autres ne font que quelques hectares¹¹. Nombreuses sont celles qui sont situées dans des zones rurales, mais certaines se trouvent à côté de villes ou sont entourées par des zones métropolitaines. À une exception près, les tribus d'Alaska n'ont pas de réserve, bien qu'elles assurent toute une gamme de services administratifs.

Dans le présent article, j'emploie les termes « indien » et « tribu indienne » plutôt que d'autres appellations possibles parce qu'ils ont une signification commune dans la législation fédérale. De même, l'expression « *Indian country* » (territoire indien) est employée comme dans la législation fédérale et désigne toutes les terres situées à l'intérieur des limites d'une réserve et toutes les « communautés indiennes dépendantes¹² ».

Le droit fédéral indien est un ensemble complexe qui a défini dans le système de gouvernement fédéral des États-Unis un statut spécifique pour les tribus indiennes, qui a évolué pendant plus de deux siècles. Il comprend des traités, des lois adoptées par le Congrès, des décisions des tribunaux et diverses catégories de mesures et de décisions prises par la branche exécutive du gouvernement fédéral¹³. Pendant la plus

10. Department of the Interior, Bureau of Indian Affairs, Indian Entities Recognized and Eligible to Receive Services from the United States Bureau of Indian Affairs, 62 Fed. Reg. 55270 (23 octobre 1997).

11. V. E. Velarde Tiller (dir. publ.), *U.S. Department of Commerce, American Indian Reservations and Trust Areas*, Washington, D.C., U.S. Department of Commerce, 1996.

12. 18 U.S.C. paragraphe 1151.

13. Pour une vue générale, voir F. S. Cohen, *Handbook of Federal Indian Law*, Charlottesville, Virginia, The Michie Company, éd. de 1982. Clinton *et al.*, *American Indian Law : Cases and Materials*, Charlottesville, Virginia, The Michie Company, 3^e édition, 1991 ; D. H. Getches, *Federal Indian Law : Cases and Materials*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 3^e édition, 1993.

grande partie de l'histoire du pays, les principes fondamentaux du droit fédéral indien sont demeurés remarquablement stables, alors même qu'il en allait très différemment des politiques fédérales envers les tribus indiennes.

PRINCIPES FONDATEURS

Il est possible de distinguer quatre doctrines clés interdépendantes, qui constituent les principes fondateurs du droit fédéral indien : la souveraineté tribale intrinsèque, les droits tribaux réservés, la responsabilité de tutelle du gouvernement fédéral et les pouvoirs pléniers du Congrès.

La souveraineté tribale intrinsèque signifie que l'autorité tribale trouve en elle-même sa légitimité et que son existence précède la fondation des États-Unis. Depuis l'époque où les souverains d'Europe ont conclu des traités avec les tribus, il a été reconnu qu'elles possèdent leur propre souveraineté tribale intrinsèque, qui se caractérise par trois principes fondamentaux :

1. Une tribu indienne possède au départ tous les pouvoirs d'un État souverain.
2. Du fait de la conquête, la tribu se trouve soumise au pouvoir législatif des États-Unis et est fondamentalement dépossédée des attributs externes de sa souveraineté, par exemple de son droit de conclure des traités avec des nations étrangères ; mais cela ne remet pas en cause, en tant que telle, sa souveraineté interne, c'est-à-dire son pouvoir de se gouverner elle-même au niveau local.
3. Ce pouvoir s'exerce sous réserve des dispositions des traités et de la législation formelle du Congrès ; toutefois, sauf lorsqu'il en est expressément décidé autrement, les pleins pouvoirs de la souveraineté interne sont reconnus aux tribus indiennes et à leurs organes de gouvernement dûment constitués¹⁴.

Au cours des deux dernières décennies, la Cour Suprême des États-Unis a modifié ce troisième principe, en décidant que le Congrès peut revenir sur certains aspects de la souveraineté tribale intrinsèque sans avoir recours à une législation expresse, mais en procédant plutôt de façon implicite¹⁵. Cependant, la doctrine de la souveraineté tribale intrinsèque demeure une clé de voûte du droit fédéral indien.

14. F. S. Cohen, *Handbook on Federal Indian Law*, Washington, D.C., U.S. Govt. Printing Office, 1941, p. 123.

15. *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1978) ; pour une analyse générale voir N. Bruce Duthu, « Implicit Divestiture of Tribal Powers : Locating Legitimate Sources of Authority in Indian Country », 19 *American Indian Law Review*, 1994, p. 353 ; David H. Getches, « Conquering the Cultural Frontier : The New Subjectivism of the Supreme Court in Indian Law », 84 *California Law Review*, 1996, p. 1595-1599.

La doctrine des droits tribaux réservés trouve sa source dans les traités, qui sont des transactions par lesquelles les tribus ont abandonné leurs droits sur de vastes territoires, en échange, notamment, de la promesse du gouvernement fédéral de garantir leur droit de se gouverner elles-mêmes sur les terres qu'elles se réservaient. Le territoire qu'une tribu n'avait pas abandonné fut désigné sous le terme de « réserve » ; sur ce territoire, la tribu était censée conserver tous les droits qu'elle n'avait pas spécifiquement cédés. En vertu d'un certain nombre de traités, les tribus ont également conservé certains droits en dehors des limites de leurs réserves, tels que des droits de pêche. L'expression « droits réservés » est aussi utilisée pour décrire les droits garantis aux tribus par le gouvernement fédéral, en particulier les droits sur l'eau qui auraient pu autrement être répartis entre les non-Indiens en vertu de lois des États de la Fédération. Après 1871, date à laquelle le Congrès mit un terme à la conclusion de traités avec les tribus indiennes, de nombreuses réserves ont été établies par des décrets du Président.

La doctrine de la responsabilité de tutelle trouve son origine dans la cession des terres par les tribus indiennes et l'engagement pris à leur égard de garantir leurs droits à se gouverner elles-mêmes sur les territoires qu'elles s'étaient réservés¹⁶. La responsabilité de tutelle remonte aussi à la doctrine de la découverte, en vertu de laquelle le souverain européen qui revendiquait la découverte d'une région particulière du Nouveau Monde, obtenait sur ce territoire un titre juridique qui excluait tout autre souverain d'Europe mais qui ne comportait pas le droit de posséder la terre, ce droit de possession appartenant encore aux Indiens¹⁷. Ce que le souverain obtenait était le droit exclusif de persuader les Indiens d'abandonner leur droit de possession. À partir de ce moment-là, tous les titres sur ce territoire devaient remonter au souverain. En 1790, le premier Congrès des États-Unis adopta une loi stipulant qu'il fallait obtenir son autorisation pour toute transaction conférant un droit sur une terre indienne¹⁸.

En vertu de la doctrine de tutelle, le gouvernement fédéral détient un titre juridique sur la plupart des territoires indiens sous réserve des obligations de tutelle qui lui incombent. Ces responsabilités de tutelle envers les tribus ne sont pas limitées à la gestion des territoires. La protection de la base territoriale est – et a toujours été – essen-

16. Pour une vue d'ensemble, voir Mary Christina Wood, « Indian Land and the Promise of Native Sovereignty : the Trust Doctrine Revisited », *Utah Law Review*, 1994, 1471 (ouvrage ci-après dénommé « Wood Trust I »).

17. *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. 543 (1823).

18. Voir F. S. Cohen, voir note 13 ci-dessus, p. 7-9. Cette loi, couramment appelée *Indian Nonintercourse Act*, qui a été promulguée en 1790 et qui fait depuis partie de la législation fédérale, est actuellement codifiée sous la cote 25 U.S.C. paragraphe 177.

tielle à l'exercice du droit qui est reconnu aux tribus de conserver une existence séparée en tant que communautés autonomes. Le Congrès a reconnu explicitement que les États-Unis exercent à l'égard de chaque autorité tribale une responsabilité de tutelle qui comprend la protection de sa souveraineté¹⁹. Quatre « attributs de la souveraineté » justifiant la protection fédérale dans le cadre de la doctrine de tutelle ont été spécifiés parce qu'ils sont nécessaires au séparatisme autochtone : « (1) une base territoriale stable et séparée ; (2) une économie tribale viable ; (3) l'autonomie ; (4) la vitalité culturelle²⁰. »

Le pouvoir plénier du Congrès est une arme à double tranchant. En vertu de la Constitution, le gouvernement fédéral exerce sur les relations avec les tribus indiennes une autorité qui est exclusive, c'est-à-dire qu'il ne partage pas avec les États fédérés²¹. Le Congrès a souvent fait usage de ce pouvoir plénier pour déposséder les tribus indiennes de certains de leurs droits et de leurs pouvoirs, et la Cour Suprême ne s'est jamais opposée à ces mesures du Congrès²². D'un autre côté, le pouvoir plénier du Congrès a été utilisé pour empêcher les autorités des États de s'ingérer dans l'autonomie tribale. Dans le système fédéral des États-Unis, la plupart des conflits qui relèvent de l'autorité du gouvernement dans les territoires indiens sont des conflits entre les tribus et les États. La Cour Suprême s'est appuyée sur la doctrine du pouvoir plénier pour forger le principe selon lequel le droit indien appliqué dans le cadre de la législation fédérale peut exclure l'exercice de l'autorité des États²³.

LES FLUCTUATIONS DE LA POLITIQUE FÉDÉRALE

Si les principes fondamentaux du droit fédéral indien sont demeurés relativement stables, la politique fédérale a au contraire oscillé entre des mesures de soutien aux tribus pour qu'elles continuent à exister en tant que communautés autonomes culturellement distinctes et des tentatives visant à détruire les cultures tribales et à forcer les Indiens, en tant qu'individus, à s'assimiler à la société majoritaire. L'histoire de la législation fédérale en matière d'affaires indiennes peut se décomposer en cinq phases distinctes : les années de formation, qui vont de la fondation des États-Unis jusqu'à

19. *Indian Tribale Justice Act* de 1993, Pub. L. n° 103-176, paragraphe 2 (publié sous la cote 25 U.S.C. par. 3601).

20. Mary Christina Wood, « Protecting the Attributes of Native Sovereignty : A New Trust Paradigm for Federal Actions Affecting Tribal Lands and Resources », *Utah Law Review*, 109, 113 (1995) (ouvrage ci-après dénommé « Wood Trust II »).

21. Voir F. S. Cohen, note 13 ci-dessus, p. 207-212.

22. Voir Getches, note 15 ci-dessus, p. 1585, n° 45.

23. Voir Getches, note 15 ci-dessus, p. 1626-1630.

environ 1871 ; la période du morcellement, qui s'ébauche à partir de là et dure jusqu'à environ 1928 ; la phase de la réorganisation des affaires indiennes, jusqu'à environ 1942 ; la période de suppression du statut fédéral, qui dure jusqu'à 1961 environ ; et la phase de l'autodétermination, qui correspond à la politique fédérale actuelle²⁴. Au cours des années de formation, l'établissement de réserves a constitué le mécanisme principal pour maintenir une séparation entre les cultures tribales et la population américaine en expansion. La plupart des tribus sont parvenues à conserver de petites fractions de leurs territoires aborigènes, mais beaucoup d'autres ont été contraintes d'aller s'établir dans des réserves situées loin de leur territoire d'origine. Dans les deux cas, la politique était fondamentalement favorable à un « séparatisme mesuré²⁵ » pour les tribus.

Au cours de la période du morcellement, le gouvernement fédéral essaya de forcer les Indiens à renoncer à leur culture tribale et à s'assimiler au sein de la société majoritaire ; il a pour cela divisé les terres tribales, détenues en commun, en lopins individuels qui furent attribués aux différents membres de la tribu, le territoire restant devenant accessible aux non-Indiens²⁶. Le morcellement eut notamment pour conséquence la perte des deux tiers environ de la base territoriale de la communauté indienne²⁷ et, en même temps, la présence d'un nombre important de non-Indiens vivant à l'intérieur des limites de beaucoup de réserves indiennes.

Avec la promulgation de l'*Indian Reorganization Act* de 1934 (loi de réorganisation des affaires indiennes)²⁸, le Congrès désavoua la politique du morcellement et

24. D'une façon générale, voir F. S. Cohen, note 13 ci-dessus, p. 47-206. Les lecteurs noteront que, si les dates indiquées ci-dessus correspondent à des événements importants, le passage d'une période à l'autre s'est d'ordinaire prolongé pendant plusieurs années.

25. Voir Wilkinson, *Indians, Time and the Law*, New Haven, Connecticut, et Londres, Yale University Press, 1987, p. 14-19.

26. Voir F. S. Cohen, note 13 ci-dessus, p. 129-138 ; pour une analyse générale, voir Judith V. Royster, « The Legacy of Allotment », *Arizona State Law Journal* 1, 1995 ; voir aussi Suagee « Tribal Voices », note 6 ci-dessus, p. 153-157 (qui fait valoir que la politique du morcellement devrait être franchement qualifiée de « génocide culturel »). En plus du morcellement des terres, cette période se caractérisa par divers autres programmes conçus pour forcer les Indiens à s'assimiler, notamment en éloignant les enfants indiens de leur famille et en les éduquant dans des pensionnats éloignés.

27. La base territoriale indienne, qui était de 138 millions d'acres en 1887 (quelque 70 millions d'hectares), n'était plus que de 48 millions d'acres (environ 25 millions d'hectares) au moment de la promulgation de l'*Indian Reorganization Act* (loi de réorganisation des affaires indiennes) en 1934. Voir à cet égard F. S. Cohen, note 13 ci-dessus, p. 138.

28. Ch. 576, 48 Stat. 984 (publiée telle qu'amendée sous la cote 25 U.S.C., par. 461, 462, 463, 464, 465, 466-470, 471-473, 474, 475, 476-478 et 479).

revint à une politique favorable à un séparatisme mesuré²⁹. Cette loi encourageait les tribus à adopter des constitutions, mais le modèle de constitution auquel le Bureau des affaires indiennes était favorable ne reflétait pas les coutumes tribales et conférait à ce Bureau de nombreux pouvoirs discrétionnaires. En 1940, plus des deux tiers des tribus avaient voté en faveur d'une organisation conforme à cette loi mais, dans certains cas, après avoir subi de fortes pressions de la part du Bureau³⁰. Depuis lors, de nombreuses tribus ont modifié les constitutions établies en vertu de cette loi, par exemple en créant des systèmes judiciaires indépendants, en proclamant que les droits constitutionnels des individus sont soumis au droit tribal et en supprimant les dispositions attribuant au Bureau des affaires indiennes des pouvoirs injustifiés. Certaines tribus se gouvernent en vertu d'autres documents constitutifs et d'autres encore exercent leur autonomie en conformité avec le droit coutumier, sans constitution écrite.

En 1953, le Congrès a adopté officiellement une politique de suppression du statut fédéral, consistant à mettre un terme au rôle du gouvernement fédéral dans les affaires indiennes et à forcer les Indiens à s'assimiler dans la société majoritaire³¹. Au cours de cette période, le Congrès mit fin unilatéralement au statut fédéral reconnu de plus d'une centaine de tribus, dont plusieurs possédaient de vastes réserves et beaucoup d'autres comptaient parmi les plus petites³². Bon nombre de ces tribus ont depuis lors réussi à se voir restituer la reconnaissance fédérale, généralement par des lois promulguées par le Congrès à l'issue de longues campagnes et généralement sur une base territoriale considérablement réduite. Au cours de cette période, le Congrès a également adopté des mesures permettant à l'exécutif de certains États d'exercer certaines formes de juridiction à l'intérieur des réserves indiennes. Divers programmes sociaux furent mis en œuvre pour pousser les Indiens à s'assimiler, et notamment une politique de transplantation, qui visait à leur trouver des emplois permanents dans des centres urbains éloignés des réserves et des communautés tribales.

LA PÉRIODE D'AUTODÉTERMINATION

À la fin des années 50, les conséquences négatives de la politique de suppression du statut fédéral commencèrent à devenir évidentes, et le Congrès abandonna progressivement la politique d'assimilation forcée pour revenir au soutien d'un séparatisme

29. Voir généralement F. S. Cohen, note 13 ci-dessus, p. 147-152.

30. En 1940, 189 tribus avaient voté en faveur de l'acceptation de l'*Indian Reorganization Act*, tandis que 77 l'avaient rejeté.

31. Voir F. S. Cohen, note 13 ci-dessus, p. 152-180.

32. F. S. Cohen, note 13 ci-dessus, p. 173-174.

mesuré³³. Au cours des années 60, les Indiens revendiquèrent avec plus de force une maîtrise accrue des affaires de leur propre communauté ainsi que la reconnaissance de leurs droits de conserver une existence culturelle distincte. Pendant les années 70, le Congrès promulgua un certain nombre de lois qui constituèrent un cadre permettant aux autorités tribales de devenir modernes et efficaces, notamment l'*Indian Self-Determination and Education Assistance Act* de 1975 (*Self-Determination Act*)³⁴, loi sur l'autodétermination selon laquelle les tribus indiennes ont le droit de prendre la direction de programmes qui auraient autrement été gérés pour eux par le Bureau des affaires indiennes ou l'Indian Health Service (Service des affaires sanitaires indiennes)³⁵. Actuellement, dans de nombreuses réserves, les autorités tribales assument de nombreuses responsabilités et il y a très peu d'employés du Bureau des affaires indiennes/ou du Service des affaires sanitaires indiennes.

Au cours des vingt-cinq premières années de la période de l'autodétermination, la Cour Suprême prit un certain nombre de décisions qui renforcèrent le pouvoir des autorités tribales et limitèrent celui des États. Ces décisions, qui réaffirmaient les principes fondateurs, conférèrent aux tribus certaines garanties dont beaucoup avaient grand besoin pour redevenir maîtresses de leur propre destinée ; elles mirent à profit leurs pouvoirs d'autodétermination pour améliorer leur situation sociale et économique : par la gestion du développement des ressources naturelles, la vente de permis de chasse et de pêche, l'imposition des activités économiques, la promotion du tourisme et l'exploitation de maisons de jeu³⁶.

Alors qu'elles affirmaient leurs pouvoirs gouvernementaux, les tribus se heurtèrent à l'opposition des autorités des États et des autorités locales, ainsi qu'à celles des non-Indiens qui rejetaient l'idée même que les autorités tribales puissent avoir quelque pouvoir sur eux. L'opposition rencontrée par les tribus démontre que nombreux sont ceux aux États-Unis qui, simplement, ne comprennent pas ou ne veulent pas comprendre la situation des autorités tribales dans le système fédéral. En plusieurs occasions au cours des deux dernières décennies, la Cour Suprême a méconnu les principes fondateurs et a pris des décisions fondées au contraire sur sa conception subjective de ce que devrait être la législation, en manifestant une grande considération envers les intérêts des non-Indiens.

33. F. S. Cohen, note 13 ci-dessus, p. 180-188.

34. Pub. L. n° 93-638 (classé tel que modifié sous la cote 25 U.S.C. par. 450-450n, 458-458hh).

35. *Tribal Self-Governance Act* de 1994, Pub. L. n° 103-413 (modifiant le texte 25 U.S.C. par. 450-450n, 458-458hh).

36. Getches, note 15 ci-dessus, p. 1592.

UNE ANALYSE DANS L'OPTIQUE DES DROITS DE L'HOMME EST-ELLE PERTINENTE ?

En ce début de XXI^e siècle, les tribus indiennes sont déterminées à survivre en tant que communautés autonomes distinctes mais elles demeurent vulnérables. Le fédéralisme des États-Unis ne comporte aucun engagement concernant la permanence des autorités tribales dans les structures établies. Étant donné le manque de compréhension général du public à l'égard du statut des tribus indiennes, les dirigeants de ces dernières ont peu de raison de penser que la population se mobiliserait pour défendre la cause indienne si le Congrès faisait à nouveau marche arrière. Les droits culturels pourraient-ils contribuer à se prémunir contre un tel renversement possible de la politique fédérale ? Ou à traiter les problèmes actuels concernant le statut et les droits des tribus ?

3. EFFORTS ACTUELS POUR DÉFINIR LES DROITS DE L'HOMME DES POPULATIONS AUTOCHTONES

LE PROJET DE DÉCLARATION DES NATIONS UNIES

L'élaboration, dans le cadre du droit international, de normes visant à protéger les droits de l'homme des autochtones – individus et groupes – se poursuit depuis plus d'un quart de siècle. Le résultat de ces travaux est le *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones*. En 1995, la Commission des droits de l'homme a créé son propre groupe de travail (Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme) et a défini les procédures par lesquelles les organisations et les représentants autochtones pourraient demander à participer à ces réunions³⁷. Le Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme se réunit chaque année à Genève.

En présentant le *Projet de Déclaration des Nations Unies* à la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, en 1994, Mme E.-I. Daes, Rapporteur, a analysé l'essentiel de ce texte en y relevant trois principaux éléments « qui le distinguent des autres instruments des droits de l'homme³⁸ ». Elle a qualifié ces éléments de « personnalité juridique, de sécurité

37. Le processus de participation des peuples et organisations autochtones n'ayant pas de statut consultatif auprès du Conseil économique et social a été établi par la Commission des droits de l'homme dans sa résolution 1995/32, datée du 3 mars 1995.

38. Erica-Irene Daes, « Equality of Indigenous Peoples Under the Auspices of the United Nations », *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, 7 *St. Thomas Law Review*, 493-496 (1995).

territoriale et de responsabilité internationale » : les autochtones doivent être reconnus en tant que « peuples » dont chacun possède une personnalité juridique collective ; chaque peuple autochtone doit bénéficier de la sécurité à l'intérieur de son propre territoire afin de maintenir son identité distincte ; si les peuples autochtones n'aspirent pas en général à devenir des États indépendants, ils cherchent effectivement à vivre en tant que communautés distinctes qui ne seront jamais complètement intégrées dans les États du monde et donc, pour protéger l'intégrité de leurs relations avec les États, ils doivent avoir accès aux instances juridiques internationales³⁹.

Tout en reconnaissant que le texte du *Projet de Déclaration des Nations Unies* pourrait sans doute faire encore l'objet d'améliorations, Mme Daes s'est déclarée favorable à son adoption dès que possible, sans changement fondamental :

Dans de nombreuses régions du monde, les peuples autochtones souffrent encore de destruction physique, psychologique et culturelle. Il est impératif, à mon avis, que l'ensemble du système des Nations Unies commence à agir fermement et officiellement pour défendre ces peuples tant qu'ils ont encore un espoir de survie. Le *Projet de Déclaration* pourrait constituer le mandat d'un programme concerté des Nations Unies pour la défense des peuples autochtones. Je ne vois pas quelles subtilités éditoriales ou quels autres faux prétextes pourraient justifier un nouveau report de ce mandat⁴⁰.

En dépit de cet avertissement, de nombreux États, qui ont envoyé des représentants au Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme, ont montré qu'ils sont bien décidés à apporter des changements au texte de la *Déclaration*, y compris certains d'un caractère fondamental.

DROITS COLLECTIFS ET AUTODÉTERMINATION

Le *Projet de Déclaration* aborde la question des droits individuels ainsi que des droits collectifs des peuples autochtones. De nombreux articles du *Projet* mentionnent expressément les droits collectifs et d'autres utilisent le terme de « peuples » d'une façon qui met en évidence qu'un droit est collectif par nature. Une grande partie de l'opposition des États-Unis s'est concentrée sur la notion même de droits collectifs. Ce pays s'est aussi associé à beaucoup d'autres États en se déclarant opposé au droit des peuples autochtones à l'autodétermination. L'article 3 du *Projet* proclame que : « Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils assurent librement leur développement économique, social et culturel » (art. 3).

39. *Ibidem*, p. 496-498.

40. *Ibidem*.

L'opposition des États-Unis

En 1995, les États-Unis ont fait la déclaration suivante : « ... Les instruments internationaux traitent généralement de droits individuels, non de droits collectifs⁴¹. » Même si c'est généralement exact, cette déclaration ne tient pas compte du droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, droit collectif consacré par de nombreux documents internationaux⁴². C'est ce droit collectif que beaucoup de délégations de gouvernements nationaux voudraient maintenant refuser de reconnaître aux peuples autochtones. Une façon de modifier le *Projet de Déclaration des Nations Unies* pour qu'il ne reconnaisse pas ce droit consisterait à supprimer, en anglais, la lettre *s* de « *peoples* » dans l'expression « *indigenous peoples* » (ce qui revient à parler des autochtones et non plus des peuples). Un assez grand nombre d'États se sont déclarés favorables à cette modification.

En prévision de l'opposition des États, le Rapporteur, Mme Daes, a abordé cette question en présentant le *Projet de Déclaration des Nations Unies* à la Sous-Commission. Voici ce qu'elle a affirmé :

La distinction historique entre les peuples autochtones et les autres est, tout autant que le racisme, le colonialisme et le totalitarisme, un prétexte pour justifier l'inhumanité et la cupidité que notre époque s'est efforcée d'éliminer pour toujours. Accepter un compromis à cet égard constituerait un recul comme l'aurait été un compromis sur la liberté de parole et le droit à la différence d'opinion il y a une décennie⁴³.

41. U.S. Department of State, *United States Preliminary Statements : Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (1^{er} novembre 1995) (ci-après dénommé *Déclarations préliminaires des États-Unis*). Pour obtenir une copie de ce document, ou de tout autre document rédigé par le Département d'État, mentionné ailleurs dans le présent document, écrire au : Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, Room 7802, Department of State, Washington, D.C., 20520, États-Unis d'Amérique.

42. Voir par exemple la *Charte des Nations Unies*, articles 1, 55, 56 et 73 (reconnaissant le droit des « peuples » à disposer d'eux-mêmes) ; le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171, article 1 (1) (qui affirme que « tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes ») ; le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 U.N.T.S. 3, article 1 (1) (identique à celui du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*) ; la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (Charte de Banjul), 27 juin 1981, 21 I.L.M. 59 (1981), article 20.91. (« Tout peuple a droit à l'existence. Tout peuple a un droit imprescriptible et inaliénable à l'autodétermination. Il détermine librement son statut politique et assure son développement économique et social selon la voie qu'il a librement choisie. »)

43. Voir Daes, note 38 ci-dessus. Les lignes citées ci-dessus sont tirées des pages 7 et 8 de la Déclaration à la Sous-Commission, dans une partie du discours qui ne figure pas dans le texte publié dans la *St. Thomas Law Review*.

Pour tenter de légitimer le refus de reconnaître les droits collectifs des peuples autochtones, les États-Unis ont fait la déclaration suivante :

En énonçant clairement que les droits reconnus sont ceux des individus, on empêche des gouvernements ou des groupes d'y porter atteinte ou d'y faire entrave au nom de l'intérêt supérieur d'un groupe ou d'un État.

Bien entendu, des individus peuvent exercer – et exercent souvent – leurs droits en commun avec d'autres. Les États-Unis reconnaissent que, dans certains cas, il peut être tout à fait approprié ou nécessaire de faire référence aux communautés ou aux groupes autochtones, afin de renforcer leurs droits individuels civils et politiques sur la base d'une égalité et d'une non-discrimination totales. Mais le fait de qualifier un droit en disant qu'il appartient à une communauté, qu'il est collectif, plutôt qu'individuel, peut être interprété – et est souvent interprété – comme une limitation de l'exercice de ce droit (car seul le groupe peut l'invoquer) et risque ainsi d'ouvrir la parole au déni du droit de l'individu. Cette approche s'inscrit dans l'optique générale des États-Unis, fondée sur leur expérience nationale, selon laquelle les droits de tous sont les mieux garantis quand les droits de chacun sont efficacement protégés⁴⁴.

Cette « optique générale des États-Unis » est contredite par l'« expérience nationale » de plus de deux siècles que ce pays a acquise dans ses relations avec les tribus et les nations indiennes. Dès les premiers jours de l'Union, le droit fédéral a reconnu les droits collectifs des tribus indiennes de continuer à exister en tant que communautés distinctes et autonomes⁴⁵. S'il y avait un seul enseignement à tirer de l'histoire de la politique fédérale indienne, ce serait qu'il en ressort clairement que les peuples indiens tiennent à demeurer indiens et que leur droit souverain à l'autonomie dans un territoire reconnu est essentiel à leur survie en tant que cultures distinctes.

Les États-Unis ont une longue tradition de reconnaissance et de défense des droits individuels des citoyens, mais aussi une longue tradition de reconnaissance du droit collectif des tribus indiennes à l'existence ; ce droit est essentiellement collectif. Car si la tribu elle-même cesse d'exister, les droits dont les individus pouvaient jouir en tant que membres du groupe n'ont plus guère de sens. Les États-Unis devraient assumer un rôle de premier plan dans le soutien aux droits des peuples autochtones.

En 1996, les États-Unis ont fait valoir que le terme « autodétermination » a un contenu politique si fort qu'il pourrait être contre-productif et que les États du monde risquent de refuser d'appuyer la Déclaration si ce terme n'est pas supprimé ou assorti

44. U.S. Preliminary Statements (Déclarations préliminaires), note 41 ci-dessus.

45. Voir par exemple *Cheerokee Nation v. Georgia* 30 U.S. (Pet.) 1, 17 (1831), qui décrit les tribus indiennes comme des « nations intérieures dépendantes ».

de réserves. En 1997, les États-Unis ont proposé d'ajouter certaines spécifications au terme « peuples » dans l'ensemble de la Déclaration⁴⁶, de le supprimer par endroits et d'ajouter, dans d'autres, un astérisque au texte de l'article, qui aurait pour effet d'intégrer à la Déclaration la phrase ci-après :

L'utilisation du terme « peuples » dans la déclaration n'implique rien en ce qui concerne le droit à l'autodétermination ou tout autre droit qui pourrait être associé à ce terme en vertu du droit international.

Autrement dit, les États-Unis considèrent qu'il est possible de conserver le *s* du mot « *peoples* », si l'on peut convenir qu'il n'a pas de signification. Ou, plus exactement, si l'on s'accorde à reconnaître que les peuples autochtones n'ont pas le droit de disposer d'eux-mêmes.

Une autre façon de résoudre le problème de l'autodétermination

Bien que le droit de disposer de soi-même soit largement reconnu comme un principe dans des documents tels que la *Charte des Nations Unies* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, il n'existe pas de consensus sur ce que ce droit signifie ou sur les groupes qui sont fondés à l'exercer, ou plutôt sur la question de savoir quels groupes constituent des « peuples ». L'autodétermination constitue « une galaxie de préceptes sur les droits de l'homme concernant les peuples au sens large, y compris les peuples autochtones, et fondés sur l'idée que tous ont un droit égal d'avoir la maîtrise de leur destinée⁴⁷ ».

De nombreux gouvernements nationaux ont fait obstacle à la reconnaissance, dans le domaine des droits de l'homme, d'une norme énonçant explicitement que les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination, en particulier si l'autodétermination est interprétée de façon à inclure le droit d'accéder à l'indépendance. Mais le droit à l'autodétermination n'inclut pas nécessairement ce droit⁴⁸.

Il faut considérer deux aspects de l'autodétermination : d'abord son contenu intrinsèque et ensuite les recours dont elle peut faire l'objet ; le premier d'entre eux peut être lui-même subdivisé en deux points :

Premièrement, par sa nature même, l'autodétermination suppose que les institutions gouvernementales résultent essentiellement de procédures répondant à la volonté de la population ou des peuples qui sont gouvernés. Deuxièmement,

46. L'ensemble des révisions proposées aux articles 1, 2, 12, 13, 14, 24, 29, 42, 43, 44 et 45 a été distribué aux personnes qui ont assisté à la réunion de « consultation » organisée par le Département d'État avec les représentants des tribus à Washington, D.C., le 20 octobre 1997.

47. Voir S. James Anaya, note 2 ci-dessus.

48. *Ibidem*, p. 84-85.

au niveau de son fonctionnement, l'autodétermination suppose que les institutions gouvernementales, indépendamment des procédures conduisant à leur création ou à leur modification, soient de nature à permettre à la population de vivre et de se développer librement, sur une base durable⁴⁹.

Quand un peuple a été privé des fondements mêmes de l'autodétermination, il convient d'y remédier. Dans le contexte de la décolonisation, le recours prévu par la communauté internationale incluait le droit d'accéder à l'indépendance, mais il est possible que ce ne soit pas le recours le plus approprié pour les peuples autochtones. Un peuple autochtone a la possibilité de choisir diverses options autres que l'indépendance et si les moyens mis en place fonctionnent bien, on peut considérer qu'il s'agit d'une autodétermination valable. Il est possible que, dans certains cas, l'accès à l'indépendance constitue une solution appropriée, mais ce n'est pas un droit généralement accessible⁵⁰. Il serait plus utile pour les États du monde de se concentrer sur ce que signifie fondamentalement l'autodétermination pour les peuples autochtones que d'essayer de mettre un terme au débat en invoquant leur peur de la sécession. Si les peuples autochtones insistent sur l'autodétermination, c'est pour leur survie culturelle.

L'atteinte aux droits individuels

Dans une campagne visant à affaiblir le *Projet de Déclaration des Nations Unies*, les États-Unis ont utilisé l'argument selon lequel la reconnaissance des droits d'une entité collective conduit à porter atteinte aux droits des individus qui sont membres de cette entité collective⁵¹.

Cette attaque préventive contre les dérives possibles des droits collectifs est-elle nécessaire ? L'article 33 du *Projet de Déclaration des Nations Unies* stipule déjà qu'en exerçant leurs droits de « promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles ainsi que leurs propres coutumes, traditions, procédures et pratiques juridiques », les peuples autochtones doivent le faire « en conformité avec les normes internationalement reconnues dans le domaine des droits de l'homme⁵² ». S'il y a dans le *Projet de Déclaration des Nations Unies* d'autres points précis qui suscitent des inquiétudes parce qu'ils pourraient conduire à des abus, les États pourraient proposer de formuler certaines réserves plutôt que de lancer une attaque virulente contre la notion même de droits de l'homme collectifs.

49. *Ibidem*, p. 81 (souligné dans l'original).

50. *Ibidem*, p. 84-85.

51. Déclarations préliminaires, note 41 ci-dessus.

52. Voir annexe A.

L'INTÉGRITÉ CULTURELLE, NORME DES DROITS DE L'HOMME

Chaque groupe ethnique ou culturel a le droit d'exister. Telle est la conclusion qui s'impose à la lecture de plusieurs instruments des droits de l'homme, notamment la *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*⁵³. Le professeur Anaya a fait référence à ce principe fondamental en le désignant comme la norme de l'« intégrité culturelle⁵⁴ ». Cette norme est aussi exprimée en substance à l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵⁵ et dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*⁵⁶. Cette norme des droits de l'homme n'a de sens qu'en tant que droit collectif, puisqu'un individu ne peut faire partie d'un groupe si celui-ci n'existe plus. Le *Projet de Déclaration des Nations Unies* exprime ce principe dans plusieurs de ses articles.

Le patrimoine culturel dans le *Projet de Déclaration des Nations Unies*

Un certain nombre d'articles du *Projet de Déclaration des Nations Unies* traitent de divers aspects du patrimoine culturel, en particulier les articles 12, 13 et 14. On y trouve l'expression d'un certain degré de compréhension et d'appréciation à l'égard de nombreux moyens par lesquels les cultures autochtones en général et les tribus indiennes en particulier entretiennent des liens avec le monde naturel. Les connaissances, les pratiques et les valeurs culturelles tribales s'inscrivent dans ce contexte. Parler du droit de perpétuer ces aspects de la culture sans le replacer dans le contexte des liens entretenus avec le monde naturel n'a guère de sens.

Critique des révisions proposées par les États-Unis

À la session de 1997 du Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme, les États-Unis ont proposé d'apporter des modifications substantielles à ces articles ainsi qu'à d'autres traitant du patrimoine culturel, afin que les droits proclamés soient de caractère individuel plutôt que collectif. À l'article 12, on remplacerait :

53. Recueil des traités de l'ONU (UNTS).

54. Voir Anaya, note 2 ci-dessus, p. 98-104.

55. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966.

56. *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, A.G. rés. 47/135, 18 décembre 1992 (ci-après dénommée *Déclaration sur les droits des minorités*) réimprimée dans le document *Droits de l'homme : Recueil d'instruments internationaux*, UN document des Nations Unies ST/HR/1/Rev. 4 (vol. 1, 1^{re} partie) (ci-après dénommé *Recueil d'instruments internationaux des Nations Unies*), p. 140.

« les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes » par une déclaration indiquant qu'il ne faut pas refuser aux autochtones, au niveau individuel, le droit « d'avoir leur propre vie culturelle ». À l'article 13, on remplacerait le droit collectif des peuples autochtones de « pratiquer, promouvoir et enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels » par le droit individuel à la « liberté de pensée, de conscience et de religion », y compris le droit « d'adopter une religion ou une conviction de son choix... ». Les États-Unis disent que ces changements sont fondés sur les articles 27 et 18 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Dans le contexte de l'article 13 du Projet de Déclaration, les États-Unis indiquent que leurs propositions de modification « visent à harmoniser le Projet de Déclaration avec le droit international existant⁵⁷ ». Dans leurs observations sur l'article 14, ils déclarent : « L'objectif fondamental, qui est de préserver l'histoire, la langue et les traditions autochtones, peut être atteint dans les meilleures conditions en protégeant le droit des individus de prendre les mesures nécessaires par eux-mêmes et en commun avec d'autres (au niveau des tribus, associations, groupes, etc.)⁵⁸. »

En mettant l'accent sur les droits individuels, les États-Unis passent à côté du problème. Les articles 12, 13 et 14 sont nécessaires parce que les cultures autochtones sont menacées – leur existence même est en péril. Maintenir les religions tribales traditionnelles, ce n'est pas seulement avoir la liberté de choisir, le droit d'« avoir » sa propre vie culturelle. Comme le Congrès des États-Unis l'a reconnu dans l'*American Indian Religious Freedom Act* (loi sur la liberté religieuse indienne) de 1978, « les pratiques religieuses des Amérindiens (ainsi que des autochtones d'Alaska et d'Hawaii) font partie intégrante de leur culture, de leurs traditions et de leur patrimoine, ces pratiques constituant le fondement de leur identité et de leurs systèmes de valeurs⁵⁹ ». La culture et la religion doivent être transmises de génération en génération, sinon elles ne peuvent survivre ; cela signifie qu'à chaque génération, certaines personnes sont tenues d'assumer certains rôles. Pour que les cultures et les religions indiennes puissent survivre, il ne suffit pas que les individus aient la liberté individuelle de choisir leur religion ; il faut aussi que des individus exercent une certaine responsabilité à l'égard de leur culture et de leur peuple. S'il en est qui n'assument pas la responsabilité de transmettre la culture et la religion, d'autres après eux n'auront plus la possibilité de choisir leur religion tribale, car celle-ci aura disparu.

57. *Ibidem.*

58. *Ibidem.*

59. Pub. L. n° 95-341 (texte publié en partie sous la cote 42 USC paragraphe 1996). Les lignes citées ci-dessus sont tirées d'un des « attendus », non codifié.

Les observations des États-Unis concernant l'article 13 contiennent la déclaration suivante : « Les droits en question sont pleinement protégés en tant que droits individuels pouvant être exercés en commun avec d'autres. » Les droits en question, selon l'expression proposée par les États-Unis, comprennent « le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ». Il serait plus exact de reconnaître qu'en vertu du droit constitutionnel des États-Unis, la liberté de religion protégée par le Premier amendement n'empêche pas le gouvernement fédéral d'exercer, sur les terres fédérales, des activités risquant d'entraîner « pratiquement la destruction » d'une religion tribale⁶⁰. Comment est-il possible de considérer qu'il s'agit là d'une protection totale ?

Les observations sur l'article 29 concernent la propriété intellectuelle. Au sujet des changements proposés à cet article, les États-Unis ont fait la déclaration ci-après :

Beaucoup d'États ont une législation très avancée sur la propriété intellectuelle, qui garantit des protections importantes aux intérêts autochtones dans ce domaine. Les États-Unis conviennent que les États doivent accorder aux autochtones, à titre individuel, le droit d'utiliser, tout comme les autres citoyens, ces systèmes nationaux pour la protection de leurs biens culturels et intellectuels. Toutefois, les États doivent conserver le pouvoir de déterminer s'il faut accorder – et dans quelles circonstances il faut le faire – des protections supplémentaires aux autochtones en la matière.

Ainsi, les États-Unis ne tiennent tout simplement pas compte des nombreuses publications qui démontrent que les systèmes juridiques actuels de protection de la propriété intellectuelle ne conviennent pas bien à la nature des intérêts dont les peuples autochtones cherchent à obtenir la protection. Parmi ces publications figurent de nombreuses études publiées sous les auspices de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de la Commission des droits de l'homme⁶¹. L'une des raisons fondamentales pour lesquelles les régimes juridiques exis-

60. *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439, 472 (1988) (le juge Brennan, dans une opinion dissidente, a fait remarquer que l'idée selon laquelle l'action du gouvernement entraînerait « pratiquement la destruction de la religion tribale était acceptée par l'opinion majoritaire »).

61. *La propriété intellectuelle des peuples autochtones : rapport concis du Secrétaire général*, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 44^e session, doc. des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1992/30 (6 juillet 1992) ; *Étude sur la protection de la propriété intellectuelle et des biens culturels des peuples autochtones*, d'Erica-Irene Daes, Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités et présidente du Groupe de travail sur les populations autochtones, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protec-

tants sont inadéquats tient au fait que le savoir dont les peuples autochtones cherchent à obtenir la protection est un savoir communautaire transmis de génération en génération. Or la législation sur la propriété intellectuelle protège les créations individuelles pendant une période de temps limitée. C'est pourquoi, si les connaissances culturelles traditionnelles sont assimilables aux biens relevant de la propriété intellectuelle, de nombreuses personnes qui se sont penchées sur la question, y compris Mme Daes, sont parvenues à la conclusion que la législation sur la propriété intellectuelle est insuffisante et qu'il faudrait mettre au point une autre forme de protection juridique⁶².

Si les États-Unis envisagent vraiment sérieusement d'apporter leur soutien à un texte fort de la *Déclaration des Nations Unies*, il faut qu'ils trouvent un moyen de dépasser leur opposition au concept des droits de l'homme collectifs. Une façon logique d'y parvenir serait de considérer que la norme de l'intégrité culturelle est un droit collectif dans la législation existante en matière de droits de l'homme, et de reconnaître que les normes relatives aux droits collectifs figurant dans le Projet sont devenues nécessaires pour que le droit à l'intégrité culturelle des peuples autochtones soit respecté. Certains des articles de la Déclaration pourraient alors être révisés de façon à préciser que l'exercice de droits collectifs doit se faire dans le respect de la législation existante en matière de droits de l'homme, qui protège les droits des individus.

Les États-Unis pourraient progresser dans la compréhension du besoin de reconnaissance de certains droits collectifs en engageant sérieusement des consultations avec les tribus en vue de formuler les prises de position à présenter sur la scène internationale. Les fonctionnaires fédéraux en viendraient peut-être alors à comprendre ce que veulent dire les représentants des tribus quand ils parlent des responsabilités des individus vis-à-vis de leur communauté, de leurs responsabilités envers le monde naturel et du fait que les connaissances écologiques et culturelles traditionnelles constituent généralement le savoir collectif de la communauté. Si ce savoir doit être pris en compte pour contribuer à préserver la biodiversité, l'entité collective qui est dépositaire de ce savoir doit pouvoir trouver les conditions du partage acceptables.

tion des minorités, 45^e session Nations Unies doc. E/CN.4/Sub.2/1993/28 (28 juillet 1993) ; *Protection du patrimoine des populations autochtones, rapport préliminaire du Rapporteur spécial*, doc. des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1994/31 (8 juillet 1994) ; *Protection du patrimoine des populations autochtones, rapport final du Rapporteur spécial*, doc. des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1995/26 (21 juin 1995) (ci-après dénommé « Rapport final ») ; *Protection du patrimoine des populations autochtones, rapport supplémentaire du Rapporteur spécial*, doc. des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1996/22 (24 juin 1996).

62. Le « Rapport final », note 61 ci-dessus, comprend un ensemble de Principes et directives pour la protection du patrimoine des populations autochtones (voir annexe B).

4. LA PRÉSERVATION DE LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE

Bien que les États-Unis ne soient pas encore parties à la *Convention sur la biodiversité* qui a été adoptée à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Sommet Planète Terre), organisée en 1992⁶³, il existe des programmes fédéraux officiels illustrant la possibilité de satisfaire aux obligations définies à l'article 8. L'article 8 stipule ce qui suit :

Chaque partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : « (j) sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques ; »...

Si la loi sur les espèces en danger⁶⁴ et la loi sur la préservation des sites historiques sont appliquées de façon à respecter les droits culturels des tribus indiennes, elles pourraient contribuer à la survie des tribus en tant que cultures distinctes, en aidant à préserver les espèces et les habitats qui sont d'une importance déterminante pour les pratiques culturelles tribales. Ces lois pourraient aussi contribuer à la survie culturelle des tribus en aidant les fonctionnaires fédéraux et leur personnel, ainsi que les non-Indiens en général, à acquérir plus de respect et de compréhension à l'égard des valeurs culturelles tribales.

LA LOI SUR LES ESPÈCES EN DANGER

Aux États-Unis, un grand nombre de controverses juridiques concernant la diversité biologique sont créées à propos de la loi sur les espèces en danger⁶⁵. Cette loi a suscité beaucoup de critiques, notamment parce qu'elle est spécifiquement axée sur les espèces. Les tribus indiennes se sont associées à ces critiques en réclamant une

63. 31 I.L.M. 818 (1992). Les États-Unis n'ont pas signé la Convention lors de la Conférence ; ils l'ont fait depuis, mais le Sénat ne l'a pas encore ratifiée.

64. *Endangered Species Act*, 16 U.S.C. paragraphe 153-44.

65. 16 U.S.C. paragraphe 153-44. Pour un point de vue général, voir Oliver A. Houck, « On the Law of Biodiversity and Ecosystem Management », 81 *Minnesota Law Review*, 869, 1997.

approche s'appuyant sur l'écosystème, afin de reconnaître les relations entre les différentes formes de vie⁶⁶. D'un autre côté, dans de nombreux cas où une espèce avait été conduite au bord de l'extinction, cette loi a bien servi à empêcher qu'elle ne soit complètement éliminée⁶⁷.

La loi sur les espèces en danger ne traite pas expressément de problèmes tels que l'importance des espèces en danger ou menacées pour les cultures tribales. En fait, contrairement à beaucoup d'autres lois fédérales sur l'environnement, elle ne mentionne même pas les tribus indiennes, et pourtant elle a donné lieu à un certain nombre de controverses impliquant celles-ci. Le cas des migrations des saumons sauvages sur la côte pacifique nord-ouest est particulièrement instructif à cet égard⁶⁸.

La controverse des saumons sauvages

Les saumons sont des poissons qui remontent le courant et pondent leurs œufs en eau douce ; ils migrent vers la mer quand ils sont jeunes et reviennent à l'âge adulte vers les eaux douces où ils ont commencé leur vie pour se reproduire et mourir. Les tribus de la côte pacifique nord-ouest dépendent depuis toujours des saumons pour leur subsistance, ainsi que pour leurs besoins cérémoniels et commerciaux et ce depuis des temps immémoriaux. Quand elles ont conclu des traités par lesquels elles ont cédé de vastes territoires, les tribus de la région se sont réservé le droit de continuer à pêcher dans les lieux où elles avaient coutume de le faire. Ce droit, reconnu par traité, a été confirmé par la Cour Suprême, qui leur a permis de pêcher jusqu'à la moitié de la quantité de poissons « pêchables⁶⁹ ».

Depuis les temps les plus anciens, les saumons étaient très abondants. Avant l'arrivée des colons blancs, jusqu'à 16 millions de saumons revenaient de l'océan Pacifique chaque année pour se reproduire dans les affluents du fleuve Columbia⁷⁰. Mais, depuis la construction de barrages hydroélectriques sur le fleuve et sur beaucoup de ses

66. Charles Wilkinson, « The Role of Bilateralism in Fulfilling the Federal-Tribal Relationship : The Tribal Rights-Endangered Species Secretarial Order », 72 *Washington Law Review*, 1997, 1063, 1068.

67. Houck, note 65 ci-dessus, 974-978.

68. Pour une analyse plus détaillée de la controverse sur les saumons sauvages, voir Mary Christina Wood, « Fulfilling the Executive's Trust Responsibility Toward the Native Nations on Environmental Issues : A Partial Critique of the Clinton Administration's Promises and Performance », 25 *Environmental Law* 733 (1995) (ci-après dénommée « Wood Trust III »).

69. *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S., 658, 685-687, tel que modifié dans 444 U.S. 816 (1979).

70. « Wood Trust III », note 68 ci-dessus, p. 762.

affluents, certaines migrations de saumons sauvages ont cessé, tandis que d'autres figurent sur la liste des migrations menacées incluse dans la loi sur les espèces en danger. D'après la section 7 de la loi⁷¹, les organismes fédéraux doivent consulter le Service national des pêcheries maritimes pour qu'il se prononce, du point de vue biologique, sur la question de savoir si une mesure fédérale est de nature à menacer la survie de l'une des espèces énumérées.

En 1994, après avoir été d'avis que le fonctionnement du système hydroélectrique pouvait se poursuivre sans mettre en danger les poissons, le Service national des pêcheries maritimes a proposé d'émettre le premier avertissement jamais prononcé concernant les migrations de saumons figurant sur la liste, pour essayer de limiter le droit de pêche de quatre tribus dans le bassin du fleuve Columbia⁷². N'étant pas parvenu à se servir de la loi sur les espèces en danger pour s'attaquer à la source principale de mortalité des saumons – c'est-à-dire le système hydroélectrique, politiquement très puissant – et à prendre les mesures nécessaires pour que les migrations de saumons retrouvent des fréquences approchant leurs niveaux historiques, le Service national des pêcheries maritimes décida plutôt de limiter la pêche tribale pour éviter la disparition des migrations. Les tribus portèrent plainte et le gouvernement fédéral négocia un accord⁷³.

Cette controverse continue. Les tribus ont défendu leur cause en se fondant sur les droits reconnus par traité et sur la doctrine de la responsabilité de tutelle. Elles sont convaincues notamment que l'application de la loi sur les espèces en danger dans ce cas particulier, associée à l'exercice de la responsabilité de tutelle du gouvernement fédéral, devrait viser à faire remonter les migrations de saumons à des niveaux permettant une pêche tribale soutenue, conformément au traité.

L'action tribale concernant la loi sur les espèces en danger

En 1995, les représentants d'un certain nombre de tribus qui – dans le cadre de la loi sur les espèces en danger – auraient eu des expériences comparables à celle de tribus du fleuve Columbia lors de la controverse des saumons sauvages, constituèrent un groupe spécial pour envisager les options possibles face à cette loi⁷⁴. Cela conduisit à l'organisation d'un séminaire, convoqué par des représentants tribaux au début 1996, qui publia un rapport d'observations, autorisant le groupe de travail à poursuivre des activités de suivi⁷⁵. Le séminaire mettait notamment l'accent sur le

71. 16 U.S.C. paragraphe 1536.

72. Voir « Wood Trust III », note 68 ci-dessus, p. 771-773.

73. *Ibidem*, p. 775.

74. Wilkinson, note 66 ci-dessus.

75. *Ibidem*, p. 1066-1074.

fait que la loi sur les espèces en danger « ne s'applique pas et ne devrait pas s'appliquer aux tribus indiennes », que les « droits des tribus de gérer leurs ressources conformément à leurs croyances et leurs valeurs doivent être protégés » et qu'il ne faut pas faire porter aux tribus indiennes une responsabilité injustifiée dans la préservation des espèces « pour compenser la dégradation – passée et actuelle – de l'environnement qui résulte du développement imputable aux non-Indiens⁷⁶ ». Le groupe de travail tribal envisagea diverses options, y compris un recours en justice ou une solution législative. Finalement, il décida de s'employer à obtenir un décret administratif, un décret ministériel conjoint des ministères de l'intérieur et du commerce, susceptible de constituer le cadre général des relations entre les tribus et les deux organismes fédéraux – le Service de la pêche et de la faune sauvage et le Service national des pêcheries maritimes –, sur la base du respect de la souveraineté tribale et de la responsabilité fédérale de tutelle. Les négociations aboutirent au décret ministériel conjoint de juin 1997 intitulé *American Indian Tribal Rights, Federal-Tribal Trust Responsibilities, and the Endangered Species Act* (Les droits des tribus indiennes, les responsabilités de tutelle fédérales-tribales et la loi sur les espèces en danger)⁷⁷.

La procédure de négociation du décret ministériel, qui fut de caractère bilatéral, est un exemple réussi de l'application du principe des relations sur un pied d'égalité entre le gouvernement fédéral et les autorités tribales. Sur le fond, le décret cherche à harmoniser les dispositions de la loi sur les espèces en danger avec le droit fédéral indien. Il ne prend pas position sur la question de savoir si cette loi s'applique aux tribus. Il met plutôt l'accent sur l'autorité souveraine des tribus sur leurs terres et engage les deux ministères fédéraux à travailler en coordination avec elles pour œuvrer en faveur d'écosystèmes sains. Les fondements essentiels du décret sont énoncés en cinq principes, chacun suivi d'un texte explicatif. Ces cinq principes sont les suivants :

Principe 1. Les ministères travailleront directement avec les tribus indiennes sur un pied d'égalité, en vue d'œuvrer en faveur d'écosystèmes sains.

Principe 2. Les ministères reconnaîtront que les terres indiennes ne sont pas soumises aux mêmes contrôles que les terres fédérales publiques.

Principe 3. Les ministères aideront les tribus indiennes à mettre au point et à développer des programmes susceptibles de favoriser l'existence d'écosystèmes sains et de rendre inutiles les mesures de restriction pour la préservation des espèces.

76. *Ibidem*, p. 1072.

77. Secretarial Order 3206, publié en additif dans C. Wilkinson, voir note 66 ci-dessus, p. 1089-1107.

Principe 4. Les ministères se montreront ouverts à la culture, à la religion et à la spiritualité indiennes.

Principe 5. Les ministères mettront à la disposition des tribus indiennes les informations relatives aux ressources tribales sous tutelle et aux terres indiennes et, pour faciliter les échanges d'information mutuels, s'efforceront d'éviter la divulgation des informations tribales confidentielles.

Bien que le décret ministériel mette l'accent sur les terres sous juridiction tribale, il a des incidences qui vont bien au-delà des limites des réserves. La mise en œuvre du troisième principe, par exemple, donnera aux tribus la possibilité d'influer sur les décisions de deux ministères concernant les espèces menacées ou en danger qui existent à l'intérieur comme à l'extérieur des réserves. En outre, le décret comprend un appendice fournissant des directives détaillées au Service de la pêche et de la faune sauvage et au Service national des pêcheries maritimes pour les consultations à établir avec les tribus quand on envisage de placer une espèce sous la protection de la loi sur les espèces en danger, dans le cas où cette protection risque d'avoir une incidence sur l'exercice des droits des tribus ou l'utilisation des ressources sous tutelle. Il est encore trop tôt pour évaluer la mise en œuvre du décret ministériel. Mais, en ce qui concerne l'objet du présent article, celui-ci constitue un bon exemple des résultats auxquels peuvent aboutir des négociations bilatérales entre les tribus et le Gouvernement fédéral ; elles peuvent conduire à une politique nationale conciliant les droits et les intérêts des tribus et la législation nationale. S'il est loyalement appliqué, on peut s'attendre à ce que le décret ministériel permette de résoudre de nombreuses controverses concernant la préservation des espèces menacées parce que les décisions fédérales prendront en compte les connaissances et les valeurs culturelles des tribus. Dans de nombreux cas, il devrait aussi montrer que la gestion de l'écosystème par les tribus évitera de devoir recourir, comme on le croit nécessaire aujourd'hui, à l'intervention du Service de la pêche et de la faune sauvage ou du Service national des pêcheries maritimes.

LA LOI SUR LA PRÉSERVATION DES SITES HISTORIQUES NATIONAUX

Aux États-Unis, le meilleur exemple de législation nationale propice à la préservation du savoir culturel traditionnel et à son application à la conservation de la diversité biologique est sans doute la loi sur la préservation des sites historiques nationaux, telle que modifiée⁷⁸.

78. *National Historic Preservation Act*, 16 U.S.C. paragraphes 470 à 470x-6. Sur ce sujet, d'une manière générale, voir « Tribal Voices », note 6 ci-dessus, p. 167-196.

Cette loi a établi un cadre de réglementation assez complexe en vue de protéger les sites qui sont importants dans l'histoire ou la préhistoire des États-Unis. Son exécution est placée sous l'autorité de deux organismes fédéraux, le National Park Service (Service des parcs nationaux) agissant au nom du ministère de l'intérieur et l'Advisory Council on Historic Preservation (Conseil consultatif pour la préservation des sites historiques), dit Conseil consultatif. La loi confère aussi des responsabilités à tous les organismes fédéraux qui sont tenus de s'assurer que leurs activités n'ont pas d'effets défavorables sur les biens historiques ou qu'elles ne seront pas entreprises sans prévoir au moins des mesures susceptibles d'éviter ou de réduire ces effets. La loi attribue aussi un rôle fondamental, au niveau des États, aux fonctionnaires connus sous le nom de « State Historic Preservation Officers » (Agents chargés de la préservation des sites historiques des États). Les amendements de 1992 ont attribué des rôles officiels aux tribus indiennes et aux organisations autochtones d'Hawaii.

En vertu de la loi, le Service des parcs nationaux a établi un Registre national des sites historiques. Il supervise aussi la procédure déterminant les critères d'éligibilité des sites concernés et leur sélection. La section 106 de la loi⁷⁹ stipule que chaque service fédéral doit prendre en considération les répercussions que peuvent avoir ses activités dans des sites inscrits ou susceptibles d'être inscrits sur le Registre. Cette section prévoit aussi que chaque service fédéral doit donner au Conseil consultatif la possibilité de présenter des observations concernant tout projet risquant d'avoir une incidence sur un bien inscrit ou susceptible d'être inscrit sur le Registre national. Le Conseil exécutif effectue ce travail de consultation sur la base de réglementations qui, en réalité, délèguent une grande partie de son autorité aux Agents chargés de la préservation des sites historiques des États⁸⁰.

Biens culturels traditionnels

Les lieux qui ont une importance religieuse et culturelle pour les tribus et les organisations autochtones d'Hawaii peuvent être inscrits sur le Registre national. Même si les tribus ont plutôt tendance à les considérer comme des « sites sacrés » ou des « lieux sacrés », c'est en raison de leur importance historique qu'ils sont susceptibles d'être inscrits sur le Registre national. Le Service des parcs nationaux a publié un document d'information permettant d'identifier ces lieux et d'évaluer leurs chances d'être placés sur le Registre national⁸¹. Il a forgé l'expression de « biens culturels traditionnels », qui

79. 16 U.S.C. paragraphe 470f.

80. 36 C.F.R. (800).

81. P. L. Parker et T. F. King, *National Park Service, National Register Bulletin 38, Guidelines for Evaluating and Documenting Traditional Cultural Properties* (National Park Service, Washington, D.C., non daté mais publié en 1990, ci-après dénommé « Bulletin 38 »). Une

est maintenant très largement utilisée par les représentants des tribus et le personnel chargé de la préservation des sites historiques et des programmes portant sur les ressources culturelles.

De nombreux biens culturels traditionnels sont des lieux du monde naturel relativement peu perturbés par l'activité humaine. Ces lieux peuvent avoir une importance religieuse et culturelle pour les tribus ou pour les organisations autochtones d'Hawaï en raison des espèces de plantes et d'animaux que l'on y trouve et de l'usage qui en est fait dans les cultures tribales. Dans certains cas où les traditions culturelles ne sont plus aussi largement respectées qu'il y a quelques générations, certains individus sont encore parfois dépositaires d'un savoir important. Ce savoir peut suffire pour déterminer qu'un lieu mérite d'être inscrit sur le Registre national. À cet égard, la loi sur la préservation des sites historiques nationaux peut contribuer à préserver des lieux du monde naturel dont l'importance est déterminante pour revivifier les traditions culturelles.

Dans la plupart des cultures tribales, les informations concernant les pratiques religieuses et culturelles sont généralement confidentielles, tant pour des raisons spirituelles que pour les protéger du vandalisme et des incursions portant atteinte à la vie privée. Comme il a été indiqué plus haut, le décret ministériel sur les espèces en danger reconnaît le caractère confidentiel de certaines informations. La loi sur la préservation des sites historiques nationaux comprend une disposition selon laquelle les informations concernant les biens culturels traditionnels doivent demeurer confidentielles si leur révélation peut entraîner une atteinte à la vie privée ou l'endommagement de biens historiques ou empêcher l'utilisation d'un site religieux traditionnel⁸². C'est pourquoi, lorsque les organismes fédéraux organisent des consultations avec les tribus au sujet des espèces en danger, si les informations fournies par les tribus concernent les biens culturels traditionnels, la loi sur la préservation des sites historiques nationaux constitue le fondement juridique sur lequel peuvent s'appuyer les tribus pour obtenir le respect de leurs demandes de confidentialité.

Les amendements de 1992 à la loi sur la préservation des sites historiques nationaux

Les amendements de 1992 ont apporté des changements substantiels à l'ensemble de la loi⁸³. En ce qui concerne les tribus indiennes, ces changements peuvent être

cour d'appel fédérale a rendu un jugement selon lequel le fait de ne pas suivre les directives du « Bulletin 38 » constitue une violation du règlement du Conseil consultatif. *Pueblo of Sandia v. United States*, 50 F.3d 856, 869-62 (10^e Cir. 1995).

82. 16 U.S.C., paragraphe 470w-3.

83. Pub. L. n° 102-575, 106 Stat. 4753 (classé tel que modifié à 16 U.S.C. par. 470 à 470x-6).

résumés en deux points essentiels : premièrement, les tribus ont maintenant la possibilité d'exercer sur les « terres tribales » les fonctions jusque-là assumées par les Agents chargés de la préservation des sites historiques des États, les terres tribales sont définies comme toutes les terres situées à l'intérieur des limites de toutes les réserves indiennes et de toutes les communautés indiennes dépendantes⁸⁴ ; deuxièmement, les tribus (et les organisations autochtones d'Hawaii) ont maintenant le droit d'être entendues par l'organisme fédéral dans le cadre d'un processus de consultation quand un projet fédéral risque d'avoir des répercussions sur un bien historique (un lieu inscrit ou susceptible d'être inscrit sur le Registre national) ayant une importance religieuse et culturelle pour une tribu (c'est-à-dire un bien culturel traditionnel), et ce qu'il s'agisse d'un lieu situé à l'intérieur ou à l'extérieur des limites de la réserve⁸⁵.

Les modifications concernant les terres tribales étaient nécessaires pour que la loi sur la préservation des sites historiques nationaux soit compatible avec les principes fondamentaux de la souveraineté tribale et de la relation sur un pied d'égalité entre les tribus et les États-Unis. Ces changements sont dans l'ensemble compatibles avec les amendements qui ont été apportés ces dernières années à d'autres lois fédérales sur l'environnement et qui autorisent les tribus à assumer des rôles comparables à ceux de gouvernements étatiques.

Avec les changements apportés à la loi concernant les biens culturels traditionnels situés en dehors des réserves, on a reconnu que les tribus ont des intérêts culturels et religieux importants dans des lieux qui, pour des raisons diverses, ne sont plus placés sous leur juridiction territoriale et que les décisions fédérales pouvant avoir des incidences sur eux doivent tenir compte de l'opinion des tribus. Pour ce qui est du classement potentiel de ces sites, ce changement confirme la pratique existante du Service des parcs nationaux. Le fait que les tribus aient officiellement le droit d'être informées et de participer à des consultations, quand ces lieux sont susceptibles d'être affectés par des décisions fédérales, renforce sensiblement la capacité des tribus d'influer sur les décisions fédérales. Mais ce droit autorise seulement les tribus à s'asseoir à la table des négociations. Quand le processus est engagé, l'issue peut dépendre de la solidité des arguments invoqués par les représentants des tribus.

S'agissant des dispositions autorisant les tribus à reprendre en main, sur les terres tribales, les fonctions assumées par les Agents chargés de la préservation des sites historiques des États, c'est le Service des parcs nationaux qui est l'organisme responsable ; à ce jour 16 tribus ont assumé ces fonctions. Pour ce qui est du nouveau droit

84. NHPA paragraphe 101(d) (2) ; 16 U.S.C. paragraphe 470a (d) (2).

85. NHPA paragraphe 101(d) (6) ; 16 U.S.C. paragraphe 470a (d) (6).

(datant de 1992) d'être consulté dans le cadre de la procédure de la section 106, il sera mis en œuvre en fonction des révisions apportées au règlement du Conseil consultatif.

La révision du règlement du Conseil consultatif

Au moment de la rédaction du présent texte, le Conseil consultatif n'a pas encore publié le règlement définitif devant lui permettre de s'acquitter de ses responsabilités découlant des amendements de 1992 ; il s'agit notamment du droit des tribus d'être informées et de participer à des consultations lorsque des mesures fédérales risquent d'avoir une incidence sur des biens culturels traditionnels, quel que soit l'endroit où ils se trouvent. Le Conseil consultatif a publié en deux occasions, en octobre 1994 et en septembre 1996⁸⁶, des propositions de règles visant à mettre en œuvre les amendements de 1992.

En juin 1997, le Conseil consultatif est parvenu à la conclusion que son personnel n'avait pas suffisamment entendu les tribus dans le cadre de la mise au point du règlement révisé et il lui a demandé d'entreprendre immédiatement des consultations sérieuses avec elles. Le personnel du Conseil a alors envoyé des documents à toutes les tribus et a organisé quatre réunions de consultation. Un projet de règlement a alors été communiqué aux représentants des tribus.

PRÉSERVATION DU PAYSAGE

Dans un récent article sur la législation concernant la biodiversité et la gestion des écosystèmes, le professeur O. Houck a fait observer que la loi sur les espèces en danger avait, dans certains cas, été assez utile pour la protection des habitats d'espèces au bord de l'extinction, mais que les cercles délimitant les zones protégées établies par la loi sont vraiment insuffisants. Il faut maintenant mobiliser la volonté nécessaire, dit-il, pour établir « des zones concentriques de protection plus larges autour des espèces dont l'existence est essentielle, emblématique, et qui constituent des indicateurs du fonctionnement des systèmes naturels de la terre – et nous y tenir. Il faut non pas les entourer de murs pour ne pas y pénétrer mais restreindre nos comportements dans ces zones en fonction des besoins prévus des espèces et de leurs systèmes de soutien⁸⁷ ». Il nous invite à « travailler de concert en vue de la préservation du paysage sur la plus grande échelle possible⁸⁸ ».

86. 59 Fed. Reg. 50.396 (3 octobre 1994) ; 61 Fed. Reg. 48.580 (13 septembre 1996).

87. O. A. Houck, note 65 ci-dessus.

88. *Ibidem*.

Les dispositions prévues à la section 106 de la loi sur la préservation des sites historiques nationaux peuvent jouer un rôle clé dans le processus de concertation visant à délimiter les zones où certaines sortes de « développement » ne sont pas autorisées. Ces limites seront tracées en tenant compte des préoccupations culturelles et religieuses des tribus indiennes et des organisations autochtones d'Hawaii mais, dans une large mesure, elles correspondront aussi aux besoins des espèces essentielles du point de vue biologique. Les règles régissant l'utilisation des espèces dans ces zones seront élaborées en fonction des normes religieuses et culturelles – le savoir écologique traditionnel – des tribus pour lesquelles ces lieux ont une importance religieuse et culturelle.

5. CONCLUSION

Le présent article est une réflexion sur certains des rapports qui existent entre les droits de l'homme, le patrimoine culturel, la biodiversité et la préservation des sites historiques. Ces liens ne sont peut-être pas évidents de prime abord mais ils méritent de retenir l'attention. Les cultures autochtones ont besoin de la biodiversité. En fait, la biodiversité est nécessaire à toutes les sociétés humaines, mais elle l'est sans doute encore plus dans le cas des cultures autochtones. Les Indiens, sur le plan individuel, auraient probablement survécu même si les aigles s'étaient trouvés au bord de l'extinction, mais un aspect essentiel des cultures tribales aurait disparu s'il était devenu impossible d'utiliser des plumes d'aigle pour les cérémonies religieuses. Pour les tribus de la côte pacifique nord-ouest, la reconstitution des peuplements de saumons sauvages est nécessaire, non pas seulement pour prévenir leur disparition, mais dans des proportions suffisantes pour qu'ils puissent occuper une place centrale dans la vie tribale. Quant aux tribus des Grandes Plaines, elles ont besoin des grands troupeaux de bisons.

Pour les peuples autochtones, l'identité culturelle repose sur les liens entre le patrimoine culturel, la biodiversité et la préservation des sites historiques. Si certains de ces problèmes sont abordés dans le cadre de la conception traditionnelle des droits de l'homme, la survie d'une culture menacée n'est pas protégée de façon adéquate si son droit collectif à l'existence n'est pas reconnu. Les nouveaux efforts qui sont déployés pour promouvoir les droits culturels visent à combler cette lacune. Il est important qu'un pays comme les États-Unis exerce un rôle de premier plan dans ce domaine et montre qu'il comprend cette question déterminante.

Les droits culturels peuvent-ils contribuer à améliorer la situation des tribus indiennes aux États-Unis ? La reconnaissance de ces droits pourrait être utile au moins sur trois plans essentiels : (1) en établissant, au sein de la société dominante,

les fondements d'un engagement à long terme en faveur du principe de l'autonomie tribale qui, comme nous le démontre l'expérience américaine, est essentielle pour la survie culturelle ; (2) en fournissant un cadre permettant de définir les limites du pouvoir qu'exerce le gouvernement fédéral sur les tribus, limites qui devraient être conformes aux principes de l'autodétermination tribale et de l'intégrité culturelle⁸⁹ ; et (3) en jetant les bases d'une définition des limites des pouvoirs souverains des autorités tribales dans leurs relations avec les individus, y compris les non-membres, limites qui soient acceptables pour les représentants tribaux car fondées sur le droit international en matière de droits de l'homme plutôt que sur la législation nationale des États-Unis.

Aux États-Unis, en raison de politiques depuis longtemps récusées dont l'objectif consistait à détruire les autorités tribales, beaucoup de non-Indiens vivent actuellement sur les réserves indiennes, où ils sont propriétaires de terres. Beaucoup parmi eux n'ont aucun sentiment d'allégeance à l'égard des autorités tribales parce qu'ils ne peuvent pas participer à leur fonctionnement. La plupart des tribus considèrent certains lieux en dehors des limites de leur réserve comme sacrés et de nombreux membres de la tribu dépendent de la faune sauvage et de la flore qui se trouvent en dehors des réserves pour leurs besoins de subsistance et pour diverses pratiques culturelles. Beaucoup d'Indiens sont consternés par les atteintes à l'environnement auxquelles se livre la société majoritaire au nom du développement économique ainsi que par l'attitude de certains qui soutiennent que les droits de l'individu ne doivent presque jamais être limités par le sens du bien commun. C'est, semble-t-il, une situation dans laquelle deux cultures distinctes essaient de cohabiter sur le même territoire, problème que l'on retrouve dans beaucoup d'autres régions du monde. Une analyse des droits culturels pourrait contribuer à aider les deux parties à mieux se comprendre, à résoudre les conflits sur la base d'une démarche rationnelle plutôt que du seul pouvoir ou de la force brute. Aux États-Unis, il serait particulièrement utile que le Congrès puisse prendre en considération une analyse des droits culturels quand il envisage d'adopter une législation risquant d'avoir une incidence sur les tribus indiennes.

Dans beaucoup d'autres pays, les peuples autochtones n'ont pas de droits semblables à ceux qui sont reconnus dans le cadre de la législation des États-Unis. La survie des peuples autochtones y est une lutte quotidienne et le génocide n'y est pas seulement un concept abstrait. Les États-Unis peuvent contribuer à faire évoluer la situation en renonçant à essayer d'affaiblir le *Projet de Déclaration des Nations Unies* et

89. Dean B. Suagee, « Clean Water and Human Rights in Indian Country », *Natural Resources and Environment*, automne 1996, p. 46, 48-49.

en œuvrant pour son adoption. Dans le cadre des tentatives qui se dessinent actuellement pour définir les droits de l'homme des peuples autochtones, l'éthique commande notamment : d'approuver la notion capitale de droits de l'homme collectifs ; de reconnaître que les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes et le droit à l'intégrité culturelle ; et d'utiliser le terme « peuples » sans hésitations ni restrictions.

LE DROIT À UN PASSÉ CULTUREL : POINTS DE VUE AFRICAINS

Folarin Shyllon

1. DU REJET À LA RECONNAISSANCE

L'idée que l'on se faisait jadis du Noir était une négation de son humanité. On parlait alors de l'infériorité naturelle et intrinsèque des Africains dont l'apport à la civilisation mondiale était quasiment inexistant. Tout ce qui était africain était déprécié.

Longtemps après l'arrivée en Afrique des puissances coloniales, l'expression du talent artistique des Africains était décrite avec des qualificatifs allant d'« enfantin » ou « grotesque » à « sauvage » ou « bestial ». Les réactions des fonctionnaires européens qui entraient en contact avec le mode de vie des Africains convainquirent ces derniers que leur art était brut, leurs contes empreints de naïveté, leur musique cacophonique et leurs danses lascives. Aux yeux des Africains qui se rendaient à l'étranger, cette appréciation se confirmait lorsqu'ils retrouvaient leurs sculptures ou toute autre forme d'art africain exposées uniquement dans des collections ethnographiques comme des exemples de leur culture matérielle et non point dans des musées d'art¹. Même si l'importance des œuvres du Bénin pillées en 1897 fut immédiatement reconnue par l'africaniste allemand Félix von Luschan, qui estimait que les sculptures étaient « sur le plan technique de la plus grande qualité possible² », ces œuvres demeurèrent au Museum für Völkerkunde de Berlin.

Dès la fin de la Première Guerre mondiale, le groupe de jeunes artistes parisiens qui se rebellait contre l'art européen traditionnel reconnaissait les qualités esthétiques de la sculpture africaine. Dès 1908, la collection d'Henri Matisse renfermait

1. M. J. Herskovits, *The Human Factor in Changing Africa*, New York, Alfred A. Knopf, 1962, p. 429.

2. M. Kan, dans la préface à E. Eyo et F. Willet, *Treasures of Ancient Nigeria*, New York, Alfred A. Knopf, 1980, p. 11.

une vingtaine de statues « nègres » ; Derain, Braque et Picasso³ possédaient tous des masques africains. L'impact de l'art africain sur ces artistes avait été immédiat. On le constate aisément dans la peinture des postimpressionnistes. La « découverte » de la sculpture africaine sur bois et sa reconnaissance comme l'un des arts majeurs de l'humanité ont influencé la pensée des Africains eux-mêmes. Pour des membres de groupes dont les réalisations étaient jugées sans réel intérêt et dont la culture n'avait cessé d'être dévalorisée, c'était là une révélation profondément émouvante. Cet aspect de la culture africaine, non seulement reconnu mais acclamé, devenait un symbole d'identification et d'orgueil. Les bronzes du Bénin se virent accorder une valeur artistique pratiquement dès leur acquisition par les musées européens et quand, en 1938, les têtes en bronze d'Ife furent découvertes, elles furent saluées comme des chefs-d'œuvre. Alors, les Africains purent retrouver le sens de leur propre accomplissement culturel⁴.

La culture africaine est essentielle aux Africains et, par sa puissance artistique, elle contribue également et de manière vitale aux cultures non africaines. La disparition des traditions créatrices de l'Afrique serait une véritable catastrophe. Que pouvons-nous faire pour assurer leur survivance et pour effacer les dommages du passé ? Dans quelle mesure l'exercice des droits culturels peut-il contribuer à la réalisation de cet objectif ?

Dans le présent chapitre, je souhaite montrer qu'il existe des aspects essentiels des cultures africaines indispensables à leur survie qui doivent être pris en considération dans tout débat portant sur les droits culturels du continent africain. Il s'agit des rapports religieux qui existent entre une communauté et sa terre (par. 2), du caractère communautaire et sacré du patrimoine artistique (par. 3), et de la croyance en l'unité des générations passées, présentes et futures. Ces éléments clés de la culture africaine la distinguent avec force des cultures occidentales dont la norme culturelle est l'appropriation individualiste, dominée par le présent, sécularisée et commerciale de l'art. Même si certains aspects de la culture occidentale ont été retenus par la société africaine, c'est dans l'ancien contexte culturel que la longue tradition de la création artistique africaine trouve sa source.

3. François Hauter, « L'État s'offre des trésors du Nigéria », *Le Figaro* (Paris), 1^{er} février 1996. On lit dans cet article que Picasso avait acheté une tête d'Oba du Bénin au marchand Louis Carré. Cette œuvre d'art désormais exposée au musée Picasso est l'un des rares spécimens de cette sculpture existant en France. L'article du *Figaro* est un compte rendu de l'achat par la France de 276 chefs-d'œuvre du Nigéria auprès de la famille du collectionneur suisse Barbier-Mueller.

4. M. J. Herskovits, *op. cit.*, p. 429-431, 433.

Il ne faut donc pas s'étonner que, en matière de droits culturels, l'optique des Africains diffère de celle des sociétés occidentales (par. 4) et que l'exigence de la restitution des biens culturels « sensibles » qui représentent et demeurent la quintessence de la vie de leurs propriétaires doit être considérée comme un droit culturel (par. 5). Il est néanmoins possible d'éviter le débat qui consiste à savoir si une telle revendication doit être reconnue comme un droit universel dès lors que les pays détenteurs se montrent sensibles à l'importance que revêt ce patrimoine culturel aux yeux des Africains – et il existe des exemples exceptionnels de cette sensibilité (par. 6). Le patrimoine meuble ne saurait être considéré séparément de la terre non plus d'ailleurs que de la religion ou de la communauté (par. 7). Si la liberté de religion est généralement reconnue comme un droit de l'homme et comme un élément essentiel de la préservation de la diversité culturelle, alors il faut respecter le caractère sacré et béni des trésors culturels de l'Afrique et les englober dans les droits culturels.

2. LA CONCEPTION AFRICAINE DU DROIT FONCIER

C'est dans l'ensemble des croyances et des comportements régissant les rapports entre l'homme et la terre qui le nourrit que l'on perçoit certaines des caractéristiques les plus répandues de la culture de l'Afrique subsaharienne et donc les traditions sans doute les plus anciennes de ses habitants actuels⁵. Selon J.-B. Danquah, la terre est considérée avec infiniment de respect et d'égards pour la simple raison que la terre tribale est considérée comme sacrée et donc placée sous la protection des esprits des ancêtres. La conception de la propriété foncière faisait partie du système religieux général car, vu le nombre de ramifications du culte, il était difficile de laisser la terre – qui est le plus précieux de tous les biens matériels – libre et non protégée dans la catégorie des biens sanctifiés par la religion. « La vente en toute propriété par un Akan ne se résumait donc pas à une pure question d'aliénation d'un bien réel : elle revenait à l'évidence à la vente d'un patrimoine spirituel (...), à une véritable trahison envers un bien ancestral, à la perte de l'espoir de postérité⁶. » Comme devait le déclarer un chef de Lagos en 1912 devant la Commission foncière de l'Afrique de l'Ouest : « J'estime que la terre appartient à une grande famille, dont bien des membres sont morts, peu toujours en vie et d'innombrables encore à naître. » Elias, qui cite ces propos, ajoute que le caractère universel de ce concept chez les Soudanais et les Bantous n'a cessé de se

5. Herskovits, *op. cit.*, p. 143.

6. J. B. Danquah, *Gold Coast : Akan Laws and Customs*, Londres, George Routledge, 1928, p. 212.

confirmer⁷. Des principes généraux transcendent donc les frontières de zones qui échappent à la classification dualiste des sociétés africaines qui distingue les groupes vivant de l'agriculture de ceux chez qui l'élevage et la collecte des aliments revêtent une importance primordiale⁸. C'est ainsi que, après avoir lu quelques pages de l'ouvrage de T. O. Elias *Nigerian Land Law and Custom* (Le droit foncier nigérian et la coutume), le Premier ministre de Toro, en Ouganda, écrivit à l'auteur en ces termes : « Ces principes, savez-vous, sont identiques aux principes que nous appliquons en Ouganda en matière de réglementation foncière. Nous pouvons utiliser votre livre en ne lui apportant que quelques légères modifications concernant les noms et, peut-être, quelques détails⁹. »

Une nette distinction est partout établie entre la propriété et la possession, notamment de la terre d'une part et de toute autre forme de bien de l'autre. En matière foncière, le droit coutumier africain est exempt de notion de propriété foncière comparable à l'idée anglaise de possession en toute propriété ou à la théorie selon laquelle toutes les terres du Royaume-Uni appartiennent à la Couronne, le détenteur n'en étant que le locataire. Le chef ou le roi africain n'est titulaire d'aucun droit légal de la sorte, même en théorie : il ne détient que le droit administratif d'exercer un contrôle sur la terre pour le bien de l'ensemble de la communauté. Le terme de « collectif » serait une description appropriée du régime de la propriété foncière : la relation entre le groupe et la terre est toujours complexe en ce sens que les droits d'un membre du groupe sur une parcelle de terre coexistent avec ceux du groupe sur cette même parcelle. Toutefois, le particulier détient des droits imprescriptibles et reconnus sur le bien commun du groupe. La *propriété* revient au groupe tandis que le particulier ne jouit que de la *possession*. Le chef est unanimement considéré comme le symbole de la propriété du légataire universel, de la propriété aliénable et de la propriété ultime de toutes les terres détenues par une communauté territoriale. Il détient la terre pour le compte de l'ensemble de la communauté, en qualité de curateur ou de gardien¹⁰. Lord Haldane a fort bien défini cette situation en prononçant le discours de la Commission juridique du Conseil privé dans l'affaire *Amoudu Tijani c. Secretary, Southern Nigeria* (Affaire de la terre yoruba).

7. T. O. Elias, *The Nature of African Customary Law*, Manchester, Manchester University Press, 1956, p. 162.

8. M. J. Herskovits, *op. cit.*, p. 143.

9. T. O. Elias, *op. cit.*, p. 162.

10. *Ibidem*, p. 162-165. Voir aussi C. Hayford, *Gold Coast Native Institutions*, Londres, Sweet and Maxwell, 1903, p. 45 ; E. W. Blyden, *African Life and Customs*, Londres, C. M. Phillips, 1908, p. 32-33 ; J.-B. Danquah, *op. cit.*, p. 197 ; J. M. Sarbah, *Fanti Customary Law*, 3^e éd., Londres, Frank Cass, 1968, p. 65-66 ; première publication en 1897.

Ce qu'il importe ici d'avoir présent à l'esprit pour comprendre le droit foncier tribal, c'est que la notion de propriété individuelle est complètement étrangère aux idées africaines. La terre appartient à la communauté, au village ou à la famille, jamais à l'individu. Tous les membres de la communauté, du village ou de la famille ont un droit égal à la terre mais, dans chaque cas, c'est le chef ou le responsable de la communauté ou du village ou le chef de famille qui a la charge de la terre et dont on dit parfois improprement qu'il en est le propriétaire. Il joue en quelque sorte le rôle de curateur ou de gardien et, en cette qualité, met la terre à la disposition de la communauté ou de la famille. Il exerce un contrôle sur la terre, et tout membre de la communauté qui désire une parcelle pour la cultiver ou pour y bâtir doit s'adresser à lui. Mais la terre ainsi donnée demeure la propriété de la communauté ou de la famille, et le chef ne peut céder une parcelle importante de terre sans en référer aux anciens de la communauté ou de la famille dont le consentement est indispensable avant toute cession à un étranger¹¹.

Dans cette affaire, le gouvernement colonial avait acquis en 1913 des terrains à des fins publiques dans le secteur d'Apapa, à Lagos. Le requérant, Amodu Tijani, alias chef Oluwa, soutint que lui-même et sa famille possédaient le terrain en question. Il exigea donc d'être pleinement indemnisé conformément aux dispositions de

11. (1921) AC 399/404. Il a été statué de la sorte dans les affaires *Sunmonu c. Disu Raphael* (1927) AC 881/883-884 (autre affaire nigériane) et *Sobhuza II c. Miller* (1926) AC 518/525 (affaire concernant le protectorat du Swaziland). L'idée d'aliénation a fait son chemin à la suite des contacts avec les Européens. Dans l'affaire *Balogun c. Oshodi* (1931) 10 NLR 44/51, Webber suggère qu'elle date sans doute de 1872. Il n'en reste pas moins qu'il est désormais banal en droit de dire que la propriété familiale, autrement dit la propriété foncière, ne peut être aliénée par le chef de famille sans le consentement des principaux membres de la famille et que les principaux membres de la famille ne peuvent aliéner la terre sans le consentement du chef de famille, ce qui maintient, encore que sous une forme atténuée, le régime africain de propriété foncière collective. Au nombre des affaires anciennes, citons les affaires *Esan c. Faro* (1947) 12 WACA 135, *Oshodi c. Aremu* (1952) 12 WACA 83, *Cole c. Folarin* (1956) 1 F.S.C. 66 et *Mogaji c. Nuga* (1960) 5 F.S.C. 107. Au nombre des affaires récentes, on relève les affaires *Atunrase c. Sunmola* (1985) 1 NWLR 105 ; *Bamgbose c. Oshoko* (1988) 2 NWLR 509/511 ; *Akinfolarin c. Akinola* (1988) 3 NWLR (1994) 2 NWLR 92/97 et *Bello c. Fayose* (1994) 2 NWLR 404/407. Voir aussi A. W. James et A. B. Kasunmu, *Alienation of Family Property in Southern Nigeria*, Ibadan, Ibadan University Press, 1996. Le régime de la propriété foncière au Nigéria a été radicalement transformé en 1978 lors de la promulgation de la loi foncière par le gouvernement militaire. Cette loi attribuait toute la terre de chaque État de la Fédération au Gouverneur de l'État, et une terre ne peut désormais plus être cédée *inter vivos* qu'avec le consentement du Gouverneur pour ce qui est des terrains situés en zone urbaine et qu'avec le consentement de l'autorité locale dans le cas des terrains en zone rurale.

l'ordonnance de 1903 sur les terres à usage public. Le Conseil privé estima qu'il était en droit d'être pleinement indemnisé mais que, du fait qu'il n'était que simple gardien ou curateur des terrains, les indemnités à verser devaient être réparties « entre les membres de la communauté représentée par le requérant en sa qualité de chef suprême¹² ».

En 1894, dans ce qui était alors la Côte de l'Or, une tentative de modifier le régime de la propriété foncière a échoué. Cette année-là, le gouvernement de la Côte de l'Or avait adopté la loi sur les terres de la Couronne visant à attribuer à la Reine les terres en friche, les terrains forestiers et les ressources minérales. Les Africains se soulevèrent contre cette loi au motif qu'elle contreviendrait au droit autochtone et à la coutume et qu'elle équivaldrait à une captation illégale du pays. Les Africains de la Côte de l'Or en appelèrent au gouvernement britannique par le truchement du Secrétaire d'État aux colonies, qui concéda à la délégation de la Côte de l'Or que « s'agissant de la dévolution des terres (...), le droit autochtone [devait] être maintenu en l'état et prévaloir¹³ ».

Le droit foncier coutumier africain a survécu aux périodes coloniale et postcoloniale dans des pays comme le Nigéria. Dans plusieurs de ses décisions, la Cour suprême du Nigéria a estimé que, au Bénin, la terre appartient à l'Oba et au peuple¹⁴. Dans des termes rappelant ceux de lord Haldane, le juge Idigbe, qui occupait les fonctions de juge suprême de l'État du Bendel d'alors, a déclaré en 1970 que, « au Bénin, toute la terre est la propriété de la communauté et que l'Oba du Bénin en est le gardien ou le curateur¹⁵ ». Dans l'affaire *Aranse c. Aranse* (1981) le juge Idigbe, alors à la Cour suprême, a été plus loin encore en disant :

En droit coutumier bini le titre de propriété (...) ne saurait être un titre de libre propriété dans la mesure où le droit du propriétaire de transférer ses intérêts est assorti de limites dès lors qu'il doit obtenir le consentement de l'Oba ; ce n'est cependant pas un bail. J'estime respectueusement qu'en droit coutumier bini la propriété foncière ou le titre de propriété ont un caractère *sui generis*¹⁶.

12. (1921) AC 399/411.

13. H. R. Lynch, « Introduction to third edition of J. M. Sarbah », *Fanti Customary Law*, p. 20-22.

14. *Okeaya v. Aguebor* (1970) 1 All NLR 1 ; *Atti Gold v. Osaseren* (1970) 1 All NLR 125.

15. Approuvé par la Cour suprême dans l'affaire *Atti Gold v. Osaseren* (1970) 1 All NLR 125/130.

16. *Aranse v. Aranse* (1981) NSCC 101/117.

Dans l'affaire *Sparrow c. la Reine*¹⁷, la Cour suprême du Canada s'est trouvée, sans le savoir, en accord avec la Cour suprême du Nigéria. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a déclaré :

Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété traditionnels. Ce sont des droits détenus par une collectivité, en accord avec la culture et l'existence de ce groupe. Les tribunaux doivent donc veiller à éviter l'application de la *common law* traditionnelle applicable à la propriété à mesure qu'ils comprennent mieux le caractère *sui generis* des droits des aborigènes¹⁸.

Il n'en demeure pas moins que les divers traités conclus par les Britanniques en Afrique de l'Ouest n'ont pas reconnu les droits souverains des Africains sur leurs biens culturels¹⁹. Cela n'a pas été le cas pour les Maoris de Nouvelle-Zélande qui, en vertu de l'article 2 du Traité de Waitangi de 1840, se sont vu garantir « la possession pleine et entière », notamment de tous leurs « autres biens », y compris, dans les versions du traité en maori que la plupart des Maoris ont signé, leurs taonga [leurs trésors culturels]²⁰. L'omission d'une telle clause dans les traités conclus avec les Africains devait être le talon d'Achille de la reconnaissance par les Anglais du régime foncier en vigueur en Afrique de l'Ouest.

Je me range à la conclusion de Walker et d'Ostrove pour qui l'expression *sui generis* employée dans ce cas signifie que les droits en question ont des qualités exceptionnelles qui ne sont pas pleinement explicables selon l'analyse jurisprudentielle occidentale classique ou selon la *common law*²¹. Un an avant l'affaire Sparrow au Canada, la Haute Cour d'Australie avait reconnu le « titre de propriété autochtone » dans l'affaire *Mabo et autres c. l'État du Queensland [n° 2]*²².

17. *Sparrow v. the Queen* (1990) 1 SCR 1075.

18. *Ibidem*, p. 112. En droit africain, les droits de pêche sont analogues aux droits de la terre. C'est ainsi que Blyden, *op. cit.*, p. 32, parle de la « propriété collective par la tribu de toutes les terres et de l'eau ». Il poursuit en disant que « les gens ont à tout moment le libre accès à la terre et à l'eau pour cultiver le sol en vue de se nourrir et de se vêtir, pour chasser et pour pêcher ».

19. Voir le Traité avec Lagos (1852), le Traité avec Lagos (1861), le Traité avec Asaba (1884), le Traité avec Opobo (1884), le Traité avec Sokoto (1885), le Traité avec Sokoto (1890), le Traité avec Abeokuta (1893). Ces traités sont reproduits dans A. Burns, *History of Nigeria*, 8^e éd., Londres, George Allen et Unwin, 1972, p. 316-339.

20. P. McCabe, B. Porter, « Of Lore, Law and Intellectual Property », *Copyright World*, n° 56, 1995/1996, p. 37-39.

21. P. Walker, C. Ostrove, « The Aboriginal Right to Cultural Property », *University of British Columbia Law Review*, numéro spécial, 1995, p. 13-28.

22. *Mabo and others v. State of Queensland (n° 2)* (1992) 175 CLR 1.

Dans cette affaire, décrite par un commentateur comme sans doute l'une des plus importantes que la Haute Cour d'Australie ait eu à juger, il a été estimé que la *common law* en vigueur en Australie reconnaissait une forme de titre de propriété autochtone qui, en cas de non-extinction, reflétait le droit des populations autochtones à leurs terres traditionnelles conformément à leurs lois et coutumes particulières, et que, sous réserve de l'effet de certains baux particuliers de la Couronne, le droit à la terre des habitants de l'île de Murray, conformément à leurs lois ou coutumes, était préservé sous la forme d'un titre de propriété autochtone de par la loi de l'État du Queensland²³.

En vertu des valeurs africaines les plus répandues et les plus profondément ancrées, la terre n'assure pas seulement la subsistance, elle est aussi une composante des croyances religieuses. Les rites en rapport avec la terre touchent de nombreux aspects de la culture africaine. Les remarques faites en 1938 par Jomo Kenyatta sur le rôle que la terre joue dans la culture kikuyu donne une signification accrue à la révolte des Mau Mau de 1952-1954, qui avait éclaté en raison des exigences croissantes de la population dans ce domaine²⁴.

Agriculteurs, les Kikuyu sont entièrement tributaires de la terre. Celle-ci leur offre les moyens matériels de leur existence, par lesquels ils peuvent satisfaire leurs exigences psychologiques et spirituelles. La communion avec les esprits des ancêtres de la tribu se perpétue par le contact avec le sol dans lequel ils sont ensevelis. Les Kikuyu considèrent la terre comme la « mère » de la tribu (...), c'est le sol qui nourrit l'enfant durant toute son existence et, après la mort, c'est encore le sol qui abrite les esprits morts pour l'éternité²⁵.

Le droit à la terre fait par conséquent partie des droits de l'homme. J. Kenyatta ajoutait que chez les Kikuyu, comme d'ailleurs chez d'autres Africains, « le sol est particulièrement honoré et jurer sur sa terre fait partie des serments éternels ». Chez les Yoruba, il est un proverbe qui dit que « le jugement appartient à la terre avec laquelle nous avons pactisé²⁶ ».

La conception des droits dans les systèmes juridiques occidentaux, selon laquelle un individu peut hériter de la terre en toute propriété, sans aucune condition,

23. S. E. Wright, « Aboriginal Cultural Heritage in Australia », *University of British Columbia Law Review*, numéro spécial, 1995, p. 45-61 ; Blyden, *op. cit.*, p. 33 ; S. Johnson, *The History of the Yorubas from the Earliest Times to the Beginning of the British Protectorate*, Londres, Routledge, 1921, p. 96.

24. M. J. Herskovits, *op. cit.*, p. 141.

25. J. Kenyatta, *Facing Mount Kenya : The Tribal Life of the Kikuyu*, Londres, Glossaire, 1938, p. 21.

26. E. B. Idowu, *Olodumare : God in Yoruba Belief*, Londres, Longmans, 1962, p. 163.

limitation ou restriction à tel ou tel héritier, que l'on trouve dans le droit britannique est totalement étrangère au système coutumier africain de propriété foncière. La terre est une propriété collective, qui est normalement inaliénable. La communauté tout entière est maîtresse de sa terre dans les limites de son territoire. Toutefois, la propriété collective de la terre se résout en un ensemble de droits spécifiques que des groupes et des particuliers détiennent sur une parcelle de terre, sur son usage et sur ses produits²⁷.

3. LA PROPRIÉTÉ COLLECTIVE DES BIENS ET DU PATRIMOINE CULTURELS

Puri a suggéré que la décision prise dans l'affaire Mabo pourrait être élargie de manière à englober la reconnaissance d'intérêts ou de droits non liés à la terre et peut-être liés à des objets sacrés²⁸. En droit coutumier africain, les objets sacrés, les autels dédiés aux ancêtres, les bois sacrés, ainsi que les autres expressions matérielles de la culture que nous appelons aujourd'hui patrimoine culturel ou biens culturels ont toujours relevé de la propriété collective. Il existe un lien direct entre de nombreux objets culturels et la terre. Ceux qui sont situés dans les bois sacrés sont déposés à même la terre ainsi que les objets de culte ou de cérémonie qu'ils renferment. Au Bénin, les autels royaux sont des plates-formes semi-circulaires en boue (donc en terre). Sur chaque autel sont disposées un certain nombre de têtes en bronze supportant chacune une défense sculptée en ivoire. Les autels royaux des ancêtres sont le siège de l'un des plus importants rites du culte de la royauté divine au Bénin, l'Ugie Erha Oba, au cours duquel l'Oba honore l'esprit de son défunt père et offre des sacrifices aux ancêtres royaux et à la terre dans laquelle ils sont ensevelis²⁹.

Être maître de sa terre signifie aussi être maître de son patrimoine. Dans son Rapport sur la protection du patrimoine des populations autochtones³⁰, Erica-Irene Daes souligne que le moyen le plus sûr et le plus efficace de protéger le patrimoine des populations autochtones consiste à faire en sorte que ces communautés aient la possibilité de contrôler l'accès à leur territoire pour la recherche, le tourisme et le développement.

27. T. O. Elias, *op. cit.*, p. 164-165 n.

28. S. E. Wright, *op. cit.*

29. K. Ezra, « Royal Art of Benin : The Perls Collection », *Exhibition Catalogue*, New York, The Metropolitan Museum of Art, 1992, p. 30.

30. E.-I. Daes, *Protection of the Heritage of Indigenous Peoples*, New York et Genève, Nations Unies, 1997, III, 4, p. 21-22.

L'art africain est un art religieux, il n'existe pas dans le vide. Bon nombre d'objets culturels ont été sculptés pour des rites particuliers et, de ce fait, échappent à la propriété individuelle. Comme l'a noté Herskovits, les œuvres étaient traditionnellement commandées et payées par ceux qui avaient besoin d'une statuette dans le temple d'un dieu ou par une société secrète qui avait besoin de masques pour un rite proche ; des têtes en cuivre ou en bronze étaient commandées et payées par des personnes de haut rang désireuses de les placer sur les autels de leurs ancêtres. Comme l'artiste produisait pour des commanditaires vivant à proximité, sa production quittait rarement la communauté à laquelle il appartenait³¹. C'était la quintessence de la vie de la tribu ou du groupe. La notion africaine de la terre s'étendait à ces objets. De même que la terre est sacrée, les objets culturels le sont aussi, du fait de leur signification rituelle. Ils constituent un patrimoine spirituel. C'est pourquoi, au même titre que la terre, ils sont la propriété de tous. Prenons par exemple les 160 têtes de bronze emportées, entre autres objets, par l'expédition punitive envoyée au Bénin en 1897. Ces œuvres sont l'équivalent d'un relevé chronologique. Chaque tête représentant un Oba, nous pouvons remonter jusqu'aux dynasties du XII^e siècle. Lorsqu'un Oba mourait, on faisait couler une tête en bronze, son portrait officiel, destinée à reposer sur un autel érigé à sa mémoire³².

Frobenius nous offre des exemples illustrés de la façon dont ces objets culturels, qui ont une connotation religieuse, rituelle ou cérémonielle, sont farouchement considérés comme une propriété collective même s'ils sont en possession de particuliers. En 1910, Frobenius se trouvait à Ibadan, dans le sud-ouest du Nigéria. Il nous dit avoir découvert « qu'un particulier court inévitablement le risque de faire partout l'objet des pires sarcasmes s'il vend à autrui ce qui pour d'autres a un caractère sacré mais qui lui appartient à lui seul³³ ». Il nous dit aussi avoir remarqué quelque part « un bel ensemble d'objets de cérémonie mais que personne n'avait la moindre idée de vendre³⁴ ». Il a également observé ailleurs que chaque fois qu'un pauvre malheureux se réduisait à vendre « une belle pièce d'antiquité et que des parents aisés venaient à l'apprendre, les plus fortunés d'entre eux (...) [lui offraient] d'importantes sommes d'argent de manière à conserver le bien dans la famille³⁵ ». C'est pourquoi Frobenius

31. M. J. Herskovits, *op. cit.*, p. 434-435.

32. J. Greenfield, *The Return of Cultural Treasures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 121.

33. L. Frobenius [traduit par R. Blind], *The Voice of Africa : Being an Account of the Travels of the German Inner African Exploration Expedition in the Years 1910-1912*, Londres, Hutchinson, 1913, p. 52.

34. *Ibidem*, p. 50.

35. *Ibidem*, p. 51.

ajoute que chaque fois qu'il parvenait à acquérir des pièces de choix pour sa collection « en recourant aux services des plus démunis de la société (...) [il] n'en devait pas moins prendre le risque de voir l'élite réclamer le bien familial et poursuivre ses pauvres propriétaires de manière à sauver leur bien commun³⁶ ».

Frobenius avait une idée imparfaite de la nature exacte des notions de « propriété » et de « possession » dans les catégories du droit africain. Étant donné que les objets culturels étaient et sont toujours la propriété de la collectivité, il est fallacieux de décrire les personnes qui en ont la garde comme les « propriétaires » de ces objets car, en réalité, ces personnes n'en sont que les simples dépositaires tandis que la propriété est dévolue au groupe. À l'évidence, Frobenius se plaçait d'un point de vue occidental du droit. Chaque fois qu'il fait état de ce qu'il découvre sans interpréter sa découverte dans une perspective eurocentrique, il est dans le vrai. Par exemple, nous dit-il, « dans bien des endroits, il ne fait aucun doute que des objets tels que les masques (...) sont, du fait de leur signification intrinsèque et des privilèges officiels ou des intérêts directs attachés à leur possession, considérés comme la propriété des "anciens", autrement dit des détenteurs de l'autorité judiciaire³⁷ ». En d'autres termes, en droit, la personne qui a la garde d'un objet n'en est que le simple dépositaire quand bien même aurait-elle à l'origine commandé et payé l'objet culturel, et elle se distingue du groupe, qui en est le propriétaire. Contrairement à l'affirmation de Frobenius selon laquelle « l'interdiction de la vente par un particulier des *lares et penates* de sa famille est purement yoruba et, de manière générale, non africaine³⁸ », on trouve des règles analogues chez d'autres peuples de l'Afrique subsaharienne. C'est ainsi qu'Hayford, parlant du peuple vivant dans ce qui est aujourd'hui le Ghana, déclare « qu'en droit coutumier, la famille est l'unité de référence en matière de propriété » parce que, « dans le droit coutumier, on ne trouve aucune trace de la propriété individuelle. Ce qu'un chef de famille acquiert aujourd'hui de son propre droit individuel sera, dans la génération suivante, complètement indissociable de l'ensemble des biens ancestraux dont il a été le gardien ou le curateur³⁹ ». Les 160 têtes en bronze des autels royaux du Bénin emportées en 1897 sont des *lares et penates* par excellence.

Les autorités des pays qui s'accrochent à ces trésors expropriés à l'ère coloniale refusent de voir que, comme le dit Shaw, « dans de nombreux cas, ces objets sont porteurs de valeurs spirituelles, culturelles, affectives et esthétiques pour la population de

36. *Ibidem*, p. 52.

37. *Ibidem*.

38. *Ibidem*.

39. Hayford, *op. cit.*, p. 46-47.

leur pays d'origine⁴⁰ ». Ils symbolisent la quintessence de la vie du peuple. Il convient donc dans ces débats de faire preuve d'une certaine sensibilité. Parler de « nationalisme culturel » ou de « nationalisme rétenteur⁴¹ », c'est ne pas tenir compte des catégories juridiques du droit coutumier et insister en quelque sorte sur le fait que le débat doit être mené exclusivement sur la base des notions juridiques occidentales, ce qui risque d'être irrespectueux à l'extrême des droits de l'homme des peuples non occidentaux désireux que leurs droits et leurs intérêts soient également régis en fonction de leurs coutumes immémoriales. C'est là le fondement même de la *Déclaration de Mataatua*. L'analyse qui précède des notions inhérentes au droit coutumier africain relatif à la propriété des objets culturels est très proche des principes énoncés ces dernières années par les auteurs des nations premières d'Australie, du Canada et de la Nouvelle-Zélande. Comme le dit Gii-dahl-guud-sliiaay (T. Williams) :

Les objets culturels n'existent pas dans le vide. Les objets culturels sont inextricablement liés à la cérémonie (...) Les objets culturels sont notre lien avec le monde de l'esprit, avec la reconnaissance de nos ancêtres, avec notre avenir. Les objets culturels sont des dons du monde de l'esprit qui ne sauraient être la propriété de musées, d'institutions ou de particuliers. Ces dons nous ont été faits pour que nous puissions perpétuer nos cérémonies, notre identité et notre culture⁴².

Dans son rapport, Daes fait aussi observer, très justement, que chez les peuples autochtones, le patrimoine est d'ordinaire un droit collectif et qu'il est associé à une famille, à un clan ou à un autre groupe parental. Pour les peuples autochtones, « le patrimoine est un faisceau de relations plus qu'un faisceau de droits économiques ». Seul le groupe dans son ensemble peut donner son consentement au partage du patrimoine, suivant des procédures particulières de prise de décision susceptibles d'être différentes selon la nature du patrimoine en question. Quelle que soit la manière dont le consentement est donné, il est toujours provisoire et révoquant. « Le patrimoine ne peut jamais être aliéné, cédé ou vendu sauf à certaines conditions d'utilisation. » Pour Daes, les peuples autochtones sont les véritables propriétaires collectifs de leurs œuvres, de leur art et de leurs idées, et il ne saurait être question que l'aliénation de ces éléments de leur patrimoine puisse être reconnue par le droit national ou interna-

40. T. Shaw, Gardiens ou propriétaires ?, *Museum* (Paris, UNESCO), n° 149, 1986, p. 46-49.

41. J. H. Merryman, « Two Ways of Thinking About Cultural Property », *American Journal of International Law*, vol. 80, 931 ; « The Retention of Cultural Property », *University of California Davis Law Review*, vol. 21, 1988, 477.

42. Gii-dahl-guud-sliiaay (T. Williams), « Cultural Perpetuation : Repatriation of First Nations Cultural Heritage », *University of British Columbia Law Review*, numéro spécial, 1995, p. 183-201.

tional, sauf si l'opération s'effectue conformément aux propres lois et coutumes des peuples autochtones. Daes invite aussi instamment au respect des droits des peuples autochtones à l'intimité et à l'intégrité culturelle⁴³. Le parallèle entre les systèmes tribaux autochtones dans le monde et le point de vue africain est très clair.

Il se dégage entre les peuples des nations premières et les Africains un consensus sur l'idée que les droits et les intérêts touchant le patrimoine qui ne sont pas reconnus par les systèmes juridiques occidentaux ne sont nullement de ce seul fait inadmissibles par les nations. Le droit est désormais assez souple pour que les points de vue des nations premières et des Africains soient suffisamment acceptés.

4. LA CONTRIBUTION DE L'AFRIQUE AU DÉVELOPPEMENT DES DROITS CULTURELS EN TANT QUE DROITS DE L'HOMME

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966 et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* de 1966 sont les principaux instruments internationaux concernant les droits de l'homme. Les dispositions relatives aux droits de l'homme contenues dans ces instruments juridiques internationaux sont les articles 22 et 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et l'article 15 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. L'article 22 de la *Déclaration universelle* stipule que « toute personne (...) est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité ». Tandis que son article 27 déclare que « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté », l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* stipule que :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

Enfin, l'article 15 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* dispose que les États parties au Pacte reconnaissent le droit de toute personne « de participer à la vie culturelle » de sa communauté.

43. *Supra*, note 30, p. 21-22.

L'un des fils conducteurs de l'ensemble de ces dispositions est que tout être humain est en principe le détenteur de droits de l'homme et notamment du droit à la culture⁴⁴. Beuke fait néanmoins observer : « Ces dispositions sont extrêmement restrictives en ce qu'elles considèrent la culture uniquement dans un sens très étroit⁴⁵ » par suite de l'acceptation de la notion de « générations » de droits qui range le droit à la culture parmi les droits « de la deuxième génération ». Les droits « de la première génération » comprennent les droits civils et politiques qui sont désormais au cœur de la plupart des régimes des traités touchant les droits de l'homme. Ils englobent notamment le droit à la vie, l'abolition de l'esclavage, le droit à un procès équitable, l'interdiction de la torture et le droit à être reconnu devant la loi. Les droits de l'homme dit « de la deuxième génération » sont des droits visés par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, tels que le droit au travail, le droit à la sécurité sociale, le droit à une qualité de vie adéquate et le droit à l'éducation, qui sont considérés comme des droits de nature plus indéfinie⁴⁶. On part du principe que les droits civils et politiques sont des droits absolus et immédiats et qu'ils peuvent par conséquent faire l'objet de décisions de justice car les tribunaux et les autres organes judiciaires analogues peuvent aisément les faire appliquer. En revanche, si l'on suit le même raisonnement, les droits économiques, sociaux et culturels sont essentiellement des droits évolutifs, à réaliser progressivement. Par conséquent, ce ne sont pas vraiment des droits, ils relèvent plutôt de la politique⁴⁷. Qui plus est, alors que les droits économiques, sociaux et culturels sont des droits onéreux, qui obligent l'État à intervenir (pour assurer la protection sociale des individus), les droits civils et politiques n'ont pas d'incidences financières – ils ne coûtent pas grand-chose. L'État n'a d'autre obligation que de se garder d'attenter au droit de l'individu à l'intégrité et à la liberté. Ce qui importe ici, ce sont donc les différences entre les obligations de l'État selon que l'on considère l'un ou l'autre de ces types de droits⁴⁸.

L'instrument si souvent décrié qu'est la *Charte de Banjul*, également connue sous le nom de *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée en 1981 et entrée en vigueur le 21 octobre 1986, élargit le champ d'application des droits cultu-

44. M. Beuke, « The International [Law] Dimension of Culture and Cultural Rights : Relevance for and Application in the “New” South Africa », *South African Year Book of International Law*, n° 20, 1995, p. 126-143.

45. *Ibidem*, p. 133.

46. M. Dixon, *Textbook on International Law*, 2^e éd., Londres, Blackstone Press, 1993, p. 279.

47. M. Beuke, *op. cit.*, p. 131, avec les références qu'il contient.

48. *Ibidem*, p. 132.

rels, bien plus que ne le font la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Elle reproduit presque textuellement la notion de droit de participer à la vie culturelle de la communauté extraite de la *Déclaration universelle* et du *Pacte international*. Toutefois, comme le souligne Schmidt, le troisième paragraphe de l'article 17 donne une autre définition des droits culturels, vus sous l'angle africain, qui accroît la responsabilité de l'État sur le plan de leur protection. « La promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté constituent un devoir de l'État. » C'est l'un des énoncés des droits culturels qui met le plus explicitement en évidence les valeurs traditionnelles, ce qui englobe normalement le patrimoine culturel. Si l'article 17 (3) confère à l'État la responsabilité de la protection des droits culturels, la responsabilité concomitante de l'individu est définie à l'article 29 (7). Celui-ci a le devoir « de veiller, dans ses relations avec la société, à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives, dans un esprit de tolérance, de dialogue et de concertation, et d'une façon générale de contribuer à la promotion de la santé morale de la société ».

L'article 22 (1) de la Charte lie lui aussi explicitement l'identité culturelle au patrimoine lorsqu'il dispose que « tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité ». Par ces dispositions, les États africains ont élargi la portée formelle de la reconnaissance des droits de manière à englober le patrimoine culturel⁴⁹. L'article 22 (1) confirme la dimension collective des droits culturels. Beuke fait à cet égard observer que la *Charte de Banjul* est le premier instrument des droits de l'homme à conférer des obligations concomitantes aux détenteurs des droits de l'homme, tant individuellement que collectivement. La Charte est aussi le premier instrument à renvoyer tout à la fois à la culture et aux cultures, c'est-à-dire au caractère dualiste de la culture, à sa dimension individuelle et à sa dimension collective⁵⁰. En se référant aux droits « de l'homme et des peuples », le titre même de la Charte l'indique très nettement.

Le caractère dualiste de la culture en tant que manifestation (individuelle) de la création artistique et scientifique et qu'expression (collective) de la symbolique d'une communauté a toujours affleuré dans le débat sur le patrimoine culturel africain. Les créateurs des biens culturels de l'Afrique traditionnelle travaillaient tou-

49. P. R. Schmidt, « The Human Right to Cultural Heritage : African Applications », dans P. R. Schmidt et R. J. McIntosh (dir. publ.), *Plundering Africa's Past*, Bloomington, Indiana University Press, 1996, p. 18-28.

50. M. Beuke, *op. cit.*, p. 138.

jours en collectivité. Le particulier créait des œuvres au sein de la collectivité. Ojo nous apprend ainsi que chez les Yoruba, le Palais était le lieu de travail des artistes et des artisans, le foyer des médecins, des devins, des historiens, des philosophes et autres spécialistes. On reconnaissait la contribution du spécialiste à la vie et à l'humanité, en invitant l'individu talentueux du royaume à résider au Palais et à s'y employer à créer. « Ces caractéristiques du Palais assuraient l'atmosphère propice à la production de belles œuvres d'art⁵¹. » Le Palais était « la fontaine de culture du royaume⁵² ».

Il a été dit à juste titre que l'art du Bénin est un « art de cour ». Au Bénin, l'Oba est le principal protecteur des arts et, avant 1897, il exerçait un quasi-monopole sur l'œuvre d'un grand nombre de guildes d'artistes. Ces guildes sont incorporées dans l'organisation de la cour et font partie de l'Iwebo, qui est l'association du Palais chargée des insignes et de la garde-robe du souverain. Elles disposent d'ateliers au Palais, dans l'aire de l'Iwebo, et y exécutent leurs œuvres. Elles regroupent des fondeurs de bronze, des sculpteurs sur bois et sur ivoire, des travailleurs de la perle et du cuir. Le fondeur de bronze, en particulier, travaille presque exclusivement pour le roi et il lui est interdit de travailler pour quiconque est étranger à la cour⁵³. C'est ainsi que, dans le passé, l'intérêt de l'État était associé au patrimoine culturel et qu'il n'y avait aucun clivage entre l'intérêt de l'État et celui du patrimoine culturel.

5. LES DROITS CULTURELS EN TANT QUE DROITS DE L'HOMME

Beuke a mis en lumière le principe jusque-là à moitié occulté dans le débat autour de la restitution et du retour. C'est ainsi, par exemple, que Gella, membre de la Commission nigériane des musées et des monuments, s'est plaint que « les anciens maîtres coloniaux (...) détiennent dans leurs musées le meilleur et le plus précieux des biens culturels de la nation colonisée ». Il a donc insisté pour que « le problème des biens culturels pillés à l'époque coloniale soit réexaminé. Les anciennes colonies n'ont aucun moyen d'être indépendantes si les fondements mêmes de leur existence sont

51. G. J. A. Ojo, « Yoruba Palace as an Embodiment of Antiquities », dans E. J. Alagoa et B. Awe (dir. publ.), *Nigerian Antiquities – Report of Symposium : African Notes*, numéro spécial, 1972, p. 63-66.

52. G. J. A. Ojo, *Yoruba Palaces*, Londres, Université de Londres, 1966, p. 13.

53. K. Ezra, *op. cit.*, p. 22-23 ; E. Eyo, *Two Thousand Years of Nigerian Art*, Lagos, Federal Department of Antiquities, 1977, p. 132.

colonisés⁵⁴ ». Participant au débat, Shaw a fait observer que, dans le climat qui régnait alors dans l'opinion, les territoires et les populations, tout comme les objets, appartenaient à celui qui était le plus fort. C'est ce que l'on dénonce aujourd'hui sous le nom de colonialisme. Qu'il y adhère ou non, tout le monde reconnaît maintenant pour la forme le principe de l'autodétermination.

Cependant, si le droit à l'autodétermination politique a bien été concédé, son prolongement logique en matière de biens culturels continue d'être farouchement rejeté par les anciens colonisateurs. Nous nous attribuons le mérite d'avoir accordé leur indépendance à ces pays et d'apporter à bon nombre d'entre eux une aide financière, mais nous nous cramponnons à leurs propres biens culturels comme si l'époque du colonialisme n'était pas révolue. Ces pays veulent que leurs propres biens culturels contribuent à l'épanouissement de leur maturité nationale. Les territoires ont certes été restitués à leurs habitants mais nombre de leurs trésors ne l'ont point été⁵⁵.

Ce dont il est question ici – comme l'a démontré Beuke –, ce sont les liens étroits qui existent entre les droits culturels et les autres droits fondamentaux. En effet, ce que Gella et Shaw veulent tous deux dire, c'est que, en refusant de lâcher prise sur les « fondements mêmes de l'existence » de ces pays, les anciens colonisateurs leur déniaient toute humanité. Dans les années 60, les déclarations d'indépendance des anciennes colonies comportaient des chapitres traitant des droits de l'homme fondamentaux. Or, Beuke l'a montré, il y a des rapports entre la culture et ces droits fondamentaux. « Le problème, c'est l'enchevêtrement de la culture et des autres droits. » Selon Beuke, le plus évident, c'est le droit à l'éducation, « l'un des droits de l'homme les plus essentiels ».

D'autres citent le droit à la liberté de religion, de croyance et d'opinion, le droit à la liberté d'expression et le droit concomitant à l'information, le droit à la liberté de réunion et à la liberté d'association. La *Déclaration des droits de l'Afrique du Sud* reconnaît sans ambages les droits culturels comme des droits de l'homme lorsqu'elle range le droit « à la liberté de la création artistique et de la recherche scientifique » au chapitre du droit à la liberté d'expression et non, fort justement, à celui du droit à la culture⁵⁶. Elle va aussi beaucoup plus loin que les dispositions existantes lorsqu'elle relie le droit à la culture à la langue en stipulant que « toute personne a le droit d'employer sa

54. Y. Gella, « The Protection of Artistic and Cultural Property », intervention prononcée à l'occasion de l'atelier consacré à un *Modèle de Traité des Nations Unies sur la prévention des délits liés au patrimoine culturel des peuples sous la forme de biens meubles* tenu à Courmayeur, Mont-Blanc, Val d'Aoste, Italie, 25-27 juin 1992.

55. T. Shaw, *op. cit.*, p. 46.

56. M. Beuke, *op. cit.*, p. 140.

langue et de participer à la vie culturelle de son peuple⁵⁷ ». Étant donné que, sur tout le continent africain, des centaines de langues sont en voie de disparition, d'autres pays de l'Afrique subsaharienne devraient suivre l'exemple sud-africain.

Pour avoir une signification, les droits de l'homme doivent englober le droit aux objets culturels sensibles qui, selon Gella, « représentent et demeurent la quintessence de l'existence de leurs propriétaires ». Lorsque les Africains sont accusés de « nationalisme culturel » ou de « rétention », il est bon de se souvenir, comme le souligne Herskovits, que c'est à travers l'art que « les Africains ont d'abord été en mesure de retrouver le sens de leur propre accomplissement culturel⁵⁸ ». J'ajouterai, pour ma part, que cet art est l'une des composantes de la civilisation de l'humanité. Découvrant les bronzes d'Ife en 1938, Kenneth Clark enthousiaste déclara « qu'ils devraient être préservés car ils faisaient partie du patrimoine artistique mondial⁵⁹ ». Il importe toutefois de noter que « si les trésors culturels peuvent être une source d'inspiration et d'estime universelle, ils ne sont pas le produit d'une création universelle et ne sauraient être une possession universelle⁶⁰ ». Les antiquités africaines représentent la somme et l'explication de la réalité du passé⁶¹. Et sans le passé, le présent n'est rien.

6. L'ENTENTE ENTRE LES NATIONS ET LE PATRIMOINE CULTUREL

L'imposition des lois et des systèmes juridiques des puissances coloniales dans les pays où elles régnaient jadis a conforté l'idée que les lois et les systèmes juridiques des anciennes puissances impériales ont la priorité, même dans l'ère postcoloniale, sur les cultures et les coutumes qu'elles dominaient. La *Déclaration universelle des droits des peuples* qui est une déclaration non gouvernementale énoncée dans le cadre d'une conférence réunie à Alger en 1976 vise à inverser cette proposition. Elle englobe le droit au respect de l'identité culturelle, le droit des peuples minoritaires au respect de leur identité, leurs traditions, leur langue et leur patrimoine culturel, le droit de tout peuple à sa propre richesse artistique, historique et culturelle et le droit de tout peuple de ne pas se voir imposer une culture étrangère⁶². La *Déclaration de*

57. M. Beuke, *op. cit.*, p. 127.

58. M. J. Herskovits, *op. cit.*, p. 429.

59. *Nigeria Magazine*, n° 2, 1940, p. 269-270.

60. J. Greenfield, *op. cit.*, p. 309.

61. *Ibidem*, p. 309-310.

62. L. V. Prott, « Saving the Heritage : UNESCO's Action against Illicit Traffic in Africa », dans R. P. Schmidt et R. J. McIntosh, *op. cit.*, p. 29-44.

Mataatua insiste également sur le fait que c'est aux peuples autochtones qu'il revient d'appliquer leur propre définition de leur culture. Le Préambule réaffirme le droit des peuples autochtones de posséder, de gérer, d'entretenir et de développer leur culture ainsi que de déterminer leur politique culturelle de la manière qui répond le mieux à leurs intérêts. Les droits affirmés tant dans la *Déclaration d'Alger* que dans la *Déclaration de Mataatua* n'ont pas été reconnus avec grand enthousiasme par les anciennes puissances coloniales ; celles-ci sont pourtant également membres de l'Organisation des Nations Unies dont la Charte, en son article premier, reconnaît le « principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes ».

Cette reconnaissance uniquement pour la forme du principe du droit à disposer de soi-même apparaît nettement dans le débat sur la restitution des trésors culturels. Le British Museum, par exemple, continue de vouloir garder des objets culturels d'autres nations obtenus par la conquête ou durant l'époque coloniale. On soutient que le British Museum n'est pas juridiquement autorisé à aliéner des objets en vertu d'une loi votée par le Parlement⁶³. Mais, de la même façon, les Africains ne sont pas autorisés en vertu de leur législation à aliéner les objets culturels qui sont les leurs et que les colonisateurs leur ont arrachés. Pour quelles raisons les lois et les normes occidentales doivent-elles s'appliquer automatiquement en la matière ? Est-ce parce que, comme le dit Kipling, le chantre de l'impérialisme britannique, sans lois les Africains sont des êtres inférieurs ? Continuer à s'en tenir à la notion occidentale de propriété, c'est continuer à prétendre avec insistance que les Africains n'ont pas de lois que l'Occident devrait respecter. Pourtant, comme nous l'avons vu, à l'époque coloniale, sous le régime de l'« administration indirecte », la notion africaine de propriété était reconnue. Il convient à cet égard de faire preuve d'une certaine sensibilité culturelle. Comme celle des Africains, « la notion de propriété des Nations Premières diffère de celle des autres peuples en ce sens que, tandis qu'un objet peut quitter une de nos communautés, son histoire et le droit à cet objet demeurent entre les mains de la personne qui en a hérité⁶⁴ ». Pour quelle raison ? « Dans notre idée, les objets culturels sont habités par leurs propres esprits et le créateur de ces objets n'est que l'intermédiaire au travers duquel nos ancêtres s'expriment⁶⁵. » Sur ce point important, Daes recommande également la restitution des biens culturels aux peuples autochtones : elle recommande la création d'un système de médiation analogue au

63. J. Greenfield, *op. cit.*, p. 123.

64. G. C. Webster, « The Potlatch Collection Repatriation », *University of British Columbia Law Review*, numéro spécial, 1995, p. 137-141.

65. Gii-dahl-guud-sliiaay, *op. cit.*, p. 185.

mécanisme que l'UNESCO a mis en place pour la restitution des biens culturels entre États⁶⁶.

Il faut par conséquent renforcer la sensibilité transculturelle en la matière. Pour ce faire, il conviendrait pour commencer d'admettre que la question de la restitution ou du retour des trésors culturels relève des droits de l'homme. Selon Gella, lorsqu'un objet culturel est volé, pillé, détruit ou qu'il fait l'objet d'un trafic, cela revient à « arracher l'âme, l'esprit et au bout du compte la vie d'un peuple⁶⁷ ». Fort heureusement, certaines décisions récentes des tribunaux britanniques montrent que l'on prend de plus en plus conscience de la nécessité de faire preuve de sensibilité en la matière. La pierre de touche, c'est l'entente entre les nations telle qu'elle a été définie : compréhension courtoise et amicale grâce à laquelle chaque nation respecte les lois et les usages de toutes les autres dans la mesure où ce respect ne porte pas préjudice à ses propres lois et ses propres intérêts⁶⁸.

Dans l'affaire *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz and Others*⁶⁹, le juge Staughton a déclaré dans un jugement mûrement réfléchi :

L'entente requiert que nous respections le patrimoine national des autres pays en reconnaissant et en appliquant leurs lois touchant au titre de propriété sur leur territoire. L'espoir de réciprocité est une raison supplémentaire d'adopter une politique publique conduisant à cette même conclusion⁷⁰.

Si la décision du juge Staughton disant que les sculptures maori exportées illégalement de Nouvelle-Zélande devaient être restituées à ce pays a été annulée en appel, il n'en reste pas moins que son jugement a été considéré avec sympathie par la cour d'appel et la Chambre des lords. C'est ainsi que, bien qu'ayant un point de vue différent de celui du juge, lord Denning a déclaré : « Je tiens à lui exprimer ma gratitude pour la contribution extrêmement précieuse qu'il a apportée à l'examen de cette importante question⁷¹. » À la Chambre des lords, lord Brightman a déclaré, quant à lui, « parfaitement comprendre la demande du requérant ». La communauté maori avait été « privée d'un élément précieux de son patrimoine artistique⁷² ». Par d'autres remarques, lord Denning a fait preuve d'une surprenante ignorance de l'existence de la *Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation,*

66. *Supra*, note 30, p. 22.

67. Gella, *op. cit.*

68. *Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd., Oxford, 1944.

69. [1982] 2 WLR 10.

70. *Ibidem*, p. 31.

71. *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz* [1982] 3 WLR 571/585.

72. *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz* [1983] 2 WLR 809/818.

l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels [1970] lorsqu'il a demandé instamment « que la question fasse l'objet d'une Convention internationale en application de laquelle les pays puissent se mettre d'accord et adopter la législation nécessaire⁷³ ». À ce jour, en 2000, toutefois, le Royaume-Uni n'a toujours pas adhéré à la Convention de 1970 non plus qu'à la plus récente *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés* de 1995.

Dans l'affaire *Bumper Development Corporation Limited c. le Commissaire de police de la métropole et d'autres*⁷⁴, un Indien décrit tantôt comme un « coolie » tantôt comme un « travailleur sans terre » du nom de Ramamoorthi vivait dans une hutte située à proximité d'un temple hindou en ruine à Pathur, dans l'État du Tamil Nadu. Alors qu'il creusait dans du sable ou une matière analogue en 1976, sa pelle entra en contact avec un objet métallique. L'objet qu'il avait touché faisait partie d'une série d'idoles hindoues en bronze identifiées plus tard comme les membres d'une « famille » : il s'agissait d'une idole de grande valeur connue sous le nom de Siva Nataraja. Bien qu'au bas de l'échelle sociale, Ramamoorthi comprit qu'il avait découvert des objets de valeur. Parmi les objets religieux qu'il avait trouvés, le Nataraja attira tout particulièrement l'attention des marchands et se vendit bien vite. En juin 1982, Bumper acquit le Nataraja de bonne foi auprès d'un marchand du nom de Sherrier qui lui produisit un faux certificat d'origine pour la vente. C'est lorsque l'objet fut envoyé au British Museum aux fins d'expertise et de conservation que le Nataraja fut saisi par la Police métropolitaine. Bumper attaqua en justice le Metropolitan Commissioner of Police et deux de ses agents, demandant la restitution du Nataraja et des dommages-intérêts. Les autorités indiennes intentèrent une action : elles comprenaient non seulement l'Union indienne et l'État du Tamil Nadu mais également le Temple. La cour d'appel dut alors décider la question inédite de savoir si une personnalité juridique étrangère non physique et ne pouvant être considérée comme une personne juridique en droit anglais pouvait intenter une action en justice devant les tribunaux anglais. Toute la difficulté tient au fait que le droit anglais restreint la personnalité juridique aux sociétés ou groupes assimilés, autrement dit aux groupes ou aux ensembles d'individus personnifiés. Aux yeux du lord juge Purchas, le fait d'insister sur le caractère essentiellement physique de celui qui est doté de la personnalité juridique « est à la source d'une difficulté conceptuelle extraordinaire puisqu'il est malaisé de reconnaître comme une partie autorisée devant nos tribunaux quelque chose qui n'est guère plus qu'un tas de pierres⁷⁵ ». Le tribunal n'en

73. [1982] 3 WLR 571/585.

74. [1991] 4 All ER 638.

75. *Ibidem*, p. 647.

jugea pas moins que, dans la mesure où un temple hindou est une entité juridique en droit indien, il pouvait ester en justice au Royaume-Uni par le truchement d'un agent dûment habilité par le droit étranger à protéger et à récupérer les objets lui appartenant. Cette conclusion est en accord avec la politique des pouvoirs publics. Pour le lord juge Purchas :

Si l'on prend l'exemple d'une cathédrale de l'Église catholique romaine et si l'on estime qu'il ne saurait être désormais et de manière générale acceptable d'établir une distinction entre les institutions de l'Église chrétienne et celles des autres grandes religions, nous ne pouvons pas considérer, au vu de l'affaire qui nous occupe, que c'est une infraction à la politique des pouvoirs publics anglais que d'autoriser une institution religieuse hindoue à intenter une action en justice devant nos tribunaux aux fins de récupérer un bien qu'elle est en droit de récupérer par voie de justice dans son propre pays. Nous estimons en fait que les pouvoirs publics en tireraient avantage⁷⁶.

Le seul élément contestable de cette déclaration tient au fait qu'elle limite le *ratio decidendi* aux « grandes religions ». C'est une attitude discriminatoire et inacceptable au regard de la *Charte des Nations Unies* qui, dans son article 1 (3), stipule que l'un des buts des Nations Unies est de développer et d'encourager « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». Il est juste de dire que la discrimination religieuse est bannie dans la communauté des nations. Dans un monde pluriel où la diversité culturelle doit être tolérée, aucun groupe de religions ne peut ni ne devrait être autorisé à prendre le pas sur les autres. Ce point est fondamental. Dans l'affaire Bumper, il est apparu que le bien culturel du nom de Nataraja faisant l'objet du litige avait été saisi par la Police métropolitaine dans le cadre d'une politique de restitution à leurs propriétaires indiens d'objets du culte présumés volés⁷⁷. Il serait pour le moins injuste de dire que cette pratique devrait être limitée aux objets du culte de ce qu'on appelle les grandes religions. Le droit à un passé culturel ne saurait se restreindre aux adeptes de telles ou telles religions.

Quoi qu'il en soit, la décision devrait être une aubaine pour les pays africains qui, depuis plusieurs décennies, ont énormément souffert du pillage des objets culturels de sanctuaires publics ou privés comme de palais ou de musées. Les prêtres et les fidèles devraient désormais pouvoir intenter des actions en justice devant les tribunaux britanniques en qualité de personnes habilitées et/ou chargées de la protection de ces objets. Il ressort par ailleurs du jugement rendu dans l'affaire Bumper que, indépen-

76. *Ibidem*, p. 648.

77. *Ibidem*, p. 642.

damment du Nataraja ayant fait l'objet du litige, deux autres œuvres apparemment volées dans des temples indiens en activité avaient été saisies par la Police métropolitaine pour être restituées à leurs propriétaires reconnus. Quand on sait que nombre d'objets culturels africains sont porteurs de valeurs rituelles ou religieuses, on ne peut s'empêcher d'imaginer l'effet que pourrait avoir la décision rendue dans l'affaire Bumper. Même si toutes les parties ont reconnu que le temple était resté en ruine et inutilisé pendant des siècles et que le Nataraja avait été enfoui de même pendant des siècles, la cour d'appel a confirmé la décision du juge du fond selon laquelle le temple (restauré durant le procès) avait sur le Nataraja des droits qui l'emportaient sur ceux de Bumper.

7. LE SACRÉ ET LE BÉNI

En raison de leurs rapports étroits avec la terre, les objets culturels d'Afrique ne peuvent en être séparés. La notion de propriété des biens culturels reflète aussi le régime de propriété foncière du droit coutumier africain. Le titre ou la propriété associés à la terre comme aux objets ont un caractère *sui generis*. Les droits juridiques attachés aux objets culturels ne sauraient être fixés uniquement par la *common law* ou le droit civil. Il existe en effet des droits moraux qui importent tout autant que les droits juridiques établis.

Les liens mutuels qui existent entre les droits culturels et les autres droits de l'homme fondamentaux donnent à penser que le droit à un passé culturel est un droit de l'homme. L'exemple donné par la *Déclaration d'Alger*, qui va bien plus loin que les dispositions plutôt vagues de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et que reconnaît la *Charte de Banjul* a été suivi dans la nouvelle *Déclaration des droits de l'Afrique du Sud* qui lie la protection du passé culturel à l'élévation de la société contemporaine. L'exigence du retour des objets culturels volés durant l'époque coloniale ou subtilisés par des moyens détournés durant cette même période ou ultérieurement ne saurait être assimilée à du nationalisme culturel ou à de la rétention. C'est une affirmation du droit des pays de voir leur passé physique concrètement représenté dans les limites de leurs frontières. C'est ainsi, par exemple, que le Nigéria détient moins d'œuvres du Bénin que Berlin, Londres, New York ou Oxford. Le droit des peuples de posséder les créations de leurs ancêtres qui, toutes, ont une signification religieuse et rituelle est un appel à la reconnaissance de leur humanité. Ce sont les gens de pays où se trouvent ces objets – les mêmes qui insistent qu'en vertu de leurs propres lois ces peuples n'ont aucun droit sur ces objets – qui masquent leur nationalisme culturel et se font les intermédiaires du « fascisme

culturel⁷⁸ ». En des termes cinglants, Coggins a exposé les arguments fallacieux derrière lesquels s'abrite l'« internationalisme culturel » de l'Occident :

Collectionner l'art des autres cultures est une pratique uniquement occidentale, sans doute un vestige de l'impérialisme, inconnue de la plupart des pays d'origine et étrangère à ces pays, qui ne convoitent pas nos biens culturels. Rares sont les musées de ces pays qui abritent des œuvres d'art de l'Occident dont ils n'ont peut-être jamais eu connaissance. Ces œuvres ne leur manquent pas. Bien que mal gérés, les musées de ces pays sont des célébrations de leur propre culture et non point de vastes entrepôts d'œuvres d'art du monde entier comme le sont nos réserves compendieuses de trésors publiques et privées⁷⁹.

Dès 1983, Abranches faisait remarquer qu'il était impossible de trouver dans toute l'Afrique noire un seul musée d'art asiatique, une bonne galerie d'impressionnistes ou une collection de sculptures grecques, de poterie aztèque ou d'argenterie slave⁸⁰. Les valeurs chères aux Africains diffèrent radicalement des valeurs occidentales en la matière. Cela ne veut pas nécessairement dire qu'elles sont inacceptables. Il ne saurait en être ainsi dans un monde pluriel où la diversité culturelle est inévitable. Le pillage ininterrompu des biens culturels en Afrique est une grossière insulte au passé culturel du continent et, partant, à son humanité. Ces objets sont nos véritables cartes d'identité, les pièces qui authentifient juridiquement notre passé.

Dans les années 60, le réveil de l'Afrique consécutif à l'indépendance a encouragé une fréquentation accrue des lieux où l'on trouvait des musées. Les gens s'identifiaient aux objets exposés et s'en enorgueillissaient. Herskovits a rapporté qu'à Abidjan, Accra et Kumasi, à Lagos et à Ife, à Bénin et Jos, à Douala et Kampala, à Léopoldville, Nairobi et Livingstone, les Africains défilaient, expliquant à leurs enfants la signification des œuvres exposées ou discutant des mérites d'une sculpture ou d'une pièce en métal par rapport à une autre⁸¹.

Cet intérêt s'est manifesté à tous les niveaux. Entre 1955 et 1960, le gouvernement nigérian, dans lequel les Africains jouaient désormais un rôle important, a

78. J'inverse la proposition de David Wilson, directeur du British Museum, pour qui le retour des objets et en particulier des Marbres d'Elgin équivaldrait à la destruction de la Grande Bibliothèque d'Alexandrie. À ses yeux, c'est du « fascisme culturel ». Voir J. Greenfield, *op. cit.*, p. 307.

79. C. C. Coggins, « A Licit International Traffic in Ancient Art : Let There Be Light ! », *International Journal of Cultural Property*, n° 4, 1995, p. 61-79.

80. H. Abranches, « Report on the Situation in Africa », *Rapport au comité intergouvernemental pour la promotion et le retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale*, UNESCO Doc. CLT 83/CONF.216/3, 1983, p. 10.

81. M. J. Herskovits, *op. cit.*, p. 440.

consacré 70 000 livres sterling au rachat de pièces de valeur nigérianes dispersées dans des salles de vente londoniennes. L'intérêt populaire a atteint des sommets lors de la célébration de l'indépendance du Nigéria en octobre 1960 : il y avait de 15 000 à 30 000 visiteurs par jour au Musée national de Lagos⁸². En 1980, le gouvernement nigérian a acquis à Londres, chez Sotheby's-Parke Bernet, cinq œuvres d'art nigérian (dont trois pièces du Bénin) pour une somme totale de 800 000 livres sterling « pour l'honneur et le bien de la nation⁸³ ».

Aux yeux des Africains, les objets culturels ne sont pas des minéraux ou d'autres ressources susceptibles d'être exploitées. Ils sont la quintessence de la vie des ascendants qui en sont les auteurs. Ils sont l'expression de leur identité et de leur humanité. Les conclusions de Griffin sur la culture rejoignent en tout point la perception africaine des biens culturels. Cette perception « donne aux gens une idée de leur identité et les aide à cerner leur place dans le monde. Elle confère une certaine sécurité psychologique en replaçant chaque individu à l'intérieur de frontières culturelles symboliquement visibles⁸⁴ ». C'est sous cet angle qu'il faut comprendre le mouvement en faveur de la conservation ou de la récupération des trésors culturels. Penser que ces trésors culturels sont des objets susceptibles d'être distribués et répartis revient à considérer la culture comme une marchandise⁸⁵. Comme le dit Greenfield avec insistance, « le passé exerce sur nous une fascination profonde et nous hypnotise (...) tandis que le charisme des objets nous sert de testament. Les trésors culturels font partie de nos rêves, de notre mémoire et de notre paysage spirituel⁸⁶ ».

À l'instar de la terre, avec laquelle ils entretiennent des liens étroits, les trésors culturels d'Afrique appartiennent à une vaste famille dont bien des membres sont morts, peu toujours en vie et d'innombrables encore à naître. Ils sont sacrés. Ils sont bénis.

82. *Ibidem*, p. 441.

83. E. N. Arinze, « The Punitive Expedition 1897 », dans *The Lost Treasures of Ancient Benin : Exhibition Catalogue*, Ibadan, Museum of African Studies, Université d'Ibadan, 1984, p. 12.

84. K. Griffin, « Culture, Human Development and Economic Growth », UNRISD-UNESCO Occasional Paper n° 3, UNRISD, Genève et UNESCO, Paris, 1997, p. 16.

85. J. Greenfield, *op. cit.*, p. 309.

86. *Ibidem*, p. 309-310.

LES DROITS LINGUISTIQUES EN INDE

Vrajendra Raj Mehta

1. INTRODUCTION

La culture régit l'évolution de la civilisation de l'humanité. L'être humain est unique par sa capacité à s'appropriier le monde extérieur, à le créer et à le recréer. C'est à travers la culture que l'on perçoit le monde et que l'on interagit avec lui. Karl Marx considérait que l'économie est le facteur principal qui influe sur toutes les autres relations sociales et même les détermine, mais le sociologue allemand Max Weber a souligné que le phénomène économique lui-même repose sur la culture et en particulier sur la religion. En tout état de cause, la culture incarne le processus par lequel l'être humain intériorise le monde extérieur et se relie à lui. En ce sens, la culture exprime à la fois les racines et les limites de la conscience, les organisations et les sociétés, leurs dimensions politiques et économiques étant interprétées par des individus socialisés dans une culture. L'existence de valeurs profondes et largement partagées apparaît nécessaire pour donner un sens à la vie de chaque être humain et maintenir la qualité essentielle des mécanismes institutionnels de la société.

La dimension culturelle de la société est unie par un lien vital à sa dimension politique, car la communauté politique se modèle dans un environnement culturel spécifique qui joue un rôle certain dans le comportement et l'attitude des individus et dans l'évolution et le développement des institutions. La culture revêt une signification d'autant plus importante que les peuples s'en servent pour affirmer leurs propres différences identitaires. Ainsi, les valeurs et les pratiques culturelles se présentent comme les composantes essentielles de l'affirmation de soi et de la projection collective, principalement dans les sociétés multiethniques et multireligieuses. La question des droits culturels y a davantage de poids pour la survie des communautés qui ont une identité distincte. Dans des sociétés de ce type, les individus sont profondément convaincus que leur propre comportement et leurs propres attitudes sont les bons, et

ils s'efforcent ardemment de les protéger et de les perpétuer. La culture englobant le comportement, les croyances et les attitudes, la communauté tend à leur donner une sanction non seulement morale, mais aussi légale et politique. C'est pourquoi tant la communauté que ses membres sollicitent de l'État la reconnaissance de leurs droits culturels.

Une culture composite est souvent la caractéristique d'une société hétérogène reposant sur un délicat équilibre entre la reconnaissance d'identités différentes et la marche vers l'universalisation. Dans une telle société, les diverses cultures et communautés constituent l'une pour l'autre une menace, qui appelle une protection légale des cultures minoritaires. Il s'agit là de droits collectifs, qui jouent un rôle important dans la perpétuation de la nature ou de l'identité d'une minorité. Les membres du groupe considèrent que ces droits font partie intégrante de leur existence propre. Tandis que les droits individuels sont exercés par une personne contre une autre ou contre l'État, les droits collectifs renvoient aux dimensions sociales de la vie. Des mesures préférentielles semblant favoriser un groupe peuvent susciter des craintes dans l'esprit d'autres groupes. L'affirmation des droits d'un groupe est un bouclier moral contre une telle discrimination. La culture majoritaire, par son lien même avec l'État, est en position de domination. Les autres cultures risquent alors d'être marginalisées.

Dans ces conditions, protéger les droits de l'individu sans protéger l'identité du groupe n'offre peut-être pas un rempart suffisant contre la marginalisation ou l'exploitation. Dans ce chapitre, nous examinerons si l'identité des groupes et les droits de l'individu sont bien protégés dans la société indienne.

2. L'INDE, MOSAÏQUE CULTURELLE

La question des droits culturels prend une importance accrue dans le contexte des tendances récentes, d'une part, à l'intégration, d'autre part, à la diversité. Le jeu des relations entre les États et au sein des États auquel nous assistons aujourd'hui dans le monde obéit apparemment à deux courants contradictoires : d'un côté, des États souverains se regroupent en entités régionales comme l'Union européenne (UE), l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) et l'Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR) ; de l'autre, à l'intérieur des frontières de chaque État, des groupes fondés sur la religion, la langue ou l'appartenance ethnique prennent de plus en plus conscience de leur identité et de leurs droits. Tandis que les grandes organisations régionales donnent naissance à des structures coopératives brisant à l'occasion la coquille de la souveraineté des États-nations, l'affirmation de minorités, de sous-nationalités ou de groupes ethniques distincts fait émerger des dimensions

conflictuelles jusqu' alors cachées, réprimées ou simplement passées sous silence. Les conflits intérieurs et interethniques ont récemment fait peser une grave menace sur tout le tissu des États-nations d'Europe orientale et centrale. La Yougoslavie a révélé au grand jour la réalité complexe d'un État-nation où Croates, Serbes, Slovènes et d'autres encore avaient été soudés par une idéologie commune et par la personnalité charismatique de Tito. Les efforts de la Communauté européenne, après l'éclatement de cet État, pour sauver la situation et trouver un compromis praticable se sont heurtés à bien des difficultés. Non moins dangereusement conflictuelle apparaît la région de l'Asie du Sud, dont la diversité et l'hétérogénéité ethniques, linguistiques et religieuses sont extrêmes et où le véritable enjeu est de faire en sorte que les différents groupes ne se sentent pas aliénés ou marginalisés.

Du point de vue historique, l'Inde est un exemple classique de coexistence de diverses cultures qui ont donné naissance au fil du temps à une culture panindienne. L'Inde est un continent souverain fédéré. Son caractère fédéral est évident dans presque tous les principaux aspects de sa vie collective, qu'il s'agisse des systèmes sociaux, des structures économiques et des schémas culturels, ou des groupes linguistiques ou dialectaux, des communautés religieuses, des castes, des sous-castes et des sectes, ou encore des variantes locales de mythologies communes, des identités ethniques, alignements régionaux et attachements sous-régionaux, ou des diverses histoires, marquées par des triomphes et des tragédies, des héros et des traîtres. Les multiples facettes de cette diversité, qui ont traversé les siècles sous des formes variées, ont contribué à l'existence et à la persistance en Inde de ce qu'on a appelé un « régime fédéral continental ».

La République indienne comprend 25 États et 7 territoires, divisés en 439 districts administratifs¹. Quand on parle du pluralisme indien et de la dimension de ce pluralisme, il importe de se rappeler que la moitié ou presque (c'est-à-dire douze) des États de l'Union indienne sont plus peuplés et plus vastes qu'une centaine des États souverains du monde. On trouve en Inde huit grands systèmes religieux, dont quatre sont nés en Asie du Sud et quatre en Asie occidentale. L'Inde possède aussi l'une des plus importantes populations tribales de la planète : celle-ci comptait en 1981 quelque 52 millions de personnes, représentant 7,8 % de la population indienne. Pas moins de 1 652 dialectes sont parlés dans le pays. La Constitution indienne elle-même reconnaît 18 grands groupes linguistiques. Selon le recensement de 1981, la taille de certains de ces groupes était la suivante : assamais (9 millions), bengali (51,5 millions), gujarati (33,1 millions), hindi (264,1 millions), kannada (26,8 millions), kashmiri

1. B. Hunter (dir. publ.), *Statesman's Year Book, 1997-1998*, 134^e édition, Londres, Macmillan, 1997.

(3,1 millions), malayalam (25,9 millions), marathi (49,6 millions), oriya (22,8 millions), punjabi (18,5 millions), sanskrit (2,949 millions), sindhi (1,9 million), tamoul (44,7 millions), telugu (54,2 millions) et urdu (35,8 millions). On compte une soixantaine de sous-régions socioculturelles caractérisées par une certaine homogénéité interne et une identité sous-nationale propre, réparties dans les différentes régions géographiques naturelles de l'Inde. En vérité, l'Inde est le plus grand laboratoire de relations humaines du monde.

Ces facteurs de diversité, fondés sur les religions et les castes, les langues et les dialectes, les schémas culturels et les identités régionales, sont aussi considérables du point de vue de leur répartition et de leurs dimensions physiques que de celui de leurs différences mêmes. La mosaïque indienne est formée d'éléments et de strates multiples, et l'interaction, le brassage, les ajustements et les accommodements entre ces strates et éléments au cours de l'histoire indienne ont été une source d'enrichissement et de force. Ils sont la véritable marque d'une authentique société plurielle classique.

3. LES DROITS LINGUISTIQUES

En Inde, la question des droits linguistiques a toujours été centrale. La langue, outre les émotions profondes auxquelles elle est liée, est le véhicule d'une culture. Différents groupes ont revendiqué le droit de s'exprimer conformément à leur identité linguistique traditionnelle. La langue est donc considérée comme essentielle au maintien de l'identité du groupe.

Le développement des langues régionales est l'un des faits majeurs de l'évolution politique indienne au cours des cent dernières années. Ces langues sont devenues durant cette période des moyens d'expression puissants et féconds, elles ont créé un sentiment d'unité entre leurs utilisateurs et, surtout, ont contribué à la croissance de groupes culturels différenciés. Comme elles sont parlées dans des zones bien définies, souvent liées à un contexte historique précis, la demande d'unification de ces zones en États autonomes s'est affirmée après l'indépendance et a pris dans certains cas la forme d'un programme politique immédiat. Cette exigence de réorganisation des États s'est souvent assimilée à la demande de délimitation de territoires linguistiques. En effet, le mouvement en faveur d'une redistribution des provinces indiennes britanniques a été, dans une large mesure, la conséquence directe de l'extraordinaire développement des langues régionales au XIX^e siècle, qui a conduit à l'intégration affective de différents groupes linguistiques devenant de plus en plus conscients de constituer des unités culturelles distinctes.

Ainsi, quand l'opinion publique indienne progressiste s'est prononcée en faveur de la rationalisation des unités administratives, elle l'a conçue et recherchée à

partir d'unités linguistiquement homogènes. Les tenants d'une application rigide et uniforme du principe linguistique dans le tracé des frontières des États avancent des arguments de poids. Selon eux, une union fédérale comme l'Inde suppose que chacune de ses entités ne soit pas uniquement le fruit d'un découpage administratif commode. Les États d'une république fédérale doivent posséder un minimum d'homogénéité pour garantir la réaction affective nécessaire au fonctionnement des institutions démocratiques. Les États de l'Union indienne ne peuvent parvenir à cette cohésion interne que s'ils sont constitués sur une base unilingue, car la langue, véhicule d'une communion de pensée et de sentiment, est le support le plus efficace pour unifier une population. L'homogénéité linguistique, par conséquent, est le seul fondement rationnel de la reconstruction des États, parce qu'elle reflète les schémas sociaux et culturels de régions bien délimitées du pays.

À l'époque britannique, les modifications territoriales étaient régies essentiellement par les intérêts de l'Empire, sans souci de la protection des droits culturels des populations ou de la promotion de leur culture². L'exemple le plus flagrant de subordination du principe linguistique à des raisons administratives et politiques est celui de la proposition de partager le Bengale. De fait, la partition du Bengale a été effectuée en violation évidente des affinités linguistiques. L'accord de 1912 ne faisait pas non plus grand cas du principe linguistique en traçant une ligne de partage bien nette entre Bengalis musulmans et Bengalis hindous. Les auteurs du rapport Montague-Chelmsford³ examinèrent la proposition visant à créer au sein des provinces existantes des sous-provinces délimitées sur une base linguistique ou raciale, dans le but principalement de définir des unités adaptées à l'expérimentation d'un gouvernement responsable. L'idée fut rejetée comme impraticable, mais on continua à préconiser le choix d'unités plus petites et plus homogènes. Puis vint la Commission statutaire indienne⁴, qui admit que les frontières provinciales telles qu'elles existaient alors englobaient fréquemment des zones et des populations sans affinité naturelle et en séparaient d'autres qui auraient dû plus raisonnablement, dans le cadre d'un autre système, être regroupées. La Commission n'accorda cependant qu'un soutien relatif au principe linguistique, estimant que la langue n'était pas le seul facteur différenciant les

2. Report of the States Reorganisation Commission (Rapport de la Commission de réorganisation des États), Government of India Press, 1955. Voir également N. C. Roy, *Federalism and Linguistic States*, Calcutta, 1962 ; G. Srivastava, *The Language Controversy and the Minorities*, Delhi, Atma Ram, 1970.

3. Rapport, Calcutta, Government of India, Central Publication Branch, 1919.

4. Indian Statutory Commission, *Indian Annual Register*, Government of India, 1927 et 1928.

identités ; la race, la religion, les intérêts économiques et la proximité géographique avaient tous leur importance dans la formation des États.

Le Congrès national indien apporta dès 1905 un appui indirect au principe de la langue en soutenant la demande d'annulation de la partition du Bengale qui avait divisé en deux la population parlant le bengali. À sa session de 1920 à Nagpur, le Congrès inscrivit la redistribution linguistique des provinces au nombre de ses objectifs politiques et, l'année suivante, adopta ce principe pour sa propre organisation. En 1927, après la nomination de la Commission statutaire, le Congrès approuva une résolution déclarant : « Le moment est venu de redistribuer les provinces sur une base linguistique. » Les défenseurs de cette résolution évoquèrent le droit à l'auto-détermination des peuples parlant la même langue et ayant les mêmes traditions et la même culture.

La question de la redistribution des provinces fut également examinée par la Commission Nehru à la conférence multipartite de 1928⁵. La Commission appuya fermement le principe linguistique. Elle déclara souhaitable de regrouper les provinces sur une base linguistique, la langue correspondant en règle générale à un certain type de culture dans les traditions et dans la littérature. La Commission Nehru estimait que, dans une zone linguistique donnée, l'ensemble de ces facteurs contribuerait au progrès général de la communauté. En réorganisant les provinces, on devait considérer avant tout les souhaits des populations et l'unité linguistique des zones concernées. Dans son manifeste pour les élections de 1945-1946, le Congrès réitéra l'opinion que les unités administratives devaient reposer autant que possible sur une base linguistique et culturelle. Il était convaincu que l'homogénéité linguistique serait garante non seulement d'efficacité sur le plan administratif, mais aussi de la protection et de la préservation des cultures et traditions particulières des différentes régions du pays.

Après l'indépendance, toutefois, le Congrès dut revoir sa politique du principe linguistique car la situation avait radicalement changé. À la suite de la partition, le pays fut confronté à de dangereuses forces perturbatrices favorables au séparatisme. Le souci premier était la sécurité, l'unité et la prospérité économique de l'Inde. On se rendit compte alors que la langue n'était pas seulement un facteur d'union, mais qu'elle pouvait représenter une source de division. L'ancienne politique du Congrès en faveur de provinces linguistiques n'était applicable qu'après mûr examen de chaque cas ; il ne fallait pas créer de bouleversements administratifs graves ou de conflits mutuels susceptibles de compromettre la stabilité économique et politique du pays.

5. Dans « The Encyclopaedia of the Indian National Congress », vol. 9 (1925-1929) ; *India Demands Independence*, New Delhi, S. Chand and Co., 1932.

La demande d'États linguistiques ne correspondait pas à un simple réveil culturel. Son propos était plus large : il s'agissait d'obtenir la justice politique et économique pour différents groupes. Dans les États multilingues, le pouvoir politique et l'autorité administrative restent le monopole des groupes linguistiques dominants ; les minorités linguistiques se voient invariablement refuser toute vraie participation aux affaires de l'État. L'action sociale et les plans de développement y sont de même inégalement et inéquitablement appliqués et, de ce fait, les zones habitées par les groupes linguistiques dominants se développent souvent aux dépens des autres. La demande d'États unilingues vise donc à assurer aux minorités un juste traitement dans le domaine tant social et culturel que politique et économique. Cette demande apparut comme une chance d'atténuer les tensions tout en améliorant la justice sociale. Les partisans de la création d'États linguistiques formulèrent ainsi leurs arguments et le processus de réorganisation nationale débuta sur la base du principe linguistique, sous la direction éclairée de Sandra Vallabhbai Patel⁶.

De façon générale, la Commission statutaire⁷ fonda ses travaux sur la nécessité de reconnaître l'identité des groupes en tenant compte de leurs traits respectifs, de leurs préoccupations collectives et de leurs relations avec la société dans son ensemble. Quoique les artisans de la Constitution se soient honnêtement efforcés de garantir l'unité et l'intégrité du pays en apportant à différentes catégories de la société des protections et des droits constitutionnels appropriés, le jeu des intérêts communautaires, sectaires et régionaux ont de temps à autre compromis le louable effort des États indiens. L'ironie est que, dans les deux décennies qui ont suivi l'indépendance indienne, la violence ait éclaté dans le pays par suite de conflits collectifs mettant en jeu des groupes linguistiques, régionaux et religieux. La demande d'États linguistiques eut des répercussions considérables dans l'Andhra, le Gujarat et le Maharashtra. Les Adivasis (populations tribales) n'ont cessé d'exiger la formation d'un État du Jharkhand. La même exigence est formulée maintenant pour un État du Chattisgarh, un État de l'Uttarakhand, etc. Toutes ces revendications sont associées à des groupes linguistiques.

Assurément, et il ne peut y avoir de divergence là-dessus, il est souhaitable de garantir un développement libre et harmonieux des cultures, ou plutôt, devrions-nous dire, des sous-cultures régionales, l'idéal étant que la culture indienne soit enrichie à la fois en quantité et en contenu par la convergence des divers courants culturels qui,

6. S. Patel (1875-1950), « L'homme de fer de l'Inde », fut le premier Ministre de l'intérieur du pays après l'indépendance ; on lui doit en grande partie l'intégration des États princiers.

7. Indian Statutory Commission, *op. cit.*, p. 3.

tout en se mêlant, préservent leurs caractéristiques individuelles. L'isolement culturel comme les conflits culturels sont étrangers aux traditions de ce pays. Le danger toutefois est que, en insistant exagérément sur les droits collectifs des groupes, on amène ceux-ci à « fétichiser » leur identité présente et leur histoire passée. Une telle insistance pourrait encourager inutilement les loyalismes primitifs. Ses détracteurs font observer que, en mettant trop l'accent sur l'identité des groupes, on risque de réveiller des tendances disparates et finalement d'affaiblir l'unité du pays. L'histoire de l'Inde est faite d'un processus d'assimilation graduelle par le jeu complexe d'interactions et de médiations. De temps en temps se produisent des déviations. Mais, dans l'ensemble, chaque identité culturelle a interagi avec chacune des autres, de façon particulièrement profonde au cours du siècle écoulé. On ne peut émettre de jugement général sur la forme que prendra cette interaction à l'avenir. Ce qu'il faut, c'est un débat politique éclairé où chacun fasse l'effort de comprendre et d'apprécier le point de vue d'autrui.

4. L'UNITÉ DANS LA PLURALITÉ

Il y a dans le système fédéral indien deux grands types de séparation très nets : une dichotomie sociale se manifestant horizontalement par l'existence d'identités multirégionales et multilinguistiques, et, d'autre part, des divisions verticales au sein de chaque région sur la base de la langue, de la caste, de la classe et du revenu. Pour surmonter ces divisions et favoriser l'intégration nationale, les pères fondateurs reconnurent la nécessité d'associer aux droits de l'individu des « droits collectifs ». Ils acceptèrent les droits de la collectivité en souscrivant à l'idée d'États linguistiques, et lui donnèrent une signification nouvelle en accordant des droits aux membres de la collectivité. Ils admirent la valeur intrinsèque des intérêts et des droits de l'être humain ainsi que des libertés individuelles et de la justice sociale, et les inscrivirent dans les parties III et IV de la Constitution, relatives respectivement aux droits fondamentaux et aux principes directeurs de la politique de l'État. Pour la Cour suprême indienne, ces deux chapitres incarnent la conscience de la nation ; ils garantissent que ces droits collectifs aussi bien qu'individuels ne puissent être limités sans contrevenir aux exigences de la justice sociale.

La partie III de la Constitution indienne définit et assure un espace de liberté individuelle dans lequel le gouvernement ne peut intervenir, et qui constitue un ensemble de limitations au pouvoir de l'État. Parmi les droits ainsi garantis figurent le droit à la liberté d'expression, à la liberté de conscience, à la liberté de circulation, à la liberté de réunion et d'association, le droit à une procédure régulière en justice et le droit de participer aux mécanismes démocratiques. De façon significative, les pères fondateurs ne se sont pas contentés dans cette partie de la Constitution de limiter le

pouvoir de l'État, ils ont introduit un contrôle sur la pratique de ces droits dans la société civile. L'article 17, déclarant illégale l'intouchabilité, et l'article 23, interdisant le commerce des êtres humains et toute forme de travail forcé, sont des dispositions novatrices qui donnent aux citoyens des instruments pour lutter contre les maux de la société civile. Dans ce contexte, il serait utile d'examiner diverses dispositions constitutionnelles qui établissent des sauvegardes appropriées pour la protection des droits culturels des minorités indiennes.

Un point très important est que les auteurs de la Constitution, reconnaissant que l'unité de l'Inde repose sur la préservation et le renforcement de sa pluralité, ont octroyé des droits collectifs aux minorités pour qu'elles conservent leur langue et leur culture. Ils ont recherché l'unité et la fraternité entre les différentes confessions en les inscrivant dans l'idéal d'un État laïque. L'État indien protège toutes les religions sans en ériger aucune en religion d'État. Aucune disposition de la Constitution indienne n'instaure de religion d'État comme il en existe dans des pays voisins tels que le Bangladesh, la Birmanie, le Pakistan et Sri Lanka.

Un droit est fondamental dans la mesure où l'individu peut le revendiquer contre ses semblables ou contre l'État. En Inde, le choix de la laïcité a facilité l'égalité de protection des droits des différents groupes les uns à l'égard des autres. Les idéaux d'égalité et de justice inscrits dans la Constitution abolissent toute discrimination à l'encontre ou en faveur de catégories de personnes pour des raisons de religion, de race ou de lieu de naissance. Au nom de cet idéal, la Constitution ne prévoit aucune représentation des communautés ni aucun contingent de sièges dans les assemblées législatives sur la base de la religion, de la race ou du lieu de naissance. Néanmoins, les auteurs de la Constitution auraient commis un impair en ne prenant pas, dans la logique de ce principe, de mesures spéciales pour favoriser le progrès des secteurs de la société relativement moins privilégiés et numériquement peu importants. La Constitution instaure des sauvegardes permanentes pour la protection des droits culturels, linguistiques et autres de toute catégorie de la collectivité que l'on pourrait considérer comme une minorité du point de vue numérique mais non communautaire, afin d'éviter que l'appareil démocratique ne soit utilisé par la majorité numérique comme un instrument d'oppression.

Quoique les dispositions assurant la liberté de religion individuelle ne puissent être considérées au sens strict comme des garanties spécifiques en faveur des minorités, elles protègent effectivement les minorités religieuses. On peut contraster ces dispositions avec celles des Constitutions islamiques successives du Pakistan. La Constitution indienne ne contient aucune mesure en faveur du progrès d'une religion susceptible de susciter des appréhensions légitimes chez ceux qui ne la professent pas. De plus, toute communauté de citoyens possédant une langue, une écriture ou une culture dis-

tincte a le droit fondamental de les conserver (art. 20 (1))⁸. Donc, si une minorité culturelle entend préserver sa langue et sa culture, l'État ne peut légalement lui imposer une autre culture, qu'elle soit de la majorité ou de la localité. Une conséquence importante du « droit de conserver » sa propre écriture est la faculté des citoyens de faire campagne pour protéger leur langue. La promotion de l'hindi en tant que langue nationale ou l'introduction de l'enseignement primaire obligatoire ne peuvent servir de prétexte pour supprimer la protection de la langue d'une communauté minoritaire, garantie par les articles 29 et 30⁹. On remarquera que la notion de « minorité » n'est pas définie dans l'article 30. La Cour suprême a néanmoins précisé qu'elle s'applique à toute communauté représentant moins de la moitié de la population d'un État, lorsque la législation soulevant la question des droits de cette minorité est une loi de l'État considéré.

En vertu de l'article 29 (2) de la partie III de la Constitution indienne, aucun citoyen ne peut se voir refuser l'accès à un établissement d'enseignement public ou subventionné par l'État pour des raisons de religion, de race, de caste ou de langue. Cette disposition garantit l'absence de discrimination de ce type à l'égard des citoyens. Il s'agit d'une mesure d'ordre très général, prévue pour protéger aussi bien les minorités religieuses que les minorités locales ou linguistiques.

Les droits culturels et éducatifs inscrits dans la Constitution en tant que droits fondamentaux permettent amplement aux groupes minoritaires de promouvoir leur culture, leur langue ou leurs autres caractéristiques. Toutes les minorités, qu'elles soient religieuses ou linguistiques, ont le droit fondamental d'ouvrir et d'administrer les établissements d'enseignement de leur choix. Aux termes de la Constitution, l'État, en accordant son aide aux établissements d'enseignement, ne doit pas défavoriser un établissement au motif qu'il est dirigé par une communauté minoritaire, qu'elle soit religieuse ou linguistique¹⁰.

La Constitution contient des prescriptions spécifiques à l'égard non seulement de la langue officielle, mais aussi des autres langues employées dans différentes parties du pays, afin de protéger les intérêts des minorités linguistiques. En ce qui concerne la langue officielle, elle en encourage bien entendu la promotion et le développement de l'expression pour tous les éléments de la culture composite de l'Inde. Mais, pour

8. D. D. Basu, *Introduction to the Constitution of India*, Delhi, Prentice Hall, 1995 ; V. N. Shukla, *Constitution of India*, 9^e édition, p. 221-233, Delhi, Eastern Book Co., 1994 ; M. Imam, *Minorities and the Law*, Indian Law Institute, 1972.

9. *Kerala Education Bill*, 1957, AIR (All India Reporter) 1958, SC (Cour suprême) 956.

10. *State of Bombay v. Bombay Education Society*, AIR 1954, SC 561-766 ; *St. Stephen's College v. University of Delhi*, AIR 1992, SC 1650.

porter un différend devant la justice ou les autorités de l'Union indienne ou de leur État, les demandeurs sont autorisés à employer n'importe laquelle des langues de l'Union ou le cas échéant de cet État (art. 350).

L'un des traits déterminants de cette autonomie est la faculté des minorités non seulement de fonder et de diriger leurs propres écoles, mais de faire appel à cette fin aux ressources de leur État. Les États sont en effet supposés soutenir financièrement les établissements d'enseignement administrés par les minorités. Chaque État, et au sein des États chaque autorité locale, doit pourvoir à l'instruction primaire dans leur langue maternelle des enfants appartenant à des minorités linguistiques, le Président étant habilité à émettre à l'intention des États toute directive qu'il estime nécessaire en ce sens. Historiquement, les minorités religieuses d'autres pays ont dû mener un difficile combat pour obtenir ce droit¹¹. La Constitution prévoit également la nomination par le Président d'un fonctionnaire spécial pour les minorités linguistiques, chargé d'enquêter sur toutes les questions relatives aux garanties établies par la Constitution en faveur de ces minorités et de faire rapport au Président sur ces questions. Le Président lui-même est tenu de communiquer tous ces rapports aux Chambres du Parlement et de les adresser au gouvernement de l'État concerné. L'accent, toutefois, est mis davantage sur le développement graduel des communautés que sur les droits collectifs. Les individus sont libres d'adhérer à la tradition culturelle de leur choix.

La Cour suprême indienne a périodiquement émis des propositions en se prononçant sur les problèmes des minorités et sur les droits culturels de celles-ci. Certaines sont intéressantes à mentionner ici.

- (a) Toute communauté minoritaire a le droit non seulement de fonder ses propres établissements d'enseignement, mais aussi de donner à ses enfants une instruction dans sa propre langue. Toutefois, les minorités ne peuvent disposer d'établissements d'enseignement à leur profit exclusif¹².
- (b) Quoique l'hindi soit la langue officielle de l'Union indienne et que l'article 351 enjoigne tout spécialement aux États de favoriser sa diffusion, cet objectif ne saurait être atteint par des moyens contraires aux droits garantis par les articles 29 et 30, c'est-à-dire aux droits culturels et éducatifs des minorités.
- (c) En rendant obligatoire l'instruction primaire, un État ne peut imposer que cette instruction ait lieu uniquement dans des établissements publics, sub-

11. I. A. Ansari, « The New Emerging Model for Nation State », dans T. Mahmood (dir. publ.), *Pressing Issues Facing the Nation*, New Delhi, 1992.

12. *Ibidem*.

ventionnés ou agréés, au mépris du droit des personnes appartenant à des minorités linguistiques de fréquenter à l'exclusion de tout autre un établissement d'enseignement dirigé par sa communauté.

- (d) Bien qu'il n'existe pas de droit constitutionnel à recevoir l'aide d'un État, l'État qui fournit effectivement son concours à des établissements d'enseignement ne peut subordonner le droit à recevoir ce concours à des conditions qui reviendraient à priver en pratique les membres d'une communauté religieuse ou linguistique des garanties octroyées par l'article 30 (1). Les États ont le droit d'imposer des conditions raisonnables, mais ils ne peuvent en imposer qui priveraient en substance les communautés minoritaires des droits que leur garantit l'article précité. En d'autres termes, la renonciation à des droits fondamentaux ne saurait être le prix exigé pour recevoir l'aide d'un État, car elle réduirait à néant le droit de la communauté à administrer l'établissement.
- (e) De même, un État ne peut soumettre l'agrément d'un établissement d'enseignement à aucune condition contraire aux dispositions relatives aux droits fondamentaux des minorités administrant de tels établissements.
- (f) Les établissements de minorités, protégés par l'article 30 (1), sont néanmoins soumis à réglementation par les autorités éducatives des États ; le but est d'éviter qu'ils soient mal gérés et d'assurer un niveau d'instruction approprié. Les autorités de l'État sont compétentes, par exemple, pour vérifier si une demande d'agrément est présentée pour des motifs éducatifs ou pour de tout autres raisons, notamment commerciales¹³. Cependant, les réglementations établies par les États ne peuvent aller jusqu'à annuler le droit garanti par l'article 30 (1)¹⁴.
- (g) Une communauté minoritaire peut réserver jusqu'à 50 % des places à ses membres dans les établissements d'enseignement qu'elle administre, même si ces établissements reçoivent une aide de l'État.

L'ensemble des garanties constitutionnelles prévues aux articles 29 et 30 sous forme de droits fondamentaux protège effectivement les droits culturels. Une réserve s'impose toutefois à cet égard. Si une communauté minoritaire sollicite, au nom de la laïcité ou des droits culturels, des avantages allant au-delà des dispositions constitutionnelles, ou si le parti au pouvoir les lui octroie pour des raisons politiques, on risque de voir resurgir les voix du communalisme dont l'Inde a tant souffert sous la domination bri-

13. *A.P.C.M.E. Society v. Govt. of Andhra Pradesh* (1986), 2 SCC 667, AIR 1986, SC 1490.

14. *St. Xavier College v. State of Gujarat*, AIR 1974, SC 1389.

tannique et que les pères fondateurs ont éliminées de la Constitution de l'Inde libre (représentation de telle ou telle communauté dans les assemblées législatives ou contingents réservés à telle ou telle communauté dans la fonction publique, entre autres exemples).

Le Préambule de la Constitution indienne vise à assurer l'unité et l'intégrité de la nation. La Constitution instaure des garanties religieuses et culturelles qui protègent les droits des communautés minoritaires en matière d'éducation et leur assurent justice et libertés d'opinion, d'expression, de croyance, de confession et de culte. L'État doit rester neutre à l'égard de toutes les religions et de tous les groupes culturels. Le caractère laïque de la Constitution indienne a été souligné par l'insertion du terme même dans son Préambule en vertu de la loi sur le 42^e amendement de 1976.

Outre les droits culturels et éducatifs des minorités religieuses et linguistiques, l'État indien a le souci des droits des communautés qui souffrent de certains handicaps pour des raisons historiques. La Constitution contient plusieurs dispositions spécifiques protégeant les intérêts des castes et des tribus énumérées dans ses annexes 5 et 6. L'article 46 dispose de façon générale que l'État doit accorder une attention particulière à la promotion des intérêts éducatifs et économiques des catégories les plus faibles de la population, en particulier les castes et tribus énumérées, et les protéger contre l'injustice sociale et contre toutes les formes d'exploitation. L'État doit en outre s'efforcer honnêtement de préserver et de protéger la culture, la langue, l'écriture et les autres caractéristiques de ces communautés.

Un rappel sur l'hindi, reconnu par la Constitution comme la langue officielle de l'Union indienne (art. 345)¹⁵, n'est pas inutile. Après l'indépendance, l'hindi devait remplacer l'anglais dans les quinze années suivant l'entrée en vigueur de la Constitution. Mais il ne fallut pas attendre longtemps pour qu'il devienne le symbole du génocide linguistique indien. À la veille du changement, les esprits étaient échauffés à Madras. Les Tamouls estimaient depuis longtemps que leurs intérêts seraient menacés par l'utilisation exclusive de l'hindi en tant que langue véhiculaire. Le lobby anti-hindi lança des accusations contre une prétendue conspiration de chauvinistes hindis à l'intérieur et à l'extérieur du Parlement. Il a souvent été dit que dans un pays comme l'Inde, aux multiples langues, traditions et cultures, choisir une seule langue régionale pour en faire la langue officielle revenait à ruiner l'unité et l'intégrité nationales et à laisser la région parlant ladite langue asservir les autres régions linguistiques. La Constitution stipule toutefois que, tant que l'assemblée législative d'un État de l'Union n'a pas pris de disposition contraire, l'anglais doit rester la langue officielle de cet État.

15. Report of the Official Language Commission (Rapport de la Commission officielle indienne sur les langues), 1956.

Récemment, la coalition du Bharatiya Janata Party (BJP) a accédé à la demande de l'All India Anna Dravida Munnetra Kazhagam (AIADMK) de faire du tamoul une langue nationale. L'instabilité politique chronique, la stagnation économique, un fort taux de chômage et la dégradation des services publics risquent de favoriser l'intolérance. Pour certains, trop insister sur les droits collectifs mène au particularisme, en transformant chaque intérêt en droit acquis. Dans un contexte de concurrence ou de rivalité entre groupes, l'État fédéral s'expose aussi à paraître favoriser un groupe au détriment d'un autre. Les tenants de cet argument allèguent que le but ne devrait pas être de promouvoir les différences entre les groupes selon d'anciennes loyautés, mais de créer une société authentiquement pluraliste fondée sur la règle du droit.

5. CONCLUSION

Quoi qu'il en soit, l'Inde a fait de sa diversité un sujet de fierté. Elle a créé un cadre institutionnel suffisant pour protéger à la fois les droits collectifs et les droits des individus. Grâce aux progrès des sciences et des technologies, nous sommes de plus en plus conscients du fait que cette diversité culturelle peut être préservée et favorisée. Il est nécessaire toutefois de promouvoir sur le plan culturel le dialogue et la réflexion qui ont enrichi toutes les sociétés humaines et qui peuvent seuls faire de la société planétaire une réalité. En matière de politique linguistique de l'Union, l'unique solution juste et raisonnable, dans la situation complexe que connaît actuellement le pays, est de mettre véritablement en œuvre un système trilingue. Tous les enfants devraient apprendre l'hindi et l'anglais en plus de leur langue maternelle. Certains États, en particulier dans les régions hindi, n'ont pas donné toutes ses chances à cette formule, et cet état de choses a suscité dans d'autres États une crainte réelle. Néanmoins, la Cour suprême a considéré que les établissements fréquentés par des minorités ne peuvent être obligés à enseigner l'hindi ou d'autres langues.

La Cour suprême a défendu le droit des minorités d'instruire leurs enfants dans leurs propres établissements et dans leur propre langue. Le pouvoir qu'a l'État de déterminer la langue d'enseignement ne saurait aller à l'encontre de ce droit¹⁶.

L'expérience indienne démontre que deux éléments sont indispensables à la préservation des cultures minoritaires : une attitude libérale fondée sur la conviction que nul ne détient le monopole de la vérité, et un État laïque, n'intervenant pas dans les pratiques religieuses des communautés minoritaires. Sur un plan ordinaire, la nécessité d'instruire les enfants dans leur langue maternelle est tout aussi importante.

16. *State of Bombay v. Bombay Education Society*, AIR 1954, SC 561.

Les droits des communautés minoritaires ne peuvent pas être entravés par l'imposition de certaines exigences concernant l'agrément ou le financement de leurs établissements d'enseignement. Ces dispositions créent les conditions pour que les cultures minoritaires perdurent et s'épanouissent. Ainsi, de tous les droits culturels pour lesquels devrait se battre la communauté internationale, ceux-ci peuvent être considérés comme essentiels.

PERCEPTIONS DES DROITS CULTURELS EN RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE

Alice Erh-Soon Tay

1. INTRODUCTION

Chaque fois ou presque qu'elle était contestée sur le terrain des droits de l'homme, la Chine s'est prévaluée de la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels postulée de longue date par elle en vertu d'analyses philosophiques antérieures. D'autres nations du Tiers Monde, montrées du doigt, ont brandi le même argument. Mais ni la Chine ni ses détracteurs « occidentaux » n'ont réussi à convaincre sur de telles bases, et ce constat a été à l'origine de tentatives visant à répondre de façon plus ouverte, au moins sur le plan de la théorie, aux critiques de l'Occident relatives à des violations présentes ou passées des droits de l'homme en Chine. Les Occidentaux ont pour leur part approfondi et affiné leur analyse de l'interdépendance des deux catégories de droits. C'est ainsi que, contraints de défendre leurs positions, les deux « camps » ont progressé dans leur réflexion. Dans le même temps, l'intérêt des entreprises étrangères pour la Chine et l'intérêt de la Chine pour les entreprises étrangères, la croissance économique soutenue venue adoucir les traditionnelles rigueurs de l'existence pour la vaste majorité des paysans, la multiplication des possibilités d'éducation en Chine et à l'étranger, le développement des équipements culturels nationaux, la reconnaissance à l'étranger des réalisations culturelles chinoises dans le domaine des arts – de la production cinématographique en particulier – et du sport, et le sentiment qu'éprouve de ce fait la Chine d'être de mieux en mieux acceptée par la communauté internationale contribuent aussi à modifier les réactions et l'attitude des dirigeants chinois face à des conceptions sociales et politiques qu'ils ne partagent pas.

2. LE DISCOURS CHINOIS SUR LES DROITS DE L'HOMME

Les droits de l'homme sont devenus un thème de recherche en République populaire de Chine et y font l'objet d'un débat limité depuis l'adoption de la politique de la porte ouverte et le lancement de la réforme économique en 1978-1979¹. Les recherches se sont intensifiées et ont pris un tour de plus en plus systématique et institutionnalisé après que la conduite des dirigeants politiques chinois lors des massacres de Tiananmen en juin 1989 a été unanimement condamnée.

Perceptions théoriques – des chercheurs comme des politiques – et pratiques et réalités appartiennent à deux univers logiques qui, néanmoins, peuvent influencer et influent effectivement l'un sur l'autre. Étant donné qu'en Chine la réflexion sur les droits de l'homme est une conséquence des attaques qu'ont valu à ce pays sa pratique et son bilan dans ce domaine et que le travail théorique y préfigure fréquemment et de manière révélatrice la politique et les mesures officielles, comme un ballon d'essai en quelque sorte, une meilleure compréhension des thèses chinoises peut livrer certains indices sur de probables changements dans la ligne officielle en matière de droits de l'homme.

Jusqu'à une date récente, les articles et ouvrages consacrés à la question se sont, dans leur majorité, intéressés exclusivement à la théorie générale des droits de l'homme. Le concept de droits de l'homme et le contenu de ces droits n'y sont mentionnés qu'incidemment. Les « droits culturels » ne trouvent place que dans les interstices de la politique et sont abordés dans le cadre de considérations sur les droits civils et politiques et la « civilisation spirituelle socialiste ».

3. L'APPROCHE DES DROITS CULTURELS DANS LA CHINE CONTEMPORAINE

Dans ses prémisses, la réflexion chinoise sur les droits de l'homme rejoint les conceptions et théories occidentales : les droits culturels comptent au nombre des droits de l'homme (comme énoncé dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*) ; les droits de l'homme comprennent les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques, sociaux et culturels d'autre part ; on entend par droits économiques le « droit aux moyens de subsistance » et le « droit au développe-

1. Rao Fang, « Renquan yu fazhi lilun yanjiu zongshu » [Synthèse des recherches théoriques sur les droits de l'homme et le système juridique], *Zhongguo Faxue* [Science du droit en Chine], vol. 4, 1991, p. 41.

ment » ; les droits civils et politiques sont généralement perçus comme des droits « négatifs », les droits sociaux et culturels comme des droits « positifs », mobilisant d'importantes ressources, ayant un coût, et ainsi de suite². Dans cette même optique, des auteurs chinois ont pu écrire :

Le droit à l'éducation est un important préalable à l'épanouissement libre et complet de l'être humain ; il est la base sur laquelle les citoyens peuvent exercer leurs droits culturels.

La liberté de s'engager dans des recherches scientifiques ou la création littéraire et artistique est un aspect important de l'exercice par les citoyens de leurs droits culturels (...) La protection de la propriété intellectuelle est pour les citoyens une importante garantie juridique de l'exercice de leurs droits culturels³.

Les chercheurs chinois sont en général peu à l'aise dans l'élaboration de concepts et la généralisation – faiblesse imputable à la tradition confucianiste qui postulait et exigeait l'adhésion aux thèses « officielles » et n'autorisait que de légères différences de degré. Aussi les auteurs n'ont-ils pas cherché à préciser la nature des droits culturels⁴, préférant distinguer entre plusieurs analyses internes ou en avancer de nouvelles.

DISTINCTION ENTRE DROITS CIVILS ET POLITIQUES ET DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

Les chercheurs chinois ont fait leur et réaffirmé la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels. L'un des premiers à s'être intéressé aux droits de l'homme et à avoir plaidé pour leur reconnaissance, le professeur Li Buyun, membre de l'Institut de droit et directeur du Centre de recherche sur les droits de l'homme de l'Académie chinoise des sciences sociales et du Centre de recherche sur les droits de l'homme de l'Académie de Chine écrit ceci :

Ce qui caractérise les droits civils et politiques, c'est qu'ils sont garantis dès lors que l'État s'abstient d'intervenir ; à l'inverse, les droits économiques, sociaux et

2. Philip Alston et Gerard Quinn, « The Nature and Scope of States Parties' Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 9, 1987, p. 159.

3. Liu Shullin *et al.*, *Dangdai Zhongguo renquan zhuangkuang baogao* [Rapport sur la situation des droits de l'homme dans la Chine contemporaine], Shenyang Liaoning People's Press, 1994, p. 41.

4. En tentant, par exemple, d'opérer une distinction entre droits culturels individuels et droits culturels collectifs (comme le font Evatt, Posey et Suagee dans le présent ouvrage) ou entre différents droits culturels ou droits de l'homme ayant des incidences culturelles (comme le font Nieć et Prott).

culturels nécessitent une action positive de l'État, et leur exercice suppose que soient créées certaines conditions⁵.

Il est à noter que, dans les publications spécialisées chinoises, les droits économiques sont aussi appelés droits aux moyens de subsistance et au développement⁶.

Un autre chercheur, Chen Zhishang, abordant cette distinction du point de vue de la pratique, l'inscrit dans une perspective historique et d'inspiration politique marxiste :

La pratique a montré que ce n'est qu'en remportant des victoires révolutionnaires et en se rendant maître du pays, et par la conquête préalable de la démocratie et des droits politiques, que le peuple chinois pourra créer les conditions et les garanties nécessaires à l'exercice de nouveaux droits économiques, sociaux et culturels. Elle a montré aussi que la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, à la différence de celle des droits politiques, n'est pas exclusivement liée à un changement de régime politique. En dehors d'une évolution du système économique induite par les forces administratives, elle dépend dans une plus large mesure du niveau de développement social, économique et culturel. Étant donné le retard des forces productives héritées de la Chine ancienne, il est impossible de résoudre en un jour les problèmes que soulève la nécessité de nourrir et vêtir 1,2 milliard de personnes et de pourvoir à leur subsistance et à leurs besoins en matière de développement et de loisirs. Pour venir à bout de cette tâche, il faudra déployer des efforts considérables pendant plusieurs décennies, voire plus d'un siècle. C'est pourquoi l'État doit faire du développement des forces productives la première de ses priorités et placer l'édification économique et culturelle au centre de ses efforts pour promouvoir le progrès social dans tous les domaines. S'agissant des droits de l'homme, outre que l'État doit garantir le droit aux libertés politiques déjà conquis par le peuple, il lui faut naturellement donner le primat à long terme à la réalisation du droit du peuple aux moyens de subsistance et de son droit au développement. L'État doit s'efforcer d'assurer et de garantir l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, qui viendra encore un peu plus consolider, promouvoir et étendre l'exercice par le peuple de ses droits politiques. Avec l'essor

5. Li Buyun, « Renquan de liangge lilun wenti » [Deux problèmes théoriques concernant les droits de l'homme], *Zhongguo Faxue* [Science du droit en Chine], vol. 3, 1994, p. 41.

6. Voir, par exemple, Zhu Muzhi, directeur de l'Association chinoise pour l'étude des droits de l'homme et ancien haut fonctionnaire chargé de la propagande au Parti communiste chinois, « Ruhe kandai Zhongguo renquan » [Comment concevoir les droits de l'homme en Chine], *Guangming Ribao*, 16 mai 1997, p. 7.

de l'édification socialiste, le peuple verra tous ses droits continuellement renforcés. Par conséquent, dans la Chine socialiste guidée par le marxisme, les droits politiques, économiques et culturels du peuple sont interdépendants et ne peuvent être développés que de front jusqu'à leur pleine réalisation⁷.

Aux yeux des chercheurs chinois, droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels sont donc liés entre eux et se renforcent mutuellement, mais les seconds doivent prendre le pas [dans la pratique] sur les premiers, puisque la victoire de la Révolution communiste a résolu pour l'essentiel la question des droits civils et politiques ; leur plus ample développement peut attendre que les droits économiques, sociaux et culturels fondamentaux soient acquis. Il s'ensuit aussi que le développement des droits de l'homme est autant affaire de politique que de culture et d'économie.

Les auteurs chinois restent fidèles à l'approche qui consiste à dissocier dans un premier temps les deux séries de droits (droits civils et politiques d'une part et droits économiques, sociaux et culturels de l'autre) pour chercher ensuite à les articuler⁸. Le professeur Li Buyun reprend cette distinction dans une perspective historique en rattachant différentes catégories très générales de droits de l'homme à différentes périodes de l'histoire. Premièrement, les droits civils et politiques se trouvent déjà réalisés du fait même du passage à l'étape socialiste ; deuxièmement, ils occupent une place subsidiaire par rapport aux droits économiques, sociaux et culturels. L'auteur conclut que cette deuxième série de droits doit avoir actuellement la priorité sur les droits civils et politiques :

Le contenu des droits de l'homme est des plus vastes. On peut distinguer principalement trois grands aspects : droits de la personne et droit à la dignité ; droits et libertés politiques ; et droits sociaux et culturels.

Dans la théorie socialiste des droits de l'homme, tous ces droits ont une même importance. Au niveau actuel de développement de l'humanité, chacun doit jouir de la totalité de ces droits. Au stade précapitaliste de l'évolution historique, le peuple revendique essentiellement l'exercice des droits de la personne et du droit à la dignité, y compris le droit à la vie, à la sécurité de la personne, à la liberté de l'individu et à la dignité humaine. Au stade de la révolution capitaliste, les droits et libertés politiques viennent en tête des

7. Chen Zhishang, « Guanyu renquan de shige lilun wenti » [Dix problèmes théoriques concernant les droits de l'homme], *Makesi Zhuyi Yanjiu* [Études marxistes], vol. 4, 1996, p. 30.

8. Le débat reste vif en Chine au sujet de ces deux groupes de droits ; voir l'analyse de Nieć et le point de vue différent exposé par Prott.

revendications de la classe capitaliste : ces droits comprennent le droit de voter et de se présenter à une élection, la liberté d'expression, la liberté de la presse, la liberté de réunion et d'association, etc. Au stade de la révolution socialiste, les principaux droits dont le peuple des travailleurs, sous la direction du prolétariat, demande à bénéficier sont les droits économiques, sociaux et culturels. Cette révolution ne se contente plus d'une « libération politique », elle appelle à une « libération sociale ». Elle ne vise pas à remplacer un régime de propriété privée plus ou moins dépassé par un autre plus moderne, mais à éliminer purement et simplement la propriété privée, à passer de l'égalité politique au stade supérieur que représente l'égalité économique et à faire en sorte que tous les êtres humains jouissent d'un ensemble de droits aussi étendu que possible. Une telle évolution des droits de l'homme revêt la forme d'une progression par paliers successifs⁹.

Une autre école de pensée a pour représentant Yu Haocheng. Prenant comme point de départ la distinction entre droits « négatifs » et droits « positifs », Yu note que le terme de « droit » renvoie à la « possibilité de faire telle ou telle chose », ce qui est le propre des droits politiques. Ainsi, on entend par droit d'expression la possibilité d'exprimer des opinions personnelles sans en être empêché par quiconque. En revanche, les « droits sociaux » ont pour objet quelque chose « que l'on est censé recevoir ». C'est ainsi que le droit à l'éducation recouvre deux exigences : d'une part, nul ne peut s'opposer, pour quelque raison que ce soit, à ce qu'un enfant accomplisse sa scolarité et, d'autre part, chaque enfant peut prétendre à des études scolaires, même s'il n'est pas en mesure de les payer ou a échoué aux examens. La première exigence correspond à l'acception fondamentale du mot « droit », tandis que la seconde équivaut à une revendication touchant le bien-être. Issu des théories de la loi naturelle, le concept de droits de l'homme renvoie aux prérogatives qui sont celles de l'être humain dans l'état de nature. Dans cet état, celui-ci peut agir à sa guise, sans pour autant obtenir tout ce à quoi il aspire. D'où le raisonnement de Yu Haocheng :

Nous pouvons en conclure que les droits l'emportent sur le bien-être, ou que les droits politiques l'emportent sur les droits sociaux (si l'on tient à les appeler des droits). Pour juger d'un gouvernement, il convient en premier lieu de se demander s'il a violé les droits fondamentaux (c'est-à-dire les droits négatifs – libertés ou droits politiques) de ses citoyens. Ensuite seulement, on cherchera

9. Li Buyun, « Shehuizuyi renquan de jiben lilun he shijian » [Théorie et pratique fondamentales des droits de l'homme socialistes], *Faxue Yanjiu* [Études juridiques], vol. 4, 1992, p. 4.

à déterminer s'il a convenablement pourvu au bien-être de ces derniers. S'agissant du bien-être, on ne doit pas oublier qu'un gouvernement est, somme toute, un organe de pouvoir plus qu'une entité productive. C'est donc une erreur de dire, par exemple, qu'un gouvernement se doit de nourrir le peuple (...) les droits sociaux sont des droits à un bénéfice, qui ne peuvent être établis et réalisés que par certaines actions positives de l'autorité. Mais les différents types de droits sociaux et leur contenu sont mal définis. Par conséquent, les divers droits économiques, sociaux et culturels inscrits dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ont en réalité un caractère normatif teinté d'idéalisme. En revanche, les droits politiques sont des droits empiriques [laissés à l'initiative du bénéficiaire] qu'il est possible de réaliser immédiatement, dès lors que les autorités n'y font pas obstacle. Ils sont donc clairement distincts¹⁰.

Bien que fondée elle aussi sur la dichotomie entre droits civils et politiques d'une part et droits sociaux, économiques et culturels d'autre part, l'analyse de Yu reflète les positions plus libérales de certains intellectuels chinois sur la question des droits de l'homme et se démarque quelque peu de la vision politique officielle des droits culturels ou des droits de l'homme. C'est ce qui explique que les considérations de ce genre sont plus souvent exposées dans des ouvrages publiés en Occident qu'en Chine même.

DROITS CULTURELS ET « CIVILISATION SOCIALISTE »

S'il est vrai que de nos jours les droits culturels ont, avec les droits économiques et sociaux, la priorité sur les droits civils et politiques aux yeux des responsables politiques chinois, ils sont d'un point de vue théorique distincts de ces derniers. Du fait toutefois de leur prise en compte dans le système politique socialiste, ils s'inscrivent dans un contexte par nature politique. Témoin aussi le lien entre droits culturels et avancées socialistes dans le domaine éthique et culturel. Le progrès éthique et culturel et la civilisation matérielle font partie intégrante du socialisme prôné par le Parti communiste chinois, et sont réputés avoir des « caractéristiques chinoises ». Deng Xiaoping a défini le sens du progrès éthique et culturel socialiste en ces termes :

Nous édifions une civilisation socialiste fondée sur des normes idéologiques et culturelles élevées, ce qui signifie essentiellement que nos citoyens doivent être

10. Yu Haocheng, « On Human Rights and Their Guarantee by Law », dans Michael C. Davies (dir. publ.), *Human Rights and Chinese Values – Legal, Philosophical and Political Perspectives*, Hong Kong, Oxford University Press, 1995, p. 100-101.

pénétrés des idéaux communistes et devenir des personnes dont l'intégrité morale s'appuie sur une bonne culture générale et le sens de l'autodiscipline. L'internationalisme et le patriotisme sont deux vertus participant de cette éthique¹¹.

En Chine, l'exercice des droits culturels est étroitement lié aux progrès éthiques et culturels de type socialiste. Cette articulation est considérée comme une caractéristique de la conception chinoise des droits de l'homme, ainsi que s'en explique Zhu Muzhi :

Pour ce qui concerne la protection des droits de l'homme, la Chine se distingue des autres pays en ce qu'elle s'emploie activement à consolider le progrès éthique et culturel socialiste tout en faisant avancer l'édification de la civilisation matérielle (...) Le progrès éthique et culturel socialiste vise principalement à rehausser le niveau de la science et de l'éducation, à promouvoir l'esprit démocratique et à renforcer le système juridique ; à faire en sorte que la vie culturelle soit positive, saine, riche et colorée ; à améliorer le climat social général, l'ordre public et l'environnement, etc. Tous ces objectifs sont directement liés à la promotion des droits de l'homme. Le progrès éthique et culturel exige tout particulièrement la consolidation de la morale socialiste. Celle-ci consiste essentiellement à servir le peuple de tout son cœur. Elle suppose le respect de la personne, le souci d'autrui, l'amour de la collectivité, la main tendue aux démunis, l'égalité entre l'homme et la femme et le respect des aînés et la sollicitude envers les plus jeunes¹².

Le progrès éthique et culturel a donc pour finalité d'amener le peuple à se conformer aux idéaux et à l'éthique communistes par l'éducation et l'autodiscipline. À cette fin, l'État s'efforce de créer les conditions requises pour promouvoir les activités du peuple, mais il le fait en gardant fermement à l'esprit les visées politiques et socialistes, en mettant l'accent sur les devoirs et les contributions plutôt que sur les droits et les revendications.

UNIVERSALITÉ ET SPÉCIFICITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Les auteurs chinois modernes sont unanimes à souligner l'unicité des deux aspects – universalité et spécificité – des droits de l'homme, unicité qu'ils érigent en principe fondamental dans leurs recherches¹³. Dans la mesure où tous les êtres humains apprécient de bénéficier du droit à la vie, à la sécurité et à la liberté de la personne, à

11. Deng Xiaoping, *Building Socialism with Chinese Characteristics*, Beijing, Foreign Languages Press, 1985, p. 16.

12. *Ibidem*.

13. Chen Zhishang, « Guanyu renquan de shige lilun wenti », *op. cit.*, p. 30.

la liberté de penser et à la dignité de l'individu, ou aspirent à en bénéficier ; ces droits, qui comptent parmi les droits les plus fondamentaux de la personne humaine, ont un caractère universel qui transcende les frontières géographiques et culturelles. Par « spécificité » des droits de l'homme, on entend les formes particulières et variées que ces droits revêtent ou ont revêtues à différentes périodes de l'histoire et dans différentes sociétés¹⁴. Au niveau international, les nations appartenant à différents systèmes politiques démontrent l'universalité des droits de l'homme lorsque, en adoptant la *Charte des Nations Unies*, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et autres traités et pactes internationaux, elles s'engagent toutes ensemble à mettre en œuvre, et à faire respecter, les droits de l'homme énoncés dans ces instruments. La spécificité des droits de l'homme trouve son expression dans la diversité des positions et approches dont ces droits font l'objet, sur la base de la reconnaissance de différences historiques et culturelles, dans le respect et la défense de normes communes ; une telle reconnaissance est un témoignage de respect à l'égard de la souveraineté d'une autre nation¹⁵.

L'universalité des droits de l'homme, affirme le professeur Li, tient au fait que tous les êtres humains sont par nature semblables et qu'ils partagent des intérêts et des préoccupations similaires, ainsi que les mêmes idéaux et principes éthiques. Sur cette base ou fondement, les peuples de différents pays adoptent des attitudes identiques à l'égard des droits de l'homme. La spécificité des droits de l'homme tient au fait que les intérêts et la morale de ces peuples diffèrent et entrent en conflit, et que chaque nation a ses origines, son histoire, son identité, son économie, son système politique et sa culture propres. C'est ce qui explique que la conception et l'exercice des droits de l'homme diffèrent sur certains points d'un pays à l'autre¹⁶. « Il importe que chaque nation, y compris la Chine, fonde sa politique en matière de droits de l'homme sur la reconnaissance de l'universalité et de la spécificité des droits de l'homme et insiste sur l'unicité de ces deux aspects¹⁷. » À partir de telles prémisses, le professeur Li Buyun analyse comme suit les divergences entre pays développés et pays en développement au sujet de la protection des droits de l'homme :

De manière générale, ces deux catégories de pays ne se situant pas tous à un stade de développement économique, politique et culturel identique, en ce qui concerne par exemple les besoins élémentaires, le contexte historique et culturel

14. Voir les analyses de Nieć, Prott et Stavenhagen au sujet du caractère universel relatif des droits de l'homme.

15. Li Buyun, « Renquan de liangge lilun wenti », *op. cit.*, p. 38.

16. *Ibidem*, p. 38 et 39.

17. *Ibidem*.

n'est pas le même. C'est ainsi que de nombreux pays en développement qui ont longtemps été victimes de la répression et de l'exploitation coloniales sont confrontés à des problèmes et difficultés spécifiques ; certains pays développés accordent une plus grande attention et beaucoup d'importance aux dimensions universelles des droits de l'homme, tandis que certains pays en développement privilégient leurs dimensions spécifiques¹⁸.

Cela étant, il serait absurde, note le professeur Li, de privilégier une dimension au détriment de l'autre : aussi presse-t-il les pays développés de reconnaître les situations particulières auxquelles doivent faire face les pays en développement et de se montrer raisonnablement respectueux des modèles et approches spécifiques sur lesquels reposent les politiques et système de droits de l'homme de ces derniers. Dans le même temps, l'auteur met les pays en développement en garde contre la tentation de renoncer sous prétexte de leur niveau de développement économique et culturel à améliorer, là où ils devraient et pourraient le faire, leurs pratiques actuelles en matière de droits de l'homme. Si tous les pays acceptaient de façon honnête, pragmatique et réaliste cette double dimension des droits de l'homme, les contradictions et conflits mutuels au sujet de ces droits se trouveraient réduits, et la coopération et le dialogue sur la situation interne dans ce domaine ne pourraient que s'améliorer.

DEUX POIDS, DEUX MESURES ?

Chercheurs et États s'accommodent mal de la relativisation des droits de l'homme en fonction du contexte culturel qui découle de la théorie selon laquelle ces droits étant à la fois universels et spécifiques, il faudrait appliquer des normes contradictoires ou différentes selon les pays. Le professeur Li Buyun s'inscrit en faux contre cette interprétation en faisant valoir qu'il existe des normes universelles applicables au niveau international et des normes spécifiques applicables au niveau national. Les premières sont définies dans les différentes déclarations, conventions et pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme ; c'est à la communauté internationale qu'il appartient de fixer, de concert, ces normes universelles, lesquelles doivent refléter les aspirations communes de l'humanité, reconnues par l'ensemble des pays.

« C'est une erreur dommageable que de faire fi, comme certains pays, de telles normes universelles et de faire deux poids deux mesures au niveau international¹⁹. »
Les spécificités historiques, politiques, économiques, religieuses, culturelles, etc., justi-

18. *Ibidem.*

19. *Ibidem.*

fient qu'un pays applique en matière de droits de l'homme des normes qui lui sont propres et que les autres pays sont tenus de respecter. Par cette concession, le professeur Li escamote l'idée que les normes dites nationales puissent demeurer conformes aux normes universelles internationales ; si elles s'en écartaient, un pays pourrait s'appliquer à lui-même une norme (interne) et en appliquer une autre (internationale) aux autres, perpétuant ainsi un système à deux paliers. Il ne dit pas non plus sur quelle base pourrait s'opérer une convergence.

Le professeur Zhang Fengyang de l'Université de Nanjing adopte un point de vue vigoureusement opposé. Notant la difficulté d'imposer des normes communes aux différentes régions politiques du monde, il met en avant la notion de normes internationales minimales fondées sur des principes éthiques :

Des droits de l'homme minimaux devraient satisfaire aux conditions suivantes : être des droits inaliénables de l'être humain, mais dont l'exercice est subordonné à l'accomplissement de certains devoirs ; être compatibles avec l'éventail le plus large [possible] de traditions culturelles et éviter par conséquent de fixer des objectifs idéaux en fonction du niveau des pays développés, sans pour autant ériger la diversité des traditions culturelles en principe absolu [irréfragable] ; et satisfaire à certains impératifs particulièrement fondamentaux qui restent valides quels que soient l'époque et le lieu et les systèmes sociaux, normes morales et styles de vie propres à telle époque ou à tel lieu. Du point de vue par conséquent des valeurs qui les fondent, ces droits sont des droits inhérents à l'être humain, c'est-à-dire les droits les plus universels et les plus fondamentaux que puissent revendiquer des personnes vivant dans un environnement civilisé²⁰.

Sur la base de tels critères, le professeur Zhang énumère un certain nombre de droits moraux minimaux que tous les pays du monde se devraient de reconnaître : droit aux moyens de subsistance, droit à l'égalité, à la liberté, à l'assistance et à la dignité. Mais aucun de ces droits n'est pour autant « absolu » : pour pouvoir s'en prévaloir, il faut au préalable s'être acquitté des devoirs correspondants. On ne saurait donc les revendiquer si, à tout le moins, on ne les respecte pas soi-même chez autrui.

Plusieurs chercheurs de la Faculté de droit de l'Université du Jilin, dont Qiu Ben, soutiennent avec vigueur les thèses du professeur Zhang. Il ne peut y avoir de

20. Zhang Fengyang, « Renquan wenti de lunli fenxi » [Les droits de l'homme considérés du point de vue moral], *Jiangnan Xuekan* [Revue d'études de Jiangnan], vol. 4, 1997, p. 48-49. Le professeur Zhang s'inspire de la conception du professeur A. J. M. Milne concernant les fondements éthiques des droits de l'homme sur la base desquels inférer des droits de l'homme minimaux.

droit universel, fait valoir Qiu, que s'il est établi que ces droits sont des droits naturels²¹.

Les disparités sociales entre êtres humains sont toujours un obstacle majeur à l'exercice de nombre de leurs droits. Il ne saurait y avoir de droits authentiques et universels tant que l'esprit se laisse arrêter par de telles différences²².

Voici comment cet auteur perçoit les relations entre droits de l'homme et éthique d'une part et droits de l'homme et culture d'autre part :

Les droits de l'homme sont universellement reconnus et extrêmement nécessaires à tout être humain. Ce ne sont pas des droits moraux « généraux », mais « minimaux » ; c'est parce qu'il en est ainsi que tout un chacun peut en bénéficier. Si ces droits étaient conçus comme des droits moraux généraux, quantité d'individus en seraient privés²³.

Les droits de l'homme ne sont pas des acquis culturels. Pour commencer, la culture revêt des formes différentes selon les sociétés ; différents individus ont une conception différente de la culture ou se situent à différents niveaux culturels. Si les droits de l'homme procèdent de la culture, quelle forme ou conception des droits de l'homme, quel niveau d'exercice de ces droits va-t-on retenir comme norme applicable à l'ensemble des êtres humains ? S'ils étaient indissociables de la culture, leur exercice perdrait tout caractère universel. Deuxièmement, on invoquerait la prétendue supériorité ou infériorité de telle ou telle culture pour accorder à certains des droits que l'on refuserait à d'autres. On assisterait alors au retour des tragédies qui ont jalonné l'histoire de l'humanité, de la « diplomatie des droits de l'homme » et des attaques dirigées contre ces droits, et on verrait certaines cultures se refuser au nom de leur spécificité à améliorer l'application des droits de l'homme. Troisièmement, l'acceptation universelle de plusieurs instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme a démontré que ces droits ont un caractère universel, qu'il existe des normes communes et que l'influence de la culture sur les droits de l'homme est relative. Enfin, les droits de l'homme étant des droits de la personne humaine, ils ont un caractère supra-culturel en ce sens que tous les êtres humains peuvent en bénéficier quelles que soient les différences d'ordre culturel²⁴.

21. Qiu Ben, « Wuchang renquan he fanren zhuyi » [Droits de l'homme non matériels et universalisation des droits de l'homme], *Zhexue Yanjiu* [Études philosophiques], vol. 2, 1997, p. 45.

22. *Ibidem*, p. 43.

23. *Ibidem*, p. 41.

24. *Ibidem*, p. 45.

CARACTÈRE POLITIQUE OU SUPRAPOLITIQUE DES DROITS DE L'HOMME

Le double caractère universel et spécifique des droits de l'homme soulève une autre question : celle de savoir si ces droits sont par nature politiques ou suprapolitiques. Le professeur Li distingue deux catégories de droits : les droits politiques, car liés à un système ou à une idéologie politique spécifique, et les droits suprapolitiques, car universels et étrangers à la sphère politique. Au niveau national, l'exercice de certains droits, comme le droit de vote, le droit à la liberté de l'information, à la liberté d'expression, etc., dépend de la politique ou de l'idéologie politique officielles ; d'autres droits, comme le droit à la vie ou à l'identité, ou encore les droits des personnes handicapées, des femmes, des enfants, etc., échappent à toute décision politique et peuvent être universellement reconnus. Au niveau international, certains aspects liés à la souveraineté relèvent de la politique ; d'autres, qui intéressent l'humanité, la paix et la sécurité, ont un caractère suprapolitique. Distinguer clairement ces deux catégories, les replacer en perspective permet selon le professeur Li de dépolitiser la problématique des droits de l'homme ou de la débarrasser de tout carcan idéologique. Le professeur Li a apparemment à l'esprit les considérations d'ordre « politique » ou « idéologique » qui colorent le débat sur les droits de l'homme en Chine du fait même que celui-ci a été déclenché par les revendications de mouvements démocratiques à l'intérieur du pays et les attaques dont la Chine est l'objet à l'extérieur. Une dichotomie abstraite fondée sur les « caractères » des droits reconnaît que certains d'entre eux sont spécifiques, d'autres universels, au lieu de les amalgamer tous sur la base d'une généralisation politique ou idéologique. Nous l'avons vu précédemment, il semble clair qu'une telle attitude frise le relativisme culturel et ne résout ou n'évacue un problème que pour en soulever un autre.

CARACTÈRE GÉNÉRAL ET CARACTÈRE DE CLASSE DES DROITS DE L'HOMME

Le marxisme lutte pour conserver sa place de doctrine dominante en Chine. On observe dans le débat qui nous occupe une tendance à attribuer aux droits de l'homme tantôt un caractère général (en ce qu'ils sont communs à toutes les sociétés), et tantôt un caractère de classe. Chen Zhishang note ainsi que, puisque les individus ont des intérêts différents et antithétiques selon la classe à laquelle ils appartiennent, leur vision des droits de l'homme et leurs attentes en la matière diffèrent également. L'exercice de ces droits revêt donc inévitablement un caractère de classe. Mais le fait que des classes différentes ou antagonistes jugent opportun ou nécessaire à leur survie et à leur développement propres d'accepter certains compromis et ajustements et de

sacrifier à la pratique commune crée des bases objectives permettant de postuler l'existence de droits communs généraux.

Selon l'auteur, toutefois, ces deux aspects des droits de l'homme correspondent respectivement à l'essence de ces droits et à leur forme. En d'autres termes, dans une société de classes, en particulier la société capitaliste, les droits de l'homme, dans leur expression juridique, transcendent la notion de classe et ont un caractère universel : chacun peut, en principe, s'en prévaloir. Mais leur réalisation, qui en constitue l'aspect essentiel, n'intéresse dans une société de classes que la classe dominante. Chen Zhishang s'appuie sur l'analyse marxiste de la lutte des classes pour démontrer la supériorité de la conception socialiste des droits de l'homme sur la conception capitaliste :

La forme sous laquelle chacun bénéficie du droit à la liberté, à l'égalité, à la propriété, à la sécurité, etc., occulte l'essence de ces droits, qui est de perpétuer les privilèges de la bourgeoisie. Telle est la contradiction intrinsèque et insoluble qui gît au cœur des droits de l'homme dans la société capitaliste, tel est le terrain sur lequel prend racine la conception hypocrite de ces droits propre à cette société. Ce n'est qu'une fois les classes abolies et la définition et la mise en œuvre des droits de l'homme fondées sur la base économique d'un régime de propriété véritablement collectif et d'un système de répartition des biens produits en fonction du travail fourni que la nature duelle des droits de l'homme, telle qu'elle se manifeste dans la contradiction entre leur forme et leur essence, peut être résolue et que les droits de l'homme trouvent à se réaliser, c'est-à-dire à être exercés de façon égale par l'ensemble des membres de la société. Sur ce point, la conception socialiste des droits de l'homme est éminemment supérieure à la conception capitaliste²⁵.

Quelle que soit sa faiblesse, cette argumentation fondée sur une vision déterministe de l'économie et sur une distinction philosophiquement contestable – et rejetée par de nombreuses écoles de pensée – entre la forme et l'essence est reprise par les principales théories des droits de l'homme qui ont cours de nos jours dans les cercles intellectuels en Chine.

LES ORIGINES DES DROITS DE L'HOMME

Revenant à un thème plus ancien du discours sur les droits de l'homme, celui des droits naturels de l'être humain, Zhao Tingyang, de l'Institut de philosophie de l'Académie chinoise des sciences sociales, écrit : « À n'en pas douter, les droits de l'homme sont le produit de la civilisation, et procèdent donc de la culture, et non de la nature. Ils ne sont pas des réalités naturelles, mais des impératifs culturels, d'où la

25. Chen Zhishang, *op. cit.*, p. 33.

nécessité que leurs bénéficiaires se conforment aux règles de l'éthique et de la civilisation²⁶. » Par suite, Zhao Tingyang rejette, semble-t-il, le caractère universel des droits de l'homme :

À chaque société de dire quels sont les droits de l'être humain. C'est ainsi que certains de ces droits qui sont reconnus de nos jours étaient inconnus ou devraient être réinterprétés dans la société esclavagiste ; de même, certains éléments des droits de l'homme proclamés par les Nations Unies répondent à l'évidence aux seuls besoins des sociétés occidentales²⁷.

Ces arguments quelque peu sommaires ou superficiels – reprises des théories postulant le caractère naturel des droits de l'homme, distinctions entre droits universels et droits particuliers, droits moraux minimaux, etc. – nous intéressent ici par ce qui en motive l'invocation : le souci de justifier une plus ample reconnaissance des droits de l'homme face aux thèses socialo-marxistes orthodoxes prônant l'existence de classes sociales et le relativisme culturel.

4. PLURALISME CULTUREL, COUTUME ET DROIT COUTUMIER

Il est impossible de retracer l'histoire de la lutte pour la reconnaissance des droits culturels en Chine sans s'intéresser aux attitudes adoptées dans ce pays en ce qui concerne les coutumes, le droit coutumier et le pluralisme juridique et culturel, et au sentiment d'identité du peuple chinois. Nous allons analyser brièvement les attitudes traditionnelles des Chinois à l'égard des lois, coutumes et pratiques des autres ethnies vivant sur leur territoire, et l'idéologie actuelle en la matière.

L'IDENTITÉ HAN

Les Chinois – ou Han, comme ils se sont désignés eux-mêmes durant la plus grande partie des deux derniers millénaires – ont conscience de ne pas être un peuple racialement, ethniquement ou linguistiquement homogène, soudé par des origines communes et des liens de sang. Ils constituent plutôt une civilisation culturelle et politique cimentée par des coutumes, des valeurs morales et des conceptions politiques qui ont été assimilées à un degré inhabituel et renforcées par le système éducatif et administratif. Il n'existe donc pas dans la tradition chinoise de théorie officielle ou

26. Zhao Tingyang, « Youchang renquan he zuorenzhuyi » [Réciprocité dans l'exercice des droits de l'homme et humanisation], *Zhexue Yanjiu* [Études philosophiques], vol. 9, 1996, p. 22.

27. *Ibidem*, p. 23.

centrale du pluralisme culturel, éthique ou juridique au sein de la communauté han. Les groupes s'en différenciant par des traits plus déterminants que, par exemple, la religion (généralement considérée comme une pratique accessoire en Chine) demeurent étrangers à cette communauté. Les Chinois recensaient quatre peuples étrangers sur leurs frontières : les Yi à l'est, les Man au sud, les Jiang à l'ouest et les Ti au nord.

Selon l'Histoire officielle de la dynastie des Han, écrite vers l'an 300 avant l'ère chrétienne :

Les Barbares sont âpres au gain, humains de visage, mais bestiaux de cœur (...) Par leur costume, leur alimentation et leur langue, ils diffèrent totalement des habitants de l'Empire du Milieu. Ils vivent dans les froides étendues sauvages du grand Nord, errant à la recherche de pâturages pour leurs troupeaux et de gibier pour leur propre subsistance. Des montagnes, des vallées et le grand désert nous séparent d'eux. Cette barrière a été dressée entre l'« intérieur » et nous par le Ciel et la Terre. C'est pourquoi les souverains, considérant dans leur sagesse les étrangers comme des bêtes, n'ont cherché ni à établir des contacts avec eux, ni à les assujettir. Conclure un quelconque accord avec eux serait passer un marché de dupes qui coûterait fort cher. Entreprendre de les envahir serait engager vainement nos troupes et les soulèverait contre nous. Leur terre est impropre à la culture et eux-mêmes impossibles à gouverner. Aussi faut-il les considérer toujours comme des étrangers, jamais comme des citoyens. Ils n'ont jamais bénéficié de notre administration ni de nos enseignements. Ils n'ont jamais eu connaissance de notre calendrier impérial. Châtions-les quand ils s'approchent et défions-nous d'eux quand ils se replient. Recevons-les quand ils paient un tribut en hommage à notre vertu. Contenons-les sans relâche et faisons-leur sentir que tous les torts sont de leur côté. Telle est la politique des sages souverains vis-à-vis des Barbares²⁸.

La tradition éducative han perpétue une longue mémoire, et les perceptions acquises voici des millénaires demeurent vivaces, et n'ont été ébranlées ni par la modernité ni par l'humanisme. Près de 1 500 ans plus tard, le grand empereur Ch'ien Lung, répondant officiellement à un message du roi George III transmis par lord Macartney en 1793, écrivait ceci : « Le respect que vous inspire notre Dynastie céleste vous emplit, dites-vous, du désir d'assimiler notre civilisation, mais nos rites et notre code de lois diffèrent si complètement des vôtres que, quand bien même votre émissaire

28. Cité dans Sechin Jagchid, « Discrimination Against Minorities in China », dans W. A. Veenhoven (dir. publ.), *Case Studies on Human Rights and Fundamental Freedoms*, La Haye, vol. 2, 1982, p. 392.

parviendrait à acquérir les rudiments de notre civilisation, il vous serait impossible de transplanter nos mœurs et nos coutumes sur votre sol étranger²⁹. »

En réalité, les différentes dynasties, dans leur politique à l'égard des minorités conquises, ont bel et bien reconnu les différences entre ethnies minoritaires, s'efforçant même d'en tirer parti – qu'elles aient envoyé des fonctionnaires les gouverner et les contrôler ou qu'elles leur aient laissé le soin de s'auto-administrer.

Dans l'un et l'autre cas, l'objectif n'était pas de réformer les coutumes des minorités, mais de les mettre à profit pour mieux exercer le pouvoir. Parmi les multiples traditions ainsi préservées figuraient l'élection ou le choix des chefs de clan, le droit civil et pénal, le droit de la famille, des mariages et des successions, les procédures de règlement des différends et la gestion des affaires internes des clans et villages.

SOUS LE RÉGIME DU KUOMINTANG

Sous le Parti nationaliste, non seulement les coutumes des minorités nationales furent respectées et perpétuées, mais celles des villages et communautés han purent demeurer intactes et continuèrent d'être largement appliquées, de pair avec le système plus moderne progressivement mis en place sur le modèle occidental. Tel était le cas en particulier dans les régions où le gouvernement issu du Kuomintang n'exerçait qu'une faible influence, ou là où les forces locales coopérant étroitement avec les autorités, ces dernières considéraient leurs pratiques avec bienveillance ; où le système clanique patriarcal offrait les bases pour une vie sociale ordonnée ; où étaient ou pouvaient être appliqués des sanctions punissant les actes criminels et autres manquements à l'ordre public, des mécanismes d'indemnisation des dommages civils, de médiation et de conciliation en cas de différend, et même de soutien aux familles des soldats tués ou blessés au combat.

Cette reconnaissance par le Kuomintang des coutumes des minorités avait un caractère pragmatique, et non idéologique : le Parti nationaliste ne pouvait étendre son pouvoir en tout lieu, en particulier dans les districts reculés où étaient concentrés la plupart des groupes minoritaires. Il s'en remettait aux troupes locales qui, pour survivre et s'assurer l'appui des minorités, devaient tolérer certaines de leurs pratiques et respecter leur droit coutumier. Les tribunaux et fonctionnaires nationalistes trouvaient plus facile de ne pas donner suite aux tentatives des procureurs pour porter devant eux les troubles et différends survenus au sein des minorités ethniques, préférant laisser les clans régler eux-mêmes toutes les affaires à l'exception des plus graves. Au Tibet, en

29. W. W. Willoughby, *Foreign Rights and Interests in China*, Baltimore, Johns Hopkins Press, vol. 2, 1920, p. 546, cité dans Ernest B. Price, « Extraterritoriality in China », *Oregon Law Review*, vol. 11, 1932, p. 262, 267.

Mongolie, au Xinjiang et dans d'autres régions, comme les territoires des Man, des Bai et des Miao, le Kuomintang accorda, officiellement ou tacitement, aux minorités un certain degré d'autonomie, en particulier dans la sphère religieuse. En de nombreux endroits, là où vivaient des sociétés secrètes ou des sectes superstitieuses, leurs dirigeants et les règles qu'ils imposaient apparaissaient plus sévères encore que la législation nationaliste. Toutefois, les règles édictées par les sociétés secrètes et les sectes ne relevaient pas du droit coutumier et ne sauraient par conséquent lui être assimilées.

LE DROIT COUTUMIER APRÈS LA FONDATION DE LA RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE

Dans les années 50

Le droit coutumier a été, de manière générale, toléré voire courtoisé ou respecté dans certains domaines durant une partie des années 50. En l'absence d'un « système juridique complet », et alors que se poursuivait la reconstruction du pays, le Parti communiste chinois, pas plus que le Kuomintang, ne contrôlait l'ensemble du territoire, de sorte que, dans les régions occupées par des minorités, le droit coutumier de ces dernières venait s'ajouter aux lois et règlements promulgués par l'État. Le mot d'ordre était de faire droit aux coutumes des minorités, que le Parti appelait ses membres à respecter et à prendre en considération dans les affaires intéressant ces dernières.

En 1953 et 1954

Puis le Parti communiste entreprit d'ajuster et d'affiner sa politique. Les règles de droit coutumier des minorités nationales furent classées en trois catégories : celles qui étaient bénéfiques à la société socialiste, celles qui n'avaient aucune incidence sur elle et celles qui lui étaient nuisibles³⁰.

Les règles bénéfiques pouvaient être appliquées en complément des lois nationales, de façon à prendre en compte les coutumes propres aux différents territoires ethniques ou à faciliter la tâche des autorités locales chargées d'administrer ces territoires. C'est ainsi que l'article 36 de la loi de la République populaire de Chine sur le mariage (1950) dispose que : « L'Assemblée populaire des territoires des minorités nationales ou son Comité permanent peut, sur la base de la présente loi, adopter des dispositions supplémentaires ou additionnelles selon les pratiques des nationalités relatives au mariage et à la famille. » Les règles relatives à l'âge légal du mariage, aux procédures de mariage, aux obligations concernant les soins et l'assistance dus aux

30. Wu Zhongjin *et al.*, *Introduction to Ethnic Law*, Guangxi Minority Nationalities Press, 1990, p. 30.

enfants et aux vieillards, les droits en matière de succession, les fêtes nationales et les prescriptions religieuses pouvaient être modifiées ou reconnues si elles ne portaient pas atteinte aux intérêts de l'État, dans le cadre de l'application de la législation officielle. La loi sur les successions et autres textes votés par les instances centrales contiennent des dispositions similaires.

Les règles de droit coutumier considérées comme dénuées de toute incidence n'étaient pas explicitement reconnues, mais pouvaient être prises en compte dans l'application de la législation nationale si – ou dans la mesure où – elles n'entraient pas en conflit avec celle-ci. C'est ainsi qu'étaient respectés la règle interdisant les mariages entre musulmans et non-musulmans et les mariages entre cousins, le port de costumes et d'ornements particuliers, les cérémonies et les rites sociaux. Plus récemment, certaines lois ou politiques nationales, comme la politique de l'enfant unique, ont été assouplies au bénéfice des minorités nationales. En revanche, l'État a interdit les mariages par capture, tout en autorisant la survivance de la coutume, sous forme de simulacre³¹.

Les coutumes et règles de droit coutumier jugées nuisibles pour la société socialiste, comme la polygamie et la polyandrie, furent strictement prohibées. Furent également frappées d'interdiction les coutumes qui, sans être par elles-mêmes nuisibles, l'étaient indirectement. La coutume des Miao qui veut que tous les participants à des obsèques tuent une vache et l'apportent à la cérémonie fut par exemple interdite dans un village de 13 000 habitants où chaque année 300 vaches étaient ainsi sacrifiées. Les pouvoirs spéciaux exercés par les chefs de clan furent abolis, de même que les pratiques qui limitaient la liberté de mariage, privaient les femmes de leur droit d'hériter sur un pied d'égalité avec les hommes ou leur déniaient tout droit en la matière.

De manière générale, la République populaire de Chine adopta durant cette période des politiques et des pratiques relativement éclairées. Elle sut ménager la sensibilité des ethnies minoritaires, face en particulier aux Chinois de souche han, afin de préserver une relative harmonie entre les minorités et les cadres et la population han.

31. Les femmes capturées en temps de guerre ou lors de razzias dans les villages voisins étaient en effet prises pour épouse par les vainqueurs ou les pillards. Avant que les communistes n'adoptent dans les années 50 des lois réglementant le mariage, les mariages arrangés, l'achat de l'épouse et le mariage par capture étaient particulièrement répandus au Shanxi, au Shaanxi, dans l'ouest du Hunan, l'est du Guizhou et le nord-ouest du Yunnan. Cette coutume ne survit plus aujourd'hui que sous forme de simulacre, les épouses se lamentant au milieu des réjouissances. Dans certaines régions, en particulier en Mongolie, elle se perpétue dans les villages de paysans et d'éleveurs.

Dans les années 60 et 70

À compter du début des années 60, les thèses de l'extrême gauche l'emportèrent et, « dans une situation de chaos généralisé », précipitèrent une remise en question brutale des coutumes et du droit coutumier des minorités nationales, dont la Révolution culturelle marqua le point culminant. Le Parti communiste chinois adopta une politique qui prétendait « brasser toutes les nationalités » et « combattre le nationalisme local » en niant les spécificités de chaque nationalité et en poussant à l'assimilation. Les coutumes et règles de droit coutumier des minorités cessèrent d'être tolérées. Les cérémonies de commémoration des ancêtres et les rites religieux furent totalement interdits. De nombreuses nationalités, parmi lesquelles les Tibétains, les Ouïgours, les Russes et les Ouzbeks du Xinjiang se rebellèrent. Les autorités chinoises optèrent alors pour la répression armée.

Dans les années 80

Puis on a assisté dans les années 80 à un revirement. Après l'adoption de la politique de la porte ouverte et l'effondrement de l'Union soviétique, le problème des nationalités s'est posé avec acuité. Les Tibétains et les nationalités du Xinjiang et de la Mongolie se sont mobilisés en vue d'obtenir sinon l'indépendance nationale, du moins une véritable autonomie. Le Parti communiste chinois ajusta alors sa politique et s'attacha à amadouer les nationalités, en tentant de les tirer de leur isolement, en mettant l'accent sur l'égalité de tous les citoyens et sur l'unité nationale et en multipliant les marques de compréhension à l'égard des minorités et de leurs coutumes. Le principe voulant que « quiconque enfreint la coutume des minorités nationales sera sanctionné pénalement » fut remis à l'honneur et l'on accorda une attention particulière au développement économique et à l'éducation des minorités. La Constitution de 1982 condamne clairement le chauvinisme han³². Les coutumes et le droit coutumier des minorités nationales ont été rétablis. On a reconstitué la généalogie des clans, qui est de nouveau reconnue. Les chefs de clan ont été élus à des postes de responsabilité ou ont vu leur pouvoir restauré.

Ces réformes ont concerné aussi les Han. Dans les campagnes, les clans han ont commencé à se reformer et à réaffirmer leurs droits. Des Chinois établis à Hong Kong, en Indonésie, à Singapour, à Taiwan, en Thaïlande ou aux États-Unis d'Amérique sont revenus au pays pour réintégrer leurs clans et organiser des services à la mémoire des défunts qui, au cours des années passées, n'avaient pu bénéficier d'une sépulture décente ou des prières d'usage dans les temples ancestraux. Tout cela, bien entendu, dans les limites autorisées par la loi.

32. Préambule de la Constitution, paragraphe 3.4.

Rôle du droit coutumier de nos jours

La République populaire de Chine se définit aujourd'hui comme un État multinational unique au sein duquel toutes les nationalités (actuellement au nombre de 56) sont égales et où toute discrimination ou oppression exercée à l'encontre de l'une d'entre elles est proscrite. Quantité de déclarations politiques et de dispositions administratives traitent les nationalités non han comme des minorités qui, si elles peuvent prétendre à un certain degré d'autonomie culturelle, restent tributaires de l'aide du gouvernement et du peuple han pour améliorer leur situation et promouvoir le progrès économique et culturel dans leur région. Dans les années 60, un Mongol aurait dit à propos de cette politique : « Ils nous donnent des bols de riz tout neufs et nous obligent à mendier notre nourriture ! »

Sur le plan idéologique, la Chine communiste est encline à rejeter le pluralisme juridique, à l'échelon tant national qu'international, pour trois raisons principales :

1. La doctrine marxiste faisant du droit un outil entre les mains des classes dirigeantes encourage une conception fortement positiviste et instrumentaliste du droit, dans laquelle les coutumes et le droit coutumier sont utilisés comme une arme supplémentaire, et non à leurs fins propres.
2. La critique socialo-marxiste du féodalisme et de l'histoire féodale considère le pluralisme juridique comme caractéristique d'un stade peu avancé dans l'évolution historique vers le communisme.
3. Le chauvinisme « grand-han » dont font traditionnellement preuve les Chinois les conduit à rejeter le pluralisme des droits et traditions des minorités, rejet que renforce encore la tendance marxiste à assimiler les traditions des minorités à des pratiques féodales, dénuées de fondement scientifique et dictées par des superstitions.

À cela s'ajoutent : la centralisation du pouvoir de l'État dans la République populaire de Chine, en vertu de laquelle aucun groupe ou individu ne dispose d'un pouvoir législatif en dehors des autorités centrales, c'est-à-dire de l'Assemblée populaire nationale et de son Comité permanent ; l'abrogation de toutes les lois et de tous les mécanismes juridiques antérieurs à 1949, perçue comme signifiant que seuls les lois et règlements promulgués sous le régime communiste sont applicables ; et la crainte que les minorités n'invoquent leur droit coutumier pour revendiquer l'autodétermination.

De manière générale, toutefois, et en dehors du Tibet et du Xinjiang, la situation s'est améliorée, du moins à un niveau superficiel. Les règles coutumières relatives au mariage, aux rites funéraires, aux successions et autres domaines similaires peuvent être observées dès lors qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux édictés par l'État. Il n'est pas rare que les conflits internes soient réglés par les chefs de clan, qui continuent d'imposer le respect. En cas de différend opposant plusieurs nationa-

lités, le tribunal prend en considération leurs coutumes respectives. Dès lors que ces différends n'ont pas un caractère politique et ne mettent pas en cause les orientations nationales, la Cour ferme les yeux tant que son attention n'est pas sollicitée. Mais lorsque l'affaire a des prolongements politiques ou a trait à une infraction grave, elle est jugée sans tenir compte des coutumes et du droit coutumier.

Le statut des minorités aux termes de la Constitution

La Constitution de 1982 contient plusieurs dispositions concernant le statut des minorités nationales. Le Préambule proclame : « Dans la lutte pour la sauvegarde de l'union des nationalités, il faut combattre le chauvinisme de grande nationalité – surtout le chauvinisme grand-han –, et aussi le nationalisme local. » L'article 4 dispose :

Toutes les nationalités sont égales en droit en République populaire de Chine. L'État garantit les droits et les intérêts légitimes des minorités nationales, maintient et développe les rapports entre les nationalités selon le principe de l'égalité, de la solidarité et de l'entraide. Toute discrimination et oppression à l'égard d'une nationalité, tout acte visant à saper l'unité des nationalités et toute activité séparatiste sont à proscrire (...) Toutes les nationalités jouissent de la liberté d'utiliser et de développer leur langue et écriture, de conserver ou de réformer leurs usages et coutumes.

L'article 5 stipule :

Les citoyens de la République populaire de Chine ont le devoir de sauvegarder l'unité du pays et l'union de toutes ses nationalités.

Ces dispositions peuvent sembler promettre égalité et reconnaissance aux minorités, mais elles portent en elles les germes de l'incompréhension et de la discrimination, de l'ambiguïté et de l'ambivalence. Le sens à donner aux notions d'atteinte à la nation, d'unité et d'intégration nationale dans ces dispositions et dans la Constitution en général, et l'étendue des libertés garanties par elles sont des points sur lesquels les minorités nationales, ou du moins certaines d'entre elles, sont capables de contester et contestent effectivement.

L'article 15 précise que les gouvernements locaux des régions autonomes sont des organes administratifs placés sous l'autorité du Conseil d'État. Les assemblées populaires des régions autonomes ont le droit de promulguer des lois en conformité avec les caractéristiques politiques, économiques et culturelles des nationalités locales. Mais ces lois doivent être renvoyées pour approbation devant le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale. En outre, les projets de loi des régions autonomes doivent être soumis au Comité permanent de l'Assemblée populaire de la région autonome concernée pour approbation et au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale pour enregistrement.

Les organes des régions autonomes ont le droit d'appliquer les lois et politiques de l'État à la lumière de la situation locale. Ils ont donc la possibilité d'adopter des règlements additionnels précisant la portée des lois les intéressant, dans l'esprit de ces lois. Des dispositions reconnaissant ces droits aux gouvernements des régions autonomes sont inscrites dans les Principes généraux de droit civil, la loi sur le mariage et la loi sur les successions.

L'article 52 fait obligation aux tribunaux populaires des régions autonomes de juger les affaires relevant du droit administratif à la lumière des mesures prises dans ces régions pour mettre en œuvre la loi sur les différends administratifs. Moins d'un tiers de ces régions ont adopté un règlement d'application.

En droit pénal, l'article 147 du Code pénal dispose que : « Tout fonctionnaire d'État qui porte illégalement atteinte à la liberté d'un individu d'exercer des convictions religieuses appropriées ou enfreint la coutume d'une minorité nationale dans des circonstances graves sera puni d'une peine de prison pouvant atteindre deux ans. » Selon l'auteur de *Introduction to Ethnic Law*³³, il y a eu quantité de cas d'atteintes de ce type avant l'adoption de la loi en 1979, mais aucune sanction n'a depuis été prise à l'encontre de quiconque en vertu de cet article sur l'ensemble du territoire.

DIFFICULTÉ DE DÉFINIR LE DROIT COUTUMIER

Il n'est pas toujours possible de séparer la coutume du droit coutumier. Dans les périodes de répression, les fonctionnaires les plus obtus prétendent que le droit coutumier se distingue de la coutume par le fait qu'il est écrit. Aux yeux de ceux qui se réclament d'une coutume, celle-ci est également une source du droit, à savoir le droit coutumier non écrit. Aussi sommaires l'un que l'autre, ces deux raisonnements ne parviennent pas davantage à conforter la coutume et le droit coutumier qu'à les disqualifier. Quand la coutume et le droit coutumier entrent en conflit avec la législation nationale, l'État se refuse purement et simplement à les reconnaître, se contentant dans le meilleur des cas d'assimiler le droit coutumier à une simple coutume pour mieux le rejeter.

La frontière entre coutume et droit coutumier d'une part et droit religieux d'autre part est tout aussi difficile à tracer ou discerner. Le prestige social et l'influence des religions sont beaucoup plus forts au sein des minorités nationales que dans la population han. Dans certaines régions où vivent des minorités nationales, non seulement tous les membres de la population ont des convictions religieuses, mais l'ensemble de la communauté adhère à une même religion, comme on le voit au Tibet. En pareil cas, les coutumes et lois propres à cette religion sont aussi celles de la

33. Wu Zhongjin, *op. cit.*, p. 128.

communauté, et politique et religion se confondent. L'État chinois demande aux religions de ne pas s'immiscer dans la vie politique, ni dans les règles relatives au mariage et à l'éducation. Les différentes religions pratiquées en République populaire de Chine sont tenues de créer des « églises patriotiques nationales », de faire enregistrer les lieux de culte, de rendre compte des fonds reçus et dépensés et d'administrer leurs propres affaires (ecclésiastiques) sous la supervision de la Commission et du Bureau des affaires religieuses qui représentent l'État. Celles qui ne se conforment pas à ces prescriptions sont réduites à une existence clandestine et n'ont le droit ni de se rassembler ni de recevoir ou de demander des fonds.

Les fidèles préfèrent souvent une cérémonie religieuse pour les occasions telles que mariages et funérailles. Lorsque ces cérémonies n'enfreignent en rien les règles imposées par l'État, les autorités laissent faire, renonçant avec pragmatisme à la politique antérieure qui prétendait combattre résolument le « mélange de la politique et de la religion ».

Ce bref historique des attitudes tantôt tolérantes tantôt répressives à l'égard des coutumes, du droit coutumier, des pratiques d'origine religieuse et des règles de comportement observées par les communautés ne peut qu'être incomplet. La doctrine des « droits culturels » et de leur protection demeure embryonnaire et continuera de n'occuper qu'une place accessoire dans la théorie et la pratique chinoises contemporaines tant que la situation politique et économique ne sera pas « mûre » pour autoriser son développement. Certains signes laissent présager des avancées dans le domaine des droits de l'homme – et donc aussi, on peut l'espérer, des droits culturels – sur le front juridique et social. D'ici là, la recherche théorique sur la culture et les droits culturels demeurera timide, presque furtive, et privée de tout soutien important sur le plan intellectuel et financier. Tant il est vrai que les perceptions historiques et culturelles sont plus que d'autres tenaces.

L'UNESCO ET LES DROITS CULTURELS

Kishore Singh

1. INTRODUCTION

Le droit humanitaire international, qui s'est développé à partir de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, comporte plusieurs instruments normatifs traitant des droits culturels. L'article 27 de la *Déclaration universelle* stipule que « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent ». L'article 15 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* reconnaît à chacun le droit de participer à la vie culturelle. De même, l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* dispose que :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir en commun avec les autres membres de leur groupe leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

La nécessité d'un « effort concerté pour assurer la reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels aux niveaux national, régional et international » a en outre été soulignée dans la *Déclaration et Programme d'action de Vienne* adoptée par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme qui s'est tenue à Vienne en juin 1993. Celle-ci a recommandé l'étude d'approches complémentaires (telles qu'un système d'indicateurs permettant de mesurer les progrès accomplis dans la jouissance de ces droits). Elle a également « exhorté les États à veiller à la pleine et libre participation des populations autochtones à tous les aspects de la vie sociale, en particulier dans les domaines qui les intéressent¹ ». Suite à la Conférence mondiale, assurer le respect, la

1. Voir *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF/157/23, Assemblée générale des Nations Unies, 12 juillet 1993, paragraphes 98 et 20.

protection et la promotion des normes universellement reconnues en matière de droits de l'homme est devenu un souci prioritaire de la communauté internationale tout entière, qui attache désormais une attention croissante aux droits culturels.

L'UNESCO, par les idéaux et les principes consacrés dans son Acte constitutif et en tant que « Maison de la culture », a tout spécialement vocation à assurer la protection et la promotion des droits culturels. Convaincus de la nécessité d'assurer à tous « le plein et égal accès à l'éducation » et « le libre échange des idées et des connaissances », les signataires de l'Acte constitutif de l'UNESCO ont assigné pour mission à cette dernière de défendre « les idéaux de l'éducation de l'humanité en vue de la justice, de la liberté et de la paix, d'une compréhension mutuelle et d'une connaissance plus précise et plus vraie des coutumes et cultures des peuples » ainsi que les principes de démocratie, de dignité et d'égalité, le respect de la justice, de l'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2. INSTRUMENTS NORMATIFS TRAITANT DES DROITS CULTURELS : LA CONTRIBUTION DE L'UNESCO

Inspirée par son mandat constitutionnel et sa mission éthique, l'UNESCO a élaboré de nombreux instruments normatifs dans le cadre de ses domaines de compétence, dont plusieurs sur les droits culturels.

Le premier ouvrage publié par l'UNESCO en 1950, *Freedom and Culture*, proposait une réflexion sur six dimensions culturelles de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, qui a servi de point de départ à l'élaboration ultérieure par l'Organisation d'un certain nombre d'instruments portant sur les droits culturels².

Ces instruments normatifs sont plus ou moins contraignants selon qu'il s'agit de conventions et d'accords ou de déclarations et recommandations. La plupart énoncent des mesures que les États doivent prendre ou auxquelles ils sont censés donner suite ; quelques-uns d'entre eux traitent des droits des personnes et des peuples. Mais tous créent un contexte propice à l'épanouissement de la liberté d'exercer, de développer et de protéger une culture.

(i) La *Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*, adoptée en 1960, est l'un des premiers instruments normatifs de

2. *Freedom and Culture*, ouvrage publié sous la direction de l'UNESCO, Londres, Wingate, 1^{re} édition 1950. Les thèmes couverts sont les suivants : culture – un droit de l'homme ; le droit à l'éducation dans le monde moderne ; liberté de l'information ; droits de l'artiste créateur ; liberté de la création littéraire et artistique et liberté dans le domaine scientifique.

l'UNESCO ; elle affirme le droit à l'éducation, vise à éliminer la discrimination et décrit les mesures que doivent prendre les États pour promouvoir l'égalité des chances et de traitement dans ce domaine. Elle se fonde sur deux principes essentiels consacrés à la fois dans l'Acte constitutif de l'UNESCO et dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, qui, dans ses articles 2 et 26, proscrit toute forme de discrimination et proclame le droit à l'éducation pour tous.

(ii) La *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux* de 1978 stipule dans son article premier que :

Tous les individus et tous les groupes ont le droit d'être différents (...) et d'être perçus comme tels. Toutefois, la diversité des formes de vie et le droit à la différence ne peuvent en aucun cas servir de prétexte aux préjugés raciaux ; ils ne peuvent légitimer ni en droit ni en fait quelque pratique discriminatoire que ce soit, ni fonder la politique de l'*apartheid* qui constitue la forme extrême du racisme.

Elle dispose aussi que « l'identité d'origine n'affecte en rien la faculté pour les êtres humains de vivre différemment, ni les différences fondées sur la diversité des cultures, du milieu et de l'histoire, ni le droit de maintenir l'identité culturelle ». L'article 3 reconnaît « le droit au développement intégral », qui implique un accès en pleine égalité aux moyens de progrès et d'épanouissement collectif et individuel dans un climat qui respecte les valeurs de civilisation et les cultures nationales et universelles.

(iii) Le droit à l'éducation est également consacré dans l'Acte constitutif de l'UNESCO, qui proclame l'idéal du « plein et égal accès à l'éducation pour tous » et assigne pour mission à l'Organisation d'instituer la collaboration des Nations afin de réaliser graduellement l'idéal d'une chance égale d'éducation pour tous « sans distinction de race, de sexe ni d'aucune condition économique ou sociale ». Ce droit a été consolidé par la *Déclaration mondiale sur l'éducation pour tous*, adoptée par la Conférence mondiale sur l'éducation pour tous qui s'est tenue en mars 1990 à Jomtien, en Thaïlande. Dans son article premier, la *Déclaration de Jomtien* proclame que « toute personne – enfant, adolescent ou adulte – doit pouvoir bénéficier d'une formation conçue pour répondre à ses besoins éducatifs fondamentaux, pour “développer toutes ses facultés” et lui permettre de “participer pleinement au développement” ».

(iv) Un autre aspect important des droits de l'homme que l'UNESCO a contribué à promouvoir est le droit à la coopération culturelle internationale. La *Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale*, adoptée le 4 novembre 1966, a pour objet de favoriser la poursuite « par la coopération des nations du monde dans les domaines de l'éducation, de la science et de la culture, des buts de paix

et de prospérité définis dans la Charte des Nations Unies³ ». Elle « demande aux États membres de mettre tout en œuvre pour la mise en application des dispositions de cette Déclaration, afin qu'elle soit en mesure de servir la paix et le bien-être de l'humanité ». Parallèlement à la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, qui consacre le principe de la dignité humaine, elle reconnaît que « toute culture a une dignité et une valeur qui doivent être respectées et sauvegardées » (art. 1^{er}). Elle reconnaît en outre, dans le deuxième paragraphe de ce même article, que « tout peuple a le droit et le devoir de développer sa culture ». Elle stipule enfin que la coopération culturelle internationale a pour fin « de permettre à chaque homme d'accéder à la connaissance, de jouir des arts et des lettres de tous les peuples, de participer aux progrès de la science accomplis dans toutes les parties du monde et à leurs bienfaits et de contribuer pour sa part à l'enrichissement de la vie culturelle ».

(v) L'UNESCO défend le droit de participer à la vie culturelle. La *Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle*, adoptée le 26 novembre 1976, stipule dans son préambule que :

... la participation du plus grand nombre possible de personnes et d'associations aux activités culturelles les plus diversifiées et librement choisies est indispensable à l'épanouissement des valeurs humaines essentielles et de la dignité de l'individu ; l'accès de larges couches de la population aux biens culturels ne peut être assuré que si sont réunies les conditions économiques qui permettent aux intéressés non seulement de jouir de ces biens, mais aussi de prendre une part active à toutes les manifestations de la vie culturelle comme aux processus du développement culturel.

(vi) La *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles*, adoptée par la Conférence mondiale sur les politiques culturelles en août 1982, exprime l'espoir « d'une convergence ultime des objectifs culturels et spirituels de l'humanité », et énonce un certain nombre de principes devant régir les politiques culturelles ; le premier de ces principes étant que « toute culture représente un ensemble de valeurs uniques et irremplaçables, puisque c'est par ses traditions et ses formes d'expression que chaque peuple peut manifester de la façon la plus accomplie sa présence dans le monde ». La Déclaration affirme ensuite que « l'identité culturelle est une richesse stimulante qui accroît les possibilités d'épanouissement de l'espèce humaine en incitant chaque peuple, chaque groupe à se nourrir de son passé, à accueillir les apports extérieurs compatibles avec ses caractéristiques propres et à continuer ainsi le processus de sa propre création ». Qu'en outre, « identité culturelle et diversité culturelle sont indissociables » et « (...) que la

3. En même temps que la Déclaration, la Conférence générale a adopté une Résolution sur le même sujet.

reconnaissance du fait que des identités culturelles multiples se côtoient là où coexistent des traditions différentes constitue l'essence même du pluralisme culturel⁴ ».

(vii) L'UNESCO, par ailleurs, s'emploie actuellement à promouvoir le respect des droits linguistiques et de l'identité culturelle. La *Déclaration universelle des droits linguistiques*, adoptée par la Conférence mondiale des droits linguistiques organisée à Barcelone (Espagne, 1996) par le PEN Club, stipule que toutes les langues sont « l'expression d'une identité collective », que toutes les communautés linguistiques ont, au même titre, « le droit d'utiliser leur langue, de la maintenir et de la renforcer dans tous les modes d'expression culturelle ainsi que de se développer pleinement ».

(viii) Assurer la préservation du patrimoine culturel mondial est depuis toujours une préoccupation majeure de l'UNESCO. La *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* (Convention de La Haye) de 1954 et son Protocole portent sur la protection des biens et du patrimoine culturel nationaux et internationaux. Un autre instrument pertinent est la *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels* (1970). Pour sa part, la *Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* de 1972 porte sur la protection des sites culturels ou naturels de valeur universelle exceptionnelle. Aux termes de ces Conventions, les États s'engagent à respecter le patrimoine culturel meuble et immeuble en cas de conflit international ou de guerre civile (Convention de La Haye de 1954), à empêcher le trafic illicite du patrimoine meuble (1970) et à coopérer pour protéger et gérer les sites et monuments de valeur exceptionnelle. L'UNESCO a aussi travaillé en étroite coopération avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) à l'élaboration de la *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés* de 1995, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1998 et qui confère aux propriétaires d'un bien culturel volé dans un autre pays le droit d'intenter une action en restitution lorsque ce droit n'existait pas antérieurement. Cette Convention complète la Convention de 1970 et l'UNESCO s'emploie à en promouvoir l'application en même temps que celle de cette dernière. Elle travaille également à l'élaboration d'un *Projet de Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*.

(ix) La *Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire* (1989), considérant que la culture traditionnelle et populaire fait partie du patrimoine universel de l'humanité et qu'elle est un puissant moyen de rapprochement des différents peuples et groupes sociaux et d'affirmation de leur identité culturelle, incite les États membres à adopter les mesures législatives ou autres qui pourraient être néces-

4. *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles*, adoptée par la Conférence mondiale sur les politiques culturelles, 6 août 1982, UNESCO, 1982.

saires pour donner effet dans leurs territoires aux principes et mesures qui y sont définis⁵.

(x) L'UNESCO, en vertu de sa mission constitutionnelle, accorde une importance toute particulière au partage du savoir. L'*Accord pour l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique ou culturel* (Accord de Florence) de 1950 dispose que « la libre circulation des idées et des connaissances et, d'une manière générale, la diffusion la plus large des diverses formes d'expression des civilisations sont des conditions impérieuses tant du progrès intellectuel que de la compréhension internationale et contribuent ainsi au maintien de la paix dans le monde ». Les États contractants s'engagent, dans toute la mesure du possible : « à poursuivre leurs efforts communs afin de favoriser par tous les moyens la libre circulation des objets de caractère éducatif, scientifique ou culturel et d'abolir ou de réduire toute restriction à cette libre circulation... ». En outre, la *Recommandation concernant la condition des chercheurs scientifiques* (1974) garantit le droit de participer au progrès scientifique. La *Convention concernant les échanges entre États de publications officielles et documents gouvernementaux* (1958) a également des incidences concernant le droit à l'information. La *Convention universelle sur le droit d'auteur* (1952, révisée en 1971) protège les droits et les intérêts moraux et matériels résultant de toute production littéraire ou artistique. Non moins importante est la *Recommandation relative à la condition de l'artiste*, adoptée en 1980. L'UNESCO a adopté divers autres instruments qui contribuent à créer un environnement propice au développement des droits culturels⁶.

3. DÉVELOPPEMENT DES DROITS CULTURELS

Consciente que les droits culturels demandent à être élaborés plus avant et qu'il convient notamment d'en préciser la définition et le contenu, l'UNESCO avait prévu, dans son Programme et budget pour 1994-1995, d'entreprendre des études sur les contenus des droits culturels, axées plus particulièrement sur l'identité et les droits linguistiques, et la mise au point d'un système d'indicateurs devant permettre d'évaluer la mesure dans laquelle ces droits sont respectés. Dans le cadre d'une réflexion sur les nouvelles perspectives en matière de droits de l'homme et d'éthique,

5. À sa 142^e session, en octobre 1993, le Conseil exécutif de l'UNESCO a invité les États membres à établir un dispositif concernant les « biens culturels vivants » et à soumettre à l'UNESCO la liste des « Trésors humains vivants ».

6. Pour plus de détails, voir *Conventions et recommandations de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine culturel*, UNESCO, 1985.

elle a par ailleurs décidé d'étendre à de nouveaux domaines, pendant la période couverte par la Stratégie à moyen terme pour 1996-2001, sa fonction d'instance de débat sur les droits culturels.

Un Colloque organisé en novembre 1991 par l'Institut interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme de l'Université de Fribourg (Suisse), en coopération avec la Commission nationale suisse pour l'UNESCO, a été consacré à l'examen des droits culturels en tant que catégorie sous-développée des droits de l'homme, tant sur le plan pratique que doctrinal⁷. Un Groupe de travail a été créé avec l'aide de l'UNESCO en vue d'élaborer un projet de déclaration sur les droits culturels. La version de ce texte mise au point en septembre 1997⁸ considère que la reconnaissance et l'exercice des droits culturels sont essentiels pour « protéger et promouvoir les identités culturelles et favoriser l'expression de cultures différentes et le dialogue interculturel au sein de sociétés démocratiques ».

La nécessité de promouvoir la liberté de la recherche et de l'enseignement a conduit l'UNESCO à mettre en œuvre un programme relatif aux libertés académiques, dont la reconnaissance constitue un aspect important des droits culturels. L'Organisation étudie en conséquence la possibilité de mettre au point un instrument normatif codifiant les droits en matière de libertés académiques. La *Recommandation concernant la condition du personnel enseignant de l'enseignement supérieur* qu'elle a adoptée en 1997⁹ érige en principe le « respect des libertés académiques et des droits de l'homme » et dispose que les établissements d'enseignement supérieur devraient être comptables de la bonne application des missions consistant à défendre activement les « libertés académiques et les droits fondamentaux de la personne (...) et à favoriser le partenariat sur un pied d'égalité entre les communautés universitaires du monde entier en vue de diffuser et de mettre à profit la connaissance et de préserver le patrimoine culturel¹⁰ ».

7. Voir *Les droits culturels – une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Fribourg, Éditions universitaires, 1993.

8. Voir le texte à l'annexe C.

9. *Actes de la Conférence générale*, 29^e session, Paris, 21 octobre - 12 novembre 1997, Paris, UNESCO, p. 26 à 35.

10. Le paragraphe 27 de la Recommandation dispose que : « L'exercice des libertés académiques doit être garanti aux enseignants de l'enseignement supérieur, ce qui englobe la liberté d'enseignement et de discussion en dehors de toute contrainte doctrinale, la liberté d'effectuer des recherches et d'en diffuser et publier les résultats, le droit d'exprimer librement leur opinion sur l'établissement ou le système au sein duquel ils travaillent, le droit de ne pas être soumis à la censure institutionnelle et celui de participer librement aux activités d'organisations professionnelles ou d'organisations académiques représentatives. »

La nécessité de poursuivre l'élaboration des droits culturels a été soulignée lors de la Conférence internationale sur les politiques culturelles pour le développement qui s'est tenue à Stockholm (Suède) du 30 mars au 2 avril 1998. Dans le *Plan d'action sur les politiques culturelles pour le développement* qu'elle a adopté, la Conférence a reconnu que l'accès, tout comme la participation à la vie culturelle, est un droit fondamental de la personne dans toutes les communautés et que les gouvernements ont pour devoir de créer les conditions permettant le plein exercice de ce droit conformément à l'article 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Elle a aussi affirmé la nécessité « de procéder à un inventaire des droits culturels en évaluant les instruments existants relatifs à ces droits¹¹ ».

Dans le cadre de son action en faveur des droits culturels, l'UNESCO coopère avec le Conseil de l'Europe¹², et elle était représentée au VIII^e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, organisé par le Conseil de l'Europe à Budapest en septembre 1995, qui a donné lieu à une réflexion sur certains aspects essentiels des droits culturels : droits individuels universels, indivisibles et exécutoires ; droits culturels et gestion de situations particulières dans le but d'assurer la sécurité démocratique en Europe¹³.

4. APPLICATION DES DROITS CULTURELS

L'UNESCO ne se borne pas à énoncer des normes et à encourager la mise au point de nouveaux textes, elle contribue également de façon notable, en collaboration avec les États membres, à l'application des droits culturels et des instruments juridiques pertinents.

La Commission mondiale de la culture et du développement, instituée par l'UNESCO, a souligné la nécessité de réexaminer les procédures répressives internationales afin que les violations des droits culturels, de la persécution des personnes au « nettoyage ethnique », fassent l'objet de poursuites. Reconnaisant que les dispositifs existants de protection des droits de l'homme n'offrent aucun recours adéquat aux individus et aux communautés faisant l'objet de persécutions d'ordre culturel, la Commission a souligné que la communauté internationale se devait d'assurer la pro-

11. Voir *Plan d'action sur les politiques culturelles pour le développement*, adopté par la Conférence intergouvernementale sur les politiques culturelles pour le développement, Stockholm, 2 avril 1998, Paris, UNESCO, CLT-98/CONF. 210/4 Rev. 2.

12. Voir VIII^e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme : *Actes*, Conseil de l'Europe, 1996, p. 98-99.

13. *Ibidem*.

tection efficace des droits culturels¹⁴. Il est d'autant plus impératif d'assurer cette protection que les violations des droits de l'homme ne cessent de croître. L'UNESCO a mis au point plusieurs procédures et mécanismes institutionnels visant à assurer le respect des droits de l'homme dans ses domaines de compétence.

LE RÔLE DU COMITÉ SUR LES CONVENTIONS ET RECOMMANDATIONS

Le Comité sur les Conventions et Recommandations du Conseil exécutif de l'UNESCO a pour mandat d'examiner les cas de violation des droits de l'homme dans les domaines de compétence de l'Organisation – culture, communication, science, éducation – et contribue donc directement à la protection des droits culturels. Le Comité examine les cas jugés recevables de violations alléguées de ces droits par un État membre. S'appuyant sur des considérations morales et sur sa compétence spécifique, l'UNESCO agit dans un esprit de coopération internationale, de conciliation et de compréhension mutuelle. Le Directeur général joue un rôle important en s'efforçant en permanence de renforcer l'action de l'UNESCO en faveur des droits de l'homme, à la fois en contribuant au règlement de cas précis et à l'élimination des violations massives, systématiques et/ou flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et en prenant l'initiative de consultations menées dans le respect mutuel, la confiance et la confidentialité, en vue de trouver des solutions à des problèmes particuliers concernant les droits de l'homme¹⁵.

ACTION SPÉCIFIQUE EN FAVEUR DES DROITS DES INTELLECTUELS

L'UNESCO est tout particulièrement sensible au déni systématique et aux violations flagrantes des droits fondamentaux des intellectuels – journalistes, enseignants, artistes, etc. Le Directeur général condamne avec vigueur les atteintes à leur vie, leur dignité et leur liberté d'expression, afin de sensibiliser l'opinion publique à la nécessité de préserver ces droits. Ses déclarations font l'objet d'une large diffusion dans UNESCOPRESSE. En coopération avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes et l'Office du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, l'UNESCO rassemble des informations sur les violations des droits fondamentaux des intellectuels.

14. *Notre diversité créatrice – Rapport de la Commission mondiale de la culture et du développement*, Paris, Éditions UNESCO, 1996, p. 309 à 312.

15. 104 EX/Decision 3/3 of the Executive Board of UNESCO ; M. Paszowski, « UNESCO's "Unknown" Human Rights Procedure », *The Polish Quarterly of International Affairs*, 1996, n° 1, p. 1-12.

LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION ET LA VIOLENCE

Au cours des dernières années, l'UNESCO s'est tout particulièrement attachée à prévenir la discrimination contre les personnes appartenant à des groupes défavorisés et vulnérables, notamment dans le domaine de l'éducation et de la culture. La *Convention de l'UNESCO contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement* comporte des dispositions concernant la protection des droits éducatifs des minorités et des personnes. Le suivi de sa mise en œuvre, qui contribue grandement à l'élimination des pratiques discriminatoires et conditionne dans une large mesure l'exercice des autres droits culturels, est assuré par le Comité sur les Conventions et Recommandations du Conseil exécutif de l'UNESCO, laquelle s'intéresse désormais plus particulièrement aux moyens de mettre fin à la discrimination dans le domaine de l'éducation et de favoriser l'accès à cette dernière et l'égalité des chances.

Les consultations avec les États membres auxquelles donne lieu le suivi de la mise en œuvre de la *Convention et [des] Recommandations de l'UNESCO contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement* permettent d'avoir une vision comparée des législations, politiques et mesures adoptées par chaque État pour lutter contre la discrimination dans ce domaine, de mieux mesurer le niveau de protection assuré aux niveaux national/local et de jeter les bases de la réflexion et des activités à mener à l'avenir.

L'UNESCO attache une importance particulière à l'élimination de la discrimination contre les femmes. Elle a inscrit à son Programme et budget pour 1998-1999 des mesures visant à familiariser les femmes avec leurs droits juridiques afin de sensibiliser l'opinion publique à l'existence de législations et de pratiques discriminatoires. La Commission mondiale de la culture et du développement, signalant que la violence contre les femmes, les violations de leurs droits en matière de procréation, d'égalité et de justice constituent des sujets de préoccupation particulièrement graves, a stipulé que « le respect des droits culturels devrait inclure le respect des droits de la femme¹⁶ ».

La lutte contre la discrimination passe aussi par la mise en œuvre de la *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux* adoptée par l'UNESCO en 1978. En 1993, l'Assemblée générale des Nations Unies a invité l'UNESCO « à accélérer la préparation de matériels pédagogiques et didactiques visant à promouvoir les activités d'enseignement, de formation et d'éducation sur les droits de l'homme et contre le racisme et la discrimination raciale, en mettant l'accent en particulier sur les activités au niveau de l'enseignement primaire et secondaire¹⁷ ». L'UNESCO a établi un rap-

16. *Notre diversité créatrice – Rapport de la Commission mondiale de la culture et du développement, op. cit.*, p. 310.

17. Résolution 48/91, 20 décembre 1993.

port détaillé sur la mise en œuvre de la Déclaration à l'intention de la 28^e session de la Conférence générale, en 1995¹⁸. Il y est indiqué que de nombreux pays ont renforcé leur législation afin de « favoriser l'exercice des droits culturels des minorités ». L'UNESCO, dans le cadre de sa lutte contre la nouvelle vague de racisme, de xénophobie, d'antisémitisme et autres formes de discrimination, poursuit ses efforts en vue d'identifier et d'analyser les sources de cette discrimination et de rechercher des moyens efficaces de les éradiquer, en mettant l'accent plus particulièrement sur les droits éducatifs et culturels des femmes et des jeunes filles, des migrants et des personnes appartenant à des minorités. Toute discrimination fondée sur l'origine raciale, nationale ou ethnique, la religion ou les croyances constitue une menace croissante pour l'exercice même des droits culturels et exige une mobilisation de la communauté internationale tout entière. L'UNESCO s'efforce d'agir sur toutes les sources, formes et expressions de discrimination et a pour souci primordial de favoriser la compréhension interculturelle, la tolérance, le pluralisme et une culture de la démocratie.

5. ACTIVITÉS ET PROGRAMMES DE L'UNESCO VISANT À LA MISE EN ŒUVRE ET À LA PROMOTION DES DROITS CULTURELS

Énoncer des droits ne sert pas à grand-chose si leurs bénéficiaires ne peuvent les exercer. L'UNESCO s'emploie donc à créer les conditions dans lesquelles les droits culturels pourront trouver leur pleine réalisation, notamment par le biais de programmes portant sur la démocratisation, le dialogue interculturel et interreligieux et l'expression culturelle des minorités et des populations autochtones.

Le respect et la promotion des droits culturels font l'objet d'un certain nombre de grands plans et programmes d'action adoptés par la communauté internationale.

PRINCIPAUX PLANS ET PROGRAMMES D'ACTION

Le *Plan d'action mondial pour l'éducation aux droits de l'homme et à la démocratie*, adopté par le Congrès international sur l'éducation aux droits de l'homme et à la démocratie organisé par l'UNESCO en coopération avec la Commission nationale

18. Application de la Résolution 22 C/12. 2 concernant la mise en œuvre de la *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux* : rapport du Directeur général, 28 C/23, 3 octobre 1995.

canadienne à Montréal, en mars 1993, exprime l'inquiétude de la communauté internationale face à :

la récurrence des violations les plus graves des droits de l'homme, provoquées par la montée du nationalisme, du racisme, de la xénophobie, du sexisme et de l'intolérance religieuse, qui se sont traduites par les formes les plus horribles de nettoyage ethnique, notamment le viol systématique des femmes, l'exploitation, la négligence et la violence dont sont victimes les enfants, et par les agressions concertées contre les étrangers, les réfugiés, les personnes déplacées, les minorités, les populations autochtones et d'autres groupes vulnérables.

et reconnaît qu'« un défi majeur, pour l'avenir, consistera à renforcer l'universalité des droits de l'homme en ancrant ces droits dans les différentes traditions culturelles ».

Une préoccupation analogue a été exprimée lors de la 44^e session de la Conférence internationale de l'éducation (Genève, octobre 1994) qui avait pour thème « Bilan et perspectives de l'éducation pour la compréhension internationale ». Cette session a eu un effet mobilisateur considérable et a sensiblement renforcé les objectifs, les stratégies et les axes d'action de l'UNESCO dans ce domaine. La Déclaration adoptée à cette occasion et que la Conférence générale de l'UNESCO a faite sienne en 1995 souligne la nécessité de prendre des « dispositions appropriées » pour que les établissements scolaires deviennent des lieux privilégiés « d'apprentissage de la diversité et de la richesse des identités culturelles » et pour que les politiques éducatives « contribuent au développement de la compréhension, de la solidarité et de la tolérance entre les individus ainsi qu'entre les groupes ethniques, sociaux, culturels et religieux et les nations souveraines ». Le développement, tel qu'il est envisagé dans le Cadre d'action intégré concernant l'éducation pour la paix, les droits et la démocratie, doit prendre en considération les aspects sociaux et culturels. La mise en œuvre de la Déclaration et du Cadre d'action intégré est l'une des principales priorités du programme que s'est fixé l'UNESCO afin de promouvoir la paix, les droits de l'homme, la démocratie, la tolérance, la non-violence et les valeurs humanistes universelles par le biais de l'éducation.

Un autre document important est le *Plan d'action sur les politiques culturelles pour le développement*, adopté récemment par la Conférence intergouvernementale sur les politiques culturelles pour le développement, qui s'est tenue à Stockholm (Suède) du 30 mars au 2 avril 1998. La Conférence a recommandé aux États membres de promouvoir la diversité culturelle et linguistique dans le cadre et pour la société de l'information, de promouvoir les cultures et langues locales, régionales et nationales et d'encourager la diversité culturelle, les traditions culturelles et les identités culturelles nationales. Elle a reconnu que l'harmonie entre la culture et le développement, le respect de l'identité culturelle, la tolérance à l'égard des différences culturelles dans un

cadre de valeurs démocratiques plurielles, d'équité socio-économique et de respect de l'unité territoriale et de la souveraineté nationale sont parmi les conditions nécessaires à une paix durable et juste.

L'UNESCO encourage la mise en commun des résultats de la recherche scientifique et technologique au profit des pays en développement. L'objectif de la Conférence mondiale sur la science qu'elle organisa en 1999 est de favoriser le partage de la connaissance. Ce partage, ainsi que celui de l'information, a fait l'objet d'un document traitant des enjeux des autoroutes de l'information et du rôle de l'UNESCO¹⁹ et a donné lieu à un débat au sein du Conseil exécutif de l'UNESCO en mai 1998. Les participants ont fait état de leur inquiétude devant le fossé qui se creuse entre « inforiches » et « infopauvres » et souligné la nécessité de mettre au point des stratégies davantage axées sur les aspects éthiques et sociétaux du cyberspace et sur son usage abusif. Exclusivement dominées par les forces du marché, les autoroutes de l'information étendent leur emprise à la vie sociale, culturelle et économique. Il n'existe aucune évaluation analytique des problèmes et défis que pose cette situation ou de la façon dont les autoroutes de l'information façonnent collectivement les valeurs culturelles.

Les États membres ont marqué leur appréciation des efforts que déploie l'UNESCO pour encourager un débat intellectuel propre à sensibiliser la communauté internationale à l'importance d'une action tendant à démocratiser les médias et à assurer l'accès de tous à l'information relevant du domaine public. L'UNESCO peut faire fonction de facilitateur en aidant les pays en développement à combler leur retard grâce à des projets pilotes. L'équilibre multilingue dans le cyberspace est important.

Création d'un environnement et de conditions propices à la concrétisation des droits culturels

Divers programmes et activités de l'UNESCO contribuent à la création d'un environnement et de conditions propices à la concrétisation des droits culturels.

Promotion du dialogue interculturel, du pluralisme culturel et du respect de l'identité culturelle

Les programmes menés dans ce domaine ont pour but d'identifier les facteurs de nature à instaurer un authentique pluralisme culturel dans les sociétés multiculturelles. Axés notamment sur le patrimoine immatériel, ils ont trait à la préservation et la revitalisation des langues et des cultures traditionnelles et populaires, en particulier

19. Voir le document de l'UNESCO intitulé : Mise en œuvre de la décision 151 EX/3.4.3 concernant « les enjeux des autoroutes de l'information : le rôle de l'UNESCO » (doc. 151 EX/16, 1997).

celles des groupes minoritaires. Il convient en effet de reconnaître pleinement l'importance des traditions orales, en particulier dans les cultures autochtones.

La Commission mondiale de la culture et du développement²⁰ a abordé un certain nombre de ces questions, notamment la préservation et la promotion de la diversité culturelle, le pluralisme en tant que facteur d'un développement axé sur l'être humain et l'élaboration de nouveaux indicateurs de la culture et du développement.

L'UNESCO aide les États membres à formuler des politiques nationales encourageant la diversité et le pluralisme culturels, le respect des droits linguistiques et de l'identité culturelle. Pour leur faciliter la prise en compte de la diversité et du pluralisme culturels, elle prépare un document proposant un certain nombre de principes directeurs pour l'élaboration d'une politique nationale multiculturelle.

Le projet transdisciplinaire « Vers une culture de la paix », mis en œuvre depuis 1996, a pour but de promouvoir des activités en faveur du pluralisme culturel, du dialogue interculturel et de la coexistence dans des contextes de pluralisme linguistique, ethnique et culturel. Il met l'accent sur la résolution et la prévention des conflits, qu'il est essentiel d'aborder dans une perspective culturelle, ce sont des solutions locales qu'il convient d'apporter aux conflits locaux. Il existe dans pratiquement toutes les sociétés un processus de résolution des conflits auquel il convient de se référer pour traduire la langue internationale d'une culture de la paix dans le langage propre à chaque culture.

L'action en faveur du dialogue interculturel revêt plusieurs formes. Divers projets interculturels lancés dans le cadre de la Décennie mondiale du développement culturel (1988-1997), ainsi que celui qui s'intitule « Le dialogue interculturel au quotidien » visent à renforcer la cohésion sociale au sein de sociétés multiethniques ou multiculturelles. D'autres projets lancés récemment et qui ont pour but de sensibiliser les régions et les pays concernés à l'importance du pluralisme dans l'évolution des cultures, comme « La route de l'esclave », « Les routes d'Al-Andalous » (projet lié à celui des « Routes de la foi ») ou encore « La route du fer », seront poursuivis dans le cadre du projet « Convergence spirituelle et dialogue interculturel »²¹.

Dans les années à venir, l'UNESCO continuera à mettre en œuvre des projets interculturels créant de nouvelles occasions de dialogues et d'échanges entre des cultures différentes. Elle cherche à faire prévaloir les valeurs propres à consolider le

20. Voir note 14 ci-dessus.

21. L'énorme succès du projet « Les routes de la soie », consacré à l'exploration des échanges culturels, a suscité un enthousiasme considérable pour les initiatives du même genre.

dialogue interculturel et le pluralisme culturel dans les sociétés multiculturelles en organisant des échanges internationaux d'expériences dans ce domaine et en favorisant l'essor du multilinguisme.

Soutien aux formes d'expression culturelle des minorités et des populations autochtones

L'UNESCO encourage les formes d'expression culturelle des minorités et des populations autochtones et, en collaboration avec un certain nombre de partenaires, prépare une liste détaillée des droits culturels, notamment des personnes appartenant à ces catégories. Préserver le patrimoine immatériel de ces populations, source essentielle d'une identité qui plonge ses racines dans une histoire ancienne, est un élément essentiel du développement de systèmes « pluriculturels ».

L'UNESCO œuvre en faveur de la diversité linguistique par l'intermédiaire du projet LINGUAPAX et du « plurilinguisme » par le biais du réseau d'universités LINGUAUNI. Le projet LINGUAPAX encourage la diversité linguistique à tous les niveaux de l'éducation (enseignement de la langue maternelle et de langues nationales et étrangères) tandis que le réseau d'universités LINGUAUNI a pour but de favoriser la diversité linguistique et le multilinguisme dans l'enseignement supérieur.

L'accent sera mis sur l'élaboration de nouveaux critères en matière de politique linguistique dans l'enseignement, compte tenu de la place des droits linguistiques en tant que droits de la personne, et sur la promotion de l'enseignement des langues pour les groupes défavorisés, particulièrement dans les pays « plurilingues » d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine. Le programme de l'UNESCO en faveur du patrimoine immatériel comporte deux volets portant, le premier sur les langues, et le second sur le patrimoine oral, la musique, la danse, le folklore et les artisanats traditionnels. L'Organisation aide les États membres à formuler des plans pour la sauvegarde, la revitalisation et la diffusion du patrimoine immatériel des minorités et des populations autochtones en particulier. Elle favorise la transmission des savoir-faire traditionnels en soutenant le système des ressources humaines vivantes²² et en sensibilisant en particulier les jeunes aux valeurs du patrimoine immatériel. Ces programmes visent aussi à renforcer le lien existant entre ce patrimoine et le patrimoine matériel, notamment en assurant la sauvegarde des traditions orales associées à ce dernier et aux sites sacrés.

En novembre 1997, la Conférence générale de l'UNESCO a souligné :
le rôle joué par les diverses formes d'expression culturelle populaire telles que les traditions orales, rites et coutumes, les musiques, les danses, les arts du

22. *Guide relatif aux trésors humains vivants*, Paris, UNESCO, 1996.

spectacle populaire, les savoir-faire artisanaux, généralement transmis par voie orale, dans la diversité culturelle de l'humanité (...) [et] le rôle du patrimoine oral en tant que source d'inspiration pour la créativité²³.

Une étude sur les moyens de diffuser, préserver et protéger ce patrimoine culturel immatériel est actuellement en cours²⁴.

Dialogue interreligieux et droits culturels

Le dialogue interreligieux entamé par l'UNESCO en 1993 afin de mobiliser les forces spirituelles au service de la non-violence et de la paix a abouti à l'adoption à Barcelone, en décembre 1994, d'une *Déclaration sur le rôle de la religion dans la promotion d'une culture de la paix*²⁵. Cette Déclaration, qui condamne la violence où qu'elle se produise, et en particulier la violence perpétrée au nom de la religion, a suscité un vif intérêt de la part de l'opinion publique. Elle a contribué à la promotion des droits de l'homme en mettant en lumière le lien entre les cultures et les religions du monde, et en affirmant que « sans reconnaissance du pluralisme et sans respect de la diversité, il ne saurait y avoir de paix. La culture est une manière de voir le monde et d'y vivre. Cela veut dire aussi qu'il faut cultiver les valeurs et les formes de vie qui reflètent la vision du monde de chaque culture ».

Des centaines de particuliers et d'organisations de par le monde ont souscrit à la Déclaration, dont le message de paix est largement diffusé²⁶. Un séminaire sur les trois religions monothéistes, organisé au Maroc en février 1998, a fourni l'occasion de poursuivre plus avant le dialogue interreligieux, renforçant le message de paix contenu dans la *Déclaration de Barcelone* et l'impact des forces spirituelles œuvrant en faveur de la non-violence et d'une culture de la paix.

23. *Actes de la Conférence générale* : vol. 1, *Résolutions*, 29^e session, Paris, 21 octobre - 12 novembre 1997, résolution 23 adoptée le 12 novembre 1997.

24. Décision 3.5.1 adoptée par le Conseil exécutif à sa 154^e session, 27 avril - 7 mai 1997, UNESCO, Paris.

25. Une réunion sur « La contribution des religions à la culture de la paix », organisée par l'UNESCO et le Centre UNESCO de Catalunya avec le soutien des autorités catalanes à Barcelone (Espagne) du 12 au 18 décembre 1994, a rassemblé de nombreuses personnalités religieuses et politiques, des spécialistes de la recherche sur la paix et des éducateurs qui ont adopté cette Déclaration.

26. Rapport sur le suivi et la diffusion de la *Déclaration de Barcelone sur le rôle de la religion dans la promotion d'une culture de la paix*, UNESCO (SHS-98/WS/2), 1998.

Culture démocratique et concrétisation des droits culturels

La protection et la promotion des droits culturels sont indissolublement liées dans un contexte caractérisé par l'interdépendance des droits de l'homme, de la démocratie, du développement et de la paix. Il existe des liens étroits entre les principes fondamentaux de la démocratie – liberté d'expression, liberté d'association, primauté du droit et participation au processus démocratique – et les droits culturels. L'UNESCO œuvre en faveur de ces derniers en diffusant des matériels et des informations sur la démocratie, les processus qui la caractérisent et son fonctionnement, afin de mettre son expérience à la disposition des pays en transition. Elle favorise la transmission de « savoir-faire » en matière de démocratie en fournissant des services consultatifs et en organisant des cours de formation, et contribue au processus de construction de la démocratie. Les séminaires de formation insistent tout particulièrement sur le rôle des femmes et des jeunes. Dans ses efforts pour promouvoir les valeurs démocratiques et renforcer la primauté du droit et les institutions démocratiques, l'UNESCO, au cours des dernières années, a soutenu les mécanismes régionaux de dialogue entre les pouvoirs publics et les représentants de la société civile. Elle a appuyé l'organisation de « forums de démocratie » en Afrique et elle coopère avec des organismes régionaux dans d'autres parties du monde.

Il convient à cet égard de signaler le projet DEMOS, né de l'idée que la prévention des conflits est le meilleur moyen d'instaurer la sécurité et la stabilité sans lesquelles il ne saurait y avoir de démocratie. Ce projet, fondé sur les expériences menées dans cinq « laboratoires » en Amérique latine et dans les Caraïbes, favorisera la gouvernance et la démocratie dans d'autres régions, y compris l'Afrique australe et l'Europe orientale, par le biais de structures et d'initiatives régionales.

L'*Agenda pour la démocratisation* du Secrétaire général des Nations Unies constitue un cadre stimulant pour l'éducation à la démocratie. Si les principes qui fondent la démocratie – dignité humaine, égalité, liberté d'expression – constituent un système de valeurs commun, l'UNESCO reconnaît que les formes de la démocratie sont propres à chaque pays et peuvent donc différer de l'un à l'autre. Il est contraire à l'esprit de la démocratie d'imposer toute forme ou modèle à un peuple donné. C'est dans cette perspective que l'éducation devrait viser à créer une culture de la démocratie.

Droits culturels pour les générations présentes et futures

La nécessité de protéger les droits culturels des générations présentes mais aussi des générations futures a été dûment reconnue dans la *Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures* (1997) dont l'article 2 – liberté de choix – est ainsi libellé :

Il importe de tout mettre en œuvre pour que, dans le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tant les générations futures que les

générations présentes puissent librement choisir leur système politique, économique et social et préserver leurs diversités culturelles et religieuses.

La Déclaration comporte également des dispositions relatives à la préservation du patrimoine culturel de l'humanité et à sa transmission aux générations futures. Elle conforte ainsi, au seuil du XXI^e siècle, l'action de l'Organisation en faveur des droits culturels des générations futures aussi bien que des générations présentes.

6. PROMOTION DES DROITS CULTURELS GRÂCE À L'ÉDUCATION POUR UNE CULTURE DE LA PAIX

L'éducation pour une culture de la paix contribue de façon notable à créer les conditions propices à la concrétisation des droits culturels. Il s'agit là d'un programme général élaboré à partir des résultats déjà obtenus dans les domaines de l'éducation, de la lutte contre la discrimination et de l'action en faveur du pluralisme culturel.

Le projet transdisciplinaire « Vers une culture de la paix » met l'accent sur l'éducation à cette culture, autrement dit la promotion des droits de l'homme, la lutte contre la discrimination, la consolidation du processus démocratique, l'action en faveur du dialogue interculturel et du libre accès à l'information grâce au soutien apporté aux médias non partisans, indépendants et pluralistes, et enfin la prévention des conflits et la consolidation de la paix en situation postconflictuelle. L'ensemble du système des Nations Unies, des organisations internationales et régionales et de la communauté internationale participe à cette entreprise majeure de l'UNESCO²⁷.

Les mécanismes et réseaux institutionnels mis au point par l'UNESCO en faveur de l'éducation aux droits de l'homme contribuent aussi à promouvoir les droits culturels. L'une des nombreuses chaires UNESCO pour les droits de l'homme, la démocratie et la paix est consacrée aux droits culturels (en Argentine). Le réseau du Système des écoles associées (SEA) qui comprend plus de 4 700 établissements dans plus de 147 pays, peut être l'un des principaux moteurs de mise en action des notions de paix, de droits de l'homme et de démocratie à l'école et dans le cadre d'activités périscolaires, et l'UNESCO a mis au point une « mallette de la paix ». L'Allemagne a récemment pris une initiative intéressante en organisant la deuxième Journée de la solidarité du Système des écoles associées sur le thème des droits de l'homme (1998).

27. Résolution 52/13 sur *Une culture de la paix*, Assemblée générale des Nations Unies, 20 novembre 1997.

Un Comité consultatif pour l'éducation à la paix, aux droits de l'homme, à la démocratie, à la compréhension internationale et à la tolérance²⁸, créé en décembre 1994, a pour mandat de suivre la mise en œuvre des instruments adoptés par l'UNESCO et les autres institutions du système des Nations Unies dans le domaine de l'éducation. La troisième session du Comité consultatif, en juillet 1997, a été consacrée aux activités en faveur d'une culture de la paix²⁹ ; le Comité a recommandé que la substance et les contenus des programmes éducatifs, ainsi que les structures, pratiques et rapports humains au sein des écoles et des établissements pédagogiques reflètent pleinement les valeurs d'une culture de la paix. Les manuels d'histoire devraient être porteurs d'un message explicite de lutte contre l'injustice face à la réalité humaine de la violence et des conflits – religieux, culturels et politiques – ainsi que de l'analphabétisme et de la discrimination. Le développement, la démocratie et la paix sont liés et doivent être envisagés dans une perspective holistique. L'éducation devrait être adaptée à chaque contexte culturel et sociétal. Enfin, il faut, pour résoudre de façon non violente les conflits, avoir recours aux méthodes existantes dans un contexte culturel donné.

L'UNESCO reconnaît que la promotion du respect de l'identité culturelle et du pluralisme culturel exige une révision des manuels afin d'en éliminer tout ce qui peut favoriser la discrimination, la haine, l'intolérance, etc. Les valeurs telles que le respect des droits de l'homme, la solidarité, le pluralisme culturel et la tolérance devraient être incorporées dans les programmes scolaires et y être associées aux valeurs traditionnelles, de façon à renforcer la validité des droits de l'homme reconnus par la communauté internationale, l'accent étant mis sur le lien entre les droits et les devoirs, d'une part, et les responsabilités et obligations, d'autre part, en tant que tout constituant la réalité vivante des droits de l'homme. Le droit d'un individu implique, pour les autres, l'obligation non seulement de respecter ce droit, mais encore de l'affirmer en un acte de solidarité. Plusieurs instruments existants relatifs aux droits de l'homme établissent le lien entre ces droits et les devoirs, responsabilités et obligations correspondants. Reconnaître le droit à la différence et respecter l'autre, voilà ce qui importe.

En étroite coopération avec l'Office du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, l'UNESCO met au point un certain nombre de programmes et d'activités

28. À sa première réunion, en avril 1995, le Comité a formulé un certain nombre de suggestions et de recommandations à l'intention du Directeur général. Il a notamment souligné la nécessité pour l'Organisation d'encourager et de soutenir plus fermement les activités visant à promouvoir l'éducation pour la paix, les droits de l'homme et la démocratie, et jugé important d'y associer plus activement les décideurs et les pouvoirs publics.

29. Rapport final du Comité à sa 3^e session, 7-9 juillet 1997, Paris.

communes visant, dans le cadre du Plan d'action pour la Décennie des Nations Unies pour l'éducation dans le domaine des droits de l'homme (1995-2004), à élaborer, appliquer et évaluer des politiques, programmes et stratégies au niveau national, à créer des points focaux nationaux, à renforcer les réseaux existants et à mettre au point des matériels didactiques³⁰. Les deux institutions œuvrent également de façon coordonnée pour assurer la diffusion de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* dans tous les pays, dans un nombre de langues aussi élevé que possible, en intensifiant leurs efforts à cet égard à l'occasion du cinquantième anniversaire de son adoption.

7. CONCLUSION : ENJEUX ET PERSPECTIVES

Ce sont souvent des considérations culturelles qui sont à l'origine des violations massives des droits de l'homme dont témoigne l'actualité récente : détention illégale, persécution ou assassinat d'artistes, de journalistes, d'enseignants, de chercheurs et de membres de groupes religieux ou de minorités ethniques, destruction délibérée du patrimoine culturel immobilier et privation ou destruction du patrimoine culturel mobilier, entraves à la liberté de parole ou à l'expression culturelle, et nombre d'autres actes restreignant la diversité culturelle et la liberté d'expression. La montée de la xénophobie, les manifestations d'intolérance et de discrimination, la violence, en particulier la violence ethnique, celle exercée par les extrémistes religieux, par des enfants contre d'autres enfants, contre les femmes, la violence à l'écran, la violence organisée, ainsi que la désintégration du système et de ses valeurs sont autant de phénomènes extrêmement inquiétants qui soulignent la nécessité de jeter les bases d'une culture de la paix grâce à une éducation qui conduise à l'adoption de certaines valeurs, attitudes et comportements.

Assurer la protection des droits culturels, tel est le défi que doit relever la communauté internationale. Il lui faut, à cette fin, renforcer les normes en la matière qu'édicte les divers instruments internationaux existants. Il lui faut aussi revoir les procédures internationales répressives pour que puissent donner lieu à poursuite toutes les violations des droits culturels, depuis les poursuites intentées contre les individus jusqu'aux pratiques de « nettoyage ethnique », et afin de mobiliser la solidarité internationale pour leur défense. La prise de conscience croissante des dimensions culturelles des conflits a conduit à réfléchir à l'idée d'une « Charte culturelle européenne » fondée sur la notion de « culture en tant que droit fondamental de la per-

30. Le Haut-Commissaire aux droits de l'homme et le Directeur général de l'UNESCO ont signé en octobre 1995 un Mémorandum d'accord fixant le cadre d'une coopération renforcée entre eux.

sonne humaine », et qui définirait les droits et obligations de toutes les cultures européennes les unes par rapport aux autres³¹.

Les tendances qui se font jour actuellement, et notamment la mondialisation, ont pour effet de lier plus étroitement que jamais les cultures entre elles en une interaction plus féconde ; mais elles peuvent aussi se révéler néfastes pour notre diversité créatrice et le pluralisme culturel. Elles font du respect mutuel une nécessité d'autant plus impérative, comme l'a noté la Conférence de Stockholm dans son *Plan d'action sur les politiques culturelles pour le développement*³². La mondialisation comporte un risque d'homogénéisation culturelle. Le « village planétaire » est en fait un cercle fermé auquel n'ont accès que les riches. La mondialisation comporte d'énormes incidences pour la notion de démocratie. Le nombre important d'États qui connaissent un processus de désintégration est extrêmement préoccupant, de même que la dégénérescence actuelle du secteur éducatif dans certains pays confrontés aux dures réalités d'une économie mondialisée. L'UNESCO se doit d'étudier de près l'impact dans ses domaines de compétence des multiples dimensions de la mondialisation, impact qui, au-delà du seul secteur économique, touche le domaine culturel, l'éducation et la science.

Confrontée à ces défis et inspirée par une vision nouvelle d'une culture de la paix, l'UNESCO s'emploie à créer une dynamique nouvelle en faveur de la compréhension mutuelle et du respect des valeurs universelles que sont la justice, les droits de l'homme, la démocratie, le développement culturel et la non-violence, convaincue qu'il est essentiel de faire de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* une force vive dans le contexte des valeurs culturelles.

En ce qui concerne l'élucidation et le développement ultérieur des droits culturels, il y a lieu de rappeler les recommandations formulées par la Commission mondiale de la culture et du développement, selon laquelle il conviendrait tout d'abord de dresser un inventaire des droits culturels qui ne font l'objet d'aucune protection dans les instruments internationaux existants. Cela permettrait à la communauté mondiale de relever et de clarifier les normes existantes du droit international concernant la protection des droits culturels telles que formulées dans un certain nombre de déclarations et d'accords internationaux. Sur la base d'un tel inventaire, la Commission du droit international pourrait produire un Code international de conduite en matière de culture qui permettrait de statuer sur des violations flagrantes des droits culturels et

31. Voir Benda-Beckmann et Verkuyten (dir. publ.), *Nationalism, Ethnicity and Cultural Identity in Europe*, European Research Centre on Migration and Ethnic Relations, Université d'Utrecht, 1995, p. 2.

32. Voir note 11 ci-dessus.

dont les principes directeurs seraient la promotion de la coexistence culturelle, le maintien de la diversité culturelle et la préservation du patrimoine culturel³³.

L'UNESCO, dans le combat qu'elle mène pour faire reconnaître et respecter les droits culturels, tire sa force de la coopération de ses États membres. Elle entretient un dialogue permanent avec les Ministères de l'éducation et les Ministères de la culture, des sciences, de la communication ou de l'information, qui ont un rôle essentiel à jouer en matière de droits culturels. Les partenaires de l'UNESCO – commissions nationales, clubs et associations UNESCO, organisations non gouvernementales, défenseurs des droits de l'homme, éducateurs, parlementaires et membres de la communauté intellectuelle – sont tous appelés à contribuer à la protection et à la promotion des droits culturels.

Toutes les activités et tous les programmes de l'UNESCO mentionnés précédemment ont pour objectif de créer un environnement où, stimulée par le respect de la culture, fleurira une vie intellectuelle intense et féconde. Par-delà ces activités d'ordre général, l'UNESCO s'efforce aussi de contribuer à l'élaboration, à l'affinement et à la définition des droits culturels. Le présent recueil d'essais s'inscrit dans le cadre de cet effort.

33. *Notre diversité créatrice – Rapport de la Commission mondiale de la culture et du développement, op. cit.* La Commission a par ailleurs recommandé la création d'un Office international du médiateur pour les droits culturels.

S'ENTENDRE SUR LES DROITS CULTURELS

Lyndel Prott

1. INTRODUCTION

De nos jours, tout débat sur les droits culturels doit tenir compte de deux facteurs contextuels qui sont ceux de tout dialogue sur les droits de l'homme. Le premier est l'immense succès que connaît le concept de droits de l'homme, en tant que vecteur d'idées politiques et puissant stimulant de l'amélioration des relations sociales au bénéfice de l'humanité. Le second, qui découle du premier, est la pénétration de la terminologie des « droits » dans de nombreux univers du discours et son exploitation dans des contextes nouveaux. Sous l'influence de ces deux facteurs, on tend à associer, souvent inconsciemment, à la terminologie des « droits » ainsi utilisée des postulats et des implications qui sont à l'origine de malentendus entre les interlocuteurs et entre eux et ceux qui les écoutent.

Ce qui accroît encore l'ambiguïté, c'est que le mot « culturel » peut lui aussi être le terrain piégé d'ententes et de mésententes aussi fallacieuses les unes que les autres. Cela ne tient pas seulement aux différences d'interprétation du mot « culture » mais aussi aux différentes façons de comprendre en quoi l'épithète « culturel » modifie le mot « droits » dans l'expression « droits culturels ».

Si tout cela peut sembler évident aux yeux des théoriciens des droits de l'homme, quelle que soit leur discipline d'origine, ce n'est manifestement pas le cas pour le public, ni dans la vie politique ordinaire. Des confusions sont inévitables et se produisent souvent. Il convient donc d'essayer une fois de plus de faire la lumière sur ces différents éléments, même au risque de nous répéter, afin que le débat sur les droits culturels concoure plus efficacement à leur réalisation.

2. L'UNIVERS DU DISCOURS

L'univers du discours est le contexte dans lequel s'inscrit un débat intellectuel donné ; il repose sur certaines prémisses, bien connues des participants mais qui ne sont pas toujours évidentes pour les personnes extérieures. Les théologiens acceptent certains présupposés (« *givens* ») qui peuvent être extrêmement suspects et discutables aux yeux de théoriciens d'autres disciplines, telle la philosophie. Dans tout travail interdisciplinaire, ces présupposés doivent être bien précisés car une mauvaise appréciation de ce que certains des participants admettent automatiquement risque d'être source de malentendus ultérieurs. Les univers du discours du débat sur les droits étaient jusqu'à récemment ceux d'au moins trois disciplines distinctes : la théorie juridique, la philosophie politique et la philosophie morale ou éthique, auxquelles est venu s'ajouter depuis peu le discours anthropologique, qui fait état de l'usage du langage des « droits » en matière d'interaction sociale.

Dans la théorie juridique, un droit est une prérogative qui peut se faire valoir par des moyens juridiques, que ce statut lui ait été conféré par la loi, par la pratique judiciaire ou par la tradition. Dans tous les cas, il existe dans le système juridique un mécanisme destiné à assurer l'exercice dudit droit. La procédure applicable peut être spécifiée en détail dans quelque règle juridique ou n'être élaborée que lorsque le droit dont il s'agit vient à être invoqué, mais l'idée fondamentale est clairement que l'existence juridique d'un droit garantit un moyen de recours en cas de violation de ce droit.

Dans beaucoup de langues européennes, cependant, la philosophie morale ou éthique utilise le même mot que le discours juridique pour parler des « droits ». Or on ne peut, dans cet univers de discours, poser en hypothèse l'existence de mécanismes d'exécution. Le plus souvent, le discours sur les « droits » est un discours de persuasion, visant à orienter les conduites selon les normes morales, et non par des mécanismes contraignants.

Le discours de la philosophie politique, quoique proche, n'est pas tout à fait le même. Le dialogue éthique peut être axé sur l'individu, tandis que le spécialiste de théorie politique, quand il parle de « droits », a en vue une stratégie d'organisation de l'État. Il se rapproche du moraliste lorsqu'il affirme la supériorité morale d'une revendication qu'aucune voie de droit ne permet pour le moment de faire valoir et du juriste lorsqu'il insiste sur l'importance d'une reconnaissance juridique, dans la mesure où il cherche à impliquer l'État en faisant en sorte que les droits en question soient assortis d'un recours ayant le soutien de celui-ci.

On a pu se rendre compte ces dernières années de la diversité des postulats retenus dans certains de ces contextes. Citons à cet égard les remarques formulées par Ian Brownlie en 1986 à propos d'une « littérature juridique enthousiaste » affirmant

l'existence d'un « droit à la paix » ou d'un « droit au développement » – dont bien peu contesteraient le bien-fondé au niveau éthique ou même au niveau de la théorie politique. Brownlie soulignait le risque de confusion :

Considérés comme des objectifs de politique, comme des normes morales, les droits de l'homme dits de la nouvelle génération seraient acceptables, et l'on pourrait s'asseoir autour d'une table avec des non-juristes pour s'entendre sur des programmes pratiques visant à atteindre d'aussi louables fins. Ce qui m'inquiète en tant que juriste, c'est de voir s'introduire au passage une grave confusion de la pensée, dans la mesure où l'on cherche à inscrire les nouveaux droits dans un contexte proprement juridique (...).

Ce mode d'invention du droit qui suscite de ma part des réserves se caractérise par une tendance à faire l'économie du travail de défrichage – le processus de persuasion et de diplomatie – en annonçant prématurément que la construction est achevée¹.

La possibilité d'une telle confusion dans le cas des droits culturels est évidente. On peut comprendre l'argument éthique en faveur de droits linguistiques et d'une obligation morale faite aux individus de respecter la volonté des personnes qui prétendent s'exprimer dans leur propre langue. Mais faire traduire ces revendications en une stratégie politique qui obligerait les États à mettre en place des services publics et un enseignement dans toutes les langues parlées sur leur territoire peut être une tout autre affaire, compte tenu de la grande diversité linguistique qui existe dans certains pays, parfois au nombre des plus pauvres et des plus petits². Affirmer que ces droits ont déjà une existence juridique risque d'avoir pour effet de dévaloriser des droits qui ne sont manifestement assortis d'aucun secours, ou d'encourager à dénigrer un système juridique si manifestement incapable de les faire respecter.

Le langage des droits est devenu dans de nombreuses cultures un élément important du débat public. Les anthropologues ont entrepris d'en observer l'usage et le contexte pour leurs propres études sur la pratique sociale et son évolution dans les pays en question. Mais leurs observations peuvent couvrir les trois types de discours déjà mentionnés. Et ils ne s'occupent pas de déterminer si, du point de vue du juriste, spécialiste de science politique ou du moraliste, les termes utilisés sont appropriés dans ces contextes, se contentant de faire état d'une pratique qui, avec le temps, est susceptible de modifier le fondement du discours dans ces autres disciplines.

1. I. Brownlie, « The Rights of Peoples in International Law », dans J. Crawford (dir. publ.), *The Rights of Peoples*, vol. 1, p. 14, Oxford, Clarendon Press, 1988.

2. Les 4 millions d'habitants d'un petit pays comme la Papouasie - Nouvelle-Guinée parlent plus de 700 langues.

3. POSTULATS HISTORIQUES

D'autre part, même si l'on a vu se rejoindre dans le dialogue sur les « droits » différents courants historiques, ceux-ci n'en continuent pas moins à influencer de façon importante sur les débats actuels. La *common law* anglaise a constitué petit à petit, au cours des siècles, un corps de droits « civils » ou civiques en mettant en place des recours judiciaires spécifiques (comme l'ancienne ordonnance d'*habeas corpus*). La tradition européenne a commencé par des déclarations générales de droits, relevant de la stratégie politique, ces droits ayant ensuite été repris dans les mêmes termes dans le système juridique. Ces « droits civils » et « droits de l'homme » qui, en bien des domaines, répondent aux mêmes revendications, ont été réunis dans les débats ultérieurs sous la rubrique générale de « droits de l'homme », mais leur origine n'est pas sans influencer encore nombre de leurs adeptes. Le scepticisme de Brownlie caractérise le juriste pragmatique qui se défie de l'affirmation générale de droits qui risquent de n'être étayés par aucun recours adéquat. D'autres estiment qu'affirmer des droits est la meilleure façon de les créer et d'obtenir qu'il en soit fait usage dans le système juridique. C'est ainsi que Pete Schmidt, dans une étude sur le droit à un patrimoine culturel, recourt à cette méthodologie de l'assertion, soutenant « qu'une conception évolutive des droits de l'homme permet de dépasser la dichotomie entre droits juridiques et droits moraux ».

C'est précisément parce que certaines déclarations de droits de l'homme sont sans force en l'absence de procédures de recours (...) qu'il faut élaborer une culture politique où il soit possible de faire valoir les droits de l'homme devant toute instance compétente. C'est ce processus qui conduit à l'existence de droits validés, fruits d'une culture politique où ce genre d'anticipation est associé à l'exercice actif de recours. Des droits de l'homme que l'on ne fait pas valoir sont des droits sans validation juridique, non définis et qui restent sans effet³.

Si l'on voit là l'exposé d'une éthique, ou d'une stratégie politique, cette manière de procéder n'a sans doute rien d'exceptionnel ; mais, s'il s'agit d'une façon de créer le droit (subrepticement, en quelque sorte), on peut ne pas être d'accord.

Cet exemple montre que même les juristes peuvent contextualiser un problème donné de différentes façons. L'entrée des droits de l'homme dans la sphère du droit international, avec les traités des minorités et surtout avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et les Pactes, a mis au premier plan un autre univers du discours juri-

3. P. R. Schmidt, dans P. R. Schmidt et R. McIntosh (dir. publ.), *Plundering Africa's Past*, Bloomington, Royaume-Uni, Indiana University Press, 1996, p. 18. Voir l'analyse de Schmidt aux pages 24 à 27 et la mienne à la page 42 du même volume.

dique, tout à fait différent : celui du droit international. Pour les internationalistes, c'est la question de l'exécution qui est devenue le principal problème de leur discipline. C'est seulement avec le Tribunal des crimes de guerre de Nuremberg qu'a été créée une juridiction internationale chargée de juger les violations les plus graves des droits de l'homme et de prononcer des peines effectives contre les criminels, deux autres tribunaux spéciaux, pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, ayant vu le jour plus récemment. Le statut d'une juridiction permanente vient d'être adopté, en dépit de l'opposition de certains États puissants⁴. Il est clair que c'est l'aspect stratégie politique qui a dominé les débats sur les droits de l'homme dans le droit international au cours de ce siècle.

C'est d'une autre tradition, on le sait, que procédait la tentative d'élargir le concept de droits de l'homme en ajoutant à la liste traditionnelle les droits « sociaux, économiques et culturels ». Pendant longtemps, on a hésité dans les milieux d'Europe occidentale à admettre des « droits » si différents de ceux qui étaient déjà garantis dans leurs systèmes. Ces réticences sont décrites dans le présent volume par Emmanuel Decaux. Mais, comme le montre Halina Nieć, les décennies suivantes ont retenti de déclarations internationales affirmant que ces droits avaient la même valeur juridique que les droits civils et politiques traditionnels. On lit dans la *Déclaration de Vienne* adoptée par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de 1993 :

Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance (par. 5).

La question est évidemment de savoir si l'affirmation persistante d'un droit peut donner valeur juridique à un droit qui n'a jamais été considéré historiquement comme tel. Il s'agissait de droits de nature différente en ce sens qu'ils n'avaient pas derrière eux les siècles de développement qu'avaient connus les droits civils et politiques avant d'être inscrits dans le droit international. Affirmer purement et simplement dans un instrument international (même s'il émane d'un organe intergouvernemental, par exemple, ayant des compétences normatives) qu'il s'agit de droits de même nature peut avoir deux effets différents. Dans un cas, les juristes pourront estimer que de tels instruments établissent tacitement que les mots « droits de l'homme » doivent être interprétés différemment selon qu'ils apparaissent dans un contexte international ou dans un contexte national. Dans l'autre, on pourra estimer que les droits civils et poli-

4. Les États réunis lors d'une Conférence diplomatique à Rome en juin 1998 ont adopté un Statut portant création d'une Cour pénale internationale. Soixante États devront y être parties pour qu'il entre en vigueur.

tiques se trouvent ainsi amoindris et admettre qu'ils ne sont pas mieux garantis par le droit international que les droits plus récents.

Le débat sur le « droit au développement » incite à se montrer prudent et à éviter d'affirmer avec trop d'assurance l'existence de droits culturels. Affirmé dans la *Déclaration sur le droit au développement* adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1986, ce droit, en dépit de quelques hésitations, a été réaffirmé dans la *Déclaration de Vienne* de 1993, où il est stipulé au paragraphe 10 que le droit au développement est « un droit universel et inaliénable qui fait partie intégrante des droits fondamentaux de la personne humaine ». À lire cette déclaration en 1998, cependant, on ne peut qu'être frappé de constater qu'il n'y est question ni de « développement durable », concept qui nous est devenu depuis si familier, ni du contexte culturel du développement, ni, en fait, de la notion même de « développement culturel », bien comprise à présent grâce à la Décennie du développement culturel et aux travaux de la Commission mondiale de la culture et du développement qui ont abouti à la publication en 1996 du rapport *Notre diversité créatrice*. Cela donne à penser que, en mettant trop de zèle à adopter le concept d'un droit nouveau, on risque d'être amené à énoncer une affirmation qui apparaîtra ensuite par trop simpliste et devra être considérablement révisée et développée, sous peine de se révéler plus néfaste que favorable à la dignité humaine.

4. LA « CULTURE » ET LE « CULTUREL »

Ces considérations de nature plutôt générale relatives au dialogue sur les droits doivent servir en quelque sorte d'avertissement : le débat sur les droits culturels – jusqu'à présent les moins développés des droits de l'homme, malgré les vaillants efforts récemment déployés pour mieux les définir⁵ – risque d'avoir à se poursuivre quelque temps encore avant que des instruments juridiques ne puissent être élaborés et adoptés.

Un problème évident est celui de la définition de la « culture ». Le mot « culture » a plus de significations que l'on n'en peut aborder ici. On en mentionnera seulement deux : la culture, ensemble des plus hautes réalisations intellectuelles et artistiques d'un groupe (ce qu'on pourrait appeler la Culture avec un grand C) et la culture au sens anthropologique, en tant qu'ensemble de techniques, croyances et traditions

5. Notamment par le Groupe de travail créé par l'Université de Fribourg en vue de l'élaboration éventuelle d'un *Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme* et dont les travaux ont abouti à la publication d'un recueil d'articles intitulé *Les droits culturels : une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, P. Meyer-Bisch (dir. publ.), Fribourg (Suisse), Éditions universitaires, 1993.

communes (la culture avec un petit c). Certains débats sur les droits culturels visent à préserver les « réalisations majeures » (la culture), et d'autres des objets et des pratiques de la vie quotidienne, qui représentent simplement une réponse particulière de l'humanité à son environnement, et sont intéressants à ce titre⁶. Qu'on l'entende dans un sens ou dans l'autre, il s'agit d'une notion dynamique puisque les cultures changent tout le temps. Ce qui n'est pas apprécié comme Culture supérieure à une époque pourra être considéré comme une réalisation majeure à une autre époque par la même société. Quant aux conduites de la vie ordinaire, elles évoluent aussi très rapidement à notre époque de transports à grande vitesse et de communication instantanée. En ce sens, il est impossible de déterminer exactement la signification du mot « culture ». L'expression « attitudes et compétences communes » offre sans doute une indication, mais son contenu exact se modifie constamment.

Dans son étude, Rodolfo Stavenhagen analyse d'autres significations du mot « culture » ; à son avis, l'emploi de ce mot dans le contexte des droits de l'homme a été source de grande confusion. Il examine également la signification de l'expression « développement culturel », point important à cause de l'affirmation qui est faite à présent d'un « droit au développement culturel » (dans la *Charte africaine*, par exemple). Que signifie cette expression ? Davantage de chaînes de télévision ? Un meilleur accès à la « culture universelle » ? À ces deux possibilités mentionnées par Stavenhagen, on peut en ajouter d'autres. Certains pays ont estimé que le développement culturel consistait aussi à redonner vie à des traditions culturelles anciennes et parfois moribondes ; c'est ainsi qu'un encouragement a été apporté à de jeunes sculpteurs maoris en Nouvelle-Zélande. D'autres ont constaté que l'artisanat prospérait sous l'effet du tourisme, en particulier près des sites du patrimoine mondial. D'autres encore luttent pour avoir le droit de subventionner des formes d'art comme le cinéma et la télévision qui sont menacées par des produits d'importation susceptibles d'être diffusés à très bas prix sur le marché local. Voilà donc trois autres significations possibles de l'expression « développement culturel » : prévenir l'obsolescence, élargir le marché de l'artisanat et encourager les formes d'expression locales en butte aux forces du marché.

Un autre problème qui se pose, c'est celui de la signification du qualificatif « culturel » appliqué aux « droits ». Entend-on par là les « droits en matière de culture » au sens de « droits en matière de création » ? Cela toucherait à des questions comme le droit d'auteur et les brevets, la liberté artistique et probablement l'éducation

6. Pour une analyse plus complète de ces significations au regard des droits culturels, voir mon article « Cultural Rights as Peoples' Rights », dans J. Crawford (dir. publ.), étude citée à la note 1, p. 94-95.

et les droits relevant de la liberté intellectuelle, où il faudrait inclure alors toute sorte de libertés : liberté d'expression, liberté religieuse, liberté linguistique, etc.

Mais les « droits culturels » peuvent aussi s'entendre du « droit à une culture », supposant l'affirmation du droit de préserver une culture, de la pratiquer ou d'y avoir accès. Certains droits nouvellement affirmés, comme le droit à la restitution de biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels, sembleraient s'inscrire dans ce cadre⁷.

En un sens encore plus large, on pourrait entendre par « culturel » ce qui tend à favoriser ou permettre la survie des cultures. Nombre des droits de l'homme traditionnels garantis de longue date, comme la liberté de réunion, la liberté individuelle, le droit de participer à la vie politique et la non-discrimination sont essentiels à la survie de cultures minoritaires.

Une évaluation des droits susceptibles d'être considérés comme « culturels » dans un sens ou dans un autre, effectuée en 1986⁸, recensait onze droits « culturels » : cinq déjà garantis dans des instruments juridiques internationaux en vigueur, et six inscrits dans des chartes ou autres documents non contraignants sur le plan juridique (dont deux dans la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, laquelle est maintenant entrée en vigueur, de sorte qu'ils ont désormais valeur juridique dans la région en cause). S'il était adopté, le *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones*, qui est plus récent, ajouterait plusieurs autres « droits » susceptibles d'être qualifiés de « culturels » (art. 8 : droit de conserver et de développer des identités distinctes ; art. 9 : droit d'appartenir à une communauté autochtone ; art. 12 : droit d'observer et de revivifier des traditions culturelles et des coutumes ; art. 16 : droit à ce que toutes les formes d'enseignement et d'information publique reflètent les cultures autochtones ; art. 17 : droit des peuples autochtones à établir leurs propres organes d'information, etc.).

Les déclarations de droits des minorités et des populations autochtones reprennent souvent des droits qui sont déjà garantis dans des instruments juridiques. Ce qui est sans doute en jeu en l'occurrence, ce n'est pas tant un droit, qui serait différent dans le cas de ces communautés, que sa mise en œuvre, moins effective que lorsqu'il s'agit des populations majoritaires.

Néanmoins, la réaffirmation d'un droit peut comporter des éléments additionnels, rendus nécessaires par l'importance particulière que présente ce droit pour le

7. *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones*, article 12 (ONU, doc. E/CN. 4/Sub. 2/1993/29, 50), reproduit à l'annexe A de la présente étude. Voir aussi le texte révisé des *Principes et directives pour la protection du patrimoine des populations autochtones* (ONU, doc. E/CN. 4/Sub. 2/1995/26), à l'annexe B.

8. L. V. Prott, article cité à la note 6, p. 93-106.

groupe considéré : le droit de professer sa religion est mentionné à plusieurs reprises dans le Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones, mais une de ces formulations au moins est spécifique des modes de vie autochtones :

Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer les liens particuliers, spirituels et matériels, qui les unissent à leurs terres (...) et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures (art. 25).

Cet aspect essentiel de la culture est bien illustré par Folarin Shyllon quand il analyse, dans la présente étude, les attitudes des Africains vis-à-vis de la terre ; il en sera aussi question dans l'analyse qui est faite plus loin dans le présent chapitre des attitudes des aborigènes d'Australie.

Certains ont pourtant considéré que le droit ainsi proposé était incompatible avec d'autres droits déjà inscrits dans des systèmes juridiques, par exemple le droit de propriété. Les arguments de ce genre, qui se fondent sur des droits reconnus de longue date, alimentent la résistance à toutes nouvelles demandes de reconnaissance juridique impliquant une sérieuse révision des intérêts en cause. Il faut se dire qu'il ne s'agit pas nécessairement d'un droit « culturel » opposé à un droit « économique » : de tels « droits économiques » ont joué un rôle très important dans certaines cultures, et le rapatriement des biens culturels n'est pas dénué non plus d'implications économiques, et peut être lourd de conséquences culturelles pour ceux-là mêmes qui revendiquent ce droit⁹.

Les difficiles négociations qui ont abouti à la *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés* de 1995 montrent que l'on peut arriver à des accommodements¹⁰. S'il était un « droit » reconnu depuis longtemps dans de nombreux systèmes juridiques européens, c'était bien celui de l'acquéreur de bonne foi de conserver l'objet acquis, en tant que nouveau propriétaire même s'il s'agissait d'un objet volé. De nombreux États ont revendiqué le droit de recouvrer des biens de leur patrimoine culturel matériel qui avaient été exportés. Au début des négociations, il semblait clair que ce droit moral était en gros admis, au moins à certains égards. Mais étant donné qu'il entraînait en conflit avec des droits de caractère juridique déjà existants et clairement définis, en vigueur dans les pays où pouvaient se trouver lesdits biens, il a fallu se mettre d'accord sur une exception spéciale et lui fixer des limites. Ces limites sont, du moins dans le cas de la Convention en question, que le nouveau droit vaut pour l'avenir et non pour le passé, deuxièmement, qu'il ne vaut que pour les objets sortis du pays requérant en contravention de la loi de ce pays (si le bien a été volé) ainsi que dans le cas d'exportation illicite en contravention de certains intérêts dûment spé-

9. Voir note 14 et le texte correspondant.

10. Articles 3, paragraphe 1, et 4, paragraphe 4.

cifiés concernant la protection des biens mobiliers du patrimoine et, troisièmement, qu'il ne peut être invoqué que pendant un certain délai. Faisant contrepoint aux limites ainsi acceptées, une procédure spécifique a maintenant été établie pour donner effet à ce droit dans le système juridique interne des pays où se trouvent des biens. Mais le difficile travail de mise ne œuvre ne s'arrête pas là. Il faut à présent convaincre les États de devenir parties à la Convention¹¹. C'est ainsi que l'on pourra rendre effectifs de nouveaux droits culturels, par un effort ardu de négociation tendant à modifier des droits existants solidement protégés en cas de chevauchement ou d'incompatibilité.

D'autres cas d'assertion de droits culturels peuvent être cités à cet égard. Prenons par exemple le « droit au développement culturel ». Selon certaines au moins des interprétations qui en sont données il implique, dans la pratique, une intervention de l'État, éventuellement sous forme de subventions, en faveur de certaines activités culturelles menacées. Mais cela va à l'encontre d'une doctrine politique très largement admise qui est favorable au « libre-échange » (et donc fermement opposée à toute subvention publique), ainsi que d'une autre qui s'élève contre toute intervention de l'État dans les affaires culturelles (en réaction contre le dirigisme culturel fasciste et communiste). Certes, il ne s'agit pas là de droits, mais ce sont des forces si puissantes de la politique internationale qu'il faudra une négociation serrée, et non pas une simple assertion faite en termes généraux, pour mettre en place une procédure capable de donner effet à un droit culturel à l'encontre de tels principes. Pour y réussir, il faudra d'abord se poser les questions suivantes : s'agit-il d'un droit si important qu'il justifie une exception à la règle générale ? Quelle doit être l'ampleur de cette exception, et quelles limites faut-il lui assigner ? Dans quelles circonstances, et pour quelles sociétés, doit-elle être établie ?

Il convient de s'interroger sur le résultat auquel on aboutira si l'on ne fait pas cet effort. Il y aura de nouvelles déclarations affirmant le droit au développement culturel, lequel sera réaffirmé dans une multitude d'instruments internationaux, dont plusieurs seront sans doute signés par quelques-uns au moins des États qui sont les plus fervents adeptes de principes hostiles à leur adoption mais qui tiennent à passer pour « politiquement corrects ». Rien ne sera cependant fait pour mettre leurs dispositions en pratique et le sentiment de frustration ne pourra que s'accroître. Au bout du compte, on risque d'aggraver le ressentiment et l'impatience de ceux qui, désenchantés, constateront que les « droits culturels » n'apportent pas le supplément de protection réclamé.

11. À la date du 22 octobre 1998, on comptait 7 États parties à la Convention (le Cambodge, la Chine, l'Équateur, la Hongrie, le Paraguay, le Pérou et la Roumanie), et 17 autres signataires. La Convention est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1998.

Comme l'a montré l'incorporation des droits sociaux, économiques et culturels à la *Déclaration universelle*, une sorte de tradition s'est instaurée dans le développement du contenu juridique des droits de l'homme, consistant à prendre en compte tous les droits revendiqués, quel que soit leur degré de développement ou leur compatibilité avec les autres droits du même groupe. Cette pratique découle sans doute du désir louable d'élargir le plus possible le champ des droits de l'homme. Mais il convient de faire certaines distinctions : quelques « droits culturels » sont d'ores et déjà solidement garantis, tandis que d'autres ne le sont pas, et que d'autres encore ne sont même pas clairement définis, sans même parler de garantie juridique. Ces distinctions sont importantes si l'on veut que les droits culturels deviennent une réalité.

5. DROITS INDIVIDUELS ET DROITS COLLECTIFS

S'il est un point concernant les droits culturels sur lequel il y a unanimité, c'est la nécessité de déterminer s'il s'agit de droits individuels ou de droits collectifs. C'est là un débat dont on peut se dispenser à propos d'autres sortes de droits, mais la culture présuppose une collectivité. Quel est alors le meilleur moyen d'aborder cette question ? Un débat intéressant s'est instauré entre les auteurs de la présente étude. Leurs approches diffèrent : pour Rodolfo Stavenhagen, il s'agit de droits collectifs, tandis qu'Elizabeth Evatt y voit des droits individuels exercés par rapport à une collectivité et que pour Folarin Shyllon ce sont plutôt des droits communautaires. Mais une chose est claire chez tous les auteurs : les droits culturels doivent contribuer à protéger le groupe car, sans ce dernier, l'individu ne peut exercer ses droits collectifs.

Comme dans de nombreux débats sur les droits collectifs, il y a toujours le risque que l'affirmation de tels droits ne finisse par servir de justification au groupe pour bafouer les droits de l'individu. Il y a là un dilemme qui plonge aux racines mêmes des droits culturels. La survie d'une tribu, par exemple, peut dépendre du maintien de l'équilibre entre les sexes et les groupes d'âge. Mais le droit de l'individu de circuler librement, désormais légalement reconnu dans de nombreux États, et son droit de choisir lui-même son identité culturelle peuvent permettre à des membres de cette communauté de la quitter – possibilité qui n'existait guère avant qu'un ordre moral et juridique extérieur ne vienne empiéter sur les traditions bien établies de la communauté. Or, si trop de membres, voire certains acteurs économiques clés de la communauté, optent pour cette possibilité, la communauté risque de disparaître en tant qu'unité culturelle et économique. La diversité culturelle est certes souhaitable. Mais peut-on pour autant chercher à préserver une culture en obligeant des jeunes gens à demeurer dans une gérontocratie, ou des femmes dans une société patriarcale,

quand d'autres modèles sociaux semblent leur offrir plus d'avantages ? Y a-t-il une issue à ce dilemme ?

C'est un domaine où des cas importants de conflits de ce genre ont déjà dû être tranchés sur le plan national. La jurisprudence canadienne, par exemple, comporte le cas d'une femme qui s'était mariée en dehors de sa tribu puis y était retournée après son divorce. Un problème d'appartenance tribale se posait : quel devait être le statut de l'enfant issu de ce mariage ? Ces affaires mettent en jeu non seulement les droits fondamentaux de l'individu, mais aussi des questions essentielles (pour lesquelles, bien souvent, il n'existe pas de précédents) concernant le droit qu'a le groupe de maintenir ses propres règles d'appartenance au groupe, élément clé de la survie d'une culture traditionnelle. Cependant, dans bien des cas, c'est sans doute moins une affaire de « survie » que de changement. Les cultures traditionnelles ont souvent témoigné au cours des deux derniers siècles d'une capacité d'adaptation considérable, qui leur a permis de survivre dans un environnement social très différent en adoptant certaines des idées de la culture voisine.

Le mouvement des peuples autochtones en offre lui-même un exemple. Ces dix dernières années, il a largement réussi à sensibiliser les pays industrialisés au sort des peuples autochtones, à leurs revendications, et à la sagesse qu'ils peuvent offrir. Ces peuples ont pour cela établi des liens entre eux : Maoris, tribus amazoniennes, Samis, Inuits, Amérindiens du Canada et des États-Unis, aborigènes australiens, etc. S'ils avaient conservé leurs modes de vie traditionnels, qui sont parfois extrêmement anciens et remontent à des dizaines de milliers d'années, la plupart de ces peuples n'auraient jamais entendu parler l'un de l'autre et n'auraient pu faire cause commune. Les moyens modernes de transport et de communication, et notamment l'Internet, leur ont permis d'entreprendre de concert des actions, dont ils ont su tirer profit. À partir d'éléments communs aux cultures autochtones, une nouvelle culture universelle des peuples autochtones a vu le jour, associant les traditions de la garde de la terre, du respect des ancêtres et de la famille et d'une vision du monde selon laquelle l'humanité fait partie intégrante de l'ordre naturel qu'elle est tenue de respecter. Ce sont là certaines des caractéristiques qui définissent cette « culture des cultures autochtones ». Cette conception du monde est, certes, distincte de celle des sociétés modernes industrielles, rationalistes et technocratiques. Il est intéressant de noter que lorsque des autochtones essaient de faire partager leur culture, ils recourent très souvent à des paraboles animales¹². Darrell Posey en donne un exemple intéressant en citant le récit aborigène australien du jeune garçon et du scarabée de Noël, tandis que dans un article intitulé « Turtle's War Party », Dean Suagee expose trois attitudes différentes,

12. Voir section 9 ci-après.

celles de l'ours, du loup et de la tortue, face à une culture envahissante¹³. On trouvera encore un autre exemple dans l'introduction de Dean Suagee à son article. Ce mode d'enseignement moral est fondamental dans de nombreuses cultures tribales.

6. DROITS CULTURELS ET DROITS DES MINORITÉS

Un autre univers du discours qui recoupe celui des droits culturels est celui des droits des minorités. Ces droits touchent très souvent à des problèmes culturels comme la survie de la langue, de la religion, de pratiques éducatives, de traditions, etc. Il est toutefois peu probable que la population majoritaire ait à revendiquer de tels droits. Il y a assez peu de risques, par exemple, pour qu'une majorité linguistique se voie de nos jours empêchée par la loi d'utiliser sa propre langue. Mais certains droits culturels (dans l'un au moins des sens examinés ci-dessus) sont tout aussi essentiels pour les individus appartenant au groupe majoritaire que pour ceux des groupes minoritaires, à savoir la liberté de réunion, la liberté de parole, le droit d'auteur et la protection des brevets, qui rendent possible, chez les membres de la population majoritaire, une vie culturelle intense qu'un système politique soucieux de conformité pourrait réprimer. Il est donc important, s'agissant des droits culturels, de trouver des formules qui ne se limitent pas à protéger les intérêts des minorités.

Il faut également garder cette considération présente à l'esprit lorsqu'il s'agit de minorités autochtones. Dans la définition actuellement utilisée par l'ONU, l'accent est mis sur la distinction entre ces minorités et ces populations dominantes arrivées plus récemment qui les ont supplantées. Le mouvement autochtone revendique la reconnaissance des besoins particuliers de ces minorités dans une société où de nombreuses minorités autochtones luttent pour leur survie, tandis que d'autres ont été historiquement l'objet d'une discrimination. Mais cet usage international spécialisé ne doit pas faire oublier l'étroite ressemblance qui existe entre nombre de leurs pratiques culturelles et celles de groupes tribaux d'autres pays qui sont maintenant majoritaires et pour qui l'assertion des droits des peuples autochtones ne représente sans doute pas une stratégie politique aussi urgente, pour l'amélioration de la situation dans leur propre pays. Les attitudes africaines vis-à-vis de la terre qu'analyse Folarin Shyllon correspondent dans presque tous les pays d'Afrique à celles d'une majorité culturelle. Elles présentent une similitude avec des cultures fondées sur la terre et des cultures minoritaires et autochtones que l'on trouve dans la plupart des pays des autres continents.

13. D. B. Suagee, « Turtle's War Party : An Indian Allegory on Environmental Justice », 9 *Journal of Environmental Law and Litigation*, 1994, p. 461.

7. DROITS CULTURELS ET DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

L'action énergique du mouvement des peuples autochtones a certainement été l'un des moteurs du débat sur les droits culturels. Les droits à revendiquer pour ce mouvement ont apporté à ce débat des éléments nouveaux. Certains d'entre eux, toutefois, risquent fort de se heurter à de vives réserves de la part d'États traditionnellement bien notés en matière de réalisation des droits de l'homme.

Prenons, par exemple, le droit affirmé au rapatriement des biens culturels. Des réclamations ont été formulées dans ce sens dès les années 60 au moment de la décolonisation par des États qui venaient d'accéder à l'indépendance. Nombre d'entre eux, qui avaient recouvré leur indépendance politique, économique, n'avaient pu se faire restituer les archives et autres objets culturels emportés par la puissance coloniale. Sous l'effet de fortes pressions exercées au sein de l'ONU puis de l'UNESCO, la Conférence générale de l'UNESCO adopta en 1964 la *Recommandation*, puis en 1970 la *Convention, concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*. Mais cette Convention n'était pas rétroactive. C'est pour offrir quand même un moyen de recours qu'a été créé en 1978 le Comité intergouvernemental de l'UNESCO pour la promotion du retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale. Si l'on en juge par son activité, les États où sont situés la plupart des biens culturels ne risquent guère d'être submergés de demandes de restitution puisqu'en vingt années d'existence le Comité n'a été saisi que de six demandes (un nombre croissant de cas se règlent toutefois en dehors du Comité).

Cependant, le droit envisagé au retour des biens culturels ne va pas non plus sans poser de problèmes. Chez les aborigènes d'Australie, les objets sacrés d'un groupe tribal sont tabous pour les autres groupes, et tout membre d'un autre groupe qui les voit craint ensuite pour sa vie. Il est impossible de restituer de tels objets si personne n'est disposé à les voir pour déterminer le groupe dont ils proviennent. Le dommage causé par la soustraction de ces objets à leur communauté d'origine (habituellement par la force ou le vol) est clair ; mais leur restitution demande à être soigneusement préparée si l'on ne veut pas nuire à nouveau à la culture en cause ou à des cultures voisines¹⁴.

L'utilisation qui a été faite ou peut être faite des objets ainsi soustraits crée aussi des tensions entre les cultures. L'exposition d'objets sacrés et secrets dans les musées est un exemple parmi d'autres d'insensibilité à la culture d'autrui. L'exposition et la

14. C. Anderson, « Research and the Return of Objects as a Social Process », 19 *Bulletin of the Conference of Museum Anthropologists*, Australie, 1986, p. 2.

manutention irrévérencieuse de restes humains est encore plus choquante. Pareils cas sont de nature à susciter entre les communautés de graves tensions que le temps n'apaisera pas. D'un autre côté, il est arrivé que des objets restitués par des musées soient détruits. En Tasmanie, des restes humains rendus par un musée ont été brûlés (bien que la crémation ne soit pas une pratique traditionnelle de la communauté en question) pour empêcher, a-t-on dit, toute nouvelle possibilité de profanation. Dans une communauté d'Amérindiens, un objet qui a été utilisé autrefois dans des rites sacrés et acquis ensuite par un musée et exposé dans ses collections risque d'être jeté dans une rivière s'il est restitué à sa communauté d'origine. C'est en effet le sort que la tradition réserve aux objets profanés. Cette pratique, qui pourrait paraître choquante dans une « culture muséale », est sans doute appropriée dans une culture qui a été gravement menacée pendant des années et essaie à présent de restaurer ses pratiques traditionnelles¹⁵.

8. LA CULTURE DES DROITS

Depuis longtemps, « universalistes » et « relativistes » s'opposent sur la question des droits de l'homme. Pour les premiers, les droits de l'homme sont universels et transcendent toutes les cultures ; pour les seconds, les différentes cultures ont chacune leurs propres traditions dans ce domaine, l'universalisme surestimant la compatibilité qu'il peut y avoir entre elles. Comme Alice Tay l'a donné à entendre au cours de la vidéo-conférence mentionnée dans l'introduction au présent ouvrage, le désir d'universalité a émoussé notre sensibilité aux différences réelles qui existent entre les divers systèmes.

Trois considérations sont à retenir. Premièrement, une réflexion sur les relations culturelles entre individus et les relations entre cultures qui ne s'inscrivent pas dans le cadre de la problématique des « droits » peut apporter beaucoup. Deuxièmement, si l'on veut tirer le meilleur parti de la *Déclaration universelle*, des Pactes et des autres déclarations générales des droits de la personne humaine, on ne saurait éluder la question de savoir si la pensée en termes de « droits » est universelle. Troisièmement, quoi qu'ait représenté la culture traditionnelle dans le passé, les moyens de communication modernes ont universalisé le « discours sur les droits » en tant que moyen de faire valoir des revendications nouvelles. Chacun de ces trois aspects se trouve illustré dans le présent recueil d'articles.

15. Cet exemple a été cité lors d'un séminaire intitulé « Law and Material Culture in Flux : Law and Policy of Repatriation of Cultural Property », tenu à Vancouver en 1994. Les communications faites lors de ce séminaire ont été publiées dans la *University of British Columbia Law Review*, numéro spécial, 1995.

Darrell Posey cite le conte du « jeune garçon et du scarabée de Noël ». Il s'agit d'une parabole dont se sert un autochtone pour présenter, dans une perspective aborigène, certaines questions que des juristes de formation occidentale aborderaient dans le cadre d'un discours sur les droits culturels. Dans une étude traditionnelle sur les droits, cela peut paraître incongru. Si toutefois ce récit a été introduit, c'est justement pour remettre en question la perspective traditionnelle – celle de la « culture des droits » – en considérant le même ensemble de problèmes d'un point de vue complètement différent. Si nous estimons vraiment nécessaire non pas seulement de tolérer, mais bien de favoriser et préserver la diversité culturelle, nous devons absolument apprendre à accueillir sans malaise des modes d'exposition qui peuvent ainsi nous paraître nouveaux¹⁶.

En effet, nombre d'idées qui, historiquement, ont été débattues en Europe occidentale en termes de « droits » n'ont guère de sens dans les communautés traditionnelles. La description que l'ONU donne des peuples autochtones fait grand cas de leur attachement particulier à la terre, et les « droits fonciers » sont devenus le cri de ralliement de nombreux militants qui sont issus de ces groupes ou défendent leur cause. En pensant ainsi en termes de « droits », nous ne rendons pas justice à ces cultures car il peut s'agir d'une relation d'une qualité différente, plus intense, que celle qu'évoque la notion de « droits ». Dans une affaire jugée en Australie, la Cour a déclaré que le groupe aborigène en cause ne pensait pas en termes de droits fonciers mais de devoirs envers la terre qui avait été confiée à sa garde par les esprits de ses ancêtres¹⁷. De même, quand on cherche à protéger la relation entre les peuples traditionnels et leur patrimoine biologique, botanique et mythologique en tenant un discours « de droits », on ne rend pas justice à ces sociétés car on ne saurait régler réellement la question en isolant tel ou tel aspect des autres. Comme un représentant d'un groupe autochtone l'a fait remarquer un jour :

Je suis las de ces conférences internationales où je me trouve relégué dans le groupe « à colliers et à plumes », comme si l'on ne pouvait attendre de moi que je connaisse quoi que ce soit au sujet des ressources médicales ou botaniques et de leur gestion.

En même temps, il doit être clair que le langage des droits est désormais bien connu des militants, qui s'en servent pour défendre leur cause, que ce mode de pensée soit ou non naturel à la culture traditionnelle. C'est ce que montre très bien Ann-Belinda Preis¹⁸

16. Dean Suagee recourt à pareil « conte » instructif dans l'article cité à la note 13.

17. *Milirrpum v. Nabalco*, 17 *Federal Law Reports*, Australie, 141, p. 270-272.

18. « Human Rights as Cultural Practice : An Anthropological Critique », 18 *Human Rights Quarterly*, 1996, p. 286-315.

quand elle étudie la façon dont le dialogue sur les « droits » a été utilisé dans certains États africains modernes. Dans l'affaire *Dow c. État du Botswana*, une avocate féministe bien connue a contesté la loi de 1984 sur la citoyenneté qui prévoyait qu'une femme botswanaise mariée à un étranger ne pouvait pas transmettre sa nationalité à ses enfants, même s'ils étaient nés et avaient vécu toute leur vie au Botswana, alors qu'un Botswanais marié à une étrangère pouvait le faire. La première décision de justice, qui allait dans le sens de son argumentation, a suscité une réaction de la part de ceux qui y voyaient un insupportable affront à la culture tswana. Mais cette décision a été ensuite confirmée par la cour d'appel, et la loi a été ultérieurement modifiée dans le sens des décisions rendues. Ce qui se passe c'est, selon Ann-Belinda Preis, que la culture devient un objet de négociation et que les termes en sont manipulés, par les requérants comme par les pouvoirs publics, qui utilisent des termes pris dans cette culture et en dehors d'elle. Mais le débat se déroule à l'intérieur de la culture. Comme toutes les cultures, il est dynamique. « Désaccord et conflit participent de la culture, et en l'occurrence de la culture des droits de l'homme¹⁹. »

Cela nous permet de considérer dans une autre perspective la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*²⁰, dont le premier chapitre est formulé en termes de « droits » et le second en termes de « devoirs ». Ces derniers comprennent les devoirs de l'individu envers la famille et la société (art. 27, par. 1) et envers la communauté nationale (art. 29, par. 2), le devoir de préserver et de renforcer les valeurs culturelles africaines (art. 29, par. 7) et celui de contribuer à l'unité africaine (art. 29, par. 8). Dans le Préambule, les États africains déclarent tenir compte

des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples,

tout en considérant que

la jouissance des droits et libertés implique l'accomplissement des devoirs de chacun.

Cette déclaration peut donc, comme la Constitution du Botswana et la loi botswanaise sur la citoyenneté, offrir aux sociétés africaines le contexte d'une négociation et d'une manipulation des termes. Tant que le résultat ne sera pas atteint, ce qui demandera peut-être quelques années d'expérience, les juristes ne pourront pas discerner clairement l'effet conjugué de nombre de ses dispositions. Mais ce texte

19. *Ibidem*, p. 305.

20. Conclue à Banjul en 1981 et adoptée à Nairobi en 1981, elle est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. *International Legal Materials*, 1982, p. 59.

témoigne d'un effort pour faire une place, dans le discours des « droits », à des aspects jugés particulièrement importants des modes de vie africains, communs à de nombreuses cultures.

9. APPRENDRE LES UNS DES AUTRES

De même que, dans une culture traditionnelle adaptée et réinventée, l'argument des droits vient renforcer celui de la tradition, de même les défenseurs des cultures traditionnelles essaient de faire admettre leurs valeurs dans les cultures qui se fondent sur des « droits », quand ceux-ci ne prennent pas pleinement en compte ce qui constitue l'essence de leur mode de pensée. Ils ont la conviction, dans bien des cas, que les conceptions traditionnelles ont quelque chose à apporter à ces autres cultures et sont de nature à les améliorer.

Des faits récents en fournissent l'illustration. C'est ainsi que quatre anciens de la tribu des Ngarinyin (qui habite un district reculé – Kimberley – de l'Australie occidentale) ont décidé un jour de partager avec des étrangers certains secrets traditionnels de leur peuple. À partir de l'affaire des *Gove Land Rights*²¹ de 1971, les tribunaux australiens ont commencé à prendre en compte, dans leurs décisions, d'abord la complexité et l'importance des systèmes tribaux, puis les droits des Premiers Australiens sur leurs terres traditionnelles²². Ces « droits fonciers » ont ensuite été inscrits dans la législation fédérale. Les Ngarinyin, qui avaient été chassés de leurs terres ancestrales une quarantaine d'années auparavant, avaient recouvré le droit de se rendre sur leurs sites sacrés. En 1996, le Gouvernement fédéral australien passa aux mains d'un autre parti politique. Le nouveau gouvernement annonça son intention de revenir sur l'attribution de ces « droits fonciers ». Les anciens de la tribu Ngarinyin demandèrent à l'UNESCO d'organiser une réunion²³ au cours de laquelle ils pourraient faire comprendre l'importance de ce patrimoine à ceux qui leur semblaient capables de l'apprécier. Ils montrèrent à des spécialistes internationaux de l'art rupestre un enregistrement vidéo²⁴ de cérémonies traditionnelles symbolisant la loi du partage qui se déroulaient sur leurs sites sacrés et auxquelles ils participèrent. On y voyait des figures mythologiques sacrées qui, en principe, ne devaient être vues que par les membres initiés de la tribu. Les anciens expliquèrent que la célébration de ces cérémonies et la

21. Voir à ce sujet la note 14.

22. *Mabo v. Queensland*, 107 *Australian Law Reports*, 1.

23. Qui s'est tenue le 16 juin 1997 au Siège de l'UNESCO, à Paris. À la même date, une exposition sur le même sujet était inaugurée au Muséum national d'histoire naturelle de Paris.

24. Produit par Jeff Doring.

transmission de cette tradition séculaire étaient pour eux un devoir sacré. La philosophie du partage est en effet un élément central de la culture des tribus aborigènes sur l'ensemble du continent australien. Cet enseignement moral d'une grande force perpétué par les cérémonies les plus sacrées s'incarnait dans la représentation de mythes faisant intervenir des animaux. Chez les Ngarinyin, il s'agissait de l'émeu, qui devait être puni de sa voracité, et d'autres oiseaux qui figuraient d'autres personnages du récit. Comme on l'a déjà vu, dans de nombreuses sociétés qui sont proches de la nature et se considèrent comme en faisant partie, ce mode de transmission de la morale traditionnelle est leur façon à elles d'aborder des problèmes que nous connaissons tous.

Le message exprimé était en l'occurrence : « Nous allons à votre rencontre. » Une telle démarche d'ouverture n'est pas aisée pour les Premiers Australiens, qui éprouvent un trouble intense à révéler des secrets tribaux. Cependant, ils la font de plus en plus souvent pour permettre à d'autres de comprendre leurs façons d'agir.

Le langage des « droits » ne convient pas, dans ce cas particulier, pour expliquer la mission spirituelle spéciale qui découle de la relation de la tribu avec sa terre, même si le législateur est passé par le truchement des « droits » pour protéger cette relation.

On peut citer, comme autre exemple d'« ouverture », le consentement qu'ont donné certains artistes aborigènes, avec l'accord des anciens de leurs tribus, à ce que leurs dessins inspirés de motifs et de thèmes sacrés soient reproduits dans deux portfolios et un calendrier sur l'art « aborigène » publiés par le Gouvernement australien. Mais une entreprise se mit à reproduire ces motifs sur des tapis (utilisation particulièrement choquante dans le cas de représentations sacrées) qu'elle faisait fabriquer au Viet Nam et vendait en Australie ; les artistes se virent alors obligés de porter plainte pour atteinte au droit d'auteur²⁵. S'il est fait une utilisation non autorisée d'un récit ou de représentations graphiques, ce sont les propriétaires traditionnels qui, selon le droit aborigène, doivent prendre des mesures pour préserver le « rêve » et sanctionner ceux qui sont considérés responsables de la violation.

Si un artiste est autorisé à représenter le rêve, et qu'un tiers fait ensuite un usage ou une reproduction impropres de son œuvre, c'est l'artiste qui est tenu responsable de la transgression, même s'il n'avait pas le pouvoir de l'empêcher ou qu'elle a été commise à son insu.

Là encore, le concept de « droit » ne suffit pas à caractériser la relation entre l'artiste et son œuvre. Même si dans l'affaire en question, qui a tourné à leur avantage,

25. *Milpurrruru v. Indofurn* (1995), 30 *Intellectual Property Reports* 209, p. 214. Voir l'étude de A. Kenyon, « Australian Aboriginal Art, Carpets and Copyright », 1 *Art Antiquity and Law*, 1996, p. 59.

les artistes ont intenté une action contre le chef d'entreprise à titre individuel, les relations à l'intérieur de la tribu appellent une explication plus élaborée et le droit des artistes de saisir la justice était aussi l'expression d'un système tribal de croyances et d'obligations très éloigné du modèle traditionnel du droit d'auteur.

Un autre exemple de démarche d'« ouverture » de ce type, d'effort pour communiquer des vérités culturelles importantes à des peuples d'une autre culture est celui des mesures prises par Gordon Pullar après que les ossements d'un millier d'autochtones eurent été rendus à l'île de Kodiak, en Alaska. La réussite, au bout de huit années d'activité intense, de cette campagne visant à redonner une sépulture aux restes humains détenus par le Smithsonian Museum de Washington aurait pu être considérée à elle seule comme pleinement satisfaisante. Mais Pullar a ressenti le besoin d'expliquer que ce litige tenait essentiellement au conflit entre deux visions du monde, les autochtones et les scientifiques occidentaux ayant des conceptions très différentes du temps, de la famille et de l'univers.

Pour les autochtones, le temps est circulaire. Même morts depuis des siècles, les ancêtres font toujours partie du cercle. Ils appartiennent toujours au même groupe que les vivants. Sans doute sont-ils passés dans un autre monde mais ils demeurent membres à part entière du groupe (...) Une Amérindienne d'un certain âge (...) a exprimé cette conception du temps d'une façon qui paraît parfaitement compréhensible (...) « Vous autres, vous parlez sans cesse de préserver le passé. Vous ne voyez donc pas qu'il n'y a pas de passé ? Vous ne voyez pas que le passé, c'est aujourd'hui et c'est demain ? Tout ça, c'est la même chose ! Vous ne comprenez donc pas²⁶ ? »

Il parle ensuite de la famille, qui, selon la conception autochtone, rassemble tous les membres passés et présents de la tribu, et explique que ce que l'on considère comme une marque de « respect » à l'égard des ossements – le fait pour les scientifiques de les conserver et d'exploiter les informations qu'ils offrent – est considéré par la tribu comme le comble du manque de respect. Folarin Shyllon, dans la conclusion de son article, parle aussi de l'unité entre les morts, les vivants et ceux qui sont à naître.

10. CONCLUSION

L'époque à laquelle nous vivons est marquée par une interpénétration sans précédent des cultures. Il est vrai, certes, que dans bien des États en développement les villages

26. G. L. Pullar, « The Qikertarmiut and the Scientist : Fifty Years of Clashing World Views », *University of British Columbia Law Review*, numéro spécial, 1995 ; *Material Culture in Flux : Law and Policy of Repatriation of Cultural Property*, 119, p. 125.

n'ont guère de contact avec des cultures lointaines. Mais toutes les capitales reçoivent les idées nouvelles, renforcées, amplifiées encore par l'écho qu'en donnent les médias internationaux modernes. Il n'est donc pas surprenant que les Africains, les Asiatiques, les militants des deux continents américains, les peuples autochtones des régions les plus reculées et les porte-parole des groupes défavorisés de nombreuses communautés s'approprient le dialogue sur les droits de l'homme pour plaider leur cause. Mais nous avons besoin de savoir dans quel univers du discours se place celui qui parle, et quelles sont ses hypothèses de départ. La longue tradition des droits de l'homme, ses potentialités éducatives et les avantages qu'elle a déjà conquis offrent des arguments attrayants pouvant être utilisés dans le dialogue éthique, politique et, finalement, juridique.

En même temps, il importe de ne pas perdre de vue que les « droits culturels » peuvent signifier beaucoup de choses différentes pour des gens différents. Nous devons commencer par comprendre en quel sens cette expression est utilisée, et ensuite veiller à éviter dans le dialogue toute confusion entre les différents sens.

Il est également essentiel, si nous voulons encourager la diversité culturelle, d'écouter d'autres voix et d'autres récits. Il y a différentes façons de protéger les aspects menacés d'une culture que les gens souhaitent préserver, et différents moyens d'encourager le développement culturel. Le dialogue sur les « droits » n'est pas le seul moyen, ni parfois le plus efficace, de sensibiliser d'autres modèles de développement aux différences culturelles.

Les impératifs environnementaux nous permettent de comprendre qu'une éthique qui impose à ses adeptes le devoir d'être les gardiens de la terre vise à laisser aux générations futures une planète viable. Ce n'est certainement pas ce à quoi on arrivera si les détenteurs actuels des droits fonciers continuent à affirmer agressivement leur « droit d'exploiter la terre ». Dans bien des régions du monde, culture capitaliste et culture de conservation s'opposent aujourd'hui directement.

Une écoute attentive permettra de se rendre compte qu'il existe d'autres façons, parfois meilleures, de chercher à améliorer le sort des êtres humains que d'invoquer tant et plus les « droits culturels ». Cela ne signifie pas qu'il faille renoncer à tout faire pour mieux définir et mettre en œuvre les droits culturels dans le contexte de la puissante tradition des droits de l'homme, car c'est sans doute à cette catégorie de droits de l'homme qu'il appartiendra de jouer le rôle le plus important pour relever les défis du siècle prochain.

POSER LES FONDEMENTS DE LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS CULTURELS

Halina Nieć

1. INTRODUCTION

Le coup de projecteur qui a été jeté récemment sur les droits culturels a montré que ceux-ci demeuraient « les parents pauvres dans la famille des droits de l'homme¹ ». D'un point de vue juridique, ces droits sont les moins développés de toute la gamme des droits de l'homme. Cette affirmation étonnera peut-être ceux qui ont observé l'ampleur du travail accompli par des organismes internationaux tels que l'UNESCO² et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'Organisation des Nations Unies. Mais quand on examine la situation précaire de ces droits, due aux circonstances historiques particulières qui ont entouré leur reconnaissance, le mystère se dissipe. Il est temps que les choses changent. À l'heure du cinquantième anniversaire de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*³, qui a proclamé et défini en termes généraux des droits culturels à l'intérieur du champ des droits de l'homme, il nous faut reconnaître l'importance des droits culturels en renforçant leur contenu juridique, tout en les rendant effectifs pour les individus comme pour les groupes.

1. G. Filibek, Interventions concernant le thème 1.1, dans *The European Convention on Human Rights and Cultural Rights* (La Convention européenne des droits de l'homme et les droits culturels), 8^e Colloque international sur la *Convention européenne des droits de l'homme*, Budapest, Conseil de l'Europe, 1995, p. 75.

2. Voir dans le présent volume K. Singh, L'UNESCO et les droits culturels.

3. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies, décembre 1948 ; *Droits de l'homme : Recueil d'instruments internationaux*, New York et Genève, Nations Unies, vol. 1, 1^{re} partie, 1994, p. 1 à 7.

2. DE LA CONCEPTION À LA RECONNAISSANCE

Lorsqu'il s'est agi de transposer le contenu de la *Déclaration universelle* dans des dispositions conventionnelles ayant force obligatoire, on a dissocié les droits de caractère social, économique et culturel des droits politiques et civils classiques, en en faisant l'objet de deux traités distincts. Bien que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* fassent tous deux état de l'unité d'ensemble des droits de l'homme⁴, on a généralement estimé que cette séparation constituait une victoire pour ceux qui déniaient aux droits économiques, sociaux et culturels toute valeur juridique.

Ceux qui contestaient le caractère juridique des droits économiques, sociaux et culturels insistèrent pour qu'il y ait deux pactes distincts. Leur position procédait de la conviction que les deux catégories de droits étaient de nature différente : alors que, pour donner effet aux droits politiques et civils, l'État doit surtout s'abstenir de certaines actions déterminées, il lui faut, pour donner effet aux droits économiques, sociaux et culturels, prendre des initiatives qui demandent de l'argent, du temps et la mise en place de processus. Cette différence de nature, firent-ils valoir, entraîne en outre une différence qualitative des obligations qui incombent aux États pour la mise en œuvre des droits. C'est ainsi que, dans la sphère des droits politiques et civils, les États ont une obligation clairement définie qui est d'instituer un moyen de recours judiciaire dans le cadre de leur système juridique interne (c'est-à-dire une obligation de comportement). L'exécution de cette obligation peut facilement être contrôlée par la communauté internationale, représentée par des organes conventionnels spécialement prévus. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, les obligations des États sont loin d'être aussi claires. Étant donné la nature intrinsèquement positive des droits économiques, sociaux et culturels, leur mise en œuvre implique à n'en pas douter une obligation de résultat, en ce sens qu'un État ne saurait se contenter d'accepter ces droits et de les reconnaître. C'est la politique du gouvernement ainsi que ses programmes et l'impact qu'ils peuvent avoir pour le ou les bénéficiaires qui témoignent de l'application effective desdits droits. Aussi a-t-on pu dire qu'il s'agissait là de droits « programmatiques » : de tels droits n'étant pas justiciables (donc n'ayant pas un carac-

4. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, 21^e session*, et *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, 21^e session*, préambules ; *Droits de l'homme : Recueil d'instruments internationaux*, *op. cit.*, p. 8 à 40.

tère proprement juridique), les États n'auraient pas à se soumettre à un contrôle international quant à leur application⁵.

Ce point de vue extrême ayant été contesté par de nombreux juristes, des défenseurs des droits de l'homme⁶ et divers organes du système des Nations Unies, il a été adopté plusieurs déclarations internationales qui affirment le caractère juridique de ces droits. Ainsi, il est dit au paragraphe 1 des *Déclaration et Programme d'action de Vienne* (1993) :

La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme l'engagement solennel pris par tous les États de s'acquitter de l'obligation de promouvoir le respect universel, l'observation et la protection de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, conformément à la Charte des Nations Unies, aux autres instruments relatifs aux droits de l'homme et au droit international. Le caractère universel de ces droits et libertés est incontestable⁷.

Le paragraphe 5 du même document ajoute : « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. » Il serait trop long de dresser ici la liste complète des documents qui réaffirment le caractère juridique des droits économiques, sociaux et culturels. Nous nous reporterons donc, pour résumer la question, à ce qu'ont écrit à ce sujet Steiner et Alston : « ... le débat sur le point de savoir si, du point de vue formel, au regard du droit international, les droits économiques sont "vraiment" des droits est réglé depuis longtemps⁸. » Par le même raisonnement, on est amené à en dire autant des débats qui ont eu lieu au sujet des droits sociaux et culturels. Les difficultés qui restent à surmonter aujourd'hui consis-

5. H. J. Steiner et P. Alston, *International Human Rights in Context : Law, Politics, Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 261-262.

6. A. Cassese, « The General Assembly : Historical Perspective 1945-1989 », dans P. Alston (dir. publ.), *The United Nations and Human Rights : A critical appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 45 à 50 ; mais cela ne signifie pas que le point de vue selon lequel les droits économiques, sociaux et culturels correspondent à des « buts de politique générale » plutôt qu'à des droits juridiques n'ait pas ses adeptes. Voir Fons Coomans, « Review of Recent Developments Regarding Character and Implementation of Economic, Social and Cultural Human Rights », dans *Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, 1995. (SIM spécial n° 16.)

7. Nations Unies, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, adoptés le 25 juin 1993, document des Nations Unies A/CONF.157/23.

8. H. J. Steiner et P. Alston, *op. cit.*, p. 268.

tent à définir ces droits et, comme l'ont dit les auteurs qui viennent d'être cités, à « ... identifier des modes d'approche efficaces pour leur mise en œuvre – c'est-à-dire les moyens de donner effet aux droits économiques, sociaux et culturels et de rendre les gouvernements comptables de l'exécution de leurs obligations⁹ ».

3. RAISONS POUR LESQUELLES LES DROITS CULTURELS ONT ÉTÉ NÉGLIGÉS

Les droits économiques, sociaux et culturels sont depuis des années un objet de débat international, mais c'est la catégorie des droits culturels qui demeure la moins développée, pour ce qui est du contenu juridique des droits et des moyens de les faire valoir¹⁰. Si ces droits ont été négligés, cela tient à des causes multiples, notamment aux tensions politiques et idéologiques qui entourent cette catégorie de droits, ainsi qu'aux tensions internes qui font surface quand les droits de l'individu entrent en conflit avec ceux du groupe ou avec la politique de l'État : il y a ainsi conflit interne lorsque l'identité culturelle individuelle est en conflit avec l'identité collective ou nationale, ou lorsqu'un groupe prétend que la pleine réalisation de son identité culturelle prime sur le cadre reconnu de l'autonomie culturelle.

Une autre difficulté faisant obstacle au développement rapide des droits culturels tient au fait que ce sont des droits à la culture. C'est là un point évident ; ce qui l'est moins, c'est de savoir ce que recouvre exactement le terme « culture », en dépit des nombreuses définitions que donnent divers instruments internationaux. Cependant, une caractéristique intrinsèque du champ de la culture est qu'il embrasse de nombreux aspects différents de la vie humaine. La difficulté est de distinguer les droits culturels des droits qui, sans être des droits culturels, comportent des aspects culturels¹¹.

9. *Ibidem.*

10. P. Alston (dir. publ.), *Promoting Human Rights through Bill of Rights : Comparative Perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : A Perspective on Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell University Press, 1989 ; A. Eide, C. Krause et A. Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights : A Textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995 ; L. Sohn (dir. publ.), *Guide to Interpretation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Irvington NY, Transitional Publishers, 1993.

11. R. Weber, « The New Europe – Hope and Disillusionment », *Human Rights and Cultural Policies in a Changing Europe : The Right to Participate in a Cultural Life*, Report of the European Round Table (Rapport de la table ronde européenne), Helsinki (Finlande), 30 avril - 2 mai 1993, Helsinki University Press, 1994, p. 29-30.

Une autre raison pour laquelle il est difficile de définir avec précision le contenu de beaucoup de droits culturels vient de la contradiction qui existe entre l'universalité des droits de l'homme et la notion de relativisme culturel¹². D'un côté, les individus veulent préserver la culture collective qui a façonné et déterminé leur identité de membres d'un groupe donné. Mais, de l'autre, quand un individu constate que certaines manifestations de sa culture, par exemple des pratiques traditionnelles, sont nocives ou violent ses droits de l'homme universellement reconnus (et qu'il ne décide pas pour autant de répudier entièrement cette culture), doit-on privilégier le droit de cet individu de dénoncer certains aspects de l'identité culturelle du groupe comme portant atteinte à ses droits de l'homme, ou le droit du groupe de maintenir ses pratiques et ses rites au nom de l'identité culturelle ? Qui, de l'individu ou de la communauté, a les droits les plus importants dans pareil conflit et peut donc les faire prévaloir ?

La réponse est loin d'être simple. Dans les *Déclaration et Programme de Vienne* cités ci-dessus, il est dit que « tous les droits de l'homme sont universels ». Ce point est encore précisé par la *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités* de l'ONU, selon laquelle il est interdit aux minorités de persister dans des pratiques qui vont directement à l'encontre du droit international et violent les droits de l'homme universels¹³. Le problème de l'opposition entre relativisme culturel et universalité des droits de l'homme et les tensions qui en résultent n'en subsistent pas moins ; c'est là une question qui mérite d'être débattue ouvertement et ne doit pas être occultée sous l'effet de pressions politiques.

12. C. Joyner et J. Dettling, « Bridging the Cultural Chasm : Cultural Relativism and the Future of International Law », *California Western International Law Journal*, 1989-1990, vol. 20, n° 2, p. 275-314 ; H. Warzazi, *Preliminary Report of the Special Rapporteur on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children*, Economic and Social Council Commission on Human Rights, 47^e session ; « What's Culture Got to Do With It ? Excising the Harmful Tradition of Female Circumcision », *Harvard Law Review*, vol. 106, n° 8, 1993, p. 1944-1961. Voir aussi *Universality of Human Rights in a Pluralistic World*, actes du Colloque organisé par le Conseil de l'Europe en coopération avec l'Institut international des droits de l'homme, Strasbourg, 17-19 avril 1989, Strasbourg, N. P. Engel Verlag, 1990.

13. Article 4, paragraphe 2 de la *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, résolution 47/135 de l'Assemblée générale, du 18 décembre 1992 ; *Droits de l'homme : Recueil d'instruments internationaux*, *op. cit.*, note 3 ci-dessus, p. 140.

4. LE CATALOGUE DES DROITS CULTURELS : REMARQUES GÉNÉRALES

L'inventaire des droits à inclure dans la catégorie des droits culturels a commencé avec la rédaction de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁴. Il y a lieu de vérifier de temps à autre l'état du catalogue de ces droits pour déterminer si la pratique internationale a pour effet de stabiliser progressivement la réalisation de son contenu. Le but de cet exercice est double : faire prendre conscience des droits culturels qui devraient y figurer et informer les États de leurs obligations à l'égard de ces droits. Ce dernier aspect est particulièrement important, car il est nécessaire de raffermir l'engagement des États d'assumer et de remplir leurs obligations en matière de droits culturels, afin de pouvoir les tenir comptables de toutes atteintes à ces droits.

Quand on examine le droit international des droits de l'homme, on constate qu'il a été proclamé des droits culturels au niveau universel comme au niveau régional. Au niveau universel, ces droits sont inscrits à l'article 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, qui dispose :

1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.
2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

On lit par ailleurs à l'article 22 du même texte :

Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays.

L'article 15 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* a donné aux droits culturels un caractère conventionnel obligatoire. Cet article stipule :

1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :
 - (a) de participer à la vie culturelle ;
 - (b) de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ;

14. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, du 10 décembre 1948 ; *Droits de l'homme : Recueil d'instruments internationaux*, op. cit., p. 7 (art. 27).

- (c) de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.
2. Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture.
 3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices.
 4. Les États parties au présent Pacte reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de l'encouragement et du développement de la coopération et des contacts internationaux dans le domaine de la science et de la culture.

Au niveau régional, les droits relatifs à la culture sont formellement proclamés dans la *Déclaration interaméricaine des droits et des devoirs de l'homme* (art. 13)¹⁵, le *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels* (art. 14)¹⁶ et la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (art. 17)¹⁷. Dans leur reconnaissance desdits droits, ces traités mettent plus particulièrement l'accent sur ceux des individus.

Pour ce qui est des peuples, les droits culturels sont également reconnus dans le cadre international des droits de l'homme, en tant que droits collectifs. Ainsi, les articles premiers des Pactes internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels aussi bien qu'aux droits civils et politiques stipulent : « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils (...) assurent librement leur développement économique, social et culturel. » Cette libre poursuite du développement culturel, qui est liée au droit politique à l'autodétermination et renforcée par lui, leur permet de préserver leur identité culturelle. Ce principe a été pleinement reconnu par la *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles*, adoptée lors de la Conférence mondiale sur les politiques culturelles de 1982, dans laquelle il est recommandé aux États « de respecter et d'œuvrer pour préserver l'identité culturelle

15. *Déclaration interaméricaine des droits et des devoirs de l'homme*, approuvée par la 9^e Conférence internationale des États américains le 2 mai 1948, OEA/Ser. L/V/II/71 (1988).

16. *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocole de San Salvador)*, adopté le 17 novembre 1988, non entré en vigueur, 291 ILM 1447 (1990).

17. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée le 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, OUA, doc. CAB/LEG/67/3/Rev. 5.

de tous les pays, régions et peuples et de s'opposer à toute discrimination à l'égard de l'identité culturelle d'autres pays, régions et peuples¹⁸ ».

La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* va un degré plus loin en reconnaissant le droit de tous les peuples à leur développement culturel¹⁹. Ce droit est étayé par l'énoncé d'une norme établissant que tous les individus ont le devoir de « veiller (...) à la préservation (...) des valeurs culturelles africaines positives²⁰ ». Ainsi, le droit collectif à la culture vient compléter les droits culturels individuels.

Toutefois, dans le droit international des droits de l'homme, la protection des minorités ethniques, religieuses et linguistiques est assimilée, en principe, à la protection individuelle des droits des membres de ces communautés²¹. Cette conception se trouve reflétée à l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Mais on ne saurait nier qu'il existe dans le droit des droits de l'homme, au niveau universel, une reconnaissance du caractère collectif des droits des minorités. Dans la *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, par exemple, la reconnaissance du groupe comme entité titulaire de droits est plus explicite que dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. La Déclaration fait état de cette dimension collective dans son article premier : « Les États protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse et linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité. » Il est à noter que l'accent ainsi mis sur cette identité procède du constat que la réalisation par l'individu de son identité culturelle est indissociable de la reconnaissance du groupe particulier auquel il appartient. Ainsi que l'a souligné le Comité des droits de l'homme du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* dans son commentaire de l'article 27 du Pacte, même si les droits protégés (à savoir les droits des personnes appartenant à des minorités) sont des droits individuels, ils sont tributaires de la capacité qu'a le groupe minoritaire de préserver sa culture.

Les tentatives qui sont faites d'obtenir la reconnaissance des droits des peuples autochtones soulèvent, lorsqu'il s'agit de définir ces droits collectifs, des questions donnant lieu à controverses. L'ONU étudie actuellement un *Projet de Déclaration sur*

18. *Conférence mondiale sur les politiques culturelles : Rapport final*, Paris, UNESCO, 1982, p. 59 (Recommandation n° 1).

19. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, *op. cit.*, article 22.

20. *Ibidem*, article 29.

21. Voir W. Kymlicka (dir. publ.), *The Rights of Minority Cultures*, New York, Oxford University Press, 1995 ; A. Phillips et A. Rosas (dir. publ.), *The UN Minority Rights Declaration*, Londres, Abo Akademi University for Human Rights, Minority Rights Group (International), Turku/Abo, 1993.

*les droits des populations autochtones*²², qui vise à instituer des normes internationales établissant les droits de ces groupes menacés. Il pourrait résulter de ces travaux une décision consacrant de façon définitive la reconnaissance de droits collectifs.

Actuellement, deux démarches différentes sont préconisées pour garantir ces droits. La première est celle que prônent les organisations de populations autochtones accréditées par le Conseil économique et social et dotées d'un statut consultatif spécial, en plus d'autres organisations non gouvernementales (telles que la Fédération internationale des droits de l'homme), de juristes indépendants et d'universitaires. Les adeptes de ce point de vue soutiennent que les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes, et qu'ils peuvent revendiquer la propriété ancestrale collective de leurs terres ainsi que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles qu'elles renferment et prétendre à une protection internationale *sui generis* de leur patrimoine et de leurs biens culturels. Leurs efforts se sont ainsi concrétisés dans le *Projet de Déclaration sur les droits des populations autochtones* de l'ONU. Dans son analyse des rapports entre les États-Unis et les gouvernements tribaux indiens, Dean Suagee apporte sa caution aux tentatives qui en sont résultées de faire reconnaître des droits de l'homme des peuples autochtones (par opposition aux droits de l'homme purement individuels), malgré la réticence manifestée par certains États à l'idée d'introduire une telle formulation dans des articles du *Projet de Déclaration*. Ce qui est particulièrement intéressant, c'est que certains représentants d'États ont demandé que le *Projet de Déclaration* soit compatible avec les instruments en vigueur dans le domaine des droits de l'homme. La question qui prête le plus à controverse reste celle de l'étendue du droit à l'autodétermination à reconnaître aux peuples autochtones dans le contexte du droit international²³.

La seconde démarche suivie dans cet effort tendant à la reconnaissance de droits collectifs procède de l'idée que la protection des droits d'un groupe doit servir *d'abord* l'intérêt des individus qui le composent. Il est essentiel que les droits de l'individu ne soient pas supplantés par les droits collectifs du groupe auquel il appartient²⁴. Cette

22. *Projet de Déclaration sur les droits des populations autochtones*, résolution 1994/95 de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, annexe A ; Nations Unies, document E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, 20 avril 1994.

23. Questions se rapportant aux populations autochtones : Rapport du groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, document E/CN.4/1997/102, 10 décembre 1996.

24. C. Lalumière, « Human Rights at the Dawn of the 21st Century », *Déclaration d'ouverture*, réunion interrégionale organisée par le Conseil de l'Europe en prévision de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Palais de l'Europe, Strasbourg, 28-30 janvier 1993, p. 5.

démarche introduit donc dans le droit international des droits de l'homme une « hiérarchie » des droits. Une reconnaissance des droits du groupe les placerait dans la sphère des droits de l'homme internationaux, tout en attribuant inconditionnellement aux droits de l'individu un statut supérieur, étant bien entendu que, selon les normes universelles, tous les droits de l'homme individuels sont indissociables et interdépendants²⁵.

5. ÉLABORATION D'UN CATALOGUE

D'un côté, on peut considérer que l'article 15 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* offre le cadre normatif général d'un catalogue des droits culturels ; mais il ne recense que quatre grandes catégories de droits, sans préciser les prérogatives concrètes qui s'attachent à chacune d'elles. Le processus qui consiste à doter ces catégories d'un contenu juridique est extrêmement complexe. C'est pourquoi il était nécessaire, plus que pour n'importe quel autre domaine des droits de l'homme, de construire d'abord l'ossature d'une catégorisation des droits culturels. Ces droits sont doués d'une dynamique interne exceptionnelle, parce que la culture est un organisme vivant et croissant, aux manifestations sans cesse nouvelles.

L'ossature existant, il s'agit de l'habiller de chair, tâche qui constitue à la fois une chance et une charge. Le contenu des droits culturels a été interprété et défini à travers plusieurs instruments juridiques, en particulier certains des instruments qu'a élaborés et adoptés l'UNESCO, et notamment la *Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*, de 1960, et la *Recommandation relative à la condition de l'artiste*, de 1980²⁶. La pratique de différents organes internationaux, tels que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, vient en compléter les dispositions²⁷. Il en résulte un catalogue de droits culturels de plus en plus fourni, dont la précision, toutefois, est encore en cours d'évaluation.

25. Pour le meilleur exposé de cette démarche, voir P. Leuprecht, « Le sous-développement des droits culturels, vu depuis le Conseil de l'Europe », dans *Les droits culturels – une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, VIII^e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg, 28-30 novembre 1991, Fribourg, Éditions universitaires, 1993, p. 77-78.

26. UNESCO, *Actes de la Conférence générale, 11^e session, Paris, 1960, Résolutions*, p. 123 et *ibidem*, 21^e session, Belgrade, 1980, *Résolutions*, annexe I, p. 161. Voir aussi J. Symonides et V. Volodin (choix de documents et introduction), *UNESCO and Human Rights : Standard-Setting Instruments, Major Meetings and Publications*, Paris, UNESCO, 1996.

27. Voir les rapports du Comité des droits économiques, sociaux et culturels au Conseil économique et social de l'ONU (Rapport sur la 5^e session, 9-27 mars 1987 ; Rapport sur les 14^e et 15^e sessions, 30 avril - 17 mai 1996, 18 novembre - 6 décembre 1996).

Pour composer ce catalogue, il faut avoir présents à l'esprit les principes directeurs qui fondent le droit international des droits de l'homme – des principes qui visent expressément à sauvegarder l'universalité et l'indivisibilité de l'ensemble de ces droits. Le plus fondamental de ces principes est l'obligation de respecter et de préserver la dignité inhérente à tous les êtres humains²⁸. Vient ensuite le principe capital de l'égalité, souvent proclamé sous la forme d'une clause de non-discrimination ou d'une disposition prescrivant l'égalité des chances. C'est en nous fondant sur ces principes que nous pouvons identifier les éléments essentiels des droits culturels. Le plus fondamental de ces droits est le droit d'accès à la vie culturelle. Il est suivi par le droit de « participer à la vie culturelle », énoncé par l'UNESCO en 1976 dans sa *Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle*²⁹.

Cette dimension participative des droits culturels se trouve encore renforcée dans la *Déclaration sur le droit au développement* de l'ONU qui fait de la participation, en y insistant particulièrement, un élément essentiel de tous les droits de l'homme pour tous, individus, membres de minorités, populations autochtones ou groupes de population vulnérables³⁰.

Dans notre effort pour donner un caractère plus concret au droit d'accès à une vie culturelle et au droit de participer à la vie culturelle, l'application des principes ci-dessus, conjuguée à l'abondance d'instruments normatifs, nous permet, en identifiant les différentes composantes des droits culturels, d'établir un catalogue de ces droits. Pour illustrer la construction de leur cadre conceptuel, on peut citer utilement le document du Conseil de l'Europe intitulé *Réflexions sur les droits culturels : rapport de synthèse*, dans lequel un groupe d'experts propose de définir comme suit le contenu du droit de participer à la vie culturelle :

- le droit de choisir et d'appartenir à une ou plusieurs culture(s) et la liberté de l'(les) exprimer ;

28. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *op. cit.*, article premier.

29. *Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle*, adoptée le 26 novembre 1976 par la Conférence générale de l'UNESCO à sa 19^e session, *UNESCO and Human Rights : Standard-Setting Instruments, Major Meetings and Publications*, *op. cit.*, p. 252. (UNESCO, *Actes de la Conférence générale, 19^e session, Nairobi, 1976. Résolutions*, annexe I, p. 30.)

30. *Déclaration sur le droit au développement*, résolution 41/128 de l'Assemblée générale, 4 décembre 1986 ; *Droits de l'homme : Recueil d'instruments internationaux*, *op. cit.*, vol. 1, 2^e partie, p. 561-566 ; voir M. L. Radin, « The Right to Development as a Mechanism for Group Autonomy ; Protection of Tibet an Cultural Rights », *Washington Law Review Assoc.*, vol. 68, n° 3, 1998, p. 695-714.

- le droit d'accès à la culture ;
- le droit de jouir des bienfaits de la culture y compris la protection de ses bienfaits ;
- le droit de contribuer au développement culturel ;
- le droit à l'égalité des chances et à la non-discrimination, afin de promouvoir la démocratie culturelle ;
- le droit d'accès aux moyens de diffusion ;
- le droit à la coopération culturelle internationale ;
- le droit d'accès à l'information³¹.

Certaines de ces composantes, toutefois, sont à distinguer des autres. En effet, si le droit de choisir, et d'appartenir à une ou plusieurs cultures, est un droit culturel, d'autres composantes peuvent être considérées comme des droits civils ayant une composante culturelle. C'est le cas par exemple du droit d'accès à l'information. En soi, c'est un droit civil, qui est énoncé à l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et à l'article 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme*³². Il est admis que le droit à l'information est un droit bien défini, que l'on peut faire valoir en justice. Mais on ne saurait y voir exclusivement un droit civil, dans la mesure où l'exercice effectif du droit de participer à la vie culturelle implique nécessairement le droit à l'information. De tels chevauchements compliquent les choses et montrent bien que l'exercice consistant à dresser la liste des droits qu'il convient de cataloguer comme droits culturels n'est pas une tâche aisée. L'élaboration d'un tel catalogue est d'une extrême difficulté et il en existe actuellement de nombreuses versions différentes, dont la longueur et le contenu dépendent souvent des objectifs du recensement. Par exemple, une chercheuse, Birgitta Leander, s'efforçant d'établir une liste complète des droits culturels, a recensé cinquante droits culturels différents, qu'elle a répartis en onze catégories : droits à la survie physique et à la survie culturelle ; droits d'association et d'identification à une communauté culturelle ; droits à une identité culturelle et au respect de celle-ci ; droits au patrimoine matériel et au patrimoine immatériel ; droits aux convictions et aux pratiques religieuses ; droits à la liberté d'opinion, à la liberté d'expression et à la liberté d'information ; droits au choix de l'éducation et de la formation ; droits de participation à l'élaboration des politiques culturelles ; droits de participation à la vie culturelle et de création ; droits au choix

31. Voir Conseil de coopération culturelle (CDCC), 63^e session, doc. CDCC (95)/11. rev., Strasbourg, 30 janvier 1995, p. 14.

32. *Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 213, p. 221 ; voir également *Twenty-Five Human Rights Documents*, New York, Center for the Study of Human Rights, Université de Columbia, 1994, p. 147-170.

d'un développement endogène ; droits d'une population à son environnement physique et culturel propre³³.

De son côté, l'Institut des études interdisciplinaires sur l'éthique et les droits de l'homme de l'Université de Fribourg (Suisse) a produit un *Avant-projet de Protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, concernant la reconnaissance des droits culturels*³⁴. La liste des droits culturels figurant dans ce document n'est pas aussi longue que la précédente, et semble procéder d'une intention assez différente, à savoir recenser les droits culturels dont la justiciabilité est incontestable, afin qu'en cas d'atteinte à ces droits la Cour européenne des droits de l'homme puisse être saisie. Ce texte dispose :

Article 1

Toute personne a le droit, aussi bien seule qu'en commun, au respect et à l'expression de ses valeurs et traditions culturelles, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux exigences de la dignité humaine, aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ; ce droit comprend notamment :

- (a) la liberté d'exercer, en public comme en privé, une activité culturelle, et en particulier de s'exprimer dans la langue de son choix ;
- (b) le droit de s'identifier aux communautés culturelles de son choix et d'entretenir des liens avec elles ; ce droit implique la liberté de modifier ce choix, ou de ne s'identifier à aucune communauté culturelle ;
- (c) le droit de ne pas être empêché d'accéder à la connaissance des diverses cultures, dont l'ensemble constitue le patrimoine commun de l'humanité ;
- (d) le droit de connaître les droits de l'homme et de participer à l'instauration d'une culture des droits de l'homme.

Article 2

1. Toute personne a droit à une éducation qui permette le libre et plein développement de son identité culturelle dans la reconnaissance et le respect de la diversité des cultures.
2. Ce droit comprend notamment la liberté de donner et de recevoir un enseignement de sa culture et de sa langue propres, ainsi que de créer, selon les besoins, des institutions à cet effet, conformément à la législation nationale.
3. Il implique le droit d'obtenir des pouvoirs publics, proportionnellement aux besoins et aux ressources, les moyens nécessaires à sa garantie.

33. B. Leander, « Preliminary List of Cultural Rights ». Document établi pour l'UNESCO, 1996 (non publié).

34. *Avant-projet de Protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, concernant la reconnaissance des droits culturels*, Institut des études interdisciplinaires sur l'éthique et les droits de l'homme, Université de Fribourg (Suisse).

Autre exemple, l'*Avant-projet de Déclaration sur les droits culturels* issu d'une réunion d'experts qui s'est tenue à Fribourg en 1995³⁵. On peut considérer que les principaux objectifs de ce groupe étaient sans doute d'ordre plus pratique que dans les cas ci-dessus. La Déclaration préparée répondait à deux préoccupations. Premièrement, les auteurs ont conclu de l'examen de la situation existante des droits culturels que la cause première de l'état de « sous-développement » de cette catégorie de droits, tant au niveau théorique qu'au niveau normatif, était la méconnaissance du rôle de l'identité culturelle. Deuxièmement, ils sont convenus qu'il fallait absolument remplacer les textes existants, dont la multiplicité contribuait à la dispersion du sujet, par un document exhaustif unique détaillant la « logique spécifique aux droits culturels et la dimension culturelle des droits de l'homme dans leur ensemble ». Les droits énumérés dans l'Avant-projet de Déclaration sont trop nombreux pour pouvoir être cités ici autrement qu'en termes généraux : respect de l'identité culturelle, identification à une communauté culturelle, participation à la vie culturelle, éducation et formation, information, liberté d'accès aux patrimoines, protection de la recherche, de l'activité créatrice et de la propriété intellectuelle, participation aux politiques culturelles. (Ces droits, il convient de le noter, sont entendus comme des droits individuels dont toute personne peut jouir « soit seule, soit en communauté avec d'autres ».)

6. DU CATALOGUE AUX OBLIGATIONS DES ÉTATS

Tenter d'améliorer le contenu du catalogue des droits culturels et de renforcer le caractère juridique de ces droits est une entreprise de longue haleine, qui ne saurait être considérée comme une panacée au sous-développement et à la négligence dont pâtit cette catégorie de droits. Il faut aussi, parallèlement, se préoccuper de l'efficacité du processus multiforme qu'est la mise en œuvre de ces droits, où la responsabilité des États revêt une importance primordiale.

Selon l'article 2 du *Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux*, les États ont l'obligation de prendre des mesures immédiates, en exploitant au maximum les ressources dont ils disposent, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits énoncés dans le Pacte. Cela a été interprété comme signifiant que les obligations des États sont pour la plupart des obligations de résultat. Malheureuse-

35. *Avant-projet de Déclaration sur les droits culturels*. Document produit lors d'une réunion d'experts à Fribourg, 23-25 mars 1995, organisée par l'UNESCO, le Conseil de l'Europe, l'Institut des études interdisciplinaires sur l'éthique et les droits de l'homme de l'Université de Fribourg et la Commission nationale suisse pour l'UNESCO.

ment, l'élément de progressivité prévu pour l'obtention de ce résultat a conféré un certain flou au contenu des obligations, de sorte qu'il s'est révélé presque impossible de juger dans quelle mesure un État s'acquittait progressivement de ses obligations conventionnelles. Le caractère juridique de celles-ci a été renforcé lorsqu'un groupe d'experts s'est réuni à la Conférence du Limbourg, tenue à Maastricht (Pays-Bas) en juin 1986, pour examiner la nature et la portée de la responsabilité incombant aux États en application du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*³⁶. Les participants à la conférence ont présenté une interprétation solide et convaincante des obligations juridiques des États, qui ont été définies dans les *Principes du Limbourg* concernant l'application du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Il a été déclaré : que tous les États doivent agir immédiatement, par tous les moyens appropriés (y compris l'adoption de mesures législatives, administratives, judiciaires, sociales et éducatives), et quel que soit leur niveau de développement économique, pour assurer le plein exercice des droits recensés ; que certaines obligations appellent une exécution immédiate et totale, par exemple l'interdiction de la discrimination ; qu'en aucun cas un État ne saurait interpréter le Pacte comme lui donnant la possibilité de reporter indéfiniment les efforts à faire pour s'acquitter de ses obligations au motif qu'il ne dispose pas, au moment considéré, des ressources voulues ; et que, lorsqu'il s'agit de déterminer si un État a pris ou non des mesures adéquates pour la réalisation de ces droits, l'utilisation qu'il aura faite des ressources disponibles et l'accès qu'il peut y avoir seront pris en considération³⁷.

Si les auteurs des *Principes du Limbourg* ont accompli de grandes avancées dans la définition de ce qui est requis des États, le principal résultat de leurs efforts est sans doute l'initiative qu'ils ont prise d'énumérer les situations dans lesquelles les États peuvent être tenus responsables du non-respect des normes énoncées dans le Pacte³⁸. Un État devrait voir sa responsabilité engagée :

- s'il n'élimine pas sans délai les obstacles qu'il a le devoir d'éliminer pour permettre la réalisation immédiate d'un droit ;
- si, délibérément, il ne satisfait pas à une norme internationale minimum de résultat, à laquelle il est en son pouvoir de satisfaire ;
- s'il ne présente pas les rapports exigés par le Pacte³⁹.

36. «The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 9, n° 2, mai 1987, p. 122-135.

37. *Ibidem*, p. 112-126.

38. *Ibidem*, p. 133.

39. *Ibidem*, p. 113.

L'effort de clarification des obligations juridiques des États a été poursuivi par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui, dans son Observation générale n° 3 (1990), a souligné que, quels que soient les obstacles reconnus sur le plan international qui peuvent exister, les États sont tenus d'« agir » pour s'acquitter de leurs obligations⁴⁰. Dans la même Observation générale, le Comité a précisé la nature des obligations fondamentales minimales, déclarant que « même en temps de grave pénurie de ressources, en raison d'un processus d'ajustement, de la récession économique ou d'autres facteurs, les éléments vulnérables de la société peuvent et doivent être protégés grâce à la mise en œuvre de programmes spécifiques, relativement peu coûteux⁴¹ ».

7. INTÉGRATION D'UN MÉCANISME DE CONTRÔLE

En 1991, à sa 6^e session, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a proposé que soit mis en place, sous la forme d'un *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, un mécanisme international d'examen de plaintes qui permette de contrôler le respect par les États des droits énoncés dans le Pacte⁴². Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a présenté au Comité préparatoire de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de 1993 une note d'analyse qui mettait en avant de solides arguments étayant la nécessité du protocole susmentionné.

Le Comité faisait valoir ensuite qu'un mécanisme de suivi de l'application du Pacte fondé sur la dénonciation des violations était indispensable pour que les droits économiques, sociaux et culturels puissent être considérés comme ayant une valeur juridique. Ce mécanisme faciliterait d'ailleurs le processus de détermination du contenu de ces droits. Dans sa note, le Comité déclare que lorsqu'il existe une procédure d'examen de plaintes :

Les problèmes réels auxquels se heurtent des individus et des groupes prennent réellement corps, ce qui ne se produirait jamais dans le cadre des débats abs-

40. Rapport du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 5^e session (26 novembre - 14 décembre 1990), *Documents officiels du Conseil économique et social, supplément n° 3*, 1991, Observation générale n° 3 (1991), p. 83.

41. *Ibidem*, p. 85.

42. Rapport du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 14^e et 15^e sessions (30 avril - 17 mai 1996, 18 novembre - 6 décembre 1996), *Documents officiels du Conseil économique et social, supplément n° 2*, 1997, p. 91.

traits qui se déroulent dans le cadre de la procédure de présentation des rapports (...) Deuxièmement, le fait de se concentrer sur un cas particulier fournit à l'enquête un cadre qui sans cela n'existerait pas (...) Quatrièmement, l'existence d'un « recours » potentiel à l'échelle internationale peut inciter des particuliers ou des groupes à formuler certaines de leurs doléances économiques et sociales dans des termes plus précis et en relation avec des dispositions spécifiques du Pacte⁴³.

Certaines voix respectées – même si elles ne font pas autorité – se font déjà entendre dans la communauté juridique internationale en faveur de ce Protocole facultatif. Compte tenu de l'effet exécutoire que pourrait avoir la ratification du Protocole, Audrey Chapman, recommandant une méthode propre à remplacer celle de l'analyse juridique ou philosophique abstraite utilisée jusque-là, se déclare en faveur d'une approche fondée sur la dénonciation des violations. Selon cette approche (qui s'oppose au modèle actuel de l'« évaluation »), un comité serait saisi non seulement d'évaluations mais aussi de plaintes dûment motivées dénonçant des violations des droits énoncés dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. De la sorte, sans avoir le statut d'un tribunal, ce comité n'en ferait pas moins connaître ses vues d'une manière clairement articulée, qui ne laisserait guère planer d'ambiguïté concernant le point de savoir si un État donné s'acquitte ou non de ses obligations⁴⁴. Ce faisant, le Comité contribuerait à rendre opérant le Pacte.

De même, lors d'une réunion d'experts qui s'est tenue à l'Université d'Utrecht en 1995, les discussions ont été centrées sur la nécessité d'une procédure qui permette d'identifier clairement les auteurs de violations du Pacte. Le produit final qui en est issu est le *Projet de Protocole facultatif d'Utrecht*⁴⁵. Enfin, la Commission internationale de juristes (CIJ) a tenu une conférence à Bangalore (Inde) en octobre 1995 sur les droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes. Après avoir examiné plusieurs projets de protocole, les participants se sont déclarés favorables à la rédaction

43. « Élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », note d'analyse adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 7^e session (23 novembre - 11 décembre 1992), *Documents officiels du Conseil économique et social, supplément n° 2*, 1993, p. 90-110.

44. A. Chapman, « A Violations Approach », *Human Rights Quarterly*, vol. 18, n° 1, 1996, p. 23-66.

45. F. Coomans et F. van Hoof (dir. publ.), *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, actes de la Réunion d'experts sur l'adoption d'un Protocole facultatif se rapportant au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 25-28 janvier, Utrecht, n° 18, 1995 (SIM Special).

d'un tel Protocole facultatif, en exprimant leur appui aux *Principes du Limbourg*⁴⁶. La Commission a déclaré en outre qu'elle devrait jouer un « rôle directeur » dans le processus d'adoption de ce Protocole⁴⁷. Mais même parmi les partisans de l'élaboration d'un tel Protocole, certains, quand on en vient à la question de savoir quels droits exactement seraient visés par la procédure envisagée, préconisent d'en exclure les droits culturels⁴⁸.

8. TECHNIQUES D'APPUI À LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS CULTURELS

Philip Alston fait observer avec raison :

L'histoire nous enseigne que la pleine réalisation des droits de l'homme n'est jamais obtenue par le simple effet d'autres développements, si positifs soient-ils (...) Beaucoup soutiennent que la satisfaction des droits économiques et sociaux doit être considérée comme un objectif « à long terme » mais ils savent fort bien, comme Lord Keynes nous l'a rappelé il y a bien des années, qu'à long terme nous serons tous morts⁴⁹.

Il faut commencer par renforcer les normes établies, en définissant et en précisant leurs éléments essentiels. Ces droits seront ainsi replacés dans un contexte juridique opérationnel, ce qui leur évitera de demeurer stagnants. La première chose à faire serait d'instituer une enquête permanente qui rende compte chaque année des progrès constatés au niveau des pays dans la réalisation des droits culturels⁵⁰. Une telle enquête se prêterait bien au rassemblement d'éléments qui sont sujets à de constants changements. Les organisations internationales ont besoin d'être informées aussi complète-

46. Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes, édition spéciale, *La Revue, Commission internationale de juristes*, Bangalore, décembre 1995, n° 55.

47. *Ibidem*, p. 224.

48. Rapport du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 14^e et 15^e sessions, *op. cit.*, p. 100.

49. P. Alston, « Much Rhetoric but Little Sign of Social Economic Rights », *Terra Viva, NGO News*, 22 juin 1993.

50. Raymond Weber arrive à une conclusion analogue dans son essai « The New Europe – Hope and Disillusionment » : « [les missions d'enquête et études communes] (...) pourraient fournir une sorte de rapport d'Amnesty sur les droits culturels (...) ». Voir « Human Rights and Cultural Policies in a Changing Europe : The Right to Participate in Cultural Life », rapport de la Table ronde européenne, Helsinki, 30 avril - 2 mai 1993, Conseil des arts de la Finlande, 1994, p. 33-34.

ment que possible des diverses manifestations de l'identité culturelle, de la participation à la vie culturelle et de l'accès au patrimoine pour pouvoir évaluer convenablement en quoi consiste, pour l'essentiel, le « contexte opérationnel » dans lequel doit être ancrée la mise en œuvre de ces droits. Une telle enquête permanente se révélerait d'une grande utilité pour l'établissement d'un code des droits culturels qui serait « important comme outil d'éducation et d'exécution⁵¹ ».

Pour enrichir et renforcer encore les techniques destinées à étayer le processus de mise en œuvre, et compte tenu de ce que les droits culturels sont des droits de participation, les « titulaires » des droits devraient être associés à l'effort visant à inclure dans les programmes ayant trait aux droits culturels des activités de promotion de ces droits, activités dont le but et l'intention seraient triples, à savoir : faire prendre conscience aux gens (i) qu'ils ont des droits culturels (ii) que ces droits sont susceptibles d'être violés et (iii) que les États peuvent être tenus responsables de telles violations. En outre, des organisations internationales telles que l'UNESCO pourraient œuvrer à la formation d'un réseau d'organisations non gouvernementales pour s'occuper des questions culturelles. Les objectifs de ce réseau seraient de recueillir des informations sur les violations des droits culturels, d'aider des particuliers et des groupes à préparer et à présenter leur dossier à l'encontre d'un État, d'aider les États à établir leurs rapports au Comité des droits économiques, sociaux et culturels et de faire pression sur les gouvernements pour qu'ils incluent des renseignements sur les droits culturels dans ces rapports, qui souvent ne traitent que de la situation des droits économiques et sociaux. Pour la constitution de ce réseau, il est important de commencer par s'assurer de la participation des organisations non gouvernementales les plus puissantes et les plus influentes (comme Amnesty International et Human Rights Watch) car de telles organisations ont déjà des technologies de recherche avancées et des contacts bien établis dans le monde entier. Diverses institutions nationales pourraient aussi en faire partie car, comme l'a déclaré M. Morten Kjaerum lors du Séminaire OSCE-BIDDH de Varsovie (1998), « ... ces institutions ont fait la preuve de leur efficacité dans la difficile tâche de la mise en œuvre des droits de l'homme⁵² ».

51. L. V. Prott, « The Development of Legal Concepts Connected with the Protection of the Cultural Heritage », *International Encyclopaedia of Laws*, World Law Conference, « Law in Motion » Series, 1997 (tirage à part).

52. Voir M. Kjaerum, « The European Coordinating Group for National European Institutions », Séminaire OSCE-BIDDH sur la dimension humaine des médiateurs et organes nationaux de protection des droits de l'homme, 25 mai 1998, Varsovie, communication au séminaire, p. 1.

Il est admis par la communauté internationale, les organisations internationales et les organisations non gouvernementales du monde entier ainsi que dans bien des cercles universitaires que les droits culturels ayant été négligés, notamment sur le plan du contenu juridique et de la justiciabilité, il est nécessaire de créer des instruments de mise en œuvre additionnels et de lancer des programmes de recherche pour étudier dans quelle mesure l'application de ces instruments est effective et efficace et en rendre compte. La mise sur pied de tels programmes doit être encouragée au niveau des organisations internationales comme au niveau des universités. La participation d'organisations internationales offre aux experts des États l'occasion d'exposer le point de vue de leur État sur les questions se rapportant aux droits culturels et permet d'apprécier exactement jusqu'à quel point un État est disposé à accepter un renforcement de ses obligations dans la sphère des droits culturels⁵³. Les universités pourraient, après des recherches précises sur les points pertinents, offrir une analyse critique de l'état de choses existant dans le domaine culturel, complétée par une évaluation des politiques culturelles appliquées par les gouvernements au niveau national ou régional, de manière à confirmer ou infirmer la position officielle des États concernant la situation juridique des droits culturels. Pour développer le rôle des organisations non gouvernementales, il faut les inciter à se constituer en réseau sur le territoire de l'État dont elles relèvent, en vue de parvenir à une démocratisation du processus d'élaboration des rapports de ce dernier. Les organisations non gouvernementales devraient jouer un rôle central non seulement dans la rédaction desdits rapports, mais aussi dans la vérification de leur exactitude. De plus, la participation directe d'organisations non gouvernementales contribuerait à favoriser la prise en compte par le gouvernement de leur pays de certains groupes ou aspects des droits culturels dont il ne fait peut-être pas encore suffisamment cas. La formation d'un tel réseau pourrait incomber à la Commission nationale pour l'UNESCO.

Un *Projet de Protocole facultatif prévoyant l'examen de communications* se rapportant au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* fait actuellement l'objet d'une consultation écrite, dans laquelle les gouvernements et des organisations intergouvernementales et non gouvernementales sont invités par le Secrétaire général de l'ONU à faire connaître leurs observations sur le projet. Cepen-

53. Il est très regrettable que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe ait décidé en janvier 1996 de suspendre ses travaux relatifs au projet de Protocole destiné à compléter la *Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine de la culture*. Voir *Bulletin d'information sur les droits de l'homme* 39, juillet 1996 - février 1997, Conseil de l'Europe, Direction des droits de l'homme, avril 1997.

dant, Virginia Leary a raison de dire : « Sans doute s'écoulera-t-il encore beaucoup de temps avant que les États ne soient disposés à (...) accepter la citation [d'une telle procédure]. Il n'en demeure pas moins que les fondements sont posés⁵⁴. » Pour que ce Protocole devienne une réalité, son élaboration devra être menée rapidement. Il faudra, pour accélérer son acceptation, une forte pression de l'opinion publique – une campagne comparable au mouvement d'une ampleur sans précédent qui a abouti à la création d'une Cour pénale internationale de caractère permanent⁵⁵.

54. V. Leary, « Justiciabilité du droit à la santé et au-delà du concept : les procédures de plaintes » ; A. Dieng, Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes, édition spéciale, *La Revue, Commission internationale de juristes*, n° 55, 1995, p. 128.

55. Voir *The International Criminal Court Monitor – The Newspaper of the NGO Coalition for an International Criminal Court*, Prepcom. six, édition spéciale, avril 1998.

ANNEXE A

PROJET DE DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES (tel qu'il a été adopté par le Groupe de travail sur les populations autochtones à sa 2^e session en 1993)

Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples en dignité et en droits, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples à être différents, à s'estimer différents et à être respectés en tant que tels,

Affirmant aussi que tous les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures, qui constituent le patrimoine commun de l'humanité,

Affirmant en outre que toutes les doctrines, politiques et pratiques qui invoquent ou prônent la supériorité de peuples ou d'individus en se fondant sur des différences d'ordre national, racial, religieux, éthique ou culturel sont racistes, scientifiquement fausses, juridiquement sans valeur, moralement condamnables et socialement injustes,

Réaffirmant que les peuples autochtones, dans l'exercice de leurs droits, ne doivent faire l'objet d'aucune forme de discrimination,

Préoccupée par le fait que les peuples autochtones ont été privés de leurs droits de l'homme et de leurs libertés fondamentales et qu'entre autres conséquences, ils ont été colonisés et dépossédés de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts,

Reconnaissant la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits et caractéristiques intrinsèques des peuples autochtones, en particulier leurs droits à leurs terres, à leurs territoires et à leurs ressources, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie,

Se félicitant du fait que les peuples autochtones s'organisent pour améliorer leur situation sur les plans politique, économique, social et culturel et mettre fin à toutes les formes de discrimination et d'oppression partout où elles se produisent,

Convaincue que le contrôle par les peuples autochtones des événements qui les concernent, eux et leurs terres, territoires et ressources, leur permettra de renforcer leurs ins-

titutions, leur culture et leurs traditions et de promouvoir leur développement selon leurs aspirations et leurs besoins,

Reconnaissant aussi que le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion,

Soulignant la nécessité de démilitariser les terres et territoires des peuples autochtones et de contribuer ainsi à la paix, au progrès et au développement économiques et sociaux, à la compréhension et aux relations amicales entre les nations et les peuples du monde,

Reconnaissant, en particulier, le droit des familles et des communautés autochtones à conserver la responsabilité partagée de l'éducation, de la formation, de l'instruction et du bien-être de leurs enfants,

Reconnaissant aussi que les peuples autochtones ont le droit de déterminer librement leurs rapports avec les États, dans un esprit de coexistence, d'intérêt mutuel et de plein respect,

Considérant que les traités, accords et autres arrangements entre les États et les peuples autochtones sont un sujet légitime de préoccupation et de responsabilité internationales,

Reconnaissant que la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel,

Considérant qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination,

Exhortant les États à respecter et à mettre en œuvre tous les instruments internationaux, en particulier ceux relatifs aux droits de l'homme, qui sont applicables aux peuples autochtones, en consultation et en coopération avec les peuples concernés,

Soulignant que l'Organisation des Nations Unies a un rôle important et continu à jouer dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones,

Convaincue que la présente Déclaration est une nouvelle étape importante dans la voie de la reconnaissance, de la promotion et de la protection des droits et libertés des peuples autochtones et dans le développement des activités pertinentes des organismes des Nations Unies dans ce domaine,

Proclame solennellement la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dont le texte suit :

PREMIÈRE PARTIE

Article 1

Les peuples autochtones ont le droit de jouir pleinement et effectivement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme.

Article 2

Les autochtones, peuples ou individus, sont libres et égaux à tous les autres en dignité et en droits et ne doivent faire l'objet d'aucune forme de discrimination défavorable fondée, en particulier, sur leur origine ou identité.

Article 3

Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent leur développement économique, social et culturel.

Article 4

Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs spécificités d'ordre politique, économique, social et culturel, ainsi que leurs systèmes juridiques, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État.

Article 5

Tout autochtone a droit, à titre individuel, à une nationalité.

DEUXIÈME PARTIE

Article 6

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et d'être pleinement protégés contre toute forme de génocide ou autre acte de violence, y compris l'enlèvement d'enfants autochtones à leurs familles et communautés, sous quelque prétexte que ce soit.

Ils ont aussi droit, à titre individuel, à la vie, à l'intégrité physique et mentale, à la liberté et à la sûreté de la personne.

Article 7

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif et individuel, d'être protégés contre l'ethnocide ou le génocide culturel, notamment par des mesures visant à empêcher et à réparer :

- (a) tout acte ayant pour but ou pour effet de les priver de leur intégrité en tant que peuples distincts ou de leurs valeurs culturelles ou identité ethnique ;
- (b) tout acte ayant pour but ou pour effet de les déposséder de leurs terres, de leurs territoires ou de leurs ressources ;
- (c) toute forme de transfert de population ayant pour but de violer ou d'éroder l'un quelconque de leurs droits ;
- (d) toute forme d'assimilation ou d'intégration à d'autres cultures ou modes de vie imposée par des mesures législatives, administratives ou autres ; et
- (e) toute forme de propagande dirigée contre eux.

Article 8

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif et individuel, de conserver et de développer leurs spécificités et identités distinctes, y compris le droit de revendiquer leur qualité d'autochtones et d'être reconnus en tant que tels.

Article 9

Les autochtones ont le droit, en tant que peuples et en tant qu'individus, d'appartenir à une communauté ou à une nation autochtone conformément aux traditions et coutumes de la communauté ou de la nation considérée. Aucun désavantage quel qu'il soit ne saurait résulter de l'exercice de ce droit.

Article 10

Les peuples autochtones ne peuvent être contraints de quitter leurs terres et territoires. Il ne peut y avoir de réinstallation qu'avec le consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause, des peuples autochtones concernés et après accord sur une indemnisation juste et équitable et, si possible, avec possibilité de retour.

Article 11

Les peuples autochtones ont droit à une protection spéciale et à la sécurité en période de conflit armé.

Les États doivent respecter les normes internationales relatives à la protection des populations civiles dans les situations d'urgence et de conflit armé, en particulier la quatrième Convention de Genève de 1949 et s'abstenir :

- (a) de recruter contre leur gré des autochtones dans leurs forces armées, en particulier pour les utiliser contre d'autres peuples autochtones ;
- (b) de recruter des enfants autochtones dans leurs forces armées, quelles que soient les circonstances ;
- (c) de contraindre des autochtones à abandonner leurs terres, territoires ou moyens de subsistance, ou de les réinstaller dans des centres spéciaux à des fins militaires ;
- (d) de contraindre des autochtones à travailler à des fins militaires dans des conditions discriminatoires, quelles qu'elles soient.

TROISIÈME PARTIE

Article 12

Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, protéger et développer les manifestations passées, présentes et futures de leurs cultures, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et les arts du spectacle et la littérature. Ils ont aussi le droit à la restitution des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans qu'ils y aient consenti librement et en toute connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes.

Article 13

Les peuples autochtones ont le droit de manifester, pratiquer, promouvoir et enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement des restes humains.

Les États doivent, en collaboration avec les peuples autochtones concernés, prendre les mesures qui s'imposent pour faire en sorte que les lieux sacrés pour les autochtones, y compris les lieux de sépulture, soient préservés, respectés et protégés.

Article 14

Les peuples autochtones ont le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur système d'écriture et de littérature, ainsi que de choisir ou de conserver leurs propres dénominations pour les communautés, les lieux et les personnes.

Chaque fois qu'un des droits des peuples autochtones sera menacé, les États prendront les mesures qui s'imposent pour le protéger et aussi pour faire en sorte que

les intéressés puissent comprendre le déroulement des procédures politiques, juridiques et administratives et se faire eux-mêmes comprendre, en leur fournissant, le cas échéant, les services d'un interprète ou par d'autres moyens appropriés.

QUATRIÈME PARTIE

Article 15

Les enfants autochtones ont le droit d'accéder à tous les niveaux et à toutes les formes d'enseignement public. Tous les peuples autochtones ont aussi ce droit et celui d'établir et de contrôler leurs propres systèmes et établissements scolaires où l'enseignement sera dispensé dans leurs propres langues, conformément à leurs méthodes culturelles d'enseignement et d'apprentissage.

Les enfants autochtones vivant à l'extérieur de leurs communautés doivent avoir accès à un enseignement conforme à leur propre culture et dispensé dans leur propre langue.

Les États feront en sorte que des ressources appropriées soient affectées à cette fin.

Article 16

Les peuples autochtones ont droit à ce que toutes les formes d'enseignement et d'information publique reflètent fidèlement la dignité et la diversité de leurs cultures, de leurs traditions, de leur histoire et de leurs aspirations.

Les États prendront les mesures qui s'imposent, en concertation avec les peuples autochtones concernés, pour éliminer les préjugés et la discrimination, promouvoir la tolérance et la compréhension et instaurer de bonnes relations entre les peuples autochtones et tous les secteurs de la société.

Article 17

Les peuples autochtones ont le droit d'établir leurs propres organes d'information dans leurs propres langues. Ils ont aussi le droit d'accéder, sur un pied d'égalité, à toutes les formes de médias non autochtones.

Les États prendront les mesures qui s'imposent pour faire en sorte que les organes d'information publics donnent une idée juste de la diversité culturelle des peuples autochtones.

Article 18

Les peuples autochtones ont le droit de jouir pleinement de tous les droits établis en vertu du droit du travail, aux niveaux international et national.

Les autochtones ont le droit, à titre individuel, d'être protégés contre toute discrimination en matière de conditions de travail, d'emploi ou de rémunération.

CINQUIÈME PARTIE

Article 19

Les peuples autochtones ont le droit, s'ils le souhaitent, de participer pleinement et à tous les niveaux à la prise des décisions qui peuvent avoir des incidences sur leurs droits, leur mode de vie et leur avenir, par l'intermédiaire de représentants qu'ils auront eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures. Ils ont aussi le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles.

Article 20

Les peuples autochtones ont le droit de participer pleinement, s'ils le souhaitent, suivant des procédures qu'ils auront déterminées, à l'élaboration de mesures législatives ou administratives susceptibles de les concerner.

Avant d'adopter et d'appliquer de telles mesures, les États doivent obtenir le consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause, des peuples intéressés.

Article 21

Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de développer leurs systèmes politiques, économiques et sociaux, de jouir en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance et de développement et de se livrer librement à toutes leurs activités économiques, traditionnelles et autres. Les peuples autochtones qui ont été privés de leurs moyens de subsistance ont droit à une indemnisation juste et équitable.

Article 22

Les peuples autochtones ont droit à des mesures spéciales visant à améliorer de façon immédiate, effective et continue leur situation économique et sociale, y compris dans les domaines de l'emploi, de la formation et de la reconversion professionnelles, du logement, de l'assainissement, de la santé et de la sécurité sociale. Il convient d'accorder une attention particulière aux droits et aux besoins particuliers des personnes âgées, des femmes, des jeunes, des enfants et des handicapés autochtones.

Article 23

Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'élaborer des priorités et des stratégies en vue d'exercer leur droit au développement. En particulier, ils ont le droit de

définir et d'élaborer tous les programmes de santé, de logement et autres programmes économiques et sociaux les concernant et, autant que possible, de les administrer au moyen de leurs propres institutions.

Article 24

Les peuples autochtones ont droit à leurs pharmacopées et pratiques médicales traditionnelles, y compris le droit à la protection des plantes médicinales, des animaux et des minéraux d'intérêt vital.

Ils doivent aussi avoir accès, sans aucune discrimination, à tous les établissements médicaux, services de santé et soins médicaux.

SIXIÈME PARTIE

Article 25

Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer les liens particuliers, spirituels et matériels, qui les unissent à leurs terres, à leurs territoires, à leurs eaux fluviales et côtières, et aux autres ressources qu'ils possèdent ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures.

Article 26

Les peuples autochtones ont le droit de posséder, de mettre en valeur, de gérer et d'utiliser leurs terres et territoires, c'est-à-dire l'ensemble de leur environnement comprenant les terres, l'air, les eaux, fluviales et côtières, la banquise, la flore, la faune et les autres ressources qu'ils possèdent ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement. Ils ont notamment droit à la pleine reconnaissance de leurs lois, traditions et coutumes, de leur régime foncier et des institutions chargées d'exploiter et de gérer leurs ressources, ainsi qu'à des mesures de protection efficaces de la part des États contre toute ingérence ou toute aliénation ou limitation de ces droits ou tout obstacle à leur exercice.

Article 27

Les peuples autochtones ont droit à la restitution des terres, des territoires et de ressources qu'ils possédaient ou qu'ils occupaient ou exploitaient traditionnellement et qui ont été confisqués, occupés, utilisés ou dégradés sans leur consentement donné librement et en connaissance de cause. Lorsque cela n'est pas possible, ils ont droit à une indemnisation juste et équitable. Sauf si les peuples concernés en ont librement décidé autrement, l'indemnisation se fera sous forme de terres, de territoires et de res-

sources équivalents du point de vue de leur qualité, de leur étendue et de leur régime juridique.

Article 28

Les peuples autochtones ont droit à la préservation, à la restauration et à la protection de leur environnement dans son ensemble et de la capacité de production de leurs terres, territoires et ressources, ainsi qu'à une assistance à cet effet de la part des États et par le biais de la coopération internationale. Il ne pourra y avoir d'activités militaires sur les terres et territoires des peuples autochtones sans leur accord librement exprimé.

Les États feront en sorte qu'aucune matière dangereuse ne soit stockée ou déchargée sur les terres et territoires des peuples autochtones.

Les États prendront aussi les mesures qui s'imposent pour assurer la mise en œuvre des programmes de contrôle, de prévention et de soins médicaux destinés aux peuples autochtones affectés par ces matières, et conçus et exécutés par eux.

Article 29

Les peuples autochtones ont droit à ce que la pleine propriété de leurs biens culturels et intellectuels leur soit reconnue ainsi que le droit d'en assurer le contrôle et la protection.

Les peuples autochtones ont droit à des mesures spéciales destinées à leur permettre de contrôler, de développer et de protéger leurs sciences, leurs techniques et les manifestations de leur culture, y compris leurs ressources humaines et autres ressources génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leurs dessins et modèles, leurs arts visuels et leurs arts du spectacle.

Article 30

Les peuples autochtones ont le droit de définir des priorités et d'élaborer des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres, territoires et autres ressources. Ils ont notamment le droit d'exiger que les États obtiennent leur consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant une incidence sur leurs terres, territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, des ressources en eau ou de toutes autres ressources. En accord avec les peuples autochtones concernés, des indemnités justes et équitables leur seront accordées pour atténuer les effets néfastes de telles activités et mesures sur les plans écologique, économique, social, culturel et spirituel.

SEPTIÈME PARTIE

Article 31

Les peuples autochtones, dans l'exercice spécifique de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires intérieures et locales, et notamment la culture, la religion, l'éducation, l'information, les médias, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, les activités économiques, la gestion des terres et des ressources, l'environnement et l'accès de non-membres à leur territoire, ainsi que les moyens de financer ces activités autonomes.

Article 32

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de choisir leur propre citoyenneté conformément à leurs coutumes et traditions. La citoyenneté autochtone n'affecte en rien le droit des autochtones d'obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l'État dans lequel ils résident.

Les peuples autochtones ont le droit de déterminer les structures de leurs institutions et d'en choisir les membres selon leurs propres procédures.

Article 33

Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles ainsi que leurs propres coutumes, traditions, procédures et pratiques juridiques en conformité avec les normes internationalement reconnues dans le domaine des droits de l'homme.

Article 34

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de déterminer les responsabilités des individus envers leurs communautés.

Article 35

Les peuples autochtones, en particulier ceux qui sont divisés par des frontières internationales, ont le droit d'entretenir et de développer, à travers ces frontières, des contacts, des relations et des liens de coopération avec les autres peuples, notamment dans les domaines spirituel, culturel, politique, économique et social.

Les États prendront les mesures qui s'imposent pour garantir l'exercice et la jouissance de ce droit.

Article 36

Les peuples autochtones ont le droit d'exiger que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les États ou leurs successeurs soient reconnus, honorés, respectés et appliqués par les États conformément à leur esprit et à leur but originels. Les différends qui ne peuvent être réglés par d'autres moyens doivent être soumis à des instances internationales compétentes choisies d'un commun accord par toutes les parties concernées.

HUITIÈME PARTIE

Article 37

Les États doivent prendre, en consultation avec les peuples autochtones concernés, les mesures nécessaires pour donner plein effet aux dispositions de la présente Déclaration. Les droits qui y sont énoncés doivent être adoptés et incorporés dans leur législation interne de manière que les peuples autochtones puissent concrètement s'en prévaloir.

Article 38

Les peuples autochtones ont le droit de recevoir une assistance financière et technique adéquate, de la part des États et au titre de la coopération internationale, pour poursuivre librement leur développement politique, économique, social, culturel et spirituel et pour jouir des droits et libertés reconnus dans la présente Déclaration.

Article 39

Les peuples autochtones ont le droit de recourir à des procédures mutuellement acceptables et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États et d'obtenir de promptes décisions en la matière. Ils ont également droit à des voies de recours efficaces pour toutes violations de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision tiendra compte des coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés.

Article 40

Les organes et institutions spécialisées du système des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales doivent contribuer à la pleine mise en œuvre des dispositions de la présente Déclaration par la mobilisation, entre autres, de la coopération financière et de l'assistance technique. Les moyens d'assurer la participation des peuples autochtones aux questions les concernant doivent être mis en place.

Article 41

L'Organisation des Nations Unies prendra les mesures nécessaires pour assurer l'application de la présente Déclaration, notamment en créant au plus haut niveau un organe investi de compétences particulières dans ce domaine, avec la participation directe de peuples autochtones. Tous les organes des Nations Unies favoriseront le respect et la pleine application des dispositions de la présente Déclaration.

NEUVIÈME PARTIE

Article 42

Les droits reconnus dans la présente Déclaration constituent les normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones du monde.

Article 43

Tous les droits et libertés reconnus dans la présente Déclaration sont garantis de la même façon à tous les peuples autochtones, hommes et femmes.

Article 44

Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme entraînant la diminution ou l'extinction de droits que les peuples autochtones peuvent déjà avoir ou sont susceptibles d'acquérir.

Article 45

Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme conférant à un État, à un groupe ou à un individu le droit de se livrer à une activité ou à un acte contraire à la Charte des Nations Unies.

ANNEXE B

PRINCIPES ET DIRECTIVES POUR LA PROTECTION DU PATRIMOINE DES PEUPLES AUTOCHTONES

PRINCIPES

1. La protection effective du patrimoine des peuples autochtones du monde profite à l'humanité tout entière. La diversité culturelle contribue à l'adaptabilité et à la créativité de l'espèce humaine dans son ensemble.
2. Pour être effective, la protection du patrimoine des peuples autochtones devrait être largement fondée sur le principe de l'autodétermination qui comporte le droit et le devoir des peuples autochtones de développer leurs propres cultures et systèmes de connaissances ainsi que leurs propres formes d'organisation sociale.
3. Les peuples autochtones devraient être reconnus comme les principaux gardiens et interprètes de leurs cultures, de leurs arts et de leurs sciences, créés dans le passé ou développés à l'avenir.
4. La reconnaissance internationale et le respect des coutumes, règles et pratiques des peuples autochtones pour la transmission de leur patrimoine aux générations futures, et leur partage avec d'autres, sont essentiels à la jouissance par ces peuples des droits de l'homme et à leur dignité.
5. La propriété et la conservation par les peuples autochtones de leur patrimoine doivent rester collectives, permanentes et inaliénables, comme le prescrivent les coutumes, les règles et les pratiques de chaque peuple.
6. La découverte, l'utilisation et l'enseignement des connaissances des peuples autochtones, de leurs arts et de leurs cultures sont inextricablement liés aux terres et territoires traditionnels de chaque peuple. La maîtrise des territoires et ressources traditionnels est essentielle à la transmission ininterrompue du patrimoine des peuples autochtones aux générations futures, ainsi qu'à sa pleine protection.
7. Pour protéger leur héritage, les peuples autochtones doivent contrôler leurs propres moyens de transmission culturelle et d'éducation. Cela comprend leur droit de

continuer à utiliser et, en tant que de besoin, à restaurer leurs propres langues et orthographes.

8. Pour protéger leur héritage, les peuples autochtones doivent aussi exercer un contrôle sur toutes les recherches menées sur leur territoire ou qui ont leur peuple comme sujet d'étude.

9. Le consentement en toute liberté et en toute connaissance de cause des propriétaires traditionnels est un préalable essentiel à tout accord en vue de l'enregistrement, de l'étude, de l'utilisation ou de l'exposition du patrimoine des peuples autochtones.

10. Tout accord conclu pour l'enregistrement, l'étude, l'utilisation ou l'exposition du patrimoine des peuples autochtones doit être révocable et doit garantir aux peuples concernés qu'ils continueront d'être les premiers bénéficiaires de toute application commerciale.

DIRECTIVES

DÉFINITIONS

11. Le patrimoine des peuples autochtones se compose de tous les objets, sites et connaissances dont la nature ou l'utilisation a été transmise de génération en génération et qui sont considérés comme appartenant à un peuple, à un clan ou à un territoire particulier. Le patrimoine d'un peuple autochtone comprend aussi les objets, les connaissances et les œuvres littéraires ou artistiques susceptibles d'être créés à l'avenir à partir de son patrimoine.

12. Le patrimoine des peuples autochtones comprend tous les biens culturels meubles tels que définis par les conventions pertinentes de l'UNESCO ; toutes les formes d'œuvres littéraires et artistiques dans les domaines de la musique, de la danse, des chants, des cérémonies, ainsi que des symboles et graphismes, des narrations et de la poésie ; toutes les formes de connaissances scientifiques, agricoles, techniques et écologiques, y compris les cultigènes, les médicaments et l'utilisation rationnelle de la flore et de la faune ; les restes humains ; les biens culturels immeubles dont les sites sacrés, les sites d'importance historique et les lieux de sépulture ; les enregistrements issus du patrimoine des peuples autochtones sous forme de films, de photographies, de vidéo-cassettes ou d'audiocassettes.

13. Chaque élément du patrimoine des peuples autochtones a des propriétaires traditionnels : soit l'ensemble du peuple, soit une famille ou un clan donné, soit une association ou une société, soit des individus spécialement formés ou initiés pour en être les gardiens. Les propriétaires traditionnels du patrimoine doivent être déterminés conformément aux coutumes, lois et pratiques des peuples autochtones.

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

14. Le patrimoine des peuples autochtones doit continuer à être transmis par les moyens traditionnellement employés par ses propriétaires traditionnels pour l'enseignement, et les règles et pratiques propres à chaque peuple autochtone pour la transmission de son patrimoine et le partage de son utilisation doivent être incorporées dans le système juridique national.

15. En cas de différend au sujet de la garde ou de l'utilisation d'un élément quelconque du patrimoine d'un peuple autochtone, les organes judiciaires et administratifs devraient se fonder sur les avis des anciens reconnus par la communauté ou le peuple autochtone concerné comme ayant une connaissance précise des lois traditionnelles.

16. Les gouvernements, les organisations internationales et les institutions privées devraient favoriser la création de centres d'éducation, de recherche et de formation placés sous la tutelle des communautés autochtones et renforcer la capacité de ces communautés à documenter, protéger, transmettre et appliquer tous les aspects de leur patrimoine.

17. Les gouvernements, les organisations internationales et les institutions privées devraient favoriser la création de réseaux régionaux et mondiaux d'échanges d'informations et de données d'expérience entre les peuples autochtones dans les domaines de la science, de la culture, de l'éducation et des arts, y compris la mise en place de systèmes d'information électronique et de communication.

18. Les gouvernements, avec une coopération internationale, devraient prendre les mesures nécessaires pour assurer des ressources financières et un appui institutionnel pour faire en sorte que chaque enfant ait la possibilité de parler tout à fait couramment sa propre langue traditionnelle ainsi qu'une langue officielle et de savoir aussi parfaitement lire et écrire l'une et l'autre.

RÉCUPÉRATION ET RESTITUTION DU PATRIMOINE

19. Les gouvernements, avec l'assistance d'organisations internationales compétentes, devraient aider les peuples et communautés autochtones à recouvrer le contrôle et la possession de leurs biens culturels meubles et autres éléments de patrimoine.

20. En coopération avec les peuples autochtones, l'UNESCO devrait établir un programme de médiation pour la récupération à la demande des propriétaires traditionnels des biens culturels meubles se trouvant à l'étranger.

21. Les restes humains et les objets funéraires doivent être rendus aux descendants et à leurs territoires d'une manière culturellement appropriée, déterminée par les peuples autochtones concernés. Des documents ne pourront être conservés, exposés ou autrement utilisés que dans les formes et selon la manière convenues avec les peuples concernés.
22. Les biens culturels meubles doivent être rendus dans la mesure du possible à leurs propriétaires traditionnels, surtout s'ils ont une valeur culturelle, religieuse ou historique importante à leurs yeux. Un bien culturel meuble ne devrait être conservé par des universités, des musées, des institutions privées ou des particuliers que dans le cadre d'un accord en bonne et due forme avec les propriétaires traditionnels portant sur le partage de la garde et de l'interprétation du bien.
23. En aucune circonstance des objets ou autres éléments du patrimoine d'un peuple autochtone ne pourront être publiquement exposés si ce n'est de la manière jugée appropriée par le peuple concerné.
24. Lorsqu'il s'agit d'objets ou d'autres éléments de patrimoine qui ont été enlevés ou enregistrés dans le passé, et dont les propriétaires traditionnels ne peuvent plus être identifiés avec précision, les propriétaires traditionnels seront présumés être le peuple tout entier se trouvant sur le territoire où ces objets ont été enlevés ou les enregistrements effectués.

LÉGISLATIONS ET PROGRAMMES NATIONAUX

25. Les législations nationales devraient garantir aux peuples autochtones la possibilité d'actions judiciaires ou administratives promptes, effectives et à leur portée, dans leurs propres langues, pour empêcher, pénaliser ou obtenir la pleine restitution ou un juste dédommagement en cas d'acquisition, de documentation ou d'utilisation de leur patrimoine sans autorisation en bonne et due forme de leurs propriétaires traditionnels.
26. Les législations nationales devraient interdire à toute personne ou société d'obtenir des brevets, des droits d'auteur ou une autre protection juridique pour un élément quelconque du patrimoine des peuples autochtones sans preuve documentaire du consentement libre et en toute connaissance de cause des propriétaires traditionnels à un arrangement de partage de propriété, de contrôle et de profits.
27. Les législations nationales devraient garantir la dénomination et l'attribution correcte des œuvres artistiques, littéraires ou culturelles des peuples autochtones chaque fois qu'elles sont publiquement exposées ou vendues. L'attribution devrait prendre la forme d'une marque déposée ou d'une appellation d'origine autorisée par les peuples ou les communautés concernés.

28. Les législations nationales destinées à protéger le patrimoine des peuples autochtones devraient être adoptées à l'issue de consultations avec les peuples concernés, notamment les propriétaires traditionnels et les personnes chargées de transmettre les connaissances religieuses, sacrées et spirituelles et, autant que possible, avec l'accord en connaissance de cause des peuples concernés.
29. Les législations nationales devraient garantir l'utilisation des langues traditionnelles dans l'enseignement, les arts et les moyens de communication de masse et, dans la mesure du possible, favoriser leur promotion et leur renforcement.
30. Les gouvernements devraient fournir aux communautés autochtones un appui financier et institutionnel pour le contrôle de l'enseignement local, par le biais de programmes gérés par la collectivité et faisant appel à la pédagogie et aux langues traditionnelles.
31. Les gouvernements devraient immédiatement prendre des mesures, en coopération avec les peuples autochtones concernés, pour recenser les sites sacrés et cérémoniels, dont les lieux de sépulture, les lieux de guérison et les lieux traditionnels d'enseignement, et les protéger contre les incursions ou les utilisations non autorisées.

INSTITUTIONS DE RECHERCHE ET D'ÉTUDES

32. Toutes les institutions de recherche et d'études devraient prendre immédiatement des mesures pour fournir aux peuples et communautés autochtones des inventaires exhaustifs de leur patrimoine culturel et toute la documentation dont elles disposent sur le patrimoine des peuples autochtones.
33. Les institutions de recherche et d'études devraient rendre aux propriétaires traditionnels qui en font la demande tous les éléments du patrimoine des peuples autochtones ou obtenir leur accord formel pour la conservation, l'utilisation ou l'interprétation de leur patrimoine.
34. Les institutions de recherche et d'études ne devraient pas accepter d'offre de donation ou de vente d'éléments du patrimoine de peuples autochtones, avant d'avoir pris contact avec les peuples ou communautés directement concernés et s'être assurées de l'accord des propriétaires traditionnels.
35. Les institutions de recherche et d'études doivent s'abstenir d'entreprendre des études qui ne sont pas encore répertoriées, sur des variétés de plantes cultivées, sur des animaux ou des microbes ou sur des éléments de la pharmacopée naturelle sans d'abord obtenir la preuve documentaire que les spécimens ont été acquis avec le consentement des propriétaires traditionnels.
36. Les chercheurs ne doivent pas publier des informations obtenues auprès de peuples autochtones ou résultant de recherches menées sur la flore, la faune, des microbes

ou des matériaux découverts avec l'aide des peuples autochtones, sans avoir identifié leurs propriétaires traditionnels et obtenu leur accord.

37. Les chercheurs devraient accepter un moratoire immédiat en ce qui concerne le projet portant sur la diversité des génomes humains. Toute recherche sur les génotypes spécifiques des peuples autochtones devrait être suspendue aussi longtemps qu'un accord général et public, qui donne satisfaction aux organes de défense des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, n'aura pas été conclu en la matière avec les peuples autochtones.

38. Les institutions de recherche et d'études devraient activement s'employer à favoriser l'accès des peuples autochtones à toutes les formes de formation médicale, scientifique et technique ainsi que leur participation à toutes les activités de recherche qui les concernent ou qui sont menées dans leur intérêt.

39. Les associations professionnelles de savants, d'ingénieurs ou de chercheurs, en collaboration avec les peuples autochtones, devraient parrainer des séminaires et diffuser des publications prônant des règles éthiques conformes aux présentes directives et rappelant à l'ordre leurs membres qui ne les respectent pas.

COMMERCE ET INDUSTRIE

40. Lorsqu'ils traitent avec les peuples autochtones, les milieux des affaires et de l'industrie devraient s'aligner sur les directives respectées par les institutions de recherche et d'études.

41. Les milieux des affaires et de l'industrie devraient convenir d'un moratoire immédiat pour ce qui est des contrats avec les peuples autochtones destinés à obtenir des droits de découverte, de classification ou d'utilisation d'espèces non encore répertoriées ou de variétés de plantes cultivées, d'animaux ou de microbes, ou d'éléments de pharmacopée naturelle. Aucun nouveau contrat ne devrait être négocié aussi longtemps que les peuples et communautés autochtones ne seront pas eux-mêmes capables de maîtriser le processus de recherche et d'y collaborer.

42. Les milieux des affaires et de l'industrie devraient s'abstenir d'encourager des particuliers à prétendre à des droits traditionnels de propriété ou de chefferie au sein d'une communauté autochtone, en violation des liens tribaux et des lois des peuples autochtones concernés.

43. Les milieux des affaires et de l'industrie devraient s'abstenir de recruter les services de savants ou de chercheurs, pour acquérir ou enregistrer des connaissances traditionnelles ou autres éléments du patrimoine des peuples autochtones, en violation des présentes directives.

44. Les milieux des affaires et de l'industrie devraient contribuer financièrement et d'autres manières à la mise en place d'institutions d'enseignement et de recherche contrôlées par les peuples et les communautés autochtones.

45. Toutes les formes de tourisme exploitant le patrimoine des peuples autochtones doivent être limitées aux activités qui ont reçu l'approbation des peuples et des communautés concernés et qui s'effectuent sous leur surveillance et leur contrôle.

ARTISTES, INTERPRÈTES, EXÉCUTANTS ET ÉCRIVAINS

46. Les artistes, interprètes, exécutants et écrivains devraient s'abstenir d'incorporer à leurs œuvres des éléments inspirés du patrimoine autochtone sans le consentement, en toute connaissance de cause, des propriétaires traditionnels.

47. Les artistes, interprètes, exécutants et écrivains devraient soutenir le plein développement artistique et culturel des peuples autochtones et encourager des appuis publics pour favoriser le développement et une plus grande reconnaissance des artistes, interprètes, exécutants et écrivains autochtones.

48. Les artistes, interprètes, exécutants et écrivains devraient contribuer, par le biais de leurs propres activités et de leurs organisations professionnelles, à une plus grande compréhension et à un plus grand respect du patrimoine autochtone du pays dans lequel ils vivent.

INFORMATION PUBLIQUE ET ÉDUCATION

49. Les moyens de communication de masse devraient dans tous les pays s'employer à promouvoir la compréhension et le respect du patrimoine des peuples autochtones au moyen, en particulier, d'émissions spéciales et de programmes publics élaborés en collaboration avec les peuples autochtones.

50. Les journalistes devraient respecter l'intimité des peuples autochtones, notamment leurs activités religieuses, culturelles et cérémonielles traditionnelles, et s'abstenir d'exploiter le patrimoine des peuples autochtones ou de chercher à faire sensation à leurs dépens.

51. Les journalistes devraient activement aider les peuples autochtones à dénoncer les activités, publiques ou privées, qui détruisent ou dégradent leur patrimoine.

52. Les éducateurs devraient faire en sorte que les programmes et manuels scolaires enseignent la compréhension et le respect du patrimoine et de l'histoire des peuples autochtones et reconnaissent leur contribution à la créativité et à la diversité culturelle.

ORGANISATIONS INTERNATIONALES

53. Le Secrétaire général de l'ONU devrait veiller à ce que la coordination de la coopération internationale dans ce domaine soit confiée aux organes et institutions spécialisées de l'ONU et à ce que ceux-ci disposent de moyens suffisants pour mener cette tâche à bien.

54. En coopération avec les peuples autochtones, l'ONU devrait porter ces principes et directives à l'attention de tous les États membres en vue de promouvoir le renforcement des législations nationales et des conventions internationales dans ce domaine.

55. L'ONU devrait publier un rapport annuel détaillé, établi sur la base d'informations émanant de toutes les sources disponibles, y compris les peuples autochtones eux-mêmes, sur les problèmes que pose la protection du patrimoine des peuples autochtones dans tous les pays et sur les solutions adoptées.

56. Les peuples autochtones et leurs organisations représentatives devraient avoir directement accès à toutes les négociations intergouvernementales portant sur les droits de propriété intellectuelle, pour faire connaître leurs points de vue sur les mesures à prendre pour protéger leur patrimoine au moyen du droit international.

57. En collaboration avec les peuples autochtones et les gouvernements concernés, l'ONU devrait établir une liste confidentielle des sites sacrés et cérémoniels qui exigent des mesures spéciales de protection et de conservation et assurer une assistance financière et technique aux peuples autochtones, à cette fin.

58. En collaboration avec les peuples autochtones et les gouvernements concernés, l'ONU devrait établir un fonds d'affectation spéciale ayant pour mandat de recueillir, à l'échelle mondiale, les indemnités versées pour l'utilisation, sans leur consentement ou de manière inappropriée, du patrimoine des peuples autochtones, et aider les peuples autochtones à développer leur capacité institutionnelle pour défendre leur propre patrimoine.

59. Les organes opérationnels de l'ONU, ainsi que les institutions internationales de financement et les programmes régionaux et bilatéraux d'assistance au développement, devraient donner la priorité à l'octroi d'un appui financier et technique aux communautés autochtones pour qu'elles développent des capacités et des échanges d'expérience pour contrôler la recherche et l'éducation au niveau local.

60. L'ONU devrait envisager la possibilité d'élaborer une convention relative à la mise en place d'une instance juridique internationale qui s'occupe de la restitution d'objets emportés au-delà des frontières nationales, d'ici la fin de la Décennie internationale des populations autochtones.

ANNEXE C

PROJET DE DÉCLARATION SUR LES DROITS CULTURELS (Projet de travail officieux établi par un groupe d'experts et de représentants de plusieurs organisations susceptible d'être présenté à l'UNESCO pour adoption)

La Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture,

1. *Rappelant* la Déclaration universelle des droits de l'homme, les deux Pactes internationaux, l'Acte constitutif de l'UNESCO et les autres instruments pertinents,
 2. *Reconnaissant* que les droits de l'homme sont universels et indivisibles et que les droits culturels sont, au même titre que les autres droits de l'homme, une expression et une exigence de la dignité humaine,
 3. *Considérant* la nécessité de prendre en compte les droits culturels en tant que tels, d'une part, et, d'autre part, la dimension culturelle de tous les droits de l'homme actuellement reconnus,
 4. *Convaincue* que le respect mutuel des différentes identités culturelles est une condition préalable pour lutter contre l'intolérance, le racisme et la xénophobie en même temps que le fondement de toute culture démocratique, essentielle à la paix et au développement,
 5. *Persuadée* que la consécration et l'exercice des droits culturels sont des moyens de protéger et de promouvoir les identités culturelles et d'encourager l'expression des différentes cultures ainsi que le dialogue interculturel dans les sociétés démocratiques,
- Proclame* la présente Déclaration sur les droits culturels en vue d'encourager leur reconnaissance et leur mise en œuvre aux niveaux local, régional, national et universel.

ARTICLE 1. DÉFINITIONS

Aux fins de la présente Déclaration,

- (a) on entend par « culture » les valeurs, croyances, langues, arts et sciences, traditions, institutions et modes de vie au moyen desquels des indi-

vidus ou groupes manifestent le sens qu'ils donnent à leur vie et à leur développement ;

- (b) on entend par « identité culturelle » toutes les références culturelles par lesquelles des individus ou groupes se définissent et s'expriment et par lesquelles ils veulent être reconnus ; l'identité culturelle recouvre les libertés inhérentes à la dignité humaine et associe, dans un processus permanent, la diversité culturelle, le particulier et l'universel, la mémoire et l'aspiration ;
- (c) on entend par « communauté culturelle » un groupe de personnes qui partagent les références culturelles constitutives d'une identité culturelle commune qu'elles souhaitent préserver et développer, en tant qu'élément essentiel à leur dignité humaine, dans le respect des droits de l'homme.

ARTICLE 2. PRINCIPES FONDAMENTAUX

Les droits inscrits dans la présente Déclaration font partie intégrante des droits de l'homme et sont donc essentiels à la dignité humaine ; en conséquence :

- (a) nul ne peut les invoquer pour restreindre le champ d'application d'un autre droit reconnu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans tout autre instrument applicable ;
- (b) la reconnaissance, la mise en œuvre et le respect des droits culturels définis ci-après comportent des obligations positives et négatives pour tout individu, communauté et collectivité publique ;
- (c) l'exercice de ces droits ne peut être subordonné à d'autres restrictions que celles que prévoit la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique pour défendre l'ordre public et protéger les droits et libertés d'autrui.

ARTICLE 3. IDENTITÉ CULTURELLE ET PATRIMOINE

1. Toute personne a droit, seule ou en communauté :
 - (a) au libre choix et respect de son identité culturelle et des divers modes d'expression y relatifs ;
 - (b) à la connaissance et au respect de sa propre culture et des cultures d'autrui qui, dans leur diversité, contribuent au patrimoine commun de l'humanité ; cela comporte en particulier le droit de connaître les droits de l'homme et libertés fondamentales, qui sont des éléments essentiels de ce patrimoine ;
 - (c) à l'accès aux patrimoines culturels, qui sont des manifestations et expressions importantes des diverses cultures.
2. Ces droits entraînent pour chacun l'obligation de respecter ce patrimoine ; les gardiens du patrimoine, et en particulier les pouvoirs publics, sont tenus de le préserver pour les générations présentes et futures et d'en garantir l'accès.

ARTICLE 4. IDENTIFICATION À UNE COMMUNAUTÉ CULTURELLE

1. Chacun est libre de choisir de s'identifier ou de ne pas s'identifier à une communauté culturelle ou à plus d'une communauté culturelle simultanément, indépendamment des frontières, et de modifier ce choix ;
2. Nul ne peut être désigné comme appartenant à une communauté culturelle ou assimilé à une communauté contre son gré.

ARTICLE 5. PARTICIPATION À LA VIE CULTURELLE

1. Toute personne, seule ou en communauté, a le droit, indépendamment des frontières, d'accéder et de participer librement à la vie culturelle par le biais d'activités de son choix.
2. Ce droit comporte en particulier :
 - (a) la liberté de s'exprimer, en public ou en privé, dans la ou les langues de son choix ;
 - (b) la liberté d'acquérir des connaissances, de mener des recherches et de participer à une activité créatrice.
3. Il comporte aussi le droit à la protection d'intérêts concrets et moraux tirés d'œuvres qui sont les produits d'une activité culturelle.

ARTICLE 6. ÉDUCATION ET FORMATION

1. Dans le contexte général du droit à l'éducation, toute personne, seule ou en communauté, a le droit, au cours de sa vie, de recevoir une éducation et une formation qui contribuent au libre et plein développement de son identité culturelle d'une façon qui respecte la diversité des cultures ; ce droit comporte en particulier :
 - (a) la liberté d'enseigner et d'apprendre sa propre culture et sa propre langue ainsi que la culture et la langue d'autrui ;
 - (b) la liberté de créer des institutions à cette fin.
2. Ce droit oblige chacun, en particulier les pouvoirs publics, à veiller, dans la mesure des ressources disponibles, à ce qu'il puisse s'exercer dans des conditions d'égalité.

ARTICLE 7. INFORMATION

1. Dans le contexte d'ensemble du droit à l'information, toute personne, seule ou en communauté, a droit à des informations qui contribuent au libre et plein développement de son identité culturelle d'une façon qui respecte la diversité des cultures ; ce droit comporte en particulier :
 - (a) le droit de rechercher, de recevoir et de transmettre des informations ;

- (b) le droit de participer à la production et à la diffusion d'informations ;
 - (c) le droit de corriger et de faire corriger des informations erronées relatives à des cultures.
2. Ce droit oblige chacun, en particulier les pouvoirs publics, à veiller, dans la mesure des ressources disponibles, à ce qu'il puisse s'exercer dans des conditions d'égalité.

ARTICLE 8. PARTICIPATION AUX POLITIQUES CULTURELLES

1. Toute personne, seule ou en communauté, a le droit de participer, selon des procédures démocratiques, à la formulation, à l'application et à l'évaluation des politiques culturelles qui la touchent et à l'orientation de son propre développement culturel par la communauté culturelle qui y correspond.
2. Ce droit comporte la participation aux politiques de coopération interculturelle à tous les niveaux.

ARTICLE 9. APPLICATION : RESPONSABILITÉ GÉNÉRALE

L'application de la présente Déclaration suppose que les membres de la société civile et les pouvoirs publics en prennent l'initiative et l'appuient pour :

- (a) permettre la diffusion et la promotion les plus larges possibles de ses contenus ;
- (b) veiller à ce que les obligations liées aux droits culturels soient prises en compte dans la vie quotidienne ;
- (c) instaurer des attitudes et modes de comportement appropriés dans les procédures et contacts au niveau national.

ARTICLE 10. APPLICATION : RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

Au titre de leurs responsabilités spécifiques, les États sont tenus :

- (a) de veiller à ce que les droits reconnus dans la présente Déclaration soient introduits dans la législation et la pratique nationales ;
- (b) de garantir l'accès à des recours efficaces à toute personne qui, seule ou en communauté, estime que ses droits culturels ont été violés, et d'étendre les possibilités de dépôt de plaintes devant les tribunaux ;
- (c) de renforcer les moyens de coopération internationale requis pour son application et en particulier d'améliorer la coopération entre les organisations intergouvernementales compétentes.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

- S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 1996.
- Conseil de l'Europe, *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*. Actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'Institut international des droits de l'homme, Strasbourg, 17-19 avril 1989. Strasbourg, N. P. Engel, Arlington, 1990.
- J. Crawford (dir. publ.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- A. Eide *et al.* (dir. publ.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.
- W. Kymlicka (dir. publ.), *The Rights of Minority Cultures*, New York, Oxford University Press, 1995.
- P. Meyer-Bisch (dir. publ.), *Les droits culturels : une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Actes du VII^e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Fribourg, Éditions universitaires, 1993.
- A. Phillips et A. Rosa (dir. publ.), *The UN Minority Rights Declaration*, Londres/Turku (Abo) Akademi University Institute for Human Rights, Minority Rights Group (International), 1993.
- H. J. Steiner et P. Alston, *International Human Rights in Context : Law, Politics, Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- UNESCO, *Les droits de l'esprit*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1950.
- UNESCO, *La dimension culturelle du développement : vers une approche pratique*, Paris, Éditions UNESCO, 1995.
- F. de Varennes, *Language, Minorities and Human Rights*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1996.