UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

DOMMAGES CULTURELS : POUR UNE APPROCHE RESTAURATIVE DE LA JUSTICE ET DE LA RÉPARATION

THÈSE
PRÉSENTÉE
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DU DOCTORAT EN DROIT

PAR

CAMILLE LABADIE

JUIN 2022

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.04-2020). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Il me sera bien évidemment difficile de remercier toutes les personnes qui m'ont permis de mener à bien la rédaction de cette thèse de doctorat, tant elles sont nombreuses.

Je voudrais tout d'abord remercier mon directeur de thèse, le professeur Bernard Duhaime, pour l'aide et l'encadrement qu'il m'a apportés tout au long de ces années de recherche et de rédaction. Je tiens à souligner tout particulièrement ses commentaires toujours audacieux et son sens incroyable de l'anticipation. Je tiens également à le remercier pour les conseils qu'il m'a prodigués tout au long de mon cursus, et pour sa confiance qui m'a permis d'explorer sereinement les moindres recoins de mon sujet de recherche.

Je remercie aussi les professeurs Yves Bergeron, Doris Farget et Véronique Guèvremont, qui m'ont fait l'honneur d'évaluer mon projet de thèse malgré un emploi du temps chargé. Leurs précieux commentaires durant cette étape cruciale m'ont permis d'envisager mon travail sous de nouvelles perspectives et de confirmer le caractère indispensable de l'interdisciplinarité.

J'adresse bien entendu mes plus sincères remerciements au professeur Pierre Bosset, à Mme Michèle Rivet et encore une fois au professeur Yves Bergeron qui ont accepté avec enthousiasme de siéger dans le jury de cette thèse et d'enrichir celle-ci de leurs expertises respectives, de leurs réflexions et de leurs commentaires toujours constructifs et bienveillants.

Je remercie également toutes les personnes exceptionnelles, amis et collègues, avec qui j'ai partagé ces années de doctorat : Caroline, François, Valériane, Marion, Nour, Laura, Noémie, Roland... Je ne peux pas tous les nommer ici, mais j'espère qu'ils se reconnaîtront.

Enfin — et surtout — mes derniers remerciements vont à mes proches, de sang et de cœur, sans qui rien de tout ça n'aurait été possible :
Ma famille, pour son soutien indéfectible qui dépasse de loin le cadre de mes études. Je reconnais, en particulier, la chance que j'ai eue d'avoir pu compter sur ma mère, qui m'a toujours donné les encouragements nécessaires à la rédaction de cette thèse, et sur mon père, qui a relu l'intégralité de celle-ci avec une patience infinie ;
Jessica et Marjorie, pour avoir partagé mes doutes, mes réussites, mes échecs, mes crises existentielles et tellement d'autres aventures ;
Alex, mon conjoint, pour son soutien inconditionnel, sa prévenance, et son esprit critique jamais complaisant ;

Et toutes celles et ceux que j'oublie au moment de rédiger ces lignes.

DÉDICACE

À Mamie Lise, qui sera toujours « un bout de nos cœurs d'adultes et beaucoup de nos âmes d'enfants ».

Dìss ìsch de Düme
Der schìttelt d'Pflüme
Der hebt se ùf
Der traat se haam
Ùn de klein Stùmpenìckel
Est se gànz ellein !

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS iii
DÉDICACE iv
LISTE DES ABRÉVIATIONS ix
RÉSUMÉ x

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

CHAPITRE 1 — LES PATRIMOINES CULTURELS : ENJEUX DE SOCIÉTÉ, ENJEUX JURIDIQUES 28
INTRODUCTION 28
1. Cadres conceptuels : culture et patrimoines culturels 29
1.1. Le concept de culture en sciences humaines et sociales 30
1.1.1. Genèse du mot et de l'idée de culture 31
1.1.2. La culture comme objet de recherche en sciences sociales 33
1.1.3. Le renouveau du concept : acculturation et identité culturelle 38
1.2. De la culture aux patrimoines culturels 46
1.2.1. Émergence de la notion moderne de patrimoines culturels 47
1.2.2. Les éléments constitutifs des patrimoines culturels 52
1.2.3. L'importance des patrimoines culturels pour les communautés 62
1.3. Conclusion 65
2. Les atteintes aux patrimoines culturels 67
2.1. Les atteintes aux patrimoines matériels 68
2.1.1. Les dépossessions de biens culturels : privation et prédation 68
2.1.2. L'usurpation patrimoniale 74
2.1.3. Les destructions de biens culturels 76
2.2. Les atteintes aux patrimoines immatériels 78
2.2.1. L'acculturation forcée en vue de l'assimilation 79
2.2.2. L'acculturation forcée en vue de l'éradication du groupe 84
2.3. Les conséquences des atteintes aux patrimoines culturels 87

2.4. Conclusion 92

3. La protection de la culture et des patrimoines dans les instruments juridiques : entre pléthore et insuffisances 93

3.1. La protection des patrimoines culturels matériels 94

3.1.1. En situation de conflit armé ou d'occupation 95

3.1.2. La protection des biens culturels matériels en situation de paix 110

3.2. La protection des aspects immatériels de la culture 116

3.2.1. La protection de la culture dans les instruments de droits humains 117

3.2.2. La protection de la diversité culturelle 137

3.2.3. La protection des patrimoines immatériels 141

3.3. Conclusion 147

CONCLUSION 152

CHAPITRE II – LES DOMMAGES CULTURELS, ENTRE JUSTICIABILITÉ HÉTÉROGÈNE ET DÉFAUT DE RÉPARATION 155

INTRODUCTION 155

1. Les dommages culturels historiques face aux troubles de la justice intergénérationnelle 157

1.1. Le problème du droit applicable aux injustices historiques 158

1.1.1. La non-rétroactivité des instruments juridiques 159

1.1.2. Le principe de prescription 167

1.2. L'identification des débiteurs et des bénéficiaires de la réparation 171

1.2.1. De la responsabilité individuelle à la responsabilité collective 171

1.2.2. La « non-existence » et le « droit d'héritage » 176

1.3. L'évaluation des dommages 183

1.3.1. Les situations « contrefactuelles » 183

1.3.2. Le « remplacement » des injustices 187

1.4. Conclusion 190

2. Face aux dommages culturels contemporains, une cacophonie jurisprudentielle 192

2.1. La justiciabilité et la réparation des dommages culturels à travers le prisme du droit de la guerre et du droit pénal international 193

2.1.1. Le développement du droit pénal international relatif aux biens culturels 193
2.1.2. Du TPIY aux Chambres extraordinaires pour le Cambodge : une qualification à géométrie variable entre crime de guerre, crime contre l'humanité et preuve d'une intention génocidaire 199
2.1.3. La (non) réparation des victimes devant les tribunaux internationaux 212
2.1.4. Une responsabilité étatique oubliée en situation de conflit armé ou d'occupation 223
2.2. La justiciabilité et la réparation des dommages culturels à travers le prisme des droits humains 236
2.2.1. Les aspects culturels devant la CIJ : une prise en compte en demi-teinte 236
2.2.2. Les droits culturels devant les organes de traités onusiens 242
2.2.3. Les mécanismes européens, une voie en dents de scie 251
2.2.4. Les audaces du système interaméricain 260
2.2.5. Un entre-deux incertain : les positions de la Commission et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples 274
2.3. La protection des patrimoines culturels en temps de paix : des obligations étatiques sans conséquence 284
2.4. Conclusion 294
3. Les restitutions de biens culturels 296
3.1. Le cadre normatif international de la restitution et ses limites 296
3.2. L'inaptitude des tribunaux en matière de restitution 306
3.3. Les voies alternatives 312
3.4. Conclusion 316
CONCLUSION 318

CHAPITRE III – RENDRE JUSTICE HORS DES TRIBUNAUX ; LA JUSTICE RESTAURATIVE ET SA MISE EN ŒUVRE 323
INTRODUCTION 323
1. La justice restaurative : théories et pratiques 324
1.1. La justice restaurative : éléments philosophiques et procéduraux 326
1.1.1. La critique du modèle pénal 327

1.1.2. La justice restaurative comme solution 335
1.1.3. Débats internes et critiques de la justice restaurative 344
1.2. La mise en œuvre de la justice restaurative 349
1.2.1. Dans le cadre de la justice transitionnelle 351
1.2.2. Au-delà du système pénal : justice restaurative et injustices historiques 364
1.3. La pertinence d'un cadre restauratif pour les dommages culturels 375
1.4. Conclusion 383
2. Étude de cas : la réparation des dommages culturels subis par les peuples autochtones au Canada 387
2.1. L'offensive contre les cultures autochtones 391
2.1.1. La création des réserves autochtones 391
2.1.2. Discrimination raciale et criminalisation des pratiques culturelles 395
2.1.3. L'assimilation culturelle par l'éducation : les « Pensionnats indiens » ... 400
2.2. Les conséquences des destructions culturelles sur les PNMI 405
2.3. La réparation des dommages culturels au Canada : justice « judiciaire » et justice restaurative 411
2.3.1. État des lieux juridiques 411
2.3.2. La difficile reconnaissance judiciaire des droits ancestraux autochtones 422
2.3.3. (in)Justice culturelle pour les anciens pensionnaires 443
2.3.4. Un essai de justice restaurative : la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* 457
2.4. Conclusion : bilan de l'expérience restaurative canadienne 465
CONCLUSION 476

CONCLUSION GÉNÉRALE 482

ANNEXE 1 – LE CONCEPT D'« ÉTHNOCIDE » OU DE « GÉNOCIDE CULTUREL » 495

LISTE DES RÉFÉRENCES 501

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AIRS	Alberni Indian Residential School
AMC	Association des musées canadiens
APN	Assemblée des Premières Nations
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CETC	Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens
CDI	Commission du droit international
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de justice
CPI	Cour pénale internationale
CRPA	Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones
CRRPI	Convention de règlement relative aux pensionnats indiens
CSNU	Conseil de Sécurité des Nations unies
CtADHP	Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
CDESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CtEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CtIDH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CV	Commission de vérité (et réconciliation)
DESC	Droits économiques, sociaux et culturels
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
FADG	Fondation autochtone de guérison
ICOM	Conseil international des musées
MARC	Mécanisme alternatif de règlement des conflits
OEA	Organisation des États américains
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONU	Organisation des Nations Unies
OUA	Organisation de l'Unité africaine
PCK	Kampuchéa Démocratique
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PNMI	Premières Nations, Métis et Inuits
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

RÉSUMÉ

La présente recherche s'intéresse à la question des réparations pour les dommages culturels. En effet, bien que les transformations culturelles soient aujourd'hui généralement perçues comme inévitables ou « naturelles » en raison de l'accroissement des contacts entre populations, on constate que de nombreuses pertes culturelles (matérielles et immatérielles) à travers l'histoire, et aujourd'hui encore, sont le résultat de processus intentionnels répondant à divers objectifs punitifs, assimilationnistes ou génocidaires. Ces politiques délibérées ont notamment résulté en des dépossessions de terres, en la destruction ou confiscation de patrimoines sacrés, en la disparition progressive de langues et de pratiques traditionnelles et plus largement en la désintégration des structures sociales qui permettaient la transmission et la reproduction des savoirs culturels ancestraux. Si le temps a parfois contribué à effacer ou atténuer leurs effets, certaines de ces pertes sont toujours ressenties par les individus ou communautés qui réclament désormais justice. Malgré l'existence d'un droit reconnu à la réparation pour les victimes d'injustice, on constate cependant que celui-ci peine à s'appliquer en matière culturelle.

Dans ce contexte, cette recherche propose d'explorer les raisons de cette application difficile, leurs conséquences juridiques et judiciaires, et d'examiner la pertinence d'un recours à des mécanismes de justice alternatifs. Elle met notamment en lumière le fait que la complexité du concept de culture, tel qu'élaboré en sciences humaines et sociales, n'a pas pu être adéquatement saisie par les instruments juridiques qui y sont consacrés. En l'absence d'une compréhension partagée, la culture a fait l'objet d'un important morcellement, dans des instruments juridiques pléthoriques, mais peu contraignants. De cette absence de définition juridique consensuelle et holistique, découle alors une jurisprudence hétérogène entre les différentes instances judiciaires internationales et régionales présentées avec des enjeux culturels, et des modes de réparations peu adaptés aux besoins exprimés par les victimes. Quant aux demandes de réparation pour les pertes culturelles découlant d'injustices historiques, elles échouent généralement aux portes des tribunaux, aucune disposition juridique n'y étant applicables, et soulèvent d'importants enjeux philosophiques et procéduraux en matière d'identification des débiteurs et des bénéficiaires de la réparation, ou encore en matière d'évaluation des dommages. Face à cette situation, à la lumière des expériences menées dans le cadre de la justice intergénérationnelle et des différents mécanismes élaborés pour répondre aux injustice historiques, et tirant les leçons de l'expérience canadienne en matière de réparation pour les préjudices subis par les peuples autochtones, cette recherche met finalement en lumière le fait que des approches extrajudiciaires et extrajuridiques inspirées des principes de justice restaurative constitueraient des solutions plus adaptées pour assurer la reconnaissance et la réparation adéquate des dommages culturels.

Mots-clefs : dommages culturels, injustice historique, réparations, justice intergénérationnelle, justice restaurative

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Tout système juridique repose sur le principe de la responsabilité, c'est-à-dire sur le devoir de répondre en cas de violation du droit. En matière de droit privé, ce principe veut, dans la plupart des pays, qu'un préjudice[1] entraîne une obligation de réparation de la part de la personne, physique ou morale, qui en est à l'origine. Bien établie depuis l'Antiquité dans les systèmes de droit interne[2], l'obligation de réparation a également été transposée en droit international, d'abord dans les relations entre États, puis dans les relations entre les États et les individus, à mesure que ces derniers ont progressivement été reconnus comme des sujets de droit.

Concernant les relations entre États, l'obligation de réparation, bien qu'envisagée de longue date, a été concrètement formulée pour la première fois par la Cour permanente internationale de Justice dans son arrêt du 13 septembre 1928 relatif à *l'Usine de Chorzów.* Dans cette affaire opposant l'Allemagne à la Pologne, la Cour avait en effet déclaré que :

> C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même.[3]

Depuis cette époque, de nombreux travaux ont été consacrés au principe de la responsabilité internationale des États, et au concept de réparation lorsque les États manquent à leurs obligations. Depuis 1996 notamment, la Commission du droit

---

[1] Le terme « dommage » est parfois considéré comme désignant strictement « l'atteinte aux intérêts », tandis que le « préjudice » désigne les conséquences du dommage. La jurisprudence et les instruments internationaux, de même que la doctrine, tendent cependant à considérer les deux termes comme étant synonymes, et nous les utiliserons de manière interchangeable.

[2] Le *Code d'Hammourabi*, dont l'élaboration remonterait aux environs de 1750 av. J.-C., est le plus vieux texte de lois complet qui nous soit parvenu. Il porte notamment sur des règles de la vie économique, privée et familiale dans la société babylonienne, et prévoit que quiconque porte préjudice, en doit réparation à proportion de celui-ci. Il prescrit donc une vaste gamme de mesures de réparation et de peines en fonction des délits et de divers principes (statut de la victime et de la personne ayant commis le délit, gravité et circonstances atténuantes, etc.). Les peines envisagées incluent ainsi la restitution des biens volés et des amendes compensatoires et punitives, ainsi que des châtiments ou mutilations corporelles, et dans certains cas la réduction en esclavage ou la peine de mort. Marie-Joseph Seux, *Lois de l'Ancien Orient*, éditions du cerf éd, Supplément - Cahiers Évangile 56, 1986 aux pp 30-61; Jean-Marie Carbasse & Pascal Vielfaure, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Droit fondamental, Paris, PUF, 2014.

[3] *Affaire relative à l'usine de Chorzów*, [1928] Série A - No 17 à la p 21.

international (CDI) a entrepris de codifier les *Règles relatives à la responsabilité des États pour fait internationalement illicite*. Outre que « [t]out fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale »[4], le projet d'articles publié par la Commission en 2001 souligne que : « [l]'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite » et que « [l]e préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État »[5]. À la suite de l'affaire de *l'Usine de Chorzów*, dont le passage précité a été maintes fois repris et appliqué, les institutions internationales de règlement des différends (tribunaux ou mécanismes d'arbitrage) ont ainsi développé une imposante jurisprudence relative à l'obligation de réparation des États[6].

Concernant les dommages subis par les victimes individuelles ou collectives, on assiste en parallèle à l'émergence de la notion de « droit à la réparation ». Bien qu'il n'existe pas d'instrument contraignant consacré à cette question, ce droit ressort de plusieurs instruments internationaux, soit explicitement, soit découlant du droit à des recours effectifs[7]. Ainsi, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 proclame à son article 8 que « [t]oute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi »[8], tandis que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) du 19 décembre 1966 prévoit que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile […] »[9]. Le droit à des recours et à la réparation est aussi explicitement prévu dans plusieurs conventions thématiques, parmi lesquelles la *Convention sur l'élimination*

---

[4] *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires relatifs*, by Commission du droit international, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n°10 (A/56/10) Résolution 56/83, Organisation des Nations Unies, 2001 art. 1.
[5] *Ibid* art. 31.
[6] Pour une liste de la jurisprudence, consulter notamment « Arrêts, avis consultatifs et ordonnances », en ligne: *Cour Int Justice* <https://www.icj-cij.org/fr/decisions/order/1946/2020/asc>. Voir aussi Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd éd, Oxford, Oxford University Press, 2010 aux pp 50-103.
[7] Shelton, *supra* note 6 aux pp 114-122.
[8] *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Res 217 (III) A, Paris, ONU, 1948 art. 8.
[9] *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 RTNU 171, New York, ONU, 1966 art. 2. Le Pacte prévoit également que « [t]out individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation » et que toute personne condamnée suite à une erreur judiciaire sera indemnisée. *Ibid* art. 9 et 14.

de toutes les formes de discrimination raciale (art. 6), et la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (art. 14). Un pas supplémentaire vers la reconnaissance internationale des droits des victimes à la réparation est également fait en 1985 avec l'adoption de la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* par l'Assemblée générale des Nations Unies[10]. Bien que non contraignante, cette déclaration reconnaît non seulement le droit d'avoir accès à la justice et d'y être traité avec dignité et compassion, mais souligne aussi que les individus responsables d'actes criminels ou, à défaut, les États[11], ont l'obligation de « réparer équitablement le préjudice causé aux victimes »[12].

À partir des années 2000, la reconnaissance du droit des victimes à la réparation s'accélère et se précise au niveau international. En 2001, le statut de la Cour pénale internationale (CPI) permet pour la première fois aux victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité d'obtenir directement réparation, alors que celle-ci relevait jusque-là exclusivement des juridictions nationales. En 2004, le Comité des droits de l'homme, en charge notamment d'interpréter les dispositions du PIDCP, adopte l'Observation générale No. 31 sur *la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte* dans laquelle il confirme que la réparation fait partie intégrante du droit à un recours effectif :

> Le paragraphe 3 de l'article 2 exige que les États parties accordent réparation aux personnes dont les droits reconnus par le Pacte ont été violés. S'il n'est pas accordé réparation aux personnes dont les droits reconnus par le Pacte ont été violés, l'obligation d'offrir un recours utile, qui conditionne l'efficacité du paragraphe 3 de l'article 2, n'est pas remplie. Outre la réparation expressément prévue par le paragraphe 5 de l'article 9 et le paragraphe 6 de l'article 14, le Pacte implique de manière générale l'obligation d'accorder une réparation appropriée.[13]

---

[10] *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Résolution 40/34, Organisation des Nations Unies, 1985.
[11] « Lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir une indemnisation complète auprès du délinquant ou d'autres sources, les États doivent s'efforcer d'assurer une indemnisation financière ». *Ibid* art. 12.
[12] *Ibid* art. 8.
[13] *Observation générale No. 31 La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc off NU, 80e session, HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), Comité des droits de l'homme, 2004 au para 16.

En 2005 ensuite, au terme de son étude sur les normes coutumières de droit humanitaire, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a souligné que « [l]'État responsable de violations du droit international humanitaire est tenu de réparer intégralement la perte ou le préjudice causé »[14], tandis qu'après 15 ans de négociations, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes de droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*[15] (ci-après les *Principes fondamentaux*). En plus du droit d'accès à des recours, les *Principes fondamentaux* réaffirment le droit des victimes à une réparation adéquate, effective et rapide, proportionnelle à la gravité de la violation et au préjudice subi[16]. Enfin, la *Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées,* adoptée en 2006, est également importante dans la mesure où il s'agit du premier instrument contraignant qui définit précisément le droit à la réparation des victimes. L'article 24(4) de la Convention prévoit en effet que « [t]out État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'une disparition forcée le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée rapidement, équitablement et de manière adéquate »[17].

Il convient également de souligner que le droit à la réparation des individus est présent dans de nombreux instruments régionaux, parmi lesquels la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (art. 41) et la *Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes*, la *Convention américaine des droits de l'homme* (art. 63), la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture* (art. 9), la *Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme* (art. 7), ou encore le *Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux*

---

[14] Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier : Tome 1, Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006 Règle 150.
[15] *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, A/RES/60/147, A/RES/60/147 Res 60/147, ONU, 2005.
[16] *Ibid* art. IX.
[17] *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, 2716 RTNU 3, New York, ONU, 2006 art. 24.

droits des femmes (art. 25) et le *Protocole relatif à la Charte africaine portant création d'une Cour africaine* (art. 27)[18]. Au regard de ces divers instruments, et comme le résume Christine Evans :

> *Based on the above overview, which arguably indicates extensive recognition of the right of the individual to reparation in human rights and humanitarian law, as well as under general international law, it appears reasonable to state that this right has acquired a degree of recognition as forming part of customary law. Certain scholars consider the right already well-grounded in customary law, while others identify it as an emerging rule*.[19]

En même temps que s'effectue la reconnaissance juridique du droit à la réparation, on assiste également au développement d'une réflexion sur ses objectifs. Dans la langue française, le terme « réparation » a deux significations principales. Au sens propre, il s'agit d'une action consistant à remettre en état. Le garagiste répare les voitures, le cordonnier répare les chaussures. Au sens figuré, le mot « réparation » a une connotation plus morale. Il s'agit de réparer un affront, une offense. On considère généralement que la réparation, d'un point de vue juridique, renvoie simultanément à ces deux significations. Au sens figuré, elle vise à remédier aux conséquences d'un fait répréhensible et au sens propre elle contribue à remettre en état l'équilibre social[20].

Depuis l'Antiquité, la réparation est en effet présentée comme l'obligation de rétablir un équilibre antérieur, considéré comme juste et perturbé par le crime. Elle trouve sa source dans une conception commutative et arithmétique de la justice en vertu de laquelle une personne injustement privée de ses biens doit pouvoir en reprendre possession ou, à défaut, recevoir des biens de même valeur[21]. Réparer un dommage, c'est donc revenir

---

[18] Shelton, *supra* note 6 aux pp 122-143.

[19] Christine Evans, *The right to reparation in international law for victims of armed conflict*, Cambridge studies in international and comparative law, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 à la p 39. Voir aussi Shelton, *supra* note 6 à la p 238.

[20] Rafael Encinas de Munagorri, « Propos sur le sens de la réparation en droit français de la responsabilité » (2003) 33:2 Rev Générale Droit 211-221. Voir aussi Jules Guillaumé, « Le droit à réparation devant la CPI : promesses et incertitudes » (2015) 4 Polit Étrangère 51-62.

[21] Encinas de Munagorri, *supra* note 20 à la p 213 et suiv.; Shelton, *supra* note 6 aux pp 10-11. Dès l'Antiquité, la réparation se double également d'un objectif pacificateur. Pour préserver la paix sociale, elle est en effet conçue comme un moyen de satisfaire les victimes tout en limitant leur recours à la vengeance privée et, ainsi, l'extension de la violence. Une telle situation est notamment illustrée par la célèbre *Loi du Talion*, qui prévoyait d'infliger au responsable, au maximum, le même dommage que celui causé à la victime (« œil pour

à la situation antérieure. Cette conception de la réparation perdure aujourd'hui. Ainsi, selon le *Dictionnaire de droit international public* : « [d]ans son sens le plus général, la prestation consiste dans le rétablissement d'une situation antérieure à la survenance d'un préjudice, soit par la remise des choses en état, soit par une compensation pour le préjudice subi »[22]. Toutefois, plus qu'un simple retour en arrière, on considère généralement que la réparation doit rétablir la situation qui *aurait existé* si le fait illicite n'avait pas été commis. C'est encore une fois la Cour permanente de justice internationale qui a donné le ton dans son arrêt relatif à *l'Usine de Chorzów* en soulignant que :

> Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer *toutes les conséquences* de l'acte illicite et *rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé* si ledit acte n'avait pas été commis. (nos italiques)[23]

Dans cette perspective, la réparation peut aller plus loin qu'une simple « remise en état ». Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, de même que les *Principes fondamentaux*, prévoit en effet que celle-ci doit aussi être accordée pour toutes les « occasions perdues, y compris en ce qui concerne l'emploi, l'éducation et les prestations sociales », et pour la « perte du potentiel de gains » liée à des dommages matériels et à la perte de revenus[24]. Dans le cas d'une détention illégale, par exemple, la réparation pourra ainsi être la remise en liberté, assortie d'un dédommagement pour tout manque à gagner découlant de la perte d'emploi.

Outre ces dimensions matérielles, on considère également que la réparation se trouve au cœur même du système des droits humains, dont elle assure la crédibilité et

---

œil, vie pour vie, dent pour dent, main pour main, pied pour pied, brûlure pour brûlure, plaie pour plaie, contusion pour contusion ») ou qui permettait à ce dernier de verser une compensation monétaire. À titre d'exemple, outre le *Code Hammourabi* mentionné précédemment, la coutume de Grimbergen (en Brabant, 1275) fixait un prix pour chaque partie du corps. L'individu responsable d'un dommage corporel pouvait perdre le même membre ou payer une somme d'argent correspondant à la partie du corps touchée (et tenant compte de la nature de la blessure, et éventuellement de circonstances aggravantes ou atténuantes). Marie-Sylvie Dupont-Bouchat, « Le crime pardonné: La justice réparatrice sous l'Ancien Régime (XVIe-XVIIIe siècles) » (1999) 32:1 Criminologie 31-56 aux pp 32 et 36-37.

[22] Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Universités francophones, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p 975.

[23] *Affaire relative à l'usine de Chorzów*, *supra* note 3 à la p 47.

[24] *Supra* note 15 art. IX; Commission du droit international, *supra* note 4 art. 36.

l'effectivité, et qu'elle a une importance morale et psychologique pour les victimes et la société dans son ensemble[25]. Comme le résume Carla Ferstman :

> *The purpose of reparation is generally understood to reestablish the situation that existed before the harm occurred. It can also serve as a measure to end ongoing breaches and to deter future ones, as a vehicle for reconciliation or to restore relations between the violator and injured parties, as well as a basis to repair or rehabilitate physical and psychological integrity and dignity*.[26]

En effet, bien qu'il soit impossible d'anticiper les besoins de chaque individu à la suite d'un préjudice, plusieurs études révèlent l'existence de certains besoins communs aux victimes : recevoir de l'information, un soutien médical, émotionnel et concret, une protection et être incluse dans le processus de justice. Parmi ces besoins, l'octroi de réparations, en particulier, est généralement considéré comme un aspect essentiel dans la reconnaissance du statut des victimes et des souffrances qu'elles ont endurées[27]. Elles contribueraient ainsi à une plus grande satisfaction au terme des processus de justice et pourraient avoir des effets considérables sur la restructuration psychologique des individus et sur la réconciliation des populations, notamment à la suite de violences de masses[28].

Pour effacer toutes les conséquences d'un fait illicite et rétablir ce qui aurait vraisemblablement existé, six principaux modes de réparation ont été progressivement développés et intégrés dans les instruments internationaux, et peuvent être mis en œuvre séparément ou conjointement selon les circonstances : la restitution, la compensation, la satisfaction, la réhabilitation et les garanties de non-répétition[29]. La restitution (ou

---

[25] Jo-Anne Wemmers, *Reparation for Victims of Crimes against Humanity: The healing role of reparation*, Londres, New York, Routledge, 2014; Shelton, *supra* note 6 à la p 11.
[26] Carla Ferstman, « Reparations » dans *Oxf Bibliogr*, 2017.
[27] Voir par exemple David Miers, « Victim Compensation as a Labelling Process » (1980) 5:1 Victimology 3-16; Robert Cario, « Introduction générale à la victimologie et à la réparation des victimes » (2018) 35-510-A-55 Psychiatries 1-8; Wemmers, *supra* note 25; Howard Zehr, *Changing Lenses : Restorative Justice for Our Times, 25th Anniversary Edition*, Harrisonburg, Herald Press, 2015; Mara Schiff, « Satisfying the Needs and Interests of Stakeholders » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handb Restor Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 228; Jodi Giesbrecht & Travis Tomchuk, *Mouvements de réparation au Canada*, L'immigration et l'ethnicité au Canada, Ottawa, Société historique du Canada, 2018 aux pp 33-34.
[28] Wemmers, *supra* note 25.
[29] À l'origine, trois modes principaux ont été envisagés et sont notamment précisés aux articles 34, 35, 36 et 37 du projet d'articles de la Commission du droit international : la restitution, la compensation et la satisfaction. À mesure notamment que la réparation s'est étendue aux victimes individuelles, d'autres formes de réparation ont été ajoutées. Ainsi, la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* souligne que la réparation « doit inclure la

réparation en nature) s'entend de la restauration des droits légitimes de propriété. Selon les *Principes fondamentaux*, « [l]a restitution comprend, selon qu'il convient, la restauration de la liberté, la jouissance des droits de l'homme, de l'identité, de la vie de famille et de la citoyenneté, le retour sur le lieu de résidence et la restitution de l'emploi et des biens »[30]. La compensation (ou indemnisation) est la forme la plus courante de réparation. Elle concerne la compensation financière des préjudices qui ne peuvent faire l'objet d'une restitution, et qui se prêtent à une évaluation économique[31]. À défaut de pouvoir rétablir la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le fait dommageable n'était pas intervenu, le responsable est tenu de compenser les préjudices causés. La compensation peut ainsi porter sur des aspects physiques, psychologiques, matériels ou moraux. Elle peut par exemple couvrir les frais de justice et médicaux engagés par les victimes, ainsi que les dommages causés aux propriétés[32]. La fonction de la compensation est donc de refléter, dans la mesure et les limites d'une réparation monétaire, les pertes « quantifiables » subies par les victimes. Comme souligné précédemment, cette indemnisation couvre les dommages découlant directement du crime et s'étend à ceux résultant de la perte de revenus ou d'opportunités. La satisfaction vise à réparer les préjudices moraux (atteinte à l'honneur, à la dignité, à la réputation, etc.) subis par les victimes à la suite d'un crime et peut prendre diverses formes. Les *Principes fondamentaux* soulignent ainsi que les mesures de satisfaction peuvent inclure la cessation des violations persistantes, la vérification et la divulgation complète et publique de la vérité, la recherche des personnes disparues, le

---

restitution des biens, une indemnité pour le préjudice ou les pertes subis, le remboursement des dépenses engagées en raison de la victimisation, la fourniture de services et le rétablissement des droits » (para 8), et que les victimes doivent « recevoir l'assistance matérielle, médicale, psychologique et sociale dont elles ont besoin » (para 14). L'observation no. 31 du Comité des droits de l'homme précise également que « selon le cas, la réparation peut prendre la forme de restitution, réhabilitation, mesures pouvant donner satisfaction (excuses publiques, témoignages officiels), garanties de non-répétition et modification des lois et pratiques en cause aussi bien que la traduction en justice des auteurs de violations de droits de l'homme ». L'article 24(5) de la *Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* stipule également que le droit d'obtenir réparation « couvre les dommages matériels et moraux ainsi que, le cas échéant, d'autres formes de réparation telles que a) La restitution ; b) La réadaptation ; c) La satisfaction, y compris le rétablissement de la dignité et de la réputation ; d) Des garanties de non-répétition ». Enfin le Statut de la CPI envisage également une liste non exhaustive de formes de réparation « telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit » (art. 75). Pour de nombreux exemples de jurisprudences où ces différents modes de réparation ont été utilisés, voir Shelton, *supra* note 6 aux pp 255-366 et 468-476.

[30] note 15 art. IX. Voir aussi Shelton, *supra* note 6 aux pp 271-275.

[31] Shelton, *supra* note 6 aux pp 291-294.

[32] note 15 art. IX.

rétablissement de la dignité des victimes par une déclaration ou une décision officielle, la présentation d'excuses publiques, la sanction des personnes responsables des violations ou encore des activités de commémorations et d'hommages aux victimes[33]. Dans le même ordre d'idée, les mesures de réhabilitation (ou de réadaptation) visent à soutenir les victimes dans leurs démarches à plus long terme pour surmonter les conséquences du préjudice. Réservée, semble-t-il, aux violations des droits de la personne[34], les *Principes fondamentaux* indiquent que « [l]a réadaptation devrait comporter une prise en charge médicale et psychologique ainsi que l'accès à des services juridiques et sociaux ». Pour Dinah Shelton, les mesures de réhabilitation renvoient plus précisément au :

> […] processus qui vise à rétablir la santé et la réputation de la victime après le traumatisme engendré par une atteinte grave à son intégrité physique ou mentale [...]. La réadaptation cherche à atteindre l'aptitude physique et psychologique maximale en s'adressant à la personne, à la famille, à la communauté locale et même à la société dans son ensemble.[35]

Enfin, les garanties de non-répétition renvoient à l'idée de prévention et à l'obligation qu'ont les États de veiller à ce que les violations ne puissent se reproduire[36]. Elles impliquent généralement un vaste ensemble de réformes et de mesures institutionnelles visant à garantir le respect de l'état de droit, à entretenir une culture du respect des droits humains, et à restaurer la confiance dans les institutions publiques[37].

Malgré une littérature abondante et des efforts de codification, on constate cependant que le droit à la réparation au niveau international, et la réalisation de ce droit

---

[33] *Ibid* art. IX; Clarisse Barthe, « Réflexions sur la satisfaction en droit international » (2003) 49:1 Annu Fr Droit Int 105-128; Patrick Daillier & Alain Pellet, *Droit international public*, 7eme édition éd, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 à la p 894; Shelton, *supra* note 6 aux pp 276-277.

[34] Les mesures de réhabilitation ne sont pas incluses dans le projet d'article de la CDI sur la responsabilité de l'État.

[35] Telle que citée et traduite dans *La réadaptation comme forme de réparation en vertu du droit international*, by Clara Sandoval Villalba, Londres, REDRESS, 2009 aux pp 10-11. Voir aussi Shelton, *supra* note 6 aux pp 275-276.

[36] Dans le projet d'article de la CDI, ces mesures sont considérées comme une conséquence de la violation et sont distinctes des mesures de réparation (art 30). Les garanties de non-répétition sont également parfois considérées comme une mesure de satisfaction. Daillier & Pellet, *supra* note 33 à la p 894; Shelton, *supra* note 6 aux pp 278-280.

[37] Carole Mottet & Christian Pout, « La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable » (2009) Actes Conférence Tenue À Yaoundé 17 Au 19 Novembre 2009 « Justice Transitionnelle Une Voie Vers Réconciliation Constr D'une Paix Durable » à la p 22.

sont encore loin d'être acquis. Comme le soulignent Éric Posner et Alan Sykes « [*t*]*he topic of remedies is one of the most undeveloped areas of international law* »[38]. De nombreux auteurs mettent en effet en lumière la persistance de confusions terminologiques ou le manque de règles détaillées, voire regrettent, dans certains domaines, l'absence totale de règle en matière de réparation. Pour ces auteurs, cette situation découlerait notamment de l'éloignement et de l'isolement des tribunaux internationaux — dont les champs de compétences diffèrent —, de leur nature complémentaire, de l'absence de moyens contraignants pour faire appliquer leurs décisions, et du fait que le propre des tribunaux n'est pas d'appliquer des règles générales, mais de répondre à des besoins spécifiques[39]. En conséquence, on observe une pratique souvent inégale et la persistance de nombreux débats quant au contenu précis des différents modes de réparation, à leur étendue ou encore à leurs modalités de mise en œuvre concrète[40]. Or, à côté de ces principaux débats substantifs, un autre problème est que, comme pour toute norme juridique, le déclenchement de l'obligation de réparation en droit international, tout comme en droit interne, est conditionnel à la présence de plusieurs éléments.

La responsabilité, qui entraîne l'obligation de réparation, n'est en effet engagée que lorsqu'il y a un fait (acte ou omission) constituant une violation du droit. Cela implique donc en premier lieu qu'il existe des dispositions juridiques (obligations ou interdictions) pouvant être l'objet d'une violation[41]. Le fait illicite doit également être attribuable à une

---

[38] Eric A Posner & Alan O Sykes, « Efficient Breach of International Law: Optimal Remedies, 'Legalized Noncompliance,' and Related Issues » (2011) John M. Olin. Law&Economics Working Paper No. 546 (2d series) SSRN Electron J 55 à la p 1.

[39] Voir notamment Sandoval Villalba, *supra* note 35; Barthe, *supra* note 33; Christian Tomuschat, « Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations » (2002) 10 Tulane J Int Comp Law 157-184; *The Right to a Remedy and Reparation for Gross Human Rights Violations. A Practitioners' Guide*, by International Commission of Jurists, Genève, International Commission of Jurists, 2018; Christine Gray, « Is There an International Law of Remedies? » (1985) 56:1 Br Yearb Int Law 25-47; S Haasdijk, « The Lack of Uniformity in the Terminology of the International Law of Remedies » (1992) 5:2 Leiden J Int Law 245-263; *Les réparations en théorie et en pratique*, by Lisa Magarrell, New York, International Center for Transitional Justice; Guillaumé, *supra* note 20; Julie Vincent, « Le droit à la réparation des victimes en droit pénal international : utopie ou réalité ? » (2010) 44:2 Rev Jurid Thémis 84-104 à la p 94; Pablo de Greiff, « Justice and Reparations » dans *Handb Repar*, Oxford, Oxford University Press, 2006 451. À titre d'exemple, le terme « victime » ne désigne pas toujours les mêmes catégories de personnes d'une institution à l'autre.

[40] Gynette Tomeba Mabou, *La réparation devant les juridictions judiciaires internationales* Université de Strasbourg, 2017) [unpublished]; Evans, *supra* note 19 à la p 30; Shelton, *supra* note 6 aux pp 239-251.

[41] Depuis 1978, la Commission du droit international examine la question de la responsabilité internationale des États pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit

personne, physique ou morale, ou à un État. La responsabilité des individus ne peut être engagée qu'à condition qu'ils aient directement causé un dommage, ou si ce dommage est le fait d'un subordonné ou d'une personne dont ils ont la charge[42]. De même, la responsabilité des États n'est engagée qu'à condition que l'acte préjudiciable soit le fait d'un agent de l'État et puisse leur être directement attribué[43].

En second lieu, si la responsabilité peut être engagée en l'absence de préjudice[44], l'obtention de réparations (restitution, compensation ou réhabilitation) reste quant à elle conditionnelle à la preuve de l'existence d'un dommage, matériel ou moral, reconnu[45]. Par ailleurs, de même que pour l'attribution de la responsabilité, l'identité des bénéficiaires individuels ou collectifs de la réparation doit également être établie. Enfin, la réparation ne peut être accordée que s'il existe un lien de causalité entre le fait illicite et le préjudice. En 2018, la Cour internationale de justice (CIJ) avait ainsi rappelé que les dommages ne

---

international. À ce jour cependant, les travaux de la Commission se sont limités à mettre l'accent sur les obligations des États en matière de mesures préventives de réduction des risques, et uniquement pour les activités reconnues comme étant dangereuses et qui causent ou risquent de causer un dommage significatif. *Examen des questions de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et de la répartition des pertes consécutives à de tels dommages*, A/RES/65/28, Organisation des Nations Unies, 2010; *Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2013.

[42] Le droit international humanitaire prévoit en effet qu'un supérieur hiérarchique (civil ou militaire) peut être tenu responsable de la conduite illégale d'un subordonné. Il s'agit d'une forme de responsabilité indirecte fondée sur le manquement à un devoir d'agir. Le supérieur hiérarchique est responsable d'une omission lorsqu'il ne prend pas les mesures nécessaires pour empêcher ses subordonnés de commettre des violations. Voir par exemple Henckaerts & Doswald-Beck, *supra* note 14 Règle 153; *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 2187 RTNU 3, Rome, Organisation des Nations Unies, 1998 art. 28. De même, plusieurs systèmes juridiques de droit civil et de *common law* prévoient la possibilité d'une « responsabilité pour fait d'autrui », incluant la responsabilité des parents ou gardiens pour les faits des enfants dont ils ont la charge, la responsabilité des employeurs pour les faits de leurs employés, ou encore, dans certains cas, la responsabilité pour les crimes commis par un co-conspirateur dans le cadre d'une entreprise criminelle. Voir par exemple Alex Kreit, « Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton » (2008) 57:3 Am Univ Law Rev 585-639; Philippe Le Tourneau, « La responsabilité du fait d'autrui » dans *Responsab Civ* Que sais-je ?, PUF, 2003 79.

[43] Les règles s'y rapportant sont énoncées au Chapitre II du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État.

[44] Comme indiqué dans le projet d'articles de la CDI « Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale ». Le fait générateur de la responsabilité est donc le fait illicite, indépendamment de ses conséquences.

[45] International Commission of Jurists, *supra* note 39 à la p 42. Certains systèmes de *common law* permettent des exceptions à ce principe. Dans le cadre de la certification d'un recours collectif, des victimes n'ont parfois pas besoin de démontrer l'existence d'un préjudice individuel. Il s'agit cependant d'une pratique qui fait débat et qui n'a été mise en œuvre que dans quelques circonstances très précises se trouvant hors du champ de cette recherche. « Sans préjudice ? », (2011), en ligne: *Droit-Inc* <https://www.droit-inc.com/article5911-Sans-prejudice>.

donnent droit à réparation que lorsqu'il « existe un lien de causalité suffisamment direct et certain » entre le fait illicite et le préjudice subi par le demandeur[46].

Qu'advient-il, alors, des situations qui ne satisfont pas à ces critères ? Ces dernières décennies ont en effet été témoins d'importants développements technologiques, qu'il s'agisse d'industries extractives, d'intelligence artificielle ou encore de la conquête de l'espace, qui présentent des défis en ce que ces activités et leurs conséquences préjudiciables, actuelles ou futures, n'ont pas toujours été envisagées par le droit. Mais à l'opposé de ces préoccupations d'avenir, d'autres victimes semblent avoir été largement oubliées : les victimes d'injustices historiques. Comme le souligne Federico Francioni :

> *Contemporary international law is haunted by the memory and legacy of past injustices. Members or descendants of oppressed groups, disfavoured minorities, classes of individuals, foreign populations, and indigenous peoples, are pressing claims for reparation in domestic courts and in a variety of international fora. The grievances motivating such claims are most diverse: they range from genocide, as in the paradigmatic case of the victims of Nazi persecution, slavery, as was the case for the millions of Africans forcibly transferred from their homeland to the Americas, deportation, forced labour and internment in connection with World War II, sexual slavery of Asian women forcibly conscripted into the Japanese army in the 1940s, and more. The common denominator of all such claims is that they are based on some type of wrong that by today's standards would constitute a serious violation of international human rights.*[47]

Depuis une trentaine d'années, on assiste de fait à l'essor des mouvements de revendication pour les injustices historiques telles que l'esclavage, la colonisation, la ségrégation et les politiques discriminatoires, ou encore les mesures génocidaires. Or, si ces crimes pourraient effectivement être considérés comme des violations graves des droits humains au regard des standards actuels, ils ont pour point commun de ne pas bénéficier de ce statut d'un point de vue strictement juridique. Le développement des instruments de droit international, et en particulier de droits humains, depuis le milieu du XXe siècle, s'est en effet systématiquement accompagné de restrictions à leurs champs d'application

---

[46] *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c Nicaragua) Arrêt du 2 février 2018*, [2018] 2018 15 au para 32.

[47] Francesco Francioni, « Reparations for Indigenous Peoples: Is International Law Ready to Ensure Redress for Historical Injustices? » dans Federico Lenzerini, dir, *Repar Indig Peoples Int Comp Perspect*, Oxford, Oxford University Press, 2008 27 à la p 27.

respectifs et de garde-fous procéduraux, parmi lesquels le principe de non-rétroactivité qui en empêche l'application à des situations antérieures à leur entrée en vigueur, ou encore le principe de prescription qui instaure des délais maximums entre la commission d'une injustice et la possibilité pour les victimes de saisir la justice. En conséquence, la plupart des revendications pour les injustices historiques ne peuvent s'appuyer sur aucun instrument juridique contraignant et sont, de fait, inadmissibles devant les instances judiciaires[48].

En dépit de ce vide juridique, on constate cependant que la gravité des crimes commis, et l'ampleur de leurs conséquences, ont parfois amené les décideurs politiques, de même que certains acteurs privés, à mettre en place divers mécanismes (présentations d'excuses officielles, création de fondations, instauration de commissions d'enquête, projets de commémoration, etc.) visant à reconnaître les préjudices causés et à offrir certaines formes de réparation[49]. C'est par exemple dans le cadre de tels mécanismes que les survivants de l'Holocauste ont été en mesure de recouvrir l'équivalent de 8 milliards de dollars d'actifs bancaires gelés ou dérobés par les nazis et que le Chili a octroyé des compensations aux descendants des victimes du régime de Pinochet[50]. De même, entre 2000 et 2007, l'organisme *Foundation Remembrance, Responsibility and Future*, financé conjointement par le gouvernement fédéral et quelques 6500 entreprises privées allemandes, a versé près de 4,4 milliards d'euros à plus de 1,6 million d'individus (ou à leurs ayant droits) à titre de compensation pour leur déportation, leur détention et leur travail forcé durant la Seconde Guerre mondiale[51]. Si ces mécanismes, de même que leurs

---

[48] Shelton, *supra* note 6 aux pp 428-429 et 455-463.

[49] Voir notamment Elazar Barkan, *The Guilt of Nations – Restitution and Negotiating Historical Injustices*, New York London, W. W. Norton & Company, 2000; George Hicks, « The Comfort Women Redress Movement » dans Roy L Brooks, dir, *Sorry Isnt Enough Controv Apol Repar Hum Injustice*, New York, NYU Press, 1999 113; Shelton, *supra* note 6 aux pp 429-455.

[50] Voir par exemple Eric A Posner & Adrian Vermeule, « Reparations for Slavery and Other Historical Injustices » (2003) 103:3 Columbia Law Rev 689; Eric K Yamamoto, « Racial Reparations: Japanese American Redress and African American Claims » (1998) 40 BC Rev 477; Holocaust victim assets litigation, « Swiss Banks Settlement: In re Holocaust Victim Assets Litigation », en ligne: <http://www.swissbankclaims.com/Default.aspx>; Hicks, *supra* note 49; Shelton, *supra* note 6 aux pp 428-464.

[51] « Foundation "Remembrance, Responsibility and Future" - Foundation EVZ », (2009), en ligne: *Found EVZ* <https://web.archive.org/web/20091201054323/http://www.stiftung-evz.de/eng/about-us/origins/>. Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, de nombreux programmes de réparation ont ainsi été mis sur

motivations, leurs objectifs, leur contenu et leurs résultats, sont loin d'être égaux, et plus loin encore d'être systématiques[52], ils témoignent néanmoins d'une reconnaissance des préjudices passés, ainsi que de l'émergence d'un sentiment de responsabilité morale, à défaut de responsabilité juridique, dont découlerait, au moins partiellement, une obligation de réparation. Pourtant, parmi ces injustices historiques, les dommages causés aux patrimoines culturels continuent de souffrir tout particulièrement d'une absence d'attention.

L'histoire des sociétés humaines est en effet caractérisée par les rencontres et les métissages culturels, mais aussi par les destructions culturelles intentionnelles. À titre d'exemples, dans l'Égypte et la Rome ancienne, des fresques et des sculptures ont été mutilées lors de *damnatio memoriae* pour faire disparaître les noms, les visages, et ainsi l'existence de certains personnages[53] ; on peut également mentionner l'anéantissement de Carthage, la destruction des Temples de Salomon et d'Hérode ou encore le fait que sous Itzcoatl, les Aztèques ont systématiquement détruit les archives des peuples conquis, afin de les remplacer par une histoire et de nouveaux mythes officiels[54]. Parmi les exemples plus « récents » de destructions culturelles, on pense aussi bien évidemment aux tentatives d'éradication des cultures autochtones depuis la « découverte » des Amériques, à l'effacement délibéré des particularismes régionaux avec l'émergence des États-nations, aux pillages et aux réformes culturelles dans les pays colonisés, ou encore bien évidemment aux nombreuses destructions commises dans l'Europe de la Seconde Guerre mondiale[55]. À

---

pied non seulement pour les populations juives, mais pour toutes les victimes du régime nazi. Hicks, *supra* note 49. Plus récemment encore, en décembre 2019, la famille Reimann, propriétaire notamment de la célèbre marque *Krispy Kreme*, a effectué un don de 11 millions de dollars à la *Claims Conference*. Cette somme sera reversée au cours des 3 prochaines années à des survivants de l'Holocauste à titre de réparation pour le recours au travail forcé de prisonniers russes et français dans les entreprises des fondateurs de la compagnie, Albert Reimann Sr. Et d'Albert Reimann Jr. Jordan Valinsky, « Krispy Kreme owners donate $5 million to Holocaust survivors over family's Nazi past », (décembre 2019), en ligne: *CNN Bus* <https://www.cnn.com/2019/12/12/business/krispy-kreme-family-nazi-donation-trnd/index.html>.

[52] Voir Rhoda E Howard-Hassmann & Anthony P Lombardo, dir, *Reparations to Africa*, University of Pennsylvania Press, 2008; Jon Miller & Rahul Kumar, *Reparations: Interdisciplinary Inquiries*, Oxford University Press, 2007; Shelton, *supra* note 6 aux pp 450-454.

[53] Simon Connor, « Mutiler, tuer, désactiver les images en Égypte pharaonique » (2018) 2 Perspect Actual En Hist L'art 147-166.

[54] SilverMoon, *Fray Bernardino de Sahagun and the Nahua : conflicting interests intertwined* Montana State University, 1999) [unpublished].

[55] Pour d'autres exemples, voir notamment Federico Lenzerini, « Intentional Destruction of Heritage » dans *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 75 aux pp 75-76.

travers l'histoire et jusqu'à aujourd'hui encore, les exemples qui témoignent de ces dommages culturels sont nombreux, qu'il s'agisse du vol et de la destruction de biens culturels, ou de la mise en place de politiques discriminatoires visant à l'assimilation ou à l'anéantissement d'une communauté[56] par l'interdiction de sa langue ou de ses rites et coutumes et de leur transmission.

Si le passage du temps a parfois contribué à atténuer, voire à effacer, les conséquences les plus visibles de ces destructions, certaines d'entre elles sont encore durement ressenties par les éventuels survivants, leurs descendants et leurs communautés de manière générale[57]. La plupart des destructions culturelles ont en effet pris la forme de dépossessions de terres, de destructions ou de confiscations de patrimoines sacrés ou de restes humains, de l'extinction programmée de langues, de dialectes et de pratiques traditionnelles et, plus largement, de la désintégration des structures sociales permettant la transmission et la reproduction des savoirs ancestraux. De ce fait, leurs conséquences sont encore parfois ressenties non seulement au niveau des patrimoines culturels, mais

---

[56] Le concept de « communauté » (de même que celui, proche, de « peuple » ou de « minorité ») se trouve au cœur d'enjeux et de débats philosophiques, sociologiques, juridiques et politiques importants, aussi bien dans sa définition théorique que dans ses utilisations pratiques. Les instruments de droit international, pas plus que la jurisprudence, la doctrine ou les travaux en sciences humaines et sociales (*Community Studies*), n'offrent de définitions permettant d'en éclaircir définitivement les contours. Ils entretiennent même parfois un flou jugé, par certains, préférable. Dans le cadre de ce travail, il doit être compris dans un sens sociologique, plutôt que normatif, et désigne une « communauté culturelle historique ». Il renvoie ainsi à l'idée de groupes sociaux intergénérationnels, plus ou moins développés sur le plan institutionnel, composés d'individus qui partagent une histoire, interagissent et s'identifient les uns aux autres en fonction de caractéristiques culturelles communes (langue, religion ou spiritualité, tradition, valeurs, mode de vie, etc.). Les individus qui les composent revendiquent le plus souvent leur appartenance à ces communautés et sont généralement concentrés dans des espaces géographiques plus ou moins vastes, et plus ou moins bien délimités. En ce sens, la notion de communauté inclut, par exemple, un peuple inuit, métis ou autochtone, une ethnie ou minorité ethnique, une civilisation, etc. Voir par exemple Natacha Gagné, Claudie Larcher & Sébastien Grammond, « La communauté comme sujet et objet du droit : implications pour les Métis du Canada » (2014) 38:2 Anthropol Sociétés 151-174; Claude Jacquier, « Qu'est-ce qu'une communauté ? En quoi cette notion peut-elle être utile aujourd'hui ? » (2011) 2:2 Vie Soc 33-48; Cherry Schrecker, « Le concept de communauté dans la sociologie anglo-saxonne » (2007) 150 Diversité. Voir aussi Stéphane Pierré-Caps, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international » (2014) 32:1 Civ Eur 5-20; Christian Charbonneau, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes: un droit collectif à la démocratie...et rien d'autre » (1996) 9 Rev Québécoise Droit Int 111-130 aux pp 117-118; Mylène Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, Collection du Centre des droits de l'Homme de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2009 à la p 77 note 291.

[57] Dinah Shelton, « Reparations for Indigenous Peoples : The Present Value of Past Wrongs » dans Federico Lenzerini, dir, *Repar Indig Peoples Int Comp Perspect*, Oxford, Oxford University Press, 2008 47 à la p 48.

également au niveau du développement économique, social et politique des communautés en raison de l'importance de ces patrimoines dans leur construction et leur maintien.

En effet, s'il n'existe pas de définition universelle et consensuelle de la culture, elle est aujourd'hui généralement considérée comme « […] ce tout complexe qui comprend la connaissance, les croyances, l'art, la morale, le droit, les coutumes, et les autres capacités ou habitudes acquises par l'homme en tant que membre de la société »[58]. Cette notion abstraite de culture, dont on considère qu'elle imprègne tous les aspects de la vie, s'incarne dans une diversité quasi infinie de manifestations, englobées sous le terme de « patrimoines culturels ». Il peut s'agir de réalisations tangibles (mobiles ou immobiles) ou intangibles telles que la langue, les savoir-faire, les connaissances (historiques, scientifiques, environnementales…) ou encore l'alimentation et l'habillement, transmises et développées de génération en génération. En raison de cette dimension holistique, la culture et ses manifestations doivent donc être considérées comme un aspect fondamental de la construction identitaire des individus et comme la pierre d'angle et le ciment des communautés. Divers auteurs soulignent leur rôle dans la manière dont les individus se perçoivent, dans l'estime qu'ils ont d'eux-mêmes, ou encore dans l'émergence de sentiments d'appartenance et de responsabilités mutuelles[59]. De fait, sans remettre en question la nature perméable et évolutive des cultures, et sans nier l'existence de phénomènes « naturels » de métissage ou d'acculturation du fait des contacts prolongés entre des groupes distincts, on peut affirmer que les pertes culturelles ont des effets dévastateurs sur les individus et les communautés lorsqu'elles sont brutales ou le fruit de politiques délibérées.

---

[58] Edward Burnett Taylor, *Primitive Culture*, 1871 tel que cité dans Denys Cuche, *La notion de culture dans les sciences sociales*, 5e éd, Paris, La Découverte, 2016 à la p 19. Pour une définition similaire, voir aussi Thomas Barfield, dir, *The Dictionary of Anthropology*, Oxford ; Malden, Mass, Wiley-Blackwell, 1998 à la p 98.

[59] Voir notamment Avishai Margalit & Joseph Raz, « National Self-determination »: (1990) 87:9 J Philos 439 aux pp 447-449; Yael Tamir, *Liberal Nationalism*, Princeton, Princeton University Press, 1995 aux pp 41, 71-73 et 85-86; David Miller, « In Defence of Nationality » (1993) 10:1 J Appl Philos 3; Janet Blake, *International Cultural Heritage Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015 à la p 275.

Pourtant, alors qu'on assiste aujourd'hui à la reconnaissance et à la réparation des violations de nombreux droits humains, voire désormais de certaines injustices historiques, l'obligation de réparer qui devrait découler des dommages culturels reste largement ignorée. Un examen de la littérature permet en effet de constater des carences sur cette question. La culture et les patrimoines culturels font bien évidemment l'objet de recherches extrêmement abondantes dans des domaines aussi divers que l'anthropologie, l'archéologie, la sociologie, l'histoire, la muséologie et bien évidemment le droit, qui seront évoquées tout au long de ce travail. De très nombreux auteurs se sont ainsi intéressés à la protection des patrimoines culturels, en particulier en situation de conflits armés, ainsi qu'à l'action normative de l'UNESCO. Leurs recherches ont notamment mené à diverses réflexions sur la protection et la promotion des patrimoines culturels, sur la qualification des destructions culturelles en droit, qu'il s'agisse de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou, plus récemment, de « génocide culturel ». Elles interrogent aussi le bien-fondé et les enjeux relatifs à la restauration des biens endommagés et à la préservation des patrimoines immatériels menacés de disparition. On observe également ces dernières années un regain d'intérêt pour les recherches sur les notions de « droits culturels » et de « droit à la culture » dans le domaine des droits de la personne, ainsi qu'une réflexion juridique, politique et sociale sur les enjeux de diversité culturelle, de multiculturalisme et d'interculturalisme. Plusieurs auteurs examinent également le rôle de la propriété intellectuelle dans la protection et la préservation des patrimoines traditionnels, tandis que les patrimoines autochtones et les collections muséales occidentales se retrouvent de plus en plus souvent au cœur d'enjeux politiques et diplomatiques.

On constate cependant que l'essentiel de cette littérature abondante est axé sur l'avenir et les moyens de prévenir les dommages causés aux patrimoines culturels, ou qu'il se limite aux cas particuliers des peuples autochtones et/ou aux restitutions de biens matériels[60]. La question des réparations qui devraient être octroyées aux communautés dont

[60] Voir par exemple Shelton, *supra* note 57; Francioni, *supra* note 47; Federico Lenzerini, « Cultural Identity, Human Rights, and Repatriation of Cultural Heritage of Indigenous Peoples » (2016) 23:1 Brown J World Aff 127-142; Ana Filipa Vrdoljak, « Reparations for Cultural Loss » dans *Repar Indig Peoples Int Comp Perspect*, Oxford, Oxford University Press, 2008 197; Andrew J Mallam, *Reparations for cultural loss to survivors of Indian Residential Schools* Université d'Ottawa, 2012) [unpublished]; Marc-André Renold,

les traditions, les savoir-faire ou les dialectes ont été délibérément éteints ou endommagés est généralement absente. Du côté des instruments juridiques internationaux, qui seront présentés et analysés dans le premier Chapitre, on constate là aussi qu'il en existe de très nombreux consacrés aux obligations des États relativement à la promotion et à la protection de la culture et des patrimoines culturels sous toutes leurs formes et dans différents contextes, aussi bien au niveau international que régional[61]. De cette pléthore d'instruments juridiques, la doctrine s'accorde toutefois à critiquer le manque de force véritablement contraignante, l'absence de mécanismes de mise en œuvre, de suivi, et de sanction en cas de violation. Quant aux jurisprudences découlant de ces instruments, qui seront quant à elles examinées dans le deuxième Chapitre, on constate que les revendications en matière de dommages culturels se heurtent à différents obstacles liés notamment à leur nature souvent historique, à la fragmentation et aux insuffisances des instruments juridiques pertinents. En conséquence, les jurisprudences existantes n'offrent que peu d'éléments de réflexion satisfaisants.

S'il existe un droit à la réparation bien établi, et si les destructions culturelles sont une réalité historique et contemporaine indéniable comment expliquer l'absence de prise en compte des dommages culturels ? Et comment, alors, assurer leur réparation ?

Pour tenter de répondre à ces questions, cette thèse se propose de révéler les limites des instruments juridiques dans la reconnaissance des dommages culturels, d'en examiner les conséquences, et de réfléchir à un moyen de combler les lacunes juridiques et judiciaires identifiées. Ainsi, l'objectif de cette recherche est double, puisqu'il s'agira à la fois de poser un diagnostic et de réfléchir à des solutions possibles. Ce faisant, elle s'attachera à vérifier les hypothèses suivantes : premièrement, malgré la reconnaissance croissante de l'importance de la culture et des patrimoines pour les individus et les communautés aussi

---

« International Dispute Resolution Mechanisms » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 665.

[61] Voir par exemple : *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, avec Règlement d'exécution*, 249 RTNU 215, La Haye, UNESCO, 1954. ; *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, 823 RTNU 231, Paris, UNESCO, 1970. ; *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*, 2421 RTNU 457, Rome, UNIDROIT, 1995.

bien dans les sciences sociales que dans la doctrine, les instruments juridiques, et par extension les tribunaux, peinent encore à rendre compte de manière satisfaisante de la dimension holistique et complexe des phénomènes culturels et à rendre justice aux communautés victimes de destructions culturelles. Et deuxièmement, au regard de l'inadéquation du système juridique et judiciaire, le recours à des mécanismes alternatifs inspirés des principes de « justice restaurative » pourrait constituer une solution apte à répondre aux besoins de ces communautés.

Si le fait d'étudier la reconnaissance et la réparation des dommages culturels constitue en soi une nouveauté au regard de la littérature existante, cette réflexion doctorale ne saurait toutefois s'y limiter. Ces questions se trouvent en effet au confluent de plusieurs courants : la reconnaissance des liens intrinsèques entre patrimoines culturels et droits humains, l'essor des revendications en matière d'injustices historiques, la place des victimes dans les institutions judiciaires internationales, les droits des minorités et des peuples autochtones, ou encore le développement de la justice intergénérationnelle. Sans prétendre à une analyse exhaustive, cette réflexion s'efforcera d'adopter une approche holistique à même de rendre compte et d'articuler l'ensemble de ces mouvements. En outre, plus qu'une analyse théorique et conceptuelle, cette thèse se veut surtout un outil pratique à destination des communautés victimes de destructions culturelles. Il s'agira donc de proposer des pistes de solutions susceptibles de servir de canevas à diverses situations de destructions culturelles dont les conséquences ont entraîné, ou entraînent encore, des pertes dramatiques pour les communautés victimes, et un appauvrissement pour l'humanité tout entière.

Pour mener à bien cette réflexion, la présente thèse est divisée en trois Chapitres.

Le premier Chapitre a trois objectifs. Dans une première partie, il s'agira tout d'abord de définir ce que sont la culture et les patrimoines culturels, et de comprendre l'articulation de ces deux concepts. Cette entreprise conduira à examiner leur émergence dans le domaine des sciences humaines et sociales, où ils ont été formulés pour la première fois, et leur évolution, depuis une conception évolutionniste, héritée de la pensée des

Lumières, jusqu'à leur récente compréhension en tant qu'éléments complexes, dynamiques, perméables et évolutifs. Afin d'éclairer les évolutions de ces concepts en droit, d'en interroger les fondements et de tenter de dépasser les impasses juridiques, une ouverture interdisciplinaire vers les sciences humaines et sociales (ethnologie, anthropologie, sociologie) a donc été privilégiée. Les emprunts à ces disciplines n'aboutiront pas à la formulation d'analyses originales, mais permettront de souligner que les concepts de culture et de patrimoines culturels sont intrinsèquement liés (les patrimoines culturels étant les manifestations concrètes du concept plus large et plus abstrait de culture) et de considérer que la culture, et donc par extension les patrimoines culturels, jouent un rôle fondamental dans la construction et la survie des communautés.

Dans une deuxième partie, il s'agira de montrer qu'en raison de ce rôle fondamental, les destructions culturelles ont souvent constitué une stratégie privilégiée en vue d'assimiler ou d'anéantir une communauté. À partir d'exemples tirés de différents contextes historiques, géographiques et politiques, cette partie mettra en lumière les objectifs et les processus variés par lesquels les patrimoines culturels peuvent être endommagés ou détruits, ainsi que les conséquences de ces destructions sur les communautés qui en ont été, ou qui en sont encore, victimes. Considérant l'enchevêtrement des notions de culture et de patrimoines culturels, et leur dimension holistique aujourd'hui largement acceptée, cette thèse optera pour une utilisation large de la notion de « dommages culturels ». Elle privilégie ainsi l'emploi du terme au pluriel pour désigner l'ensemble des atteintes aux expressions culturelles d'une communauté, qu'il s'agisse de ses patrimoines matériels ou immatériels, tout en gardant à l'esprit que c'est généralement la « culture », et par extension l'identité culturelle et donc l'existence même de cette communauté, qui est la véritable cible de ces attaques. La notion de « génocide culturel », réapparue depuis quelques années, ne sera cependant pas directement abordée dans la mesure où son contenu ne fait pas l'objet d'un consensus et qu'il ne s'agit pas, à l'heure actuelle, d'un concept juridiquement reconnu. S'agissant toutefois d'un terme incontournable, le « génocide culturel » fait l'objet d'un bref survol à l'Annexe 1. En raison de leur nature évolutive, il convient également de préciser que ce travail porte exclusivement sur les patrimoines, dont l'extinction ou quasi-extinction, résulte de mesures

délibérées en vue de les faire disparaître. Un tel phénomène est bien évidemment illustré par les pensionnats indiens au Canada, qui seront examinés au Chapitre 3, mais il peut également être illustré par d'autres situations à travers le monde et à différentes époques, telles que la répression de la culture tibétaine[62], ou encore celle des musulmans ouïghours[63]. Il n'est donc pas question ici de traiter des phénomènes et des processus d'acculturation progressifs ou asymétriques qui accompagnent la rencontre de cultures différentes ni de la disparition de pratiques culturelles résultant d'évolutions sociales « naturelles ». Dans le même ordre d'idée, et par souci de brièveté, ce travail porte uniquement sur la disparition des patrimoines « conforme[s] aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable »[64]. Bien que les méthodes employées pour mettre fin à ces pratiques puissent faire l'objet de discussions, cette réflexion doctorale n'examinera pas l'interdiction de pratiques culturelles qualifiées de préjudiciables telles que les mutilations physiques et génitales, les mariages forcés ou précoces, ou encore les crimes d'honneur[65].

Dans une troisième partie enfin, devant ces nombreux exemples de destructions intentionnelles, il s'agira d'examiner comment les patrimoines culturels, et plus largement la culture, ont été saisis par le droit et intégrés dans les instruments internationaux destinés à en assurer la protection. Cette partie s'attachera à souligner que malgré la pléthore d'instruments juridiques internationaux, ces derniers ne fournissent qu'une base fragile à la protection de la culture et des patrimoines et à la responsabilité des États et des individus

---

[62] Voir par exemple « Le dalaï-lama dénonce un «génocide culturel» au Tibet », *Le Devoir*, en ligne: <https://www.ledevoir.com/monde/180875/le-dalai-lama-denonce-un-genocide-culturel-au-tibet>; Human Rights Watch, « Chine : Répression accrue au Tibet liée à la campagne «Maintien de la stabilité» », (mai 2016), en ligne: *Hum Rights Watch* <https://www.hrw.org/fr/news/2016/05/22/chine-repression-accrue-au-tibet-liee-la-campagne-maintien-de-la-stabilite>.

[63] Voir par exemple Dorian Malovic, « Minorités en danger, les Ouïghours, sous la répression culturelle et religieuse », *La Croix* (décembre 2017), en ligne: </Monde/Asie-et-Oceanie/Minorites-danger-Ouighours-repression-culturelle-religieuse-2017-12-15-1200899756>.

[64] *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, 2368 RTNU 3, Paris, UNESCO, 2003 à l'art. 1.

[65] Voir par exemple *Fact Sheet No.23, Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children*, by United Nations High Commissioner for Human Rights; « Formes de violence : Pratiques traditionnelles néfastes », en ligne: </fr/biblioth%C3%A8que/publications/formes-de-violence-pratiques-traditionnelles-nefastes>.

en cas de dommages. En raison notamment de la complexité de ces concepts hérités des sciences humaines et sociales, on verra en effet que la protection juridique de la culture et des patrimoines culturels a fait l'objet d'un important morcellement au détriment de leur dimension holistique, tandis que les obligations énoncées sont le plus souvent vagues, indirectes, parfois conditionnées, et qu'elles s'accompagnent rarement de mécanismes destinés à en assurer la mise en œuvre et à sanctionner les violations.

Le deuxième Chapitre s'intéressera ensuite à la manière dont les institutions judiciaires, confrontées à des revendications en matière de dommages culturels, ont interprété les instruments juridiques internationaux existants. Dans une première partie, cette étude postule que la plupart des destructions culturelles qui font aujourd'hui l'objet de revendications relèvent de processus de longues durées et s'inscrivent dans ce qu'il convient d'appeler des « injustices historiques ». Si certains auteurs réservent l'emploi de cette notion aux situations où les protagonistes (victimes et bourreaux) sont aujourd'hui tous disparus[66], ce travail adopte une définition plus large désignant les injustices commises par les générations précédentes. Elle englobe ainsi les cas plus récents où des communautés, voire des individus, ont survécu aux politiques visant à la destruction de leur identité culturelle. Comme le souligne Celeste Hutchinson :

> […] *a historic injustice cannot be defined solely on the basis of passage of time. What often makes an event "historic" is the fact that it has a significant or important effect on the course of history; a past event that people will forever remember because of the impact it has had on continuing society.*[67]

Dans cette perspective, la présence de survivants est considérée comme pertinente pour identifier les bénéficiaires potentiels de mesures de réparations, plutôt que pour déterminer si l'évènement considéré relève d'une injustice historique ou non[68]. Cette partie sera toutefois l'occasion de souligner que ces demandes de réparation sont généralement confrontées à de nombreux obstacles juridiques et procéduraux, en particulier les principes

---

[66] Nahshon Perez, *Freedom from Past Injustices: A Critical Evaluation of Claims for Inter-Generational Reparations*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012 à la p 2.
[67] Celeste Hutchinson, « Reparations for Historical Injustice: Can Cultural Appropriation as a Result of Residential Schools Provide Justification for Aboriginal Cultural Rights? » (2007) 70 Sask Rev 425 à la p 426.
[68] *Ibid.*

de non-rétroactivité des instruments internationaux, de prescription, d'attribution des responsabilités et d'identification des victimes. Plus généralement, dans la mesure où il est aujourd'hui admis que les cultures sont évolutives, sensibles aux changements internes et perméables aux influences extérieures, ces revendications sont également confrontées à des problèmes liés à l'évaluation des dommages et la détermination du lien de causalité entre les faits et les préjudices. Face à ces différents obstacles, cette partie sera néanmoins l'occasion d'examiner les voies de contournement proposées par les tenants de la justice intergénérationnelle — mais qui n'ont toutefois pas encore trouvé écho devant les institutions judiciaires. Seront ainsi évoquées les exceptions reconnues aux principes de non-rétroactivité et de prescription, ainsi que les principes de responsabilité institutionnelle et de survivance des obligations.

Dans une seconde partie, il sera ensuite vu comment les revendications pour des dommages culturels plus récents sont abordées par les tribunaux. Considérant le peu de jurisprudence disponible, une méthodologie large sera adoptée pour l'examen des approches retenues par l'ensemble des institutions qui se sont prononcées sur ces questions. Elle s'intéressera ainsi aux institutions internationales permanentes (Cour internationale de justice, Cour pénale internationale), *ad hoc* (Tribunal de Nuremberg, Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens) et régionales (Cour européenne des droits de l'homme, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples), aussi bien en matière de responsabilité des États que de responsabilité pénale individuelle. Il sera question, dans une première section, d'examiner le traitement des dommages culturels à travers le prisme du droit de la guerre[69]. Cette section permettra de mettre en relief l'hétérogénéité des interprétations formulées par les tribunaux, lorsque des jugements sont rendus, ainsi que l'absence globale de réparation prévue pour les victimes, qu'elle soit exclue de la compétence des institutions judiciaires internationales, ou rendue virtuellement impossible par manque de moyens financiers. Une deuxième section examinera ensuite les

[69] Il existe certains débats et confusions terminologiques autour de cette expression. Dans le cadre de ce travail, nous utilisons l'expression « droit de la guerre » de manière large, c'est-à-dire qu'elle inclut le « droit des conflits armés », qui encadre les méthodes et les moyens de guerre, ainsi que le « droit international humanitaire » consacré à la protection des individus qui ne participent pas ou plus aux hostilités.

jurisprudences relatives aux dommages culturels à travers le prisme des droits humains. Considérant que les droits culturels souffrent d'un manque persistant de conceptualisation et de mise en œuvre, cette partie tentera de montrer que les revendications en la matière doivent adopter des stratégies alternatives, avec des succès variables. Or, quand bien même ces revendications obtiennent gain de cause, on constate que les mesures de réparation sont le plus souvent insatisfaisantes, soit en raison de leur portée individuelle et/ou strictement compensatoire, comme c'est le cas devant la Cour européenne des droits de l'homme, soit au contraire en raison de leur portée trop ambitieuse, comme c'est le cas devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dont les mesures de réparation, quoiqu'adaptées à chaque cas, manquent parfois de clarté, ne tiennent pas toujours compte des réalités et ne sont souvent que partiellement mises en œuvre par les États condamnés. Quant aux destructions de biens culturels dans un contexte de paix, une troisième section soulignera que la faiblesse des instruments internationaux de protection des biens culturels rend pratiquement inexistante toute responsabilité internationale des États vis-à-vis des patrimoines se trouvant sur leur propre territoire, quand bien même ceux-ci auraient été reconnus comme ayant une valeur universelle dépassant les frontières nationales.

Finalement, à côté de cette cacophonie judiciaire et jurisprudentielle, une troisième partie sera consacrée à la question des restitutions de biens culturels. Si ces dernières semblent bénéficier d'un cadre normatif et d'une pratique mieux établie, cette section mettra en évidence que, là encore, les tribunaux se révèlent souvent inadaptés au traitement des demandes en raison de la complexité des situations et de la nature particulière des biens culturels. Dans ces circonstances, les restitutions relèvent le plus souvent d'initiatives politiques ou privées, ou s'organisent par le biais de mécanismes alternatifs extra- ou non judiciaires permettant l'élaboration de solutions *ad hoc* originales.

Tirant les leçons des lacunes normatives et procédurales ainsi identifiées, le troisième Chapitre propose, dans une démarche prospective, de faire appel aux principes et à la philosophie de la justice restaurative pour répondre aux revendications en matière de dommages culturels. En vertu de la justice restaurative en effet, le problème posé par un crime ou un délit doit être envisagé sous l'angle du préjudice causé et non sous l'angle

de la transgression d'une norme juridique. En replaçant les protagonistes au cœur du processus de justice, elle vise à dépasser les logiques rétributives et à créer les conditions nécessaires pour que les victimes puissent obtenir des réparations adaptées à leurs besoins, tout en favorisant la responsabilisation et la réhabilitation des coupables. Se faisant, elle vise plus largement à la guérison du tissu social en considérant les responsabilités collectives et en tentant d'identifier et de corriger les origines de la violence. Principalement conceptualisée, dans sa forme contemporaine, comme une alternative ou un complément au système judiciaire et pénal occidental, la justice restaurative s'est également développée comme une alternative à privilégier dans les processus de justice transitionnelle au lendemain de conflits armés, et pour répondre aux besoins de victimes d'injustices historiques dans la mesure notamment où elle peut fonctionner en l'absence d'un coupable identifié et qu'elle permet de faire appel à des normes et procédures généralement absentes des systèmes judiciaires institutionnels.

Dans cette perspective, une première partie tentera de dégager les avantages de la justice restaurative non seulement comme alternative aux tribunaux, mais aussi comme moyen de combler les insuffisances du droit. Il s'agira alors de revenir sur le concept de justice restaurative tel qu'il a été développé dans la littérature. Cette partie permettra de présenter ses principales caractéristiques philosophiques et procédurales, les différents courants théoriques qui traversent le mouvement pour la justice restaurative ainsi que les critiques dont elle est l'objet. Il sera ensuite possible d'observer la mise en œuvre de la justice restaurative dans différents contextes. Il sera plus particulièrement question d'observer sa mise en œuvre dans le cadre de la justice transitionnelle où des mécanismes, directement inspirés de la justice réparatrice, se sont révélés efficaces pour répondre aux besoins de victimes de violences de masse à la suite de conflits armés, et plus récemment en lien avec les injustices historiques. À la lumière de ces différentes expériences, il sera finalement possible d'évaluer la pertinence de la justice restaurative pour répondre aux dommages culturels.

Dans une seconde partie, la pertinence de la justice restaurative, et la question plus générale de la réparation des dommages culturels, seront finalement jaugées à travers

l'exemple des expériences vécues par les Premières nations, les Inuits et les Métis (PNMI) au Canada. Depuis la fin des années 1990 en effet, en réponse à la multiplication de leurs revendications, le Canada s'est engagé dans un vaste processus de réconciliation nationale[70]. Il passe notamment par la conduite d'enquêtes sur les préjudices subis depuis les débuts de la conquête coloniale, qu'il s'agisse de la confiscation des terres ancestrales autochtones et de la création du système des réserves, de la mise en place de mesures de discrimination et de criminalisation des pratiques culturelles autochtones, ou encore de la mise en place du système des pensionnats indiens, qui visait explicitement à séparer les enfants de leurs communautés culturelles pour les « civiliser » et les assimiler à la société coloniale occidentale. Sans prétendre à l'exhaustivité, une première section exposera ces différentes mesures de destructions culturelles ainsi que leurs conséquences patrimoniales, politiques, économiques et sociales. Dans la deuxième section, il s'agira ensuite de présenter différentes mesures de justice et de réparation adoptées depuis la fin des années 1990. Elle permettra ainsi de mettre en lumière les différents obstacles rencontrés par les victimes dans leur quête de réparation en matière de dommages culturels. Il s'agira notamment de souligner que les tribunaux canadiens se sont jusqu'à présent révélés incapables d'appréhender les pertes culturelles subies par les PNMI et de leur rendre justice, aussi bien dans le cadre de la reconnaissance de leurs droits ancestraux, que dans celui de la restitution de leurs terres traditionnelles et des réparations octroyées aux anciens pensionnaires. La troisième et dernière section permettra d'examiner les différents mécanismes extrajudiciaires de réparations mis en place par les gouvernements canadiens successifs pour tenter de répondre aux besoins des PNMI et d'évaluer leurs avantages et leurs limites pour la reconnaissance et la réparation des dommages culturels subis par les peuples autochtones.

---

[70] Depuis la fin des années 1980, le Canada s'est également engagé dans des processus de reconnaissance et de réparation des autres injustices historiques commises sur son territoire, parmi lesquelles la déportation des Acadiens, l'internement des Canadiens ukrainiens durant la Première Guerre mondiale, les discriminations et déplacements forcés des Canadiens d'origine japonaise et italienne durant la Deuxième Guerre mondiale, ou encore les taxes d'entrée imposées aux immigrants d'origine chinoise de 1885 à 1923 (suivies de l'interdiction totale de l'immigration chinoise jusqu'en 1947). Voir Giesbrecht & Tomchuk, *supra* note 27; Jennifer Henderson & Pauline Wakeham, dir, *Reconciling Canada. Critical Perspectives on the Culture of Redress*, Toronto ; Buffalo, University of Toronto Press, 2013.

Au terme de cette introduction, une mise en garde s'impose. En raison de leur nature holistique, les revendications culturelles sont intrinsèquement liées à de très nombreux enjeux politiques, économiques et sociaux, tant au sein des États, relativement aux droits des minorités et des peuples autochtones, qu'à l'échelle internationale. Les dommages culturels sont aussi étroitement liés aux autres injustices historiques (colonisation, génocide, esclavage, etc.) et à différents enjeux politiques, qu'il s'agisse de l'affirmation de la souveraineté des États, du droit à l'autodétermination des peuples (en particulier pour ce qui concerne les restitutions de terres autochtones) ou encore de la protection de l'environnement, qui ne seront que brièvement mentionnés. Dans le même ordre d'idée, les thèmes et notions abordés dans les différents Chapitres peuvent faire l'objet d'importantes discussions et débats. Il serait en effet pertinent de s'interroger sur les notions de responsabilités individuelles et collectives, sur la responsabilité des entreprises, sur le relativisme culturel face à l'universalité affirmée des droits humains, sur le concept même de « communauté », ou encore sur les phénomènes d'appropriations culturelles et le rôle des institutions culturelles et muséales. Compte tenu de l'ampleur du sujet étudié, il est entendu que la thèse présentée ne prétend pas apporter des solutions à ces nombreux défis et qu'elle soulèvera davantage de questions qu'elle n'apportera de réponses. Nous espérons toutefois qu'elle permettra d'ouvrir la voie à de nouvelles recherches.

CHAPITRE 1 — LES PATRIMOINES CULTURELS : ENJEUX DE SOCIÉTÉ, ENJEUX JURIDIQUES

INTRODUCTION

L'histoire des sociétés humaines est caractérisée par les mouvements de populations et, de fait, par les rencontres culturelles. Si certaines de ces rencontres se sont faites de manière progressive ou pacifique au gré des migrations, nombre d'entre elles se sont accompagnées de violences : asservissement, ostracisation, assimilation ou encore extermination. Bien que les transformations culturelles soient aujourd'hui le plus souvent présentées comme inévitables ou « naturelles » en raison notamment de la multiplication et de l'intensification des contacts entre populations, on constate que certaines d'entre elles ont découlé de mesures intentionnelles, souvent brutales, visant expressément à l'assimilation voire à l'anéantissement d'une communauté par la destruction de ses patrimoines et de son identité culturelle. Dans cette perspective, ce premier chapitre a pour principaux objectifs de présenter les dommages culturels, afin de mettre en lumière leur gravité et les nombreuses répercussions de ces dommages sur les communautés victimes, ainsi que les différents instruments juridiques, contraignants ou non, qui ont été progressivement adoptés pour lutter contre ces destructions.

Pour ce faire, il s'agira tout d'abord de préciser les contours des notions de « culture » et de « patrimoines culturels ». En effet, réfléchir à la reconnaissance des destructions culturelles et à leur réparation exige de s'intéresser à ces deux notions qui en sont au cœur. Cette entreprise conduira, grâce à des emprunts aux sciences humaines et sociales, à proposer un cadre conceptuel de la notion de « culture », puis à examiner comment celle-ci se manifeste au travers d'une multitude de productions matérielles et de pratiques et savoir-faire intangibles, englobés sous le terme de « patrimoines culturels », dont l'importance pour les individus et les communautés a été progressivement reconnue, aussi bien dans la littérature scientifique que sur la scène internationale.

Après avoir établi que les patrimoines culturels jouent un rôle crucial dans la construction et la survie des communautés, il s'agira, dans une deuxième partie, de montrer que la destruction intentionnelle de ces patrimoines a parfois constitué une stratégie privilégiée en vue de garantir l'assimilation forcée d'une communauté, ou son anéantissement. Cette partie sera ainsi l'occasion de mettre en lumière les objectifs et les processus par lesquels les patrimoines culturels peuvent être délibérément endommagés ou détruits, ainsi que les conséquences de ces destructions sur les communautés qui en ont été, ou qui en sont encore, victimes.

Dans une troisième partie enfin, il s'agira de voir comment les différents éléments constitutifs des patrimoines culturels, et plus largement de la culture, ont été intégrés dans des instruments internationaux destinés à en assurer la protection. Ce faisant, cette partie s'attachera à souligner que face, notamment, à la complexité et au dynamisme de ces concepts, et à l'incapacité des États de s'entendre sur une définition de la culture, celle-ci a fait l'objet d'un important morcellement, dans des instruments au demeurant peu, voire non contraignants.

1. Cadres conceptuels : culture et patrimoines culturels

Afin d'éclairer les concepts de « culture » et de « patrimoines culturels » en droit, cette réflexion doctorale exige dans un premier temps de s'intéresser à la manière dont ils ont été initialement formulés. Pour ce faire, une ouverture interdisciplinaire vers les sciences humaines et sociales a été privilégiée, dans la mesure où c'est à elles que l'on doit l'identification de la culture et des patrimoines culturels comme objets de recherches, ainsi que les tentatives de définition les plus abouties. Grâce à des travaux issus de l'ethnologie, de l'anthropologie ou encore de la sociologie, cette première partie propose ainsi de revenir sur les concepts de « culture » et de « patrimoines culturels » tels qu'ils ont été développés dans les sciences humaines et sociales afin de mettre en lumière leur complexité, leurs liens intrinsèques et leur importance pour les individus et les communautés.

1.1. Le concept de culture en sciences humaines et sociales

Comme le souligne Denys Cuche : « [l]'homme est essentiellement un être de culture. Le long processus d'hominisation, commencé il y a environ quinze millions d'années, a consisté fondamentalement à passer d'une adaptation génétique à l'environnement naturel, à une adaptation culturelle »[71]. De fait, alors que toutes les populations partagent un patrimoine biologique similaire, elles se différencient par leurs choix culturels, c'est-à-dire par les réponses originales qu'elles apportent aux différents obstacles et problèmes rencontrés[72]. Pourtant, bien que cette caractéristique des êtres humains soit aisément identifiable, on constate qu'il n'existe pas, à ce jour, de définition consensuelle de ce qu'est la « culture »[73]. En effet, ce terme est employé dans les domaines les plus variés et permet de désigner des phénomènes très différents. Ainsi, le pédagogue parle de « culture générale » ; l'agriculteur de « culture intensive » ; le journaliste de « culture de masse » ; le politologue de « culture de classe » ; le responsable des relations humaines de « culture d'entreprise » ; le scientifique de « culture microbienne » et le sociologue de phénomènes de « contre-culture ». Le mot est également utilisé dans des expressions telles que « culture nationale », « culture populaire », ou encore « culture classique ». Au regard de ces diverses acceptions, proposer une définition précise et complète de ce terme relève donc de la gageure.

La compréhension du concept de culture étant toutefois nécessaire à celle du concept de patrimoines culturels, il s'agira essentiellement, dans cette première section, de proposer un « cadre conceptuel » recoupant différentes définitions et compréhensions généralement admises de la notion de culture en sciences humaines et sociales, et de mettre en lumière ses évolutions historiques et scientifiques depuis son ancrage évolutionniste et hiérarchisant, hérité de la pensée des Lumières, jusqu'à sa récente compréhension en tant qu'élément complexe, dynamique, perméable et évolutif.

---

[71] Cuche, *supra* note 58 à la p 5.
[72] *Ibid* à la p 6.
[73] Céline Romainville, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, 2014 à la p 63.

1.1.1. Genèse du mot et de l'idée de culture

Le terme « culture », hérité du latin « *cultura* », se rapportait initialement au domaine de l'agriculture et servait à désigner une parcelle de terre cultivée[74]. L'histoire veut que dans les années 45 AEC. Cicéron soit le premier à l'avoir métaphoriquement appliqué aux individus en affirmant qu'« un champ si fertile qu'il soit ne peut être productif sans culture (*sine cultura*), et c'est la même chose pour l'âme "dépourvue de savoir" »[75]. Il faudra toutefois attendre le XVIe siècle pour que dans la langue française la notion de culture soit communément appliquée aux êtres humains. En effet, alors qu'au début du siècle le terme désigne encore principalement l'action d'apporter des soins à la terre et au bétail, à partir du milieu du XVIe siècle, et par effet de glissement, le terme « culture » se double d'une dimension académique et sert aussi à désigner le fait de cultiver (développer) une faculté ou aptitude, ainsi que l'ensemble des productions intellectuelles, artistiques et scientifiques, et le corpus de connaissances qu'elles constituent[76].

C'est au début du XVIIIe siècle que le terme « culture », au sens figuré, fait son entrée dans le *Dictionnaire de l'Académie française*. Le terme est alors généralement suivi d'un complément qui précise la chose cultivée : on parle de « culture des arts », de « culture des lettres », ou encore de « culture des sciences »[77]. Au fil du temps, le terme s'affranchit de ces compléments et finit par s'employer seul pour désigner le développement de l'esprit, ou le fait d'être cultivé (dans le sens de l'individu « qui a de la culture »). Cet usage est consacré à la fin du siècle dans le *Dictionnaire de l'Académie française* qui évoque un

---

[74] Centre national de ressources textuelles et lexicales, , en ligne: *CNRTL* <https://www.cnrtl.fr/> *sub verbo* « Culture ». Voir aussi Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9ème édition éd, 1986 *sub verbo* « Culture ».

[75] Cicéron, *Tusculanes. Livre II* , art 13. Tel que cité dans Antoinette Novara, « Cultura : Cicéron et l'origine de la métaphore latine » (1986) 1:1 Bull Assoc Guillaume Budé 51-66 à la p 53. Pour cette auteure, l'application de l'idée de culture aux êtres humains serait toutefois plus ancienne que l'œuvre de Cicéron et, concernant ce dernier, serait en fait évoquée pour la première fois dans le livre IV du *De finibus* où il imagine une vigne grandissant (s'auto-cultivant), symbolisant l'être humain. *Ibid* à la p 55.

[76] Cette utilisation figurée reste alors toutefois peu courante jusqu'à la fin du XVIIe siècle et n'apparaît pas dans la plupart des dictionnaires. Cuche, *supra* note 58 à la p 10. Voir aussi Geneviève Vinsonneau, « Le développement des notions de culture et d'identité: un itinéraire ambigu » (2002) 2 Carrefours Léducation 2-20 à la p 5.

[77] Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 2ème édition éd, 1718 *sub verbo* « Culture ».Voir aussi Cuche, *supra* note 58 à la p 10.

« esprit naturel et sans culture »[78], cristallisant ainsi pour la première fois l'opposition entre nature et culture. Au siècle des Lumières, la culture devient ainsi progressivement le propre du genre humain[79]. Le terme est d'ailleurs toujours employé au singulier, preuve de son enracinement dans la pensée humaniste et universaliste qui caractérise cette époque. La culture est associée à l'idée d'évolution et de progrès, et on considère alors qu'elle confère à ceux qui la possèdent et la véhiculent une supériorité indiscutable[80].

Au même moment cependant, un autre usage plus restreint du mot apparaît dans le monde germanique. Initialement présenté comme traduction littérale du terme français, le concept de *Kultur* va rapidement se préciser dans les milieux intellectuels allemands pour désigner le corpus de savoirs scientifiques, artistiques, philosophiques ou encore religieux propres à l'Empire germanique, et qui incarnerait la « conscience/âme » ou encore « le génie » authentique allemand, distinct des autres[81]. Sur fond de rivalités et de tensions politiques et militaires entre les puissances européennes tout au long des XVIIIe et XIXe siècles, la *Kultur* devient alors une notion particulariste, puis nationaliste[82], en rupture avec l'humanisme et l'universalisme des Lumières, perçus comme une forme d'impérialisme intellectuel, et préfigure le relativisme culturel[83]. Au XXe siècle enfin, à la suite des deux guerres mondiales, on assiste à une exacerbation du débat idéologique entre les deux conceptions de la culture (universalisme français *versus* particularisme allemand) qui sont au fondement des deux façons initiales de définir la culture en sciences sociales et sur lesquelles il convient de s'attarder plus en détail.

---

[78] Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 5ème édition éd, 1798 *sub verbo* « Culture ».
[79] Romainville, *supra* note 73 aux pp 59-60.
[80] Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 5. Dans la langue du XVIIIe siècle, et tout au long du XIXe siècle, le terme de culture est alors très proche de celui de « civilisation ». Bien que pas tout à fait identiques (culture renvoyant à l'idée de progrès individuels, et civilisation à celle de progrès collectifs), les deux termes sont souvent utilisés de façon interchangeable. Cuche, *supra* note 58 aux pp 11-12; Jean-Pierre Warnier, *La mondialisation de la culture*, 5e éd, Repères, Paris, La Découverte, 2017 à la p 39.
[81] Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 6; Romainville, *supra* note 73 à la p 61.
[82] Pour Geneviève Vinsonneau, lorsqu'il y a glissement entre l'identification des particularités culturelles et l'affirmation de leur supériorité, on est en présence de la montée du nationalisme. Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 7.
[83] Cuche, *supra* note 58 aux pp 13-14; Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 6.

1.1.2. La culture comme objet de recherche en sciences sociales

L'usage de plus en plus répandu du terme « culture » à partir du XVIIIe siècle marque l'avènement d'une nouvelle conception humaniste de l'histoire en rupture avec les approches théologiques dominantes jusqu'alors. L'homme est désormais placé au centre de la réflexion et l'idée d'une « science de l'homme » émerge progressivement[84]. Au cours du XIXe siècle, on assiste ainsi à l'apparition de l'ethnologie comme discipline scientifique[85], qui se donne pour objectif d'apporter une réponse à la question de la diversité humaine, tout en rejetant les explications biologiques et raciales. Comme le souligne Denys Cuche : « [si les ethnologues] se réclament d'une nouvelle science, c'est pour apporter une autre explication à l'humaine diversité […] »[86]. Dans cette perspective, le concept de « culture » devient un outil privilégié pour en finir avec les explications naturalistes des comportements humains et des différences entre les sociétés. En rupture avec les significations élitistes et normatives du terme tel qu'il est alors employé dans le langage courant, il ne s'agit plus pour les ethnologues de déterminer ce que doit ou devrait être la culture, mais de la décrire de façon *objective*, telle qu'elle se manifeste dans les sociétés[87]. Les fondateurs de l'ethnologie partagent cependant un même postulat de départ hérité de la philosophie Lumières, celui de l'unité fondamentale de l'homme[88]. Ainsi, pour expliquer cette « diversité des hommes dans l'unité », deux approches sont explorées.

La première approche, directement inspirée de la pensée universaliste des Lumières, adopte un schéma « évolutionniste » et considère que la diversité culturelle n'est qu'une situation temporaire. Parmi ses tenants, le Britannique Edward B. Tylor est le premier à donner une définition opératoire de la culture. Dans son ouvrage *Primitive Culture*, publié

---

[84] L'expression aurait été employée pour la première fois par Diderot en 1755 dans l'article « Encyclopédie » de l'*Encyclopédie*. Denis Diderot & Jean Le Rond d'Alembert, *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, 1772 *sub verbo* « Encyclopédie ».
[85] En 1787, Alexandre de Chavannes crée le terme « ethnologie », qu'il définit comme la discipline qui étudie l'« histoire des progrès des peuples vers la civilisation ». Cuche, *supra* note 58 à la p 12. Il convient toutefois de mentionner que le terme « ethnographie » est préféré aujourd'hui.
[86] *Ibid* à la p 17.
[87] *Ibid.*
[88] *Ibid.*

pour la première fois en 1871 et considéré comme une œuvre fondatrice de l'anthropologie en tant que science autonome, Tylor écrit en effet :

> Le mot culture ou civilisation, pris dans son sens ethnographique le plus étendu, désigne ce tout complexe comprenant à la fois les sciences, les croyances, les arts, la morale, les lois, les coutumes et les autres facultés et habitudes acquises par l'homme dans l'état social.[89]

Adoptant les postulats philosophiques des Lumières relatifs à l'universalisme et à la capacité de l'homme de progresser individuellement et collectivement, Tylor soutient que les « cultures primitives » incarnent une des premières phases de la culture de l'humanité, par laquelle la culture des « peuples civilisés » serait passée avant de progresser. Tylor, et d'autres auteurs partageant des vues similaires comme Lewis Henry Morgan, développent alors une méthode comparative visant à établir une échelle des « stades de l'évolution culturelle », et défendent l'idée que les cultures primitives et civilisées ne sont en réalité séparées que par des degrés d'avancement culturel[90]. Si, dans cette perspective, la contribution de chaque peuple au progrès de la culture est considérée comme digne d'estime, les travaux des évolutionnistes restent largement empreints de jugements de valeur, et s'inscrivent alors clairement dans l'idée d'une « mission civilisatrice » de l'Occident, caractéristique de la période coloniale[91]. De fait, si la définition du terme culture proposée par Tylor est restée célèbre en raison de la conception large et inclusive qu'elle incarne, les travaux des évolutionnistes sont l'objet de diverses critiques. En France notamment, au cours des années qui suivent leur publication, des auteurs tels que Émile Durkheim, Marcel Mauss ou Lucien Lévy-Bruhl rejettent les approches évolutionnistes les plus réductrices, notamment celle du schéma unilinéaire d'évolution culturelle qui serait commun à toutes les sociétés. Pour Émile Durkheim, notamment :

> Rien n'autorise à croire que les différents types de peuples vont tous dans le même sens ; il en est qui suivent les voies les plus diverses. Le développement humain doit être figuré, non sous la forme d'une ligne où les sociétés viendraient se disposer les unes derrière les autres comme si les plus avancées n'étaient que la suite et la continuation des plus rudimentaires, mais comme un arbre aux rameaux multiples et divergents. Rien ne nous dit que la civilisation de demain

---

[89] Edward Burnett Tylor, *La civilisation primitive. Tome Premier. (1873)*, Traduit de l'Anglais sur la 2e édition, 1873, par Pauline Brunet [1920], Paris, Alfred Cortes, 1920 à la p 20.
[90] Cuche, *supra* note 58 aux pp 19-20; Warnier, *supra* note 80 à la p 71.
[91] Warnier, *supra* note 80 aux pp 39-40; Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 aux pp 5 et 7.

> ne sera que le prolongement de celle qui passe aujourd'hui pour la plus élevée […].[92]

Aussi, face à cette approche universaliste et évolutionniste, on assiste au développement d'une autre conception, dite « particulariste », en vertu de laquelle la diversité culturelle est compatible avec l'idée d'une unité fondamentale de l'humanité. C'est l'allemand Franz Boas qui le premier a développé cette conception : à la différence de Taylor, dont il reprend pourtant la définition, Boas se donne pour objectif d'étudier « les cultures » et non « la culture »[93]. En effet, s'il partage avec son homologue britannique l'idée que la différence fondamentale entre les groupes humains est d'ordre culturel et non racial, Boas se montre très réticent envers les approches évolutionnistes qui dominent alors le champ scientifique, et, de même que Durkheim et Mauss, conteste l'existence de « lois universelles de fonctionnement » des sociétés. Certainement inspiré du concept de *Kultur*, Boas défend l'idée que chaque culture est en réalité dotée d'un « style » unique qui peut notamment s'exprimer au travers de la langue, des croyances, des coutumes, ou encore de l'art, et qui influence le comportement des individus[94]. Dans cette perspective, au lieu de comparer les cultures, Boas tente plutôt de comprendre ce qui fait l'unité de chacune d'elles en s'attachant à décrire objectivement les faits culturels observés et en les rapportant aux ensembles auxquels ils appartiennent. Bien qu'il ne soit pas à l'origine de l'expression, on doit ainsi non seulement à Boas la conception anthropologique de « relativisme culturel »[95], en vertu duquel les différentes cultures doivent être approchées et observées sans préjugés, mais également le principe éthique affirmant la dignité de chaque culture, ainsi que le respect et la tolérance qui leur sont dus[96]. Pour Denys Cuche :

> À bien considérer l'œuvre de Boas dans sa riche diversité et les innombrables hypothèses sur les faits culturels dont elle est porteuse, on découvre que c'est toute l'anthropologie culturelle nord-américaine à venir qui s'y trouve déjà annoncée.[97]

---

[92] Tel que cité dans Cuche, *supra* note 58 à la p 28.
[93] *Ibid* à la p 22.
[94] *Ibid* à la p 24.
[95] Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 6.
[96] Cuche, *supra* note 58 à la p 25; Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 6.
[97] Cuche, *supra* note 58 à la p 25.

De fait, dans les décennies qui suivent la publication des travaux de Taylor et Boas, le concept de culture s'enrichit considérablement dans le domaine des sciences sociales et humaines, et donne naissance à de nouveaux champs d'études. Dans les années 1930 en particulier, le développement de l'anthropologie culturelle nord-américaine [98] a une influence considérable sur le concept de culture, en particulier au travers des deux courants de recherche de l'histoire culturelle, et de l'étude des rapports entre culture et personnalité.

L'histoire culturelle en premier lieu, aussi appelée « diffusionnisme », est l'approche privilégiée par les successeurs directs de Franz Boas. Développée par des chercheurs tels que Alfred Kroeber et Clark Wissler, elle avait pour objectif de dévoiler les processus de diffusion des éléments culturels dans le temps et l'espace. L'objectif était alors d'étudier la répartition d'un ou plusieurs « traits culturels » dans des cultures géographiquement proches, et d'analyser leurs processus de diffusion. Lorsqu'une grande convergence de traits apparaissait dans un espace donné, celui-ci était désigné comme une « aire culturelle », au centre de laquelle devaient se trouver les caractéristiques fondamentales d'une culture. En périphérie, ces caractéristiques se mêlaient à des traits issus de cultures (ou « aires culturelles ») voisines[99]. Si cette entreprise de délimitation des aires culturelles s'est finalement révélée irréalisable, ou à tout le moins hasardeuse, en raison notamment de l'impossibilité d'isoler des « traits culturels »[100], les travaux réalisés dans le cadre de l'histoire culturelle ont permis de récolter de nombreuses données issues d'observations empiriques, et ont notamment été à l'origine du concept de « modèle culturel ».

À partir des années 1930, considérant que les études menées jusqu'alors se limitaient à une analyse trop abstraite de la culture, les anthropologues américains se donnent pour objectif d'élucider les rapports plus concrets entre la culture (collective) et

---

[98] Pour Denys Cuche, l'Amérique du Nord va constituer un terreau particulièrement fertile pour les études sur la culture en raison de son contexte social. Les États-Unis, en particulier, se représentent en effet depuis toujours comme un pays d'immigration et, de fait, un « *melting pot* » pluriethnique. C'est ce contexte propre aux États-Unis qui va favoriser une interrogation systématique sur les différences et les contacts entre les cultures. *Ibid* à la p 33.
[99] *Ibid* à la p 35; Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 aux pp 8-9.
[100] Cuche, *supra* note 58 aux pp 36-37.

l'identité des individus. Pour les tenants de cette nouvelle école, dite « culture et personnalité », l'objectif était de répondre à la question suivante : par quels mécanismes de transformation des individus, biologiquement et psychiquement identiques à la naissance, développent-ils différents types de personnalité caractéristiques de groupes particuliers ? Il s'agissait, en d'autres termes, d'étudier la manière dont la culture est transmise, et la manière dont les individus l'incorporent et l'expérimentent. Si les anthropologues issus de ce courant partagent la même problématique de départ, et la même volonté d'intégrer dans leurs travaux les acquis récents de la psychologie et de la psychanalyse dans la construction des identités, leurs orientations et leurs méthodes de recherches sont cependant très diverses[101]. Ainsi, à titre d'exemple, Ruth Benedict s'attache essentiellement à développer le concept de « schéma » culturel en vertu duquel chaque culture serait caractérisée par une orientation globale et offrirait aux individus un modèle de comportement inconscient pour toutes les activités de la vie, tandis que Margaret Mead concentre ses recherches sur la manière dont les individus reçoivent, s'approprient et transmettent leur culture, notamment par l'analyse de différents modèles d'éducation, et leurs conséquences sur la formation de leur personnalité[102]. Pour cette auteure en particulier, la culture en tant que telle est une abstraction et ne sont en réalité observables que les comportements des individus qui créent, transmettent, transforment et, en définitive, « sont » la culture[103].

Les recherches nombreuses et variées réalisées dans le cadre de l'anthropologie culturelle ont profondément transformé la conception que les chercheurs se faisaient de la culture. Très loin désormais des premières définitions élaborées aux XVIIIe et XIXe siècles, elles ont en effet permis de mettre en lumière la cohérence interne des « modèles culturels ». La culture ne se résume plus à des traits dispersés susceptibles d'être étudiés isolément, mais constitue un ensemble d'éléments interdépendants. Elle apparaît également comme un phénomène qui informe toutes les dimensions de l'existence humaine ; elle inclut, entre autres, la langue, les croyances, les arts, et les pratiques quotidiennes relatives à

---

[101] *Ibid* aux pp 38-39; Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 9.
[102] Sa recherche la plus significative dans ce domaine est celle qu'elle mène sur les personnalités masculines et féminines en Océanie auprès des communautés Arapesh, Mundugomor et Chambuli. Voir Cuche, *supra* note 58 aux pp 40-41; Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 aux pp 9-10.
[103] Cuche, *supra* note 58 à la p 45.

l'alimentation, aux tenues vestimentaires, aux loisirs ou encore les structures et activités politiques et le rôle de la famille et des institutions. L'anthropologie culturelle a également permis de mettre en lumière le rôle de l'éducation et la place que les individus eux-mêmes occupent dans le développement et, surtout, la transmission culturelle en révélant que l'appropriation de la culture par un individu n'est pas une activité passive, mais relève au contraire d'une opération sélective dans laquelle l'individu devient acteur et producteur de culture[104]. Par le fait même, elle a ainsi montré que le propre des cultures est d'évoluer continuellement dans le temps et l'espace. Les acquis de l'anthropologie culturelle nord-américaine auront également une forte influence sur le développement de la sociologie qui reprendra à son compte ses définitions de la culture pour analyser la dimension culturelle des rapports sociaux, notamment par l'étude des relations interethniques, des communautés urbaines ou encore des processus de socialisation des individus[105].

1.1.3. Le renouveau du concept : acculturation et identité culturelle

Bénéficiant du foisonnement de développements théoriques et méthodologiques hérités de l'anthropologie culturelle, la fin des années 1930 est ensuite marquée par de nouvelles avancées, en particulier avec l'approfondissement des recherches sur les phénomènes d'« acculturation » et l'émergence de la notion d'identité culturelle.

Bien que les faits de contacts culturels n'aient pas été ignorés — les anthropologues s'étant déjà intéressés aux phénomènes de diffusion et donc aux contacts culturels, ce n'est en effet qu'à partir de l'entre-deux-guerres que les sciences sociales commencent à étudier plus systématiquement la question des échanges interculturels et des transformations qui en découlent[106]. C'est en 1936 que le Conseil de la recherche en sciences sociales des États-Unis, en particulier, crée un comité chargé d'organiser la recherche sur les faits dits

---

[104] Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 10.
[105] Cuche, *supra* note 58 aux pp 51-52.
[106] Pour Denys Cuche, cet intérêt tardif pour ces questions résulte notamment de l'obsession des ethnologues et anthropologues à vouloir identifier l'aspect originel de chaque culture. Dans cette perspective, les métissages culturels n'étaient considérés que comme des phénomènes négatifs altérant la « pureté » originelle des cultures et gênant le travail des chercheurs. *Ibid* à la p 57.

d'« acculturation ». Ce concept apparu aux alentours des années 1880 sous la plume de l'anthropologue américain John W. Powell souffrait jusqu'alors d'une absence de définition scientifique, et donnait lieu à des recherches inégales. Devant cette situation, le Conseil de recherche, dans son célèbre *Mémorandum pour l'étude de l'acculturation*, commence alors par procéder à une clarification sémantique et formule la définition suivante : « *Acculturation comprehends those phenomena which result when groups of individuals having different cultures come into continuous first-hand contact, with subsequent changes in the original cultural patterns of either or both* ».[107] Au terme de cette définition, l'acculturation est ainsi considérée comme un processus qui se distingue non seulement de la notion plus large de « changements culturels » (qui peuvent aussi découler de causes internes), mais également du concept d'assimilation, celle-ci devant plutôt être comprise comme une phase ultime de l'acculturation, se manifestant par la disparition de la culture d'origine d'un individu et l'intériorisation complète de la culture du groupe dominant, voire, pour certains auteurs, comme un processus entièrement distinct[108].

L'élaboration de cette définition va en outre ouvrir la voie à une analyse approfondie des différents types de contacts culturels et des différents processus d'acculturation. Les travaux de nombreux auteurs tels que Melville Herskovits, Ralph Linton, Roger Bastide ou encore Sélim Abou, vont explorer et mettre en lumière la complexité des modes de « sélection » ou au contraire de résistance aux emprunts culturels, les formes de réinterprétation ou d'intégration de nouveaux éléments dans les modèles culturels d'origine, ou encore les effets positifs ou négatifs de l'acculturation sur les personnalités et les réalités sociales et culturelles[109]. Avec le développement des recherches sur les phénomènes d'acculturation au cours des décennies suivant les travaux du Conseil

---

[107] Robert Redfield, Ralph Linton & Melville J Herskovits, « Memorandum for the Study of Acculturation » (1936) 38:1 Am Anthropol 149-152 à la p 149.
[108] Cuche, *supra* note 58 à la p 59; Raymond H C Teske & Bardin H Nelson, « Acculturation and assimilation: a clarification » (1974) 1:2 Am Ethnol 351-367.
[109] Voir notamment Teske & Nelson, *supra* note 108; Cécilia Courbot, « De l'acculturation aux processus d'acculturation, de l'anthropologie à l'histoire: Petite histoire d'un terme connoté » (2000) 3:1 Hypothèses 121 à la p 124; Geneviève Vinsonneau, *Mondialisation et identité culturelle*, Louvain-la-Neuve ; Paris, De Boeck Supérieur, 2012 aux pp 89-101.

de recherche, le concept de culture s'enrichit ainsi d'une nouvelle caractéristique puisqu'il apparaît désormais clairement que la culture est un ensemble dynamique, animé et transformé en continu tant par des évolutions internes que par des influences extérieures.

En parallèle, ou en réponse à l'exaltation suscitée par les recherches sur les phénomènes d'acculturation, l'usage d'un autre terme, celui d'« identité culturelle », se développe à partir des années 1950. Conceptualisée aux États-Unis, cette notion devait initialement servir d'outil aux chercheurs en psychologie sociale pour rendre compte des problèmes d'intégration rencontrés par les migrants et s'inscrivait dans la question plus large de l'identité sociale des individus dont elle est une composante[110]. D'abord conçue comme un déterminant plus ou moins immuable et quasi génétique de la conduite des individus[111], la notion d'identité culturelle suit une évolution semblable à celle de la notion de culture et fait désormais l'objet de conceptions dynamiques mettant au contraire en lumière sa dimension relationnelle et de construit social[112]. Ainsi, il est aujourd'hui généralement admis que c'est dans l'interaction avec l'autre que chacun fait l'expérience de l'altérité et, corrélativement, de sa propre identité culturelle, tandis que les individus participent activement à l'élaboration de leur appartenance culturelle, qui est le plus souvent plurielle, multidimensionnelle et qui peut évoluer en fonction du temps, des circonstances ou des individus eux-mêmes[113].

---

[110] L'identité sociale d'un individu se caractérise par l'ensemble de ses appartenances dans le système social : appartenance à une classe sexuelle, à une classe d'âge, à une classe sociale, à une classe professionnelle, etc. L'identité permet à l'individu de se repérer dans le système social et d'être lui-même repéré socialement. Cuche, *supra* note 58 à la p 98.

[111] Dans une perspective « naturaliste », l'identité culturelle était présentée comme un héritage quasi héréditaire et immuable qui définissait les individus dès la naissance et sur lequel ces derniers n'avaient aucune prise. Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 15.

[112] Vinsonneau, *supra* note 109 aux pp 75-88.

[113] Warnier, *supra* note 80 aux pp 87-88; Cuche, *supra* note 58 à la p 150; Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 17; Vinsonneau, *supra* note 109 aux pp 89-118. La « stratégie identitaire », notamment, est un concept développé par Carmel Camilleri en vertu duquel les individus se « livrent à d'incessantes négociations de leur appartenance » pour rejoindre, fuir ou articuler les groupes culturels auxquels ils appartiennent ou s'identifient. Nous n'effectuerons donc pas ici de distinction entre différentes « catégories » d'identité culturelle (religieuse, nationale, ethnique, linguistique ou autre). Pour citer Amin Maalouf, « l'identité ne se compartimente pas, elle ne se répartit ni par moitiés, ni par tiers, ni par plages cloisonnées […] je n'ai pas plusieurs identités, j'en ai une seule, faite de tous les éléments qui l'ont façonnée, selon un dosage particulier qui n'est jamais le même d'une personne à l'autre ». Amin Maalouf, *Les identités meurtrières*, Le livre de poche, Paris, Grasset, 1998 à la p 8.

Si la culture, et par extension l'identité culturelle ne saurait donc être définie de manière simple ni définitive, elle est néanmoins considérée comme un élément fondamental de la construction des individus. Divers auteurs soulignent en effet son rôle dans la manière dont les individus se perçoivent, dans l'estime qu'ils ont d'eux-mêmes, ou encore dans l'émergence de leurs sentiments d'appartenance et de responsabilité mutuelle[114]. Comme évoqué dans l'introduction de cette thèse, l'importance de la culture est d'ailleurs telle que le philosophe Will Kymlicka l'inclut dans la liste des « biens primaires » nécessaires au développement humain initialement élaborée par John Rawls dans son ouvrage *A Theory of Justice*[115]. Will Kymlicka affirme en effet que la culture est une donnée fondamentale parce qu'elle donne aux individus une gamme d'options parmi lesquelles ils peuvent choisir leur conception de ce qu'est « *the good life* », et qu'elle fournit les « structures » nécessaires pour comprendre et identifier la valeur et la signification de ces différentes options :

> *Different ways of life are not simply different patterns of physical movements. The physical movements only have meaning to us because they are identified as having significance by our culture, because they fit into some pattern of activities which is culturally recognized as a way of leading one's life. We learn about these patterns of activity through their presence in stories we've heard about the lives, real or imaginary, of others* […]. *We decide how to live our lives by situating ourselves in these cultural narratives*.[116]

De même, pour Geneviève Vinsonneau : « les cultures s'érig[ent] en foyers de ressources pour les constructions identitaires des acteurs sociaux »[117].

---

[114] Voir notamment Margalit & Raz, *supra* note 59 aux pp 447-449; Tamir, *supra* note 59 aux pp 41, 71-73 et 85-86; Miller, *supra* note 59.

[115] John Rawls introduit le concept de « biens premiers » qui recouvrent les libertés et droits fondamentaux (revenu, richesse, pouvoir, opportunités et bases sociales du respect de soi) considérés comme « des biens utiles quel que soit le projet de vie rationnel ». John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971 à la p 62.

[116] Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*, New York, Oxford University Press, 1991 à la p 165; Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 2001 aux pp 124-125 et 132-133. Il rejoint sur ce point Dworkin pour qui la culture « fournit également le filtre au travers duquel nous identifions la valeur des expériences rencontrées ». Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*, New York, Oxford University Press, 1991 à la p 165; Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 2001 aux pp 124-125 et 132-133.

[117] Vinsonneau, « Un itinéraire ambigu », *supra* note 76 à la p 3; Vinsonneau, *supra* note 109 aux pp 2 et 75-88.

Or, l'identification culturelle des individus se fait aussi par l'adhésion à une communauté ou un groupe qui partage des perspectives communes. Samuel Huntington soutient en effet que la question la plus fondamentale que se posent les êtres humains est la question identitaire, et qu'ils y répondent :

> […] en se référant à ce qui compte le plus pour eux. Ils se définissent en termes de lignage, de religion, de langue, d'histoire, de valeurs, d'habitudes et d'institutions. Ils s'identifient à des groupes culturels : tribus, ethnies, communautés religieuses, nations et au niveau le plus large, civilisations.[118]

Dans cette perspective, l'identité culturelle collective peut donc être comprise comme l'ensemble des « éléments » culturels par lesquels un groupe se définit, manifeste son originalité et se distingue des autres groupes humains. Elle peut ainsi se caractériser par des éléments objectifs (la langue, la religion, la généalogie, le lien à un territoire, etc.) et/ou se fonder sur différentes valeurs acquises qui, réunies, forment un particularisme que partagent les autres membres de ce groupe. Comme le résume Federico Lenzerini : « *the culture of a people is composed by the totality of elements representing the very heart of its distinctive idiosyncrasy* »[119]. Cependant, étant culturelle et donc fondamentalement changeante, cette identité culturelle collective « ne saurait se penser comme un système absolu, figé ou hermétique, un modèle de pureté ne se reproduisant qu'à partir de lui-même »[120]. En outre, comme le souligne Denys Cuche, « [t]out groupe est doté d'une identité qui correspond à sa définition sociale, définition qui permet de le situer dans l'ensemble social »[121]. De fait, de même que l'identité culturelle des individus, l'identité culturelle des communautés a une double dimension.

En premier lieu, cette identité culturelle collective est relationnelle, à la fois inclusion et exclusion : sont membres du groupe ceux qui y sont identiques sous un certain

---

[118] Tel que cité dans Warnier, *supra* note 80 à la p 15.
[119] Federico Lenzerini, « Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples » (2011) 22:1 Eur J Int Law 101 à la p 102; Etienne Balibar, « Identité culturelle, identité nationale » (1994) 22:1 Quaderni 53-65 à la p 54.
[120] Jean-Pierre Saez, *Identités, cultures et territoires*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995 à la p 24. Voir aussi Cuche, *supra* note 58 aux pp 142-145; Geneviève Vinsonneau, « Particularismes culturels: Éducation à l'universel » (2005) 83:1 Connexions 33 à la p 37.
[121] Cuche, *supra* note 58 à la p 98.

rapport, tandis que le groupe se distingue des autres groupes dont les membres sont différents sous ce même rapport.

Sur cette première dimension de l'identité culturelle, il convient de mentionner qu'il existe un débat important. Pour les « objectivistes » les plus radicaux, tout d'abord, un groupe sans langue ni territoire propre, voire sans caractéristique génétique propre, ne peut revendiquer une identité culturelle authentique[122]. Au terme de sa réflexion, Will Kymlicka, évoqué précédemment, se limite par exemple aux « cultures sociétales » dont les pratiques et les institutions offrent aux individus un contexte de choix dans l'ensemble des domaines d'activité humaine publics et privés (religion, loisir, éducation, etc.), et qui regroupent généralement des individus partageant une même langue, et concentrés dans une zone géographique donnée. Il exclut de ce fait les groupes tels que les femmes, les LGBTQ, ou les Afro-Américains, dans la mesure où il considère que ces derniers n'ont pas de cultures « complètes et spécifiques »[123]. Pour les auteurs dits « subjectivistes » au contraire, l'identité culturelle ne saurait être réduite à sa dimension attributive et serait en réalité relativement éphémère, fondée uniquement sur les sentiments subjectifs des individus d'appartenance à une communauté plus ou moins imaginaire. Pour Denys Cuche cependant, privilégier une seule de ces deux approches revient à s'enfermer dans une impasse. Pour cet auteur :

> Si l'identité est bien une construction sociale et non un donné, si elle relève de la représentation, elle n'est pas pour autant une illusion qui dépendrait de la pure subjectivité des agents sociaux. La construction de l'identité se fait à l'intérieur de cadres sociaux qui déterminent la position des agents et par là même orientent leurs représentations et leurs choix.[124]

En second lieu, les identités culturelles collectives ont une dimension politique et peuvent résulter d'une assignation ou, à l'inverse, d'une revendication[125]. Lorsque l'identité relève de l'assignation (on parle alors d'hétéro- ou exo-identité), elle est le plus souvent dévalorisante, et généralement réservée aux minorités en vertu de rapports de forces

---

[122] *Ibid* aux pp 100-101.
[123] Kymlicka, *supra* note 116 aux pp 114-115.
[124] Cuche, *supra* note 58 aux pp 100-101.
[125] Vinsonneau, *supra* note 109 à la p 2; Warnier, *supra* note 80 aux pp 87-88; Cuche, *supra* note 58 aux pp 104-105.

inégaux entre les groupes. Dans ce contexte, l'assignation d'identités revient souvent à attribuer des caractéristiques extérieures considérées comme substantielles aux membres de ce groupe, et le plus souvent généralisantes, immuables et négatives[126]. On parle alors « du Noir », de « l'Arabe » ou encore de « la lesbienne ». Lorsque l'identité culturelle est le résultat d'une revendication en revanche, l'effort des groupes concernés ne consiste pas tant à se réapproprier une identité (le plus souvent imaginée et imposée par le groupe majoritaire) qu'à se réapproprier les moyens de la définir eux-mêmes, selon leurs propres critères[127]. La révolte contre l'exo-identité pourra ainsi dans un premier temps prendre la forme d'un retournement du stigmate, comme dans le cas exemplaire de la *Gay pride* dans les années 1970, puis consister à imposer une nouvelle définition, aussi autonome que possible, de cette identité, voire donner naissance à de nouvelles identités. Ainsi, le « réveil indien » dans les Amériques à partir des années 1970, ne saurait être considéré comme la simple résurgence d'« identités autochtones » qui seraient restées invariables, mais comme la réinvention d'identités collectives dans le contexte de la montée des revendications des minorités ethniques dans les États-nations contemporains[128]. Qu'elles soient assignées ou revendiquées, on constate toutefois que les identités culturelles collectives font souvent l'objet de manipulations ou de stratégies politiques, que ce soit au travers de la création des « identités nationales » (souvent monolithiques et exclusives) depuis le XIXe siècle, ou au travers du concept plus récent de « multiculturalisme » faisant au contraire la promotion de la diversité culturelle comme richesse des nations et de l'humanité[129].

En définitive, de même que la culture, l'identité culturelle apparaît non seulement comme un concept multidimensionnel et dynamique, mais aussi comme un important enjeu de luttes. Dans cette perspective, comme le souligne Denys Cuche :

> […] il ne faut donc pas attendre des sciences sociales qu'elles donnent une définition juste et irréfutable de telle ou telle identité culturelle. Ce n'est pas à la sociologie ou à l'anthropologie, pas plus qu'à l'histoire ou à une autre discipline

---

[126] Cuche, *supra* note 58 à la p 105. Ces identités assignées peuvent également être paradoxales. Denys Cuche rapporte ainsi le cas des migrants arabophones du Liban, de Palestine ou encore de Syrie en Amérique latine à la fin du XIXe siècle, qui seront désignés comme *turcos*, alors qu'ils cherchaient précisément à fuir l'Empire ottoman. *Ibid* à la p 104.
[127] Cuche, *supra* note 58 à la p 107.
[128] *Ibid* à la p 112.
[129] *Ibid* aux pp 110-113 et 154-156; Balibar, *supra* note 119 aux pp 57-60.

> de dire quelle serait la définition exacte de l'identité bretonne, ou de l'identité kabyle, par exemple. Ce n'est pas à la science sociale de se prononcer sur le caractère authentique ou abusif de telle identité particulière […].[130]

Ce survol du concept de culture et de ses développements en sciences sociales permet ainsi de constater qu'il fait aujourd'hui encore l'objet de multiples définitions et controverses, et qu'il se double désormais d'importants enjeux identitaires et politiques. En dépit des nombreux débats sur ce concept, on peut toutefois constater l'existence d'un consensus quant au fait que la culture comprend certaines caractéristiques fondamentales : elle constitue un ensemble dynamique plus ou moins cohérent dont les éléments sont interdépendants ; elle n'est jamais statique ni n'existe à l'état « pur » sans influences extérieures et elle imprègne et informe l'ensemble des activités humaines. On retiendra aussi de la culture, au travers de la notion d'identité culturelle, qu'elle est commune à un groupe d'individus qui s'y identifient et s'y rattachent. Comme le souligne Geneviève Vinsonneau :

> L'identité culturelle est le ciment nécessaire pour que se totalise un groupe social historiquement constitué. Les phénomènes concernant l'appartenance et l'identité culturelles renvoient en réalité à des processus fondateurs de la stabilité de groupes ayant émergé en tant qu'entités au cours de l'histoire […].[131]

Enfin, la culture se transforme de génération en génération. En ce sens, elle est inséparable de l'idée de transmission et se définit comme un « héritage social » qu'un groupe lègue à ses descendants et à l'humanité tout entière. Or, si cet aspect « transmission » de la culture fait l'objet de diverses études, en particulier dans le domaine de la psychologie culturelle qui s'interroge sur les processus et mécanismes inconscients de transmission et d'enculturation[132], les cultures, et par extension les identités culturelles des groupes, se manifestent et se transmettent aussi de manière concrète au travers de biens matériels et de pratiques et traditions intangibles, que l'on désigne aujourd'hui sous le nom de « patrimoines culturels ».

---

[130] Cuche, *supra* note 58 à la p 106.
[131] Vinsonneau, *supra* note 109 aux pp 75-88.
[132] David Berliner, « Anthropologie et transmission » (2010) 55 Terrain 4-19 à la p 6.

1.2. De la culture aux patrimoines culturels

Outre le développement de « schémas » culturels inconscients, les communautés produisent en effet des représentations concrètes de leur culture et de leur identité culturelle, c'est-à-dire de leurs systèmes de valeurs, de leurs croyances, de leurs traditions et modes de vie. Pour Jean Salmon, notamment « les biens culturels sont les moyens matériels et immatériels par lesquels s'expriment et se manifestent les cultures »[133]. De même, pour Laurajane Smith, ces biens « […] *provide a physical representation and reality to the ephemeral and slippery concept of 'identity'* »[134], tandis que pour Céline Romainville, ils « matérialisent le développement de l'identité »[135]. Ces représentations peuvent être des productions matérielles, avec, par exemple, la construction d'édifices, la fabrication d'objets ou la création d'œuvres littéraires et artistiques, ou relever de l'intangible au travers de pratiques ancestrales, de savoir-faire ou encore de la langue et des traditions orales. Les cultures se déclinent ainsi sous une multitude de formes : l'habitat et le mobilier, les pratiques et habitudes alimentaires, les rites de passage, la musique et le chant, les vêtements et parures (incluant les modifications corporelles), pour ne citer que ceux-là, sont l'incarnation d'infinies variables relatives aux normes sociales, religieuses ou spirituelles en vigueur dans chaque culture. Au cours des siècles, ces différentes manifestations culturelles ont été progressivement englobées sous le concept large de « patrimoines culturels ». Dans les sections suivantes, il s'agira ainsi de s'attarder sur l'émergence et les évolutions de cette notion, puis d'examiner les différentes catégories de patrimoines culturels avant, finalement, d'examiner leur importance pour les communautés.

---

[133] Salmon, *supra* note 22 *sub verbo* « Biens culturels ».
[134] Laurajane Smith, *Uses of Heritage*, Florence, Routledge, 2006 à la p 48.
[135] Romainville, *supra* note 73 à la p 74.

1.2.1. Émergence de la notion moderne de patrimoines culturels

C'est en même temps que se développe le concept de culture, que la notion moderne de patrimoine culturel naît dans l'Europe des Lumières à la fin du XVIIIe siècle à la faveur de la Révolution française[136].

Les 2 et 4 novembre 1789 en effet, souhaitant faire table rase de l'Ancien Régime et de ses symboles, l'Assemblée nationale constituante française met les biens du clergé et de la Couronne à « disposition de la nation »[137]. Les « statues des rois »[138] de la Cathédrale Notre-Dame de Paris sont alors décapitées, les sépultures royales de la Basilique Saint-Denis sont profanées et les dépouilles des souverains jetées à la fosse commune. Dans les mois qui suivent, partout sur le territoire français, destructions et pillages se multiplient. Face à cette situation, des députés s'émeuvent et, en 1790, l'Assemblée met sur pied une Commission des Monuments ayant pour tâche d'élaborer les premières instructions concernant l'inventaire et la conservation des œuvres d'art. Les débats parlementaires restent cependant vifs, et leurs résultats contradictoires[139], tant les députés peinent à

---

[136] Pour certains auteurs toutefois, l'intérêt pour l'identification et la protection des biens culturels remonterait à l'Antiquité. Pour Janet Blake notamment : « *Placing a value on monuments and artefacts which reflect the cultural and religious expressions of a society is by no means a modern impulse. Examples can be found from ancient times of concern for the protection of cultural artefacts such as an early museum of antiquities established in ancient Babylon by the daughter of King Nabonidus in the sixth century bc* ». Blake, *supra* note 59 aux pp 1-2; Janet Blake, « On Defining the Cultural Heritage » (2000) 49:1 Int Comp Law Q 61-85 à la p 61. De même, Elena Franchi souligne que « *The protection of cultural property is an old problem. Ancient Romans established that a work of art could be considered part of the patrimony of the whole community, even if privately owned. For example, sculptures decorating the façade of a private building were recognized as having a common value and couldn't be removed, since they stood in a public site, where they could be seen by all citizens* ». Elena Franchi, « What is Cultural Heritage? », en ligne: *Khan Acad* <https://www.khanacademy.org/humanities/art-history-basics/beginners-art-history/a/what-is-cultural-heritage>.

[137] *Monuments historiques; Les grandes dates*, ministère de la Culture et de la Communication, 2013.

[138] Présentées à tort comme étant les « Rois de France », ces sculptures représentaient en réalité les rois de Juda, descendants de Jessé et ancêtres humains de Marie et de Jésus. « Notre-Dame de Paris. La façade occidentale », en ligne: *Notre-Dame Paris* <https://www.notredamedeparis.fr/la-cathedrale/architecture/la-facade-occidentale/>.

[139] En septembre 1792, par exemple, l'Assemblée vote successivement un décret autorisant la destruction des symboles de l'Ancien Régime puis un autre décret, un mois plus tard est voté, assurant au contraire la conservation des « chefs d'œuvre des arts » menacés par la tourmente révolutionnaire. Josiane Boulad-Ayoub, *L'Abbé Grégoire et la naissance du patrimoine national suivi des trois rapports sur le vandalisme*, Mercure du Nord, Québec, Presse de l'Université Laval, 2012 à la p 8; Sénat, « Au service d'une politique nationale du patrimoine : le rôle incontournable du Centre des monuments nationaux », en ligne: <http://www.senat.fr/rap/r09-599/r09-59933.html>.

articuler leur perception des monuments à la fois comme symboles d'un régime aboli et rejeté, et comme témoins de l'œuvre créatrice des générations précédentes qu'on ne saurait détruire ou aliéner sans porter préjudice à leur mémoire. C'est à cette occasion qu'Henri Jean-Baptiste Grégoire, plus connu sous le nom de l'abbé Grégoire, joue un rôle majeur en interpellant régulièrement la Commission sur le sort des monuments laissés à la vindicte populaire, sur les destructions massives qui en résultent et qui, surtout, menacent l'identité nationale française. Dans son rapport sur le *vandalisme*, l'abbé Grégoire affirmera en effet, par exemple, que « [l]es monuments doivent être protégés en vertu de l'idée que les hommes ne sont que les dépositaires d'un bien dont la grande famille a le droit de vous demander des comptes »[140], et qu'il est à la fois révolutionnaire et utile de les conserver. Comme le résume Josiane Boulad-Ayoub :

> L'argumentaire [de l'abbé Grégoire] est clair et politiquement habile. Livres, mobil[i]er, œuvres d'art diverses appartiennent à la Nation. Elle seule peut décider ce qui doit être conservé ou détruit. […] Quels sont les avantages pour la nation de cette conservation ? Du point de vue de l'instruction publique, ces biens culturels sont des témoins historiques enrichissant la connaissance ; du point de vue de l'éducation morale, on peut les voir comme des espèces de 'pilori perpétuel', renforçant la haine envers la tyrannie qu'ils illustrent, jouant ainsi le rôle de contre-modèles à ne pas imiter. Du point de vue des artistes eux-mêmes, considérés comme citoyens, ce serait contre-révolutionnaire, ce serait 'offenser à l'égalité et aux lois', aux valeurs républicaines et démocratiques, que de considérer artistes et hommes de génie comme de mauvais citoyens.[141]

Convaincue, la Convention promulgue un nouveau décret le 24 octobre 1793 interdisant toute démolition et prévoyant que les éléments transportables les plus intéressants relatifs aux arts et à l'histoire seront transférés dans les musées les plus proches. Le 15 mars 1794 finalement, la Commission temporaire des Arts – qui a remplacé la Commission des Monuments, adopte une *Instruction sur la manière d'inventorier et conserver dans toute l'étendue de la République tous les objets qui peuvent servir aux arts, aux sciences et à l'enseignement*[142], jetant ainsi les bases idéologiques et institutionnelles de la reconnaissance et de la protection du patrimoine culturel national.

---

[140] Boulad-Ayoub, *supra* note 139 à la p 11.
[141] *Ibid* aux pp 16-17.
[142] *Instruction sur la manière d'inventorier et de conserver, dans toute l'étendue de la République, tous les objets qui peuvent servir aux arts, aux sciences et à l'enseignement, proposée par la Commission temporaire des arts, et adoptée par le Comité d'instruction publique de la Convention nationale*, by Commission temporaire des Arts, Paris, 1794.

À partir de cette époque en France, puis dans toute l'Europe et à travers le monde, et tout au long du XIXe siècle, les biens culturels sont ainsi progressivement englobés dans le concept de patrimoine qui passe du statut de patrimoine familial privé[143], à celui de patrimoine de la nation, d'intérêt public[144]. Il accompagne dans le même temps le développement de sentiments d'identités nationale, culturelle et collective, et implique désormais la responsabilité de l'État à l'égard de cet héritage qu'il doit identifier, gérer, protéger et transmettre[145]. Comme le souligne Zeynep Turhalli :

> Dans ce nouvel ordre, l'État ne s'inscrit pas seulement comme le protecteur du peuple, mais aussi comme le protecteur de l'histoire commune et de la mémoire collective, représentées dans le patrimoine, c'est-à-dire son passé et son avenir. Il ne s'agit pas seulement d'une protection horizontale limitée aux frontières du territoire, mais aussi d'une protection temporelle et historique. Ainsi, la protection du patrimoine culturel se rationalise à travers la nécessité de protéger l'identité culturelle et historique au nom du peuple.[146]

L'identification et la protection du patrimoine, devenues enjeux nationaux, vont alors se manifester au travers de l'adoption de règlements et législations nationales de plus en plus nombreuses et dont les domaines d'application ne cessent de s'étendre[147]. En France, par exemple, en 1887, une première loi instaure le classement au titre des monuments historiques, par le ministre de l'Instruction publique et des Beaux-Arts. Elle est remplacée par une nouvelle loi en 1913, elle-même régulièrement mise à jour et complétée par

---

[143] Étymologiquement, le patrimoine (du latin « *patrimonium* », qui signifie « héritage du père ») est l'ensemble des biens que l'on tient par héritage paternel. Il s'agit, à l'origine, des propriétés familiales transmises de génération en génération. Centre national de ressources textuelles et lexicales, *supra* note 74 *sub verbo* « Patrimoine ».

[144] Zeynep Turhalli, « Le droit au patrimoine culturel face aux révolutions » (2014) 6 Rev Droits L'homme 1-16 à la p 4.

[145] Boulad-Ayoub, *supra* note 139 à la p 13; Xavier Perrot, *La restitution internationale des biens culturels aux XIX e et XX e siècles. Espace d'origine, intégrité et droit* (Thèse doctorale, Université de limoges, 2005) [unpublished] aux pp 21-24 et 56; Dominique Poulot, *Une histoire du patrimoine en Occident, XVIIIe-XXIe siècle. Du monument aux valeurs*, Le Noeud Gordien, Paris, Presses Universitaires de France, 2006 à la p 14 et suiv.

[146] Turhalli, *supra* note 144 à la p 4.

[147] Poulot, *supra* note 145 à la p 156. Il convient toutefois de préciser que, compte tenu de la complexité des identités culturelles, il est difficile de catégoriser certains biens culturels comme relevant de l'identité nationale ou de l'identité culturelle d'un individu ou d'un groupe. Comme le souligne Rémi Fuhrmann : « de nombreux édifices religieux revêtent […] une importance considérable pour une communauté religieuse ou pour les fidèles, en même temps qu'ils peuvent souvent avoir une importance majeure dans l'identité nationale d'un peuple, le nationalisme s'étant attaché à inclure le patrimoine dans le récit ou mythe national ». Rémi Fuhrmann, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé et la bipolarité du droit international* (Mémoire de maîtrise, Université du Québec à Montréal, 2020) [unpublished] à la p 39.

diverses mesures politiques, administratives et juridiques tout au long du XXe siècle jusqu'aux dispositions les plus récentes adoptées dans les années 2000 relatives à l'identification, à la préservation et à la restauration du patrimoine, de même qu'à la gestion des collections muséales[148]. Au Québec, la *Loi relative à la conservation des monuments et des objets d'art ayant un intérêt historique ou artistique* est sanctionnée le 21 mars 1922. Elle permet de classer, sur recommandation de la Commission des monuments historiques, « des monuments et des objets d'art dont la conservation présente un intérêt national au point de vue de l'histoire ou de l'art ». Elle est suivie de la *Loi relative aux monuments, sites et objets historiques ou artistiques* (1952) de la *Loi des monuments historiques (1963), de la Loi sur les biens culturels* (1972), puis de la *Loi sur le patrimoine culturel* adoptée en 2011[149], elle-même encore en cours de révision[150].

Finalement, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, en réaction aux innombrables destructions et dans une volonté de dépasser les rivalités nationales, une nouvelle conception du patrimoine culturel émerge au niveau international avec la notion de « patrimoine mondial ». Dès la fin du conflit en effet, une Conférence de l'Organisation des Nations Unies (ONU) pour la création d'une organisation éducative et culturelle se tient à Londres du 1er au 16 novembre 1945. Au cours de cette conférence, il est convenu de mettre sur pied une organisation incarnant la culture de la paix et devant enraciner la « solidarité intellectuelle et morale de l'humanité » et, ce faisant, prévenir le déclenchement d'une autre guerre mondiale[151]. Le 4 novembre 1946, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) voit le jour. Dans le préambule, resté célèbre, sa charte constitutive énonce que « les guerres prenant naissance dans l'esprit des hommes, c'est dans l'esprit des hommes que doivent être élevées les défenses de la paix »[152].

---

[148] Direction de l'Information Légale et Administrative, « Politique du patrimoine : chronologie », (2013), en ligne: <https://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/politique-patrimoine/chronologie/>.
[149] Ministère de la Culture et des, « Histoire de la protection du patrimoine au Québec », (2015), en ligne: <https://www.mcc.gouv.qc.ca/index.php?id=5122>.
[150] Voir par exemple Jean-François Nadeau, « Inquiétudes face au projet de réforme de la loi sur le patrimoine », *Le Devoir* (25 novembre 2020), en ligne: <https://www.ledevoir.com/culture/590363/le-projet-de-loi-69-seme-l-inquietude>.
[151] UNESCO, « L'UNESCO en bref - Mission et Mandat », en ligne: <https://fr.unesco.org/about-us/introducing-unesco>.
[152] *Convention créant une Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, 4 RTNU 275, Londres, UNESCO, 1945 Préambule.

Animée d'un esprit universaliste, humaniste et pacifiste hérité de la pensée des Lumières, l'UNESCO reçoit ainsi pour mandat de mettre en place un fonds de connaissances et de valeurs commun à tous les peuples, censé favoriser le maintien de la paix internationale et de la justice en encourageant « la connaissance et la compréhension mutuelle des nations »[153]. Dans cette perspective, l'UNESCO se montre particulièrement active dans le domaine de la protection et de la promotion des patrimoines culturels auxquels elle donne une nouvelle dimension internationale.

En 1972 notamment, constatant que les biens culturels sont de plus en plus exposés à des risques de disparition ou de destruction (tant par les activités sociales et économiques que par les conflits ou catastrophes naturelles), l'UNESCO adopte la *Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel*[154], accompagnée de ses désormais célèbres Liste du patrimoine mondial et Liste du patrimoine mondial en péril. L'objectif de cette convention et des listes étant de garantir un fonds commun de ressources financières et intellectuelles nécessaire à la protection ou à la restauration des patrimoines culturels en danger, la communauté internationale va ainsi reconnaître à certains éléments du patrimoine une dimension supplémentaire en leur conférant une « valeur universelle exceptionnelle » dès lors qu'ils satisfont à au moins un des dix critères de sélection prévus[155]. Dépassant les seules logiques ou préoccupations nationales – et nationalistes, le patrimoine culturel devient ainsi un enjeu international en ce qu'il est désormais considéré non seulement comme le reflet de la richesse et de la diversité culturelle de l'humanité, mais également comme un héritage appartenant à tous les peuples du monde et à la protection duquel il incombe « à la communauté internationale tout entière de participer »[156].

À mesure que les conceptions de la culture s'enrichissent de nouvelles dimensions dynamiques et évolutives, l'UNESCO, désormais principale organisation internationale

---

[153] *Ibid* art. 1.
[154] *Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel*, 1037 RTNU 151, Paris, UNESCO, 1972.
[155] *Trousse d'information sur le patrimoine mondial*, by Centre du patrimoine mondial de l'UNESCO, Paris, UNESCO, 2008 aux pp 13-14.
[156] David Berliner & Chiara Bortolotto, « Introduction. Le monde selon l'UNESCO » (2013) 18 Gradhiva à la p 2.

œuvrant dans ce domaine, va également procéder à l'élaboration de nouvelles définitions. La notion de patrimoine culturel va ainsi s'enrichir de nouvelles catégories de plus en plus nombreuses et complexes incluant les patrimoines naturels, subaquatiques, biologiques, immatériels, mixtes, ou encore en péril, auxquels correspondent autant d'inventaires et d'instruments juridiques. Si cette pléthore de catégories fait l'objet de critiques[157], elle permet cependant d'examiner, dans la section suivante, certains des éléments reconnus comme relevant du patrimoine culturel.

1.2.2. Les éléments constitutifs des patrimoines culturels

Il n'est bien évidemment pas question ici de présenter une liste exhaustive des éléments qui composent le patrimoine culturel, tant ce dernier s'inscrit dans une diversité de biens ou de phénomènes : patrimoine matériel, mobilier et immobilier, comprenant les archives, objets, plaques et inscriptions commémoratives, bâtiments, parcs ou encore vestiges archéologiques, et immatériel, sous forme de traditions et de modes d'expression culturels, incluant les langues et les savoir-faire. Si cette distinction entre patrimoines matériels et immatériels est souvent considérée comme artificielle, elle permet cependant de mettre en lumière la manière dont les définitions du patrimoine culturel ont suivi celles de la notion de culture. Dans les sections qui suivent, il s'agira ainsi d'examiner les deux principales « catégories » de patrimoines culturels identifiées à travers le temps, à savoir les patrimoines matériels (mobiliers et immobiliers) et les patrimoines immatériels[158]. Ces sections seront ainsi l'occasion de présenter non seulement certains de leurs principaux éléments constitutifs, mais aussi, et surtout, de présenter les changements opérés dans les conceptions du patrimoine culturel ainsi que le rôle et l'importance qui lui sont progressivement reconnus à l'échelle internationale.

---

[157] Blake, « On Defining the Cultural Heritage », *supra* note 136 à la p 63.

[158] Bien qu'il constitue un élément important, voire central dans certaines cultures, et que sa séparation du patrimoine culturel fasse l'objet de critiques, nous laissons ici de côté les aspects relatifs au « patrimoine naturel ». Hélène Giguère, « Vues anthropologiques sur le patrimoine culturel immatériel: Un ancrage en basse Andalousie » (2006) 30:2 Anthropol Sociétés 107-127.

1.2.2.1. Le patrimoine matériel mobilier et immobilier

Si on admet aujourd'hui qu'il est difficile, voire impossible, d'isoler les patrimoines matériels des patrimoines immatériels (il ne saurait, par exemple, y avoir de pratiques ancestrales sans accès aux objets ou sites nécessaires à ces pratiques)[159], dans les faits, on constate qu'il a été toujours été plus aisé d'identifier et donc de s'intéresser aux éléments tangibles.

À l'origine, en effet, seul était formellement reconnu le patrimoine matériel, mobile ou immobile. Domaine réservé aux élites intellectuelles, sociales et politiques, l'identification du patrimoine se limitait alors à la « haute culture » et aux « beaux-arts », notamment la peinture, la littérature, l'architecture, ou encore les ruines et monuments archéologiques, en raison notamment de la possibilité de les classer dans des catégories en fonction de critères « objectifs » relatifs à leur rareté, leur originalité ou encore à leur valeur historique et commémorative, esthétique, scientifique, artistique ou économique. Comme évoqué précédemment, cette conception restreinte du patrimoine va alors (logiquement) déboucher sur des pratiques d'inventaire des biens culturels aux niveaux local et national. En France, par exemple, le ministre de l'Intérieur de l'époque, M. Guizot, crée en 1830 un poste d'Inspecteur des Monuments historiques afin de classer les édifices et de répartir entre eux les crédits d'entretien mis à disposition par l'État. De 1834 à 1860, des tournées d'inspection, notamment sous la direction de Prosper Mérimée, quadrillent la France, et une première liste des « Monuments historiques » est établie en 1840, laquelle comprenait près d'un millier de sites[160]. Dans les autres pays européens, des organismes officiels sont également chargés de réaliser de tels inventaires. À titre d'exemples, l'Institut de recherche sur les monuments sera créé en Autriche en 1907, tandis qu'en 1908 la *Royal Commission on Historical Monuments* verra le jour en Grande-Bretagne, tout comme le *Rijksbureau*

---

[159] Steven Van Uytsel, « Philosophies Behind the Intangible Cultural Heritage Convention: Equality in Heritage Protection, Community Recognition and Cultural Diversity » (2012) SSRN Electron J 1-23 aux pp 3 et 8; Lucas Lixinski, *Intangible Cultural Heritage in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013 aux pp 18-19; Nobuo Ito, *Intangible Cultural Heritage involved in Tangible Cultural Heritage* , Victoria Falls, Zimbabwe, 2003.

[160] Nathalie Heinich, *La fabrique du patrimoine: De la cathédrale à la petite cuillère*, Ethnologie de la France, Paris, Maison des sciences de l'homme, 2009 à la p 16.

voor de Monumentenzorg aux Pays-Bas. Au Danemark, c'est le musée national qui sera en charge de l'inventaire des monuments religieux et profanes tandis qu'en Suisse, il sera entrepris par l'association des *Kunstdenkmäler der Schweiz*[161]. Avec la colonisation, la pratique des inventaires s'exporte également hors de l'Occident tout au long des XIXe et XXe siècles alors que des amateurs éclairés — voyageurs, collectionneurs, érudits locaux, philologues, de même que les professionnels — ethnologues, archéologues et anthropologues, rassemblent des objets et compilent des informations sur les « sociétés primitives » au fil de leurs recherches[162]. Cependant, et jusqu'à très récemment[163], l'ethnocentrisme des chercheurs tendra à disqualifier les productions traditionnelles de ces sociétés et à les reléguer au rang d'artisanat ou de « folklore ».

De même, au niveau international, on constate que « peu ou prou, le patrimoine continu[e] de s'imposer au monde sous les traits que lui avaient conférés les intellectuels et les administrateurs européens du XIXe siècle finissant »[164] en se limitant essentiellement aux manifestations physiques et tangibles de la culture.

En 1954 en effet, la *Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*[165], qui introduit le terme de « biens culturels » en droit international, en limite la définition à une catégorie globale de biens matériels, mobiles ou immobiles, méritant d'être protégés du fait de leur valeur culturelle irremplaçable, parmi lesquels les monuments d'architecture, d'art ou d'histoire, les œuvres d'art, ou encore les édifices conservant ou exposant les biens culturels meubles[166]. Le terme sera également repris plus tard, dans la *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*[167]

---

[161] Vincent Négri, « L'évolution des politiques d'inventaire au miroir du droit européen » (2014) 2:45 Obs Polit Cult 56-59.
[162] Warnier, *supra* note 80 à la p 66.
[163] On pense notamment au Musée du Quai Branly-Jacques Chirac qui, d'abord Musée des arts « premiers » ou « primitifs », sera rebaptisé après un feu nourri de critiques anthropologiques.
[164] Christian Hottin, « Du patrimoine immatériel dans les politiques patrimoniales » dans Marie Cornu, Jérôme Fromageau & Christian Hottin, dir, *Droit Patrim Cult Immatériel*, Paris, L'Harmattan, 2013 11 à la p 13.
[165] *Supra* note 61.
[166] *Ibid* art. 1.
[167] *Supra* note 61.

adoptée en 1970 par l'UNESCO, qui définit les biens culturels comme étant « [les biens désignés par chaque État] d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science […] » et appartenant à l'une des onze catégories prévues[168]. De même, enfin, la Convention de 1972 sur le patrimoine mondial ne considère que les bâtiments ou sites culturels comme susceptibles de relever du patrimoine ayant une valeur universelle exceptionnelle[169].

La matérialité des biens, mobiles ou immobiles, apparaît donc comme la condition de leur reconnaissance en tant qu'éléments de patrimoine culturel[170]. Or, cet accent mis sur la dimension exclusivement matérielle du patrimoine va faire l'objet de vives critiques en ce qu'il conférait un avantage considérable aux « civilisations du bâti » et des « beaux-arts » (par opposition notamment aux peuples de tradition orale)[171]. Comme le souligne Christian Hottin au sujet de la Convention de 1972 et des Listes du patrimoine mondial :

> Dès lors manquaient à l'appel les patrimoines de nombre de pays du Sud, pauvres en monuments, mais riches de traditions, tandis que certains pays d'Extrême-Orient, moins attentifs à l'ancienneté des murs qu'à celle des rites s'y déroulant, rechignaient à ratifier un texte taillé sur mesure pour les Européens. Ceux-ci, au contraire, virent à bon droit dans le texte de l'UNESCO le parachèvement de leurs politiques nationales, au point de rassembler sur le territoire de quatre ou cinq pays la majorité des biens inscrits sur la fameuse liste [du patrimoine mondial].[172]

Il faudra cependant attendre la fin des années 1960 pour qu'ait lieu, à tout le moins au niveau international, une prise de conscience et un changement d'attitude progressif à l'égard du patrimoine culturel immatériel, et attendre les années 1980 pour que ce tournant se manifeste dans des instruments concrets.

---

[168] *Ibid* art. 1.
[169] *Supra* note 154 art. 1.
[170] On pourrait d'ailleurs considérer que cette tendance est confirmée par le choix d'un temple grec en guise de logo de l'UNESCO. UNESCO, « L'emblème du patrimoine mondial », en ligne: <https://whc.unesco.org/fr/embleme/>.
[171] De fait, sur les 1092 biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial en 2019, 514 (soit 47,07 %) sont encore situés en Europe et Amérique du Nord UNESCO, « UNESCO World Heritage List Statistics », en ligne: <http://whc.unesco.org/fr/list/stat>; Patrick J O'Keefe & Lyndel V Prott, dir, *Cultural heritage conventions and other instruments. A compendium with commentaries*, Builth Wells, Institute of Art and Law, 2011 aux pp 78-79.
[172] Hottin, *supra* note 164 à la p 13.

1.2.2.2. Le patrimoine culturel immatériel

En effet, alors que les actions et la philosophie de l'UNESCO étaient jusqu'alors essentiellement tournées vers une approche universaliste, et guidées par la croyance — consciente ou non — que les traditions culturelles s'épanouissaient et se transmettaient spontanément de génération en génération, les années 1960 (et les décennies suivantes) vont être le théâtre de deux changements majeurs sur la scène internationale qui vont considérablement transformer l'action de l'organisation internationale.

Un premier changement vers une approche multiculturaliste s'opère au sein de l'UNESCO suite à l'adhésion de nombreux États nouvellement indépendants d'une part, et à l'émergence des mouvements de revendications autochtones d'autre part. Ces nouveaux États d'Asie, d'Afrique, d'Amérique latine et des Caraïbes, ainsi que les acteurs autochtones, vont en effet faire valoir leurs propres conceptions holistiques de la culture et se montrer critiques à l'égard les listes du patrimoine, sur lesquelles les biens européens et nord-américains sont surreprésentés par rapport à ceux des autres régions du monde. Pour ces nouveaux acteurs au sein de l'UNESCO, le système d'identification et de valorisation du patrimoine instauré par la Convention de 1972 était porteur de critères de valeur et de beauté développés en Occident, et échouait donc dans sa prétention à l'universalité puisque ses valeurs eurocentristes n'étaient partagées ni par le monde entier ni par toutes les civilisations[173].

Au même moment, un second changement s'opère face au phénomène de la mondialisation. Dans les années 1960 en effet, la communauté internationale prend conscience que l'intensification des contacts entre les populations risque de mener à une uniformisation culturelle, voire à l'imposition de certains modèles culturels par rapport à

---

[173] Turhalli, *supra* note 144 à la p 7; Janet Blake, « Safegurading Intangible Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 347 aux pp 347-348. Durant les négociations de la Convention de l'UNESCO sur le patrimoine mondial, certains États avaient alors souligné que le spectre de la convention était trop restreint. La Bolivie, notamment, avait d'ailleurs suggéré, en vain, l'adoption d'un protocole additionnel à la Convention sur le droit d'auteur en vue d'assurer une meilleure protection des folklores. Giguère, *supra* note 158 à la p 107; Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 à la p 104.

d'autres[174]. Lors de la conférence générale de l'UNESCO de 1960 notamment, le représentant du Mali, Amadou Hampâté Bâ avait ainsi exhorté l'UNESCO à sauver le patrimoine oral africain en affirmant que « la sauvegarde des traditions orales des pays africains » était une « nécessité urgente »[175]. Face aux risques de pertes irréversibles en matière de langue, de savoir-faire ou encore de coutumes, l'UNESCO va alors non seulement réorienter ses politiques de manière à mettre l'accent sur la diversité culturelle et la valeur et l'originalité de chaque culture face aux risques d'uniformisation et d'extinction culturelles, mais va également prendre conscience de la nécessité de redéfinir la notion de patrimoine culturel et d'étendre la protection qui lui est due à ses aspects immatériels en adoptant des instruments adaptés[176].

C'est ainsi qu'en 1982, la *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles*[177], adoptée sous les auspices de l'UNESCO à l'occasion de Conférence mondiale sur les politiques culturelles, va pour la première fois proposer une nouvelle définition holistique du patrimoine culturel en affirmant que :

> Le patrimoine culturel d'un peuple s'étend aux œuvres de ses artistes, de ses architectes, de ses musiciens, de ses écrivains, de ses savants, aussi bien qu'aux créations anonymes, surgies de l'âme populaire, et à l'ensemble des valeurs qui donnent un sens à la vie. Il comprend les œuvres matérielles et non matérielles

---

[174] Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 aux pp 102-103; Chloé Maurel, *Histoire de l'UNESCO; Les trentes premières années. 1945-1974*, Paris, L'Harmattan, 2010 à la p 258. Voir aussi plus généralement Warnier, *supra* note 80.

[175] Tel que cité dans Maurel, *supra* note 174 à la p 255.

[176] Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 à la p 103; Maurel, *supra* note 174 à la p 258. On peut toutefois souligner que les aspects immatériels de la culture transparaissaient déjà, dans une certaine mesure, dans les instruments consacrés aux patrimoines tangibles. Par exemple, dans la Convention de 1972, le critère no.6, établi par le Comité du patrimoine mondial stipule que des sites peuvent être inscrits sur les listes du patrimoine mondial lorsqu'ils sont « directement ou matériellement associé[s] à des évènements ou des traditions vivantes, des idées, des croyances ou des œuvres artistiques et littéraires ayant une signification universelle exceptionnelle ». Les aspects immatériels sont également pris en compte à partir de 1992 avec l'ajout de la catégorie des « paysages culturels associatifs » caractérisés par « la force d'association des phénomènes religieux, artistiques ou culturels de l'élément naturel ». En 1994 également, le *Document de Nara sur l'authenticité en matière de restauration* prévoyait en effet une liste de critères pour évaluer l'authenticité des restaurations et dont certains relèvent de l'intangible, en particulier les « traditions, techniques et systèmes de gestion ; […] langue et autres formes de patrimoine immatériel ; esprit et impression [...] ». Centre du patrimoine mondial de l'UNESCO, *supra* note 155 à la p 13; Christoph Brumann, « Comment le patrimoine mondial de l'Unesco devient immatériel » (2013) 18 Gradhiva 22-49 aux pp 27-30; *Document de synthèse sur l'application du critère culturel (vi)*, by UNESCO, WHC-01/CONF.208/INF.13, Paris, UNESCO, 2001; *Document de Nara sur l'authenticité en matière de restauration*, by UNESCO, Nara, Japon, UNESCO, 1994 au para 82.

[177] *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles*, Mexico City, Conférence mondiale sur les politiques culturelles, 1982.

> qui expriment la créativité de ce peuple : langue, rites, croyances, lieux et monuments historiques, littérature, œuvres d'art, archives et bibliothèques.[178]

Le 15 novembre 1989, selon la même logique de protection de la diversité culturelle et d'élargissement de la notion de « patrimoines culturels », l'Assemblée générale de l'UNESCO adopte ses *Recommandations sur la protection de la culture traditionnelle et populaire*[179]. Bien que limitées aux manifestations des cultures « traditionnelles » et que leurs impacts concrets aient été jugés minimes[180], ces recommandations constituent le premier instrument juridique international relatif au patrimoine immatériel. Elles représentent une innovation significative en ce qu'elles soulignent l'importance de la culture pour les sociétés et leur identité, et insistent sur la nécessité d'une protection de ce patrimoine « par et pour » les communautés concernées[181]. De 1993 à 2003, l'UNESCO met également sur pied le *Programme des Trésors humains vivants* dont l'objectif était d'encourager les États à « accorder une reconnaissance officielle à des détenteurs de la tradition et des praticiens talentueux, ainsi qu'à assurer la transmission de leurs connaissances et savoir-faire aux jeunes générations »[182]. Puis, en 2001, 2003 et 2005, l'UNESCO adopte successivement trois *Proclamations des chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité*. Suivant le même principe que celui appliqué au patrimoine matériel ayant une « valeur universelle exceptionnelle », l'objectif de ce programme était de sensibiliser les populations à l'importance du patrimoine immatériel en établissant une nouvelle forme de distinction internationale[183]. Si ces proclamations contribuent à populariser la notion de patrimoine immatériel, la notion de « chef d'œuvre » fera cependant l'objet d'importantes critiques en ce qu'elle impliquait l'existence d'une hiérarchie de valeur entre les pratiques culturelles[184], et le programme sera finalement

---

[178] *Ibid* au para 23.
[179] *Recommandations sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire*, Paris, UNESCO, 1989.
[180] Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 à la p 104; Anthony McCann, *Critique of the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore* , Washington, Center for Folklife and Cultural Heritage Smithsonian Institution, 1999.
[181] *Supra* note 179 au para B; Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 aux pp 104-105; Blake, *supra* note 173 à la p 349.
[182] UNESCO, « UNESCO - Les Trésors humains vivants: un ancien programme de l'UNESCO », en ligne: <https://ich.unesco.org/fr/tresors-humains-vivants>.
[183] UNESCO, « Proclamation des chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité (2001-2005) », en ligne: <https://ich.unesco.org/fr/proclamation-des-chefs-d-oeuvre-00103>.
[184] Giguère, *supra* note 158 à la p 109.

abandonné en 2006 avec l'entrée en vigueur de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.*

Il faudra en effet près de 20 ans pour que les bonnes intentions formulées lors de la Conférence de Mexico prennent forme dans un instrument international consacré au domaine du patrimoine culturel immatériel. Dans un rapport présenté en 2001 à la suite à une série de consultations régionales, Koïchiro Matsuura, alors Directeur général de l'UNESCO, était parvenu à la conclusion que ni les instruments déjà adoptés dans le domaine du patrimoine culturel ni les instruments relatifs à la propriété intellectuelle n'assuraient une protection satisfaisante du patrimoine culturel immatériel et qu'un nouvel instrument normatif international, spécifiquement conçu, devait être élaboré. Son rapport affirmait également la nécessité d'une terminologie plus inclusive afin de protéger non seulement les produits artistiques, mais également les savoirs et les valeurs permettant leur production, les processus créatifs eux-mêmes, ainsi que les modes d'interaction par lesquels ces produits sont reçus, reconnus et appréciés par leurs communautés respectives[185].

C'est dans cette perspective qu'en 2003 est finalement adoptée la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*[186], premier instrument contraignant à étendre la protection juridique au domaine de l'intangible. De fait, l'article 1 de la Convention stipule que le patrimoine culturel immatériel recouvre :

> Les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire — ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés — que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine […].[187]

---

[185] UNESCO, « Depuis 2000 et la rédaction de la Convention », en ligne: <https://ich.unesco.org/fr/depuis-2000-00310>.
[186] *Supra* note 64.
[187] *Ibid* art. 1.

Compte tenu de la diversité des expressions culturelles immatérielles, la Convention ne propose évidemment pas de liste exhaustive de ce qu'est le patrimoine immatériel, d'autant plus que ses dispositions sont renvoyées à une infinie diversité d'interprétations nationales ou régionales par les États qui doivent en assurer la mise en œuvre [188]. On constate cependant que plusieurs facteurs émergent explicitement ou implicitement de cette définition, en particulier le rôle des communautés, groupes ou individus dans l'identification du patrimoine (par opposition avec la valeur « objective » et « universelle » du patrimoine matériel) et, surtout, le principe de transmission et de « recréation permanente » de ce patrimoine qui implique une prise en compte de la dimension évolutive de la culture[189].

La reconnaissance et l'importance des patrimoines immatériels ont également été renforcées par l'adoption d'instruments relatifs à la protection et aux droits des minorités, et en particulier des peuples autochtones[190]. Ces derniers ont, en effet, été particulièrement actifs sur la scène internationale pour faire reconnaître leurs propres conceptions de la culture, axées notamment sur une dimension holiste, sur le rôle et la signification centrale de la terre et des ressources naturelles, leur rôle de « gardien » (et non de propriétaire) collectif et intergénérationnel de ces ressources et, de manière générale, sur la relation symbiotique qu'entretiennent entre eux les éléments du patrimoine matériel et immatériel[191].

---

[188] *Ibid* art. 11 et suiv. Hottin, *supra* note 164 à la p 25.

[189] Chiara Bortolotto, « Les enjeux de l'institution du patrimoine culturel immatériel. Compte rendu du séminaire organisé au Lahic (2006-2008) » (2008) 116 Cult Rech 32-34 à la p 33; Chiara Bortolotto, « Le trouble du patrimoine culturel immatériel » (2011) 26 Terrain 21-42 à la p 26; Giguère, *supra* note 158 à la p 109; Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 aux pp 108-109.

[190] Il existe diverses nuances et d'importants débats relatifs à la terminologie qui doit être utilisée pour désigner les peuples autochtones. Au niveau international, le terme anglophone « *indigenous* » de plus en plus utilisé en remplacement de « *aboriginal* ». À l'inverse cependant, les textes français conservent le terme « autochtone », préféré aux traductions « indigènes » et « aborigènes » considérées comme péjoratives. Tonina Simeone indique toutefois que plusieurs communautés autochtones canadiennes ont rejeté l'utilisation du mot *Aboriginal* (Autochtone), et recommande de manière générale de parler des membres des peuples autochtones en faisant référence de façon précise à leur identité ou à leur nation. À toute fin pratique cependant, conformément aux instruments internationaux existants et tout en gardant à l'esprit ces importantes considérations, cette réflexion doctorale fera généralement usage du terme le plus inclusif et le plus fréquemment employé dans la littérature, à savoir celui de « peuples autochtones » (« *indigenous peoples* »). Tonina Simeone, « Peuples autochtones : terminologie et identité », (décembre 2015), en ligne: *Notes Colline Rech Anal Bibl Parlem Can* <https://notesdelacolline.ca/2015/12/14/peuples-autochtones-terminologie-et-identite/>; Linc Kesler, « Aboriginal Identity & Terminology », en ligne: <http://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/aboriginal_identity__terminology/>.

[191] Vrdoljak, *supra* note 60 à la p 199.

Ainsi, la *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*[192] de l'Organisation internationale du travail (OIT) adoptée en 1989 prévoit notamment que les États parties doivent « reconnaître et protéger les valeurs et les pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples »[193]. En 2007 également, au terme d'un long processus de négociations, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté sa *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*[194]. Concernant tout particulièrement l'aspect culturel, la Déclaration adopte une nouvelle fois une conception large et inclusive du patrimoine en prévoyant, à l'article 31 que « Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture […] ».[195] Il en va de même pour la *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones* de l'Organisation des États américains (OEA), adoptée en 2016[196], qui reprend essentiellement les termes de la déclaration onusienne[197].

Initialement réservée aux biens matériels (monumentaux, mobiliers ou immobiliers), la notion de patrimoine s'est ainsi progressivement « anthropologisée », pour reprendre l'expression de Chiara Bortolotto[198], en s'étendant à sa dimension immatérielle et vivante. Depuis l'adoption de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine immatériel* et des instruments relatifs aux peuples autochtones, la définition du patrimoine culturel s'est éloignée du modèle universaliste, renvoie désormais au « tout culturel », et calque tacitement celles que l'anthropologie et la sociologie ont tenté d'élaborer sur la culture, en cherchant à préserver son caractère relatif, holiste et ses mutations permanentes[199]. On constate également que la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine immatériel* a rencontré un succès indéniable puisqu'elle compte aujourd'hui

---

[192] *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (No. 169)*, 1650 RTNU 383, Organisation internationale du travail, 1989.
[193] *Ibid* art. 5(a).
[194] *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Res 61/295, ONU, 2007.
[195] *Ibid* art. 31. Voir aussi *Ibid* art. 11, 12, 13, 25.
[196] *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*, OEA/Ser.P AG/RES.2888 (XLVI-O/16), OEA, 2016.
[197] *Ibid* aux art. X à XVI.
[198] Bortolotto, « Le trouble du patrimoine culturel immatériel », *supra* note 189 à la p 22.
[199] Giguère, *supra* note 158 à la p 109.

178 États parties, tandis que 549 biens ont été inscrits sur les listes du patrimoine immatériel[200] et que de multiples mesures et initiatives de reconnaissance et de préservation ont été prises aux niveaux national, régional et international à la suite de son adoption[201], témoignant ainsi de la prise de conscience de l'importance des patrimoines culturels, sous toutes leurs formes, dans la construction et la survie des communautés.

1.2.3. L'importance des patrimoines culturels pour les communautés

Au cours des dernières décennies, les travaux menés sur le patrimoine culturel ont en effet considérablement évolué. S'éloignant de la reconnaissance des biens culturels en fonction de critères « objectifs », utilitaristes ou « élitistes »[202], on considère de plus en plus souvent que le patrimoine ne dispose souvent d'aucune valeur intrinsèque :

> *While places, sites, objects and localities may exist as identifiable sites of heritage* […] *these places are not inherently valuable, nor do they carry a freight of innate meaning. Stonehenge, for instance, is basically a collection of rocks in a field. What makes these things valuable and meaningful* […] *are the present-day cultural processes and activities that are undertaken at and around them, and of which they become a part. It is these processes that identify them as physically symbolic of particular cultural and social events, and thus give them value and meaning.*[203]

Les patrimoines culturels n'existent qu'au travers de l'attachement qui leur est porté et sont désormais davantage considérés comme un « processus social », un moyen de communication, une expérience, ou encore une manière de commémorer l'histoire et de la

---

[200] UNESCO, « Consulter les Listes du patrimoine culturel immatériel et le Registre des bonnes pratiques de sauvegarde », en ligne: <https://ich.unesco.org/fr/listes>.

[201] Voir notamment *Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société*, Série des Traités du Conseil de l'Europe 199, Faro, Conseil de l'Europe, 2005. Sur les différentes législations nationales adoptées en vue de la protection du patrimoine immatériel, voir aussi Lixinski, *supra* note 159.

[202] Concernant les biens matériels, la littérature, en particulier anglophone, est notamment caractérisée par un courant visant à les qualifier d'« héritage culturel » (*cultural heritage*) plutôt que de « propriété culturelle » (*cultural property*) pour souligner que les patrimoines ne sauraient être strictement soumis au régime de la « propriété privée » au même titre qu'une voiture ou un ordinateur par exemple. Voir notamment Lyndel V Prott & Patrick J O'Keefe, « 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property'? » (1992) 1:2 Int J Cult Prop 307-320; Perrot, *supra* note 145; Leila Amineddoleh, « The Politicizing of Cultural Heritage » (2020) 45 N C J Int Law 60; Yvonne Donders, « Cultural Heritage and Human Rights » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 379 à la p 379.

[203] Smith, *supra* note 134 à la p 3. Voir aussi Lixinski, *supra* note 159 à la p 3.

transmettre aux générations suivantes[204]. Ils sont aussi, et surtout, reconnus comme un élément fondamental de la formation de l'identité culturelle des communautés, et une condition de leur survie[205]. Comme le souligne Jean-Pierre Warnier :

> Toutes les sociétés humaines connues, même les plus anciennement attestées, distinguent deux sortes de biens : des biens inaliénables, qu'on ne peut ni donner, ni échanger, ni vendre, ni abandonner ; et des biens aliénables, qu'on engage dans le don, l'échange, ou qu'on peut rejeter. Les premiers sont sacrés. Ils font partie du patrimoine hérité de génération en génération et dont on ne peut se dessaisir sans que cela fasse scandale. […] Ces biens inaliénables sont souvent partagés par un groupe, et commun à ses membres : un terroir, des rituels, des lieux et des objets sacrés, une langue, un répertoire musical, des traditions agricoles ou gastronomiques, des normes de comportement en société. Ils définissent l'identité du groupe.[206]

Ainsi, d'un point de vue symbolique, les patrimoines culturels sont désormais considérés comme indispensables à la formation et à l'existence des communautés par leurs fonctions d'identification, de socialisation, et de partage de biens culturels communs, linguistiques, musicaux, littéraires, historiques et techniques[207]. Pour Lucas Lixinski, les patrimoines culturels désignent en effet « *the elements necessary for the maintenance over time of a certain cultural identity, important for the survival of a social group* »[208]. Ces liens étroits entre les patrimoines et l'identité culturelle des communautés suggèrent en outre qu'une certaine continuité dans la transmission des patrimoines culturels est indispensable à leur survie. Comme le souligne François Bugnion, à travers la protection des patrimoines culturels ce que l'on cherche en réalité à protéger « c'est la mémoire des peuples, c'est leur conscience collective, c'est leur identité »[209]. L'importance des patrimoines culturels pour les communautés apparaît également dans de nombreuses déclarations et instruments internationaux ou régionaux. En 1989 notamment, dans ses *Recommandations sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire*, l'UNESCO

---

[204] Poulot, *supra* note 145 à la p 10; Amineddoleh, *supra* note 202 aux pp 335-338.
[205] Blake, *supra* note 59 aux pp 275-278; Donders, *supra* note 202 à la p 380.
[206] Warnier, *supra* note 80 à la p 20.
[207] *Ibid* aux pp 52-53; Van Uytsel, *supra* note 159 à la p 10.
[208] Lixinski, *supra* note 159 aux pp 7-8.
[209] *La genèse de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé dans le cadre du droit international humanitaire conventionnel et coutumier*, Réunion du 50ème anniversaire de la Convention de La Haye de 1954, Le Caire, 2004.

reconnaissait ainsi « son importance sociale, économique, culturelle et politique, son rôle dans l'histoire d'un peuple et sa place dans la culture contemporaine »[210].

En contribuant à l'élaboration de sens d'appartenance individuels et collectifs, les patrimoines culturels permettent également d'enrichir et de soutenir la cohésion sociale et territoriale. On considère, en outre, qu'ils favorisent le dialogue et la compréhension mutuelle entre différents groupes culturels[211]. La *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle* affirme ainsi à ce sujet que « la diversité des cultures, la tolérance, le dialogue et la coopération, dans un climat de confiance et de compréhension mutuelles, sont un des meilleurs gages de la paix »[212]. Plus largement, les patrimoines culturels, en tant qu'incarnation de la diversité culturelle, sont aussi symboliquement considérés comme une source de richesse pour l'humanité tout entière. En 1954 notamment, le préambule de la *Convention de La Haye* soulignait à cet effet que : « [l]es atteintes portées aux biens culturels, à quelque peuple qu'ils appartiennent, constituent des atteintes au patrimoine culturel de l'humanité entière, étant donné que chaque peuple apporte sa contribution à la culture mondiale »[213]. De même, en 2002, la *Déclaration d'Istanbul*, adoptée à l'issue de la Table ronde des ministres de la culture sur « Le patrimoine culturel immatériel, miroir de la diversité culturelle », affirmait que « [l]es expressions multiples du patrimoine culturel immatériel comptent au nombre des fondements de l'identité culturelle des peuples et des communautés, en même temps qu'elles constituent une richesse commune à l'ensemble de l'humanité […] »[214].

De manière plus pragmatique enfin, il convient de souligner que les patrimoines culturels peuvent également représenter une importante ressource économique pour les communautés et constituer un pilier de leur prospérité et de leur développement[215]. En effet,

---

[210] *Supra* note 179 Préambule.
[211] *The Social and Economic Value of Cultural Heritage: literature review*, by Cornelia Dümcke & Mikhail Gnedovsky, European Expert Network on Culture, 2013 aux pp 90-91 et 140.
[212] *Déclaration universelle sur la diversité culturelle*, Doc off UNESCO, 31e session, Doc UNESCO 31 C/Resolutions (2001), Paris, UNESCO, 2001 Préambule.
[213] *Supra* note 61 Préambule.
[214] *Déclaration d'Istanbul*, Istanbul, IIIe Table ronde des ministres de la culture « Le patrimoine culturel immatériel, miroir de la diversité culturelle », 2002 au para 1.
[215] Dümcke & Gnedovsky, *supra* note 211 à la p 7.

bien que leur valeur économique soit difficile à évaluer et à quantifier, on reconnaît généralement qu'ils représentent une source de richesse et de revenus importants liés par exemple à l'augmentation des investissements et du tourisme, à laquelle s'ajoute la création de nombreux emplois locaux, associés directement, ou indirectement, aux activités touristiques, artistiques et créatrices, ou encore scientifiques ou de préservation[216]. L'UNESCO considère également que les patrimoines matériels et immatériels peuvent contribuer de façon importante au développement durable des communautés. Ainsi, en tant que sources de connaissances, ces patrimoines peuvent contribuer directement à « réduire la pauvreté et les inégalités en fournissant des biens et services de base, tels que la sécurité et la santé, par le logement, l'accès à l'assainissement de l'air, l'eau, la nourriture et d'autres ressources importantes »[217] tout en garantissant la préservation et l'usage durable du patrimoine concerné. Comme le résument Cornelia Dümcke et Mikhail Gnedovsky :

> *As confirmed by multiple studies, heritage, if properly managed, can be instrumental in enhancing social inclusion, developing intercultural dialogue, shaping identity of a territory, improving quality of the environment, providing social cohesion and — on the economic side — stimulating tourism development, creating jobs and enhancing investment climate. In other words, investment in heritage can generate return in a form of social benefits and economic growth*.[218]

1.3. Conclusion

On considère aujourd'hui que trois principales significations coexistent et définissent la culture : dans son sens restreint de « culture savante », elle désigne le développement des facultés de l'esprit par l'éducation et les exercices intellectuels ; dans son sens courant de « culture générale », elle renvoie à la connaissance des grandes dates de l'histoire, des découvertes scientifiques ou encore des œuvres artistiques ; dans son sens anthropologique et ethnographique enfin, la culture fait l'objet de conceptions plus souples et larges, mais aussi plus controversées. Comme le résume Denys Cuche :

> Depuis qu'elle est apparue au XVIIIe siècle, l'idée moderne de culture a constamment suscité des débats très vifs. Quel que soit le sens précis qui a pu être donné au mot […], des désaccords ont toujours subsisté sur son application à telle ou telle réalité. C'est que l'usage de la notion de culture introduit directement à

---

[216] Van Uytsel, *supra* note 159 à la p 11; Dümcke & Gnedovsky, *supra* note 211 à la p 6; Lixinski, *supra* note 159 aux pp 4-5.
[217] UNESCO, « Développement durable », en ligne: <https://whc.unesco.org/fr/developpementdurable/>.
[218] Dümcke & Gnedovsky, *supra* note 211 à la p 7.

> l'ordre symbolique, à ce qui touche au sens, c'est-à-dire à ce sur quoi il est le plus difficile de s'entendre.[219]

De fait, dès 1952, deux chercheurs américains, Alfred Kroeber et Clyde Kluckhohn, dénombraient plus de 150 définitions différentes, forgées depuis le XVIIIe siècle par des scientifiques, anthropologues, sociologues ou psychologues[220]. Dans le seul domaine des sciences sociales, la diversité des significations et des usages du terme « culture » semble ainsi infinie. Dans son sens le plus largement accepté toutefois, on admet que la notion de « culture » désigne de façon étendue l'ensemble des modes de vie et de pensée, de même que les activités, croyances et pratiques communes à une société ou à un groupe particulier. C'est d'ailleurs dans cette perspective holistique que l'UNESCO définit la culture comme :

> […] l'ensemble des traits distinctifs, spirituels, matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts, les lettres et les sciences, les modes de vie, les lois, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances.[221]

Parallèlement au développement de la notion de « culture » et de ses dérivés — en particulier la notion d'« identité culturelle », on assiste également au développement de la notion de « patrimoines culturels » en tant que représentations concrètes de l'identité d'une communauté. Dans leur sens le plus large, les patrimoines culturels renvoient en effet à l'ensemble des manifestations de la culture et de l'identité culturelle des peuples. D'abord réservée aux œuvres et constructions les plus exceptionnelles, la notion de patrimoines culturels s'est progressivement enrichie de nouvelles catégories issues de contextes particuliers, comme le patrimoine architectural, industriel, technologique, archivistique ou encore funéraire, avant finalement de s'ouvrir aux dimensions immatérielles de la culture, avec l'inclusion des actes de création et de représentation, des processus de transmission culturelle (pratiques sociales, savoirs et savoir-faire traditionnels, croyances, etc.) ainsi que des langues et traditions orales. Héritage des générations précédentes, les patrimoines culturels sont aussi perçus à la fois comme un produit et un processus fournissant aux sociétés un ensemble de ressources reçues du passé, transformées dans le présent et mises

---

[219] Cuche, *supra* note 58 à la p 6.
[220] *Culture : a critical review of concepts and definitions*, by Alfred L Kroeber & Clyde Kluckhohn, Cambridge, Harvard, Peabody Museum of american archeology and ethnology, 1952.
[221] *Supra* note 212 Préambule.

à disposition pour les générations futures. Ils sont aussi, et surtout, reconnus de ce fait comme un pilier dans la construction et le maintien des communautés. Or, parce que les patrimoines culturels, en tant que manifestations et vecteurs de culture, constituent un élément fondamental de l'identité et donc de l'existence même des communautés, la section suivante permettra de souligner que leur destruction intentionnelle a souvent constitué une des principales mesures mises en œuvre pour les assimiler ou les anéantir.

2. Les atteintes aux patrimoines culturels

Si l'être humain est fondamentalement caractérisé par la culture, il l'est aussi par la mobilité. Alors qu'à l'origine cette mobilité a entraîné l'éclatement des groupements humains et l'émergence d'une multitude de cultures, le développement du commerce, des modes de transport et de communication, parmi d'autres dynamiques à l'œuvre, ont provoqué leur réunification et, de fait, la rencontre entre les différentes cultures existantes[222]. Certaines de ces rencontres ont bien entendu été progressives ou pacifiques au gré des échanges et des migrations et ont entraîné — et entraînent encore — des phénomènes d'acculturation ou de métissage culturel naturels. Nombre d'entre elles ont cependant été accompagnées de violences : asservissement, ostracisme, assimilation forcée ou encore extermination[223]. Dans cette perspective, la culture et ses manifestations étant une composante fondamentale de la formation et de l'existence des communautés, leur destruction a parfois constitué une stratégie privilégiée en vue de garantir la domination définitive d'un groupe sur un autre, ou son éradication.

---

[222] Warnier, *supra* note 80 aux pp 17-19.

[223] Dès 1840 par exemple, Herman Merivale, alors futur Sous-secrétaire britannique au ministère des Colonies, soulignait qu'il existe quatre approches pouvant être adoptées par une puissance impériale vis-à-vis des populations autochtones : elle peut les exterminer, les réduire en esclavage, les séparer du reste de la société coloniale ou les assimiler. Herman Merivale. *Lectures on Colonization and Colonies*, tel que mentionné dans David McNab, « Herman Merivale and Colonial Office Indian Policy in the Mid-nineteenth Century » (1981) 1:2 Can J Native Stud 277-302 à la p 280. Voir aussi Shelton, *supra* note 57 à la p 47; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ; L'histoire, des origines à 1939*, Montreal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2016 à la p 17.

Dans les sections suivantes, il s'agira, à l'aide d'exemples tirés de différents contextes historiques, géographiques et politiques, d'examiner les moyens par lesquels les patrimoines culturels peuvent être intentionnellement endommagés ou détruits et de voir quels sont les objectifs, des acteurs et des complices, de ces processus. Enfin, il s'agira de présenter les nombreuses conséquences de ces attaques sur les communautés victimes.

2.1. Les atteintes aux patrimoines matériels

En tant que manifestation la plus tangible et visible de la culture, les patrimoines matériels ont souvent fait l'objet de mesures visant à en déposséder les communautés d'origine, ou ont tout simplement fait l'objet de mesures de destruction intentionnelle.

2.1.1. Les dépossessions de biens culturels : privation et prédation

Une pratique attestée à toutes les époques documentées est en effet celle des dépossessions de biens culturels. Ces dernières ont été, et sont encore aujourd'hui, le fruit de logiques militaires, politiques ou encore économiques et répondent à différents objectifs. Ces dépossessions peuvent ainsi résulter de spoliations et de pillages de guerres, des prises ou échanges marchands à des fins de collection ou de recherches scientifiques, ou encore découler du trafic illicite des biens culturels alimentant aujourd'hui le marché noir des œuvres d'art et des antiquités.

La pratique des pillages, des butins et des tributs de guerre, en premier lieu, a toujours existé en tant que manifestation du triomphe des vainqueurs et de l'humiliation des vaincus. Depuis l'Antiquité[224] et jusqu'aux XIXe et XXe siècles, en effet, virtuellement aucune règle n'empêchait les forces armées de s'approprier les biens de l'ennemi vaincu[225].

---

[224] Pour Toman, si la destruction, le pillage, et la pratique du butin ont sans doute toujours existé, c'est avec Rome qu'apparaissent les premières spoliations systématiques au nom de l'esthétique. Jiří Toman, *Les biens culturels en temps de guerre: quel progrès en faveur de leur protection ? Commentaire article-par-article du Deuxième Protocole de 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, Paris, UNESCO Editions, 2015 à la p 17.

[225] Perrot, *supra* note 145 à la p 5 et suiv.; *Au-delà des traités: l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel*, by Francesco Francioni, EUI Working Papers, Fiesole (Italie),

Plus encore, la spoliation des biens culturels et le « droit au butin » étaient généralement considérés comme des conséquences inévitables de la guerre, voire comme l'apanage des vainqueurs[226]. Autour de 370 AEC, le philosophe et chef militaire Xénophon affirmait ainsi dans la *Cyropédie*, que « c'est une loi universelle et éternelle que, dans une ville prise sur des ennemis en état de guerre, tout, les personnes et les biens, appartient au vainqueur »[227]. D'un point de vue juridique, le « droit de ravager et de piller ce qui appartient à l'ennemi » et le « droit de s'approprier ce qui a été pris sur l'ennemi », pour reprendre les termes du juriste Hugo Grotius, étaient ainsi des pratiques de guerre licites et codifiées en Occident[228].

De fait, à travers l'histoire, les campagnes et victoires militaires se sont généralement accompagnées d'importantes spoliations de biens culturels, que l'on pense aux triomphes des généraux et empereurs romains victorieux[229], aux croisades du XIe au XVe siècle, au sac de Rome par l'armée de Charles V en 1527, à la guerre de Trente Ans au XVIIe siècle, ou encore aux campagnes napoléoniennes à travers l'Europe au début du XIXe siècle. Avec la colonisation tout au long des XIXe et XXe siècles également, comme le soulignent Felwine Sarr et Bénédicte Savoy :

> En Chine […] (1860), en Corée (1866), en Éthiopie (1868), dans le royaume Ashanti (ou Asante, 1874), au Cameroun (1884), dans la région du lac Tanganyika, futur Congo belge (1884), dans la région de l'actuel Mali (1890), au Dahomey (1892), au Royaume du Bénin (1897), dans l'actuelle Guinée (1898), en Indonésie (1906), en Tanzanie (1907), les raids militaires et les expéditions dites punitives de l'Angleterre, de la Belgique, de l'Allemagne, des Pays-Bas et

---

European University Institute, 2008 à la p 3; *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain. Vers une nouvelle éthique relationnelle*, by Felwine Sarr & Bénédicte Savoy, N°2018-26, Paris, 2018 aux pp 5-9.

[226] Toman, *supra* note 224 à la p 17.

[227] Xénophon, *Cyropédie*, traduit par Marcel Bizos, Budé 204, Paris, Les Belles Lettres, 1971 liv VII, 5, 73.

[228] Hugo Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix (De jure belli ac pacis)*, Paris, Buon, 1625 liv III, chap. 5-6. Quelques années plus tôt, Albericus Gentili, également considéré comme un des pères de la science moderne du droit international, écrivait au Chapitre VI du Livre III de son œuvre principale *De Jure belli :* « *victos praeterea spoliare ornamentis licet* » (« de plus, il est permis de piller l'art du vaincu »). Alberico Gentili, *De jure belli libri tres*, Oxford, Clarendon Press, 1877 liv III, chap. VI. Voir aussi Jean-Mathieu Mattéi, *Histoire du droit de la guerre (1700-1819) : Introduction à l'histoire du droit international*, Histoire du droit, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

[229] Sous la République puis l'Empire romain notamment, il était ainsi d'usage que le cortège triomphal commence par le défilé (parfois pendant plusieurs jours) des biens (œuvres d'art, objets et pierres précieuses, monnaies et armes) pris au vaincu. Jean-Luc Bastien, *Le triomphe romain et son utilisation politique à Rome aux trois derniers siècles de la République*, Collection de l'École française de Rome 392, Rome, École française de Rome, 2007.

> de la France sont au XIXe siècle l'occasion de prises patrimoniales sans précédent.[230]

Pendant la Deuxième Guerre mondiale également la plupart des territoires occupés par l'Allemagne étaient soumis au pillage systématique des œuvres d'art, sous la direction de l'organe officiel *Einsatzstab* Rosenberg[231]. De même, lors de l'éclatement de l'Union soviétique au début des années 1990, il a été révélé que les troupes soviétiques avaient saisi en Allemagne et dans presque tous les pays d'Europe de l'Est des œuvres d'art et des fonds archivistiques considérables[232]. Plus récemment encore, le sort des biens culturels et archéologiques, parmi lesquels des parchemins et fragments des célèbres Manuscrits de la mer Morte, entreposés au Musée archéologique de Palestine de Jérusalem Ouest et saisis par l'État israélien au terme de la guerre des Six Jours en 1967, soulève toujours de nombreux débats[233].

Les dépossessions de biens culturels pouvaient aussi, dans la même logique, découler du paiement de tributs destinés à renflouer les caisses de l'État ou de l'Empire vainqueur, vidées après plusieurs années de conflit. À titre d'exemple, dans les traités de paix que Napoléon Bonaparte a conclus avec les princes italiens, il était notamment stipulé que les indemnités de guerre que ces derniers devaient verser à la France étaient payables en or et en argent numéraire, mais aussi en objets d'art[234]. C'est pourquoi on peut aujourd'hui, par exemple, contempler au Louvre le chef-d'œuvre du peintre Véronèse, *Les Noces de Cana*, livré à la France par l'Italie en vertu du traité de Campoformio du 17 octobre 1797 en tant que contribution de guerre[235]. De même, à la fin du XIXe siècle, en signe de soumission à l'Empire britannique, le royaume d'Ashanti (actuel Ghana) a dû

---

[230] Sarr & Savoy, *supra* note 225 aux pp 8 et 42-46.
[231] Francioni, *supra* note 225 à la p 9; Perrot, *supra* note 145 aux pp 67-68; Corinne Hershkovitch, « La restitution des biens culturels: Fondements juridiques, enjeux politiques et tendances actuelles » (2018) 39:1 Ethnologies 103-121 aux pp 109-110.
[232] Patricia K Grimsted, « Du pillage nazi à la restitution russe » dans Lyndel V Prott & Wojciech Kowalski, dir, *Témoins Hist Recl Textes Doc Relat Au Retour Obj Cult*, Paris, UNESCO Editions, 2011 315 à la p 316.
[233] Bernard Duhaime & Camille Labadie, « Les voyages des manuscrits de la mer Morte : réflexions sur la restitution des biens culturels et le droit international » (2016) 24:2 Théologiques 183-218.
[234] Toman, *supra* note 224 à la p 22.
[235] Robert Belot, « Maltraitance patrimoniale et désordre géopolitique au début du troisième millénaire » (2018) 39:1 Ethnologies 3-49 à la p 10.

verser une « indemnité » de 50 000 onces d'or (environ 1,5 tonne), dont la plus grande partie fut livrée sous forme de bijoux et autres insignes royaux[236]. Enfin, le pillage des peuples vaincus pouvait aussi répondre à des nécessités économiques et être autorisé comme rémunération des soldats pour leurs services. À la fin du siège de Constantinople en 1453 par exemple, selon les usages de l'époque, les troupes turques victorieuses se virent ainsi accorder trois jours de pillage ininterrompus de la ville[237].

En second lieu, outre le « droit au butin », les conquêtes et les occupations de territoires ont été également accompagnées de dépossessions de biens culturels en vue de répondre aux besoins des curieux et des collectionneurs, publics et privés, de la puissance dominante, et aux « nécessités » de la recherche scientifique, en particulier celles de l'ethnologie et l'anthropologie naissantes. Felwine Sarr et Bénédicte Savoy soulignent ainsi qu'au XIXe siècle la nature et la quantité des objets saisis, la présence d'experts au sein de certaines armées et la destination muséale assignée d'office à certains objets (par exemple au Louvre, au British Museum ou aux divers musées ethnologiques spécialement créés à cet effet) révèlent que les prises patrimoniales s'apparentaient plus à des collectes ciblées ou à des « raids scientifiques » qu'à des pillages militaires *stricto sensu*[238]. Les deux auteurs rapportent ainsi qu'au début de 1897, le directeur du musée ethnologique de Berlin s'était tout particulièrement réjoui d'une expédition militaire punitive à laquelle l'un de ses élèves devait participer, et qu'il avait écrit à ce sujet : « On peut s'attendre à des choses très

---

[236] Kwame A Appiah, « Extraits de Cosmopolitanism : Ethics in a World of Strangers (Le cosmopolitisme: une éthique dans un monde d'étrangers) » dans Lyndel V Prott & Wojciech Kowalski, dir, *Témoins Hist Recl Textes Doc Relat Au Retour Obj Cult*, Paris, UNESCO Editions, 2011 102 à la p 106.

[237] Steven Runciman, *La Chute de Constantinople, 1453*, Texto, Paris, Tallandier, 2007 à la p 213.

[238] Sarr & Savoy, *supra* note 225 aux pp 8-11 et 42-47; Lenzerini, « Cultural Identity, Human Rights, and Repatriation of Cultural Heritage of Indigenous Peoples », *supra* note 60 aux pp 130-131. Outre les objets culturels, les XIXe et XXe siècles sont aussi ceux des « zoos humains » en Angleterre, Allemagne, Belgique et France. Ces « expositions vivantes » d'êtres humains, dans ce qui se voulait être leur « habitat naturel » reconstitué, furent très fréquentés de 1874 jusque dans les années 1930. Entre 1877 et 1937 par exemple, au Jardin d'acclimatation zoologique de Paris, des millions de Français ont pu observer des « sauvages » : Nubiens, Sénégalais, Kali'nas, Fuégiens, ou encore Esquimaux et Lapons exposés devant le public, parés de leurs attributs « authentiques » (lances, peaux de bêtes, pirogues, masques, bijoux…), parqués derrière des grilles. Virginie Félix, « Dans ce jardin, il y avait un "zoo humain" », *Télérama.fr* (2018), en ligne: <https://www.telerama.fr/television/dans-ce-jardin,-il-y-avait-un-zoo-humain,n5819628.php>.

brillantes. M. von Arnim est bien informé de ce dont nous avons besoin et tentera de faire quelque chose de très soigné. Les coûts seront probablement nuls »[239].

Si ces acquisitions de biens culturels répondaient parfois à des intérêts scientifiques ou intellectuels authentiques et n'ont pas toujours découlé d'actions violentes (quoique l'on puisse douter que les principes du libre-échange aient été respectés[240]), elles ont néanmoins provoqué d'importantes pertes pour les communautés originelles. En 1893 par exemple, au terme d'une mission menée par le naturaliste français Jean Dybowski en actuelle République centrafricaine, Sarr et Savoy évaluent à près de 7 000 le nombre de spécimens animaliers et d'objets (armes, parures et bijoux, textiles, instruments de musique, amulettes, etc.) collectés par ses soins et répartis dans divers musées français. Le seul musée du quai Branly - Jacques Chirac en conserverait encore aujourd'hui plus de 600[241]. De fait, on estime aujourd'hui que la majorité des patrimoines culturels matériels africains, asiatiques, océaniques et autochtones, tant en termes de quantité que de qualité ou de valeur historique, artistique et marchande, se trouvent aujourd'hui éparpillés dans les musées et collections privées ou publiques d'Occident[242].

Enfin, un dernier péril pour les biens culturels, particulièrement associé aux situations de crises, réside dans l'appropriation et les transferts non autorisés de biens culturels pour répondre aux demandes en œuvres et antiquités sur les marchés d'art internationaux. Les vicissitudes récentes des biens culturels et archéologiques volés dans

---

[239] Sarr & Savoy, *supra* note 225 à la p 8.
[240] *Ibid* aux pp 48-49.
[241] Lors des missions ethnographiques des années 1930, l'immense majorité des objets est achetée et les sommes versées sont souvent connues. Cependant, la vente, le don ou le troc de ces objets sont généralement considérés comme involontaires, car perçus comme découlant de pressions ou de menaces. *Ibid* à la p 47. Sans remettre en question l'existence de pressions, Yves Prescott met toutefois en garde contre une vision simplificatrice des évènements. Il rappelle en effet que les peuples africains étaient aussi des peuples marchands et n'étaient donc pas, de ce fait, complètement démunis face aux demandes des Occidentaux, comme en attestent l'existence de réseaux de vente de biens culturels, ou encore la réalisation de contrefaçons visant à répondre aux demandes. Yves Prescott, « La restitution d'oeuvres d'art vers l'Afrique: oui, mais à quel prix? », *Le Devoir* (18 janvier 2019), en ligne: <https://www.ledevoir.com/opinion/idees/545825/la-restitution-d-oeuvres-d-art-vers-l-afrique-oui-mais-a-quel-prix>.
[242] Lyndel Vivien Prott & Wojciech Kowalski, *Témoins de l'histoire: recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Paris, UNESCO Editions, 2011 aux pp 129 et 198-203.

les musées et collections en Iraq ou en Syrie[243], pour ne citer que ceux-là, ou dérobés en Grèce à la faveur de la récente crise économique[244] et acquis par des individus ou institutions privées et publiques dans différentes parties du monde, démontrent bien l'énorme influence du marché international qui réclame de plus en plus d'objets d'art et d'antiquités. Francesco Francioni affirme ainsi que les transferts illicites de biens culturels ont de lourdes conséquences sur ces biens en tant que tels, et sur l'ensemble des activités économiques et scientifiques qui y sont associées :

> Le trafic clandestin et non autorisé d'objets d'art et d'antiquités contribue, aujourd'hui, à la dispersion du patrimoine culturel, à son démembrement, quelques fois à la mutilation d'objets complexes et à la destruction d'informations indispensables à la recherche archéologique. Le commerce clandestin, s'il peut enrichir des trafiquants sans scrupules, résulte en outre toujours en un appauvrissement du patrimoine public des pays d'origine qui se voient privés d'importantes ressources pour leur industrie culturelle et leur développement touristique.[245]

Si les dépossessions de biens constituent un risque majeur pour les patrimoines matériels, d'autres menaces bien réelles pèsent sur ces derniers : leur usurpation et leur destruction.

---

[243] Stéphane Baillargeon, « Le pillage du musée archéologique de Bagdad - Les critiques fusent contre Washington », *Le Devoir* (avril 2003), en ligne: <https://www.ledevoir.com/culture/arts-visuels/25516/le-pillage-du-musee-archeologique-de-bagdad-les-critiques-fusent-contre-washington>; Gabriel Oihana, « Une nouvelle saisie révèle l'ampleur du pillage archéologique en Syrie », *20 Minutes* (20 septembre 2016), en ligne: <https://www.20minutes.fr/monde/1928063-20160920-syrie-saisie-record-douanes-francaises-revele-ampleur-pillage-archeologique-syrie>; Benjamin Isakhan, « Heritage Under Fire: Lessons from Iraq for Cultural Property Protection » dans William Logan, Máiréad Nic Craith & Ullrich Kockel, dir, *Companion Herit Stud*, Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA, Wiley-Blackwell, 2015 268.

[244] Roxana Azimi, « Les musées grecs, victimes collatérales de la crise », *Le Monde* (juillet 2015), en ligne: <https://www.lemonde.fr/arts/article/2015/07/24/les-musees-grecs-victimes-collaterales-de-la-crise_4696936_1655012.html>; Maud Vidal-Naquet, « Ce patrimoine grec menacé par la crise », *L'Obs* (15 mars 2012), en ligne: <https://www.nouvelobs.com/monde/20120315.OBS3806/ce-patrimoine-grec-menace-par-la-crise.html>; « Pillage de pièces antiques dans un musée d'Olympie », *Fr 24* (février 2012), en ligne: <https://www.france24.com/fr/20120217-pillage-pieces-antiques-musee-olympie-grece-cambriolage-ministre-culture-securite-crise> à la p 24. À ces situations de crises s'ajoutent bien entendu les nombreux cambriolages et vols qui se déroulent régulièrement dans des musées ou des demeures privées. Voir par exemple : Vincent Noce, « Antiquaire et trafiquant, tout un art », *Libération.fr* (12 octobre 2006), en ligne: <https://next.liberation.fr/culture/2006/10/12/antiquaire-et-trafiquant-tout-un-art_54011>.

[245] Francioni, *supra* note 225 à la p 11; Amineddoleh, *supra* note 202 aux pp 349-351; Roger O'Keefe, « Cultural Heritage and International Humanitarian Law » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 43 aux pp 73-74.

2.1.2. L'usurpation patrimoniale

Plus subtile, en apparence, que les spoliations et pillages, les usurpations – ou appropriations, de biens culturels constituent une autre forme d'élimination des patrimoines. Pour Itamar Even-Zohar notamment :

> Ces stratégies […] ambitionnent d'assumer sa possession à la place de l'autre. Le groupe victorieux ne détruit ni n'efface le patrimoine dans la mémoire, mais au contraire l'adopte en se le réappropriant, tout en niant en même temps les droits du propriétaire précédent.[246]

À travers l'histoire, de nombreux éléments du patrimoine païen (temples et autres lieux de culte) ont ainsi été récupérés par la puissance victorieuse, et transformés en églises ou en synagogues, elles-mêmes parfois converties en mosquées avant de retrouver parfois leur fonction chrétienne ou d'être utilisées à des fins laïques.

À titre d'exemple, le célèbre temple grec du Parthénon, destiné initialement à accueillir la statue colossale d'*Athéna Parthénos* et vraisemblablement au culte de la déesse, fut successivement transformé en église orthodoxe (au VIe ou VIIe siècle) puis chrétienne, et en mosquée (au XVe siècle), subissant à plusieurs reprises des modifications architecturales en conséquence, avant d'être laissé à l'abandon pour être « redécouvert » au XVIIIe siècle et devenir le célèbre symbole du patrimoine que l'on connaît aujourd'hui[247]. Un sort similaire fut réservé à Sainte-Sophie : à l'origine basilique chrétienne, elle devient une mosquée au XVe siècle sous Mehmet II. En 1934, elle perd son statut de lieu de culte pour devenir un musée, sous la présidence de Mustafa Kemal Atatürk, avant de redevenir une mosquée en juillet 2020 suite à une décision controversée du président Recep Tayyip Erdoğan. Pour certains observateurs, cette reconversion en mosquée relevait d'une attaque envers « l'héritage du fondateur de la République, Mustafa Kemal, qui avait transformé Sainte-Sophie en musée pour en faire l'emblème

---

[246] Itamar Even-Zohar, « Le patrimoine qui attise les conflits » (2018) 39:1 Ethnologies 251-264 aux pp 257-258.
[247] Jenifer Neils, *The Parthenon: From Antiquity to the Present*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

d'une Turquie laïque », voire d'une « provocation envers le monde civilisé »[248]. Concernant l'emblématique colline sacrée de Jérusalem enfin, qui fait toujours l'objet d'intenses querelles religieuses et patrimoniales, Itamar Even-Zohar rapporte par exemple :

> La colline sacrée de Jérusalem, dont les édifices ont été détruits par les Babyloniens et les Romains, a été partiellement reconstruite avec une église byzantine, qui ensuite a été détruite mais finalement reconstruite en 705 de notre ère par le calife al-Walid dans sa forme de basilique pour fonctionner comme une mosquée. Elle est devenue une église avec les croisades après 1099, puis réhabilitée comme une mosquée sous Sallah ad-Dîn (Saladin) en 1187. Les traditions populaires ont présenté la colline comme le lieu où le patriarche Abraham a pris son fils Isaac pour le sacrifier à Dieu. Mais l'islam efface Isaac de la mémoire pour le remplacer par Ismaël.[249]

Ces usurpations s'étendent par ailleurs à d'autres éléments du patrimoine et renvoient bien évidemment aux situations d'« appropriation culturelle ». Fréquemment décriée et faisant l'objet d'importants débats, l'appropriation culturelle ne bénéficie pas d'une définition consensuelle. Elle est toutefois généralement comprise comme l'utilisation d'éléments matériels ou immatériels issus d'une autre culture, généralement minoritaire, sans permission et parfois d'une manière offensante, abusive ou inappropriée[250]. Si les industries de la mode, de la beauté et de la musique sont aujourd'hui les plus souvent critiquées pour leurs « emprunts » indus aux cultures du monde au nom de la création artistique, il ne s'agit cependant pas d'un phénomène nouveau. Par exemple, des personnages païens, mythiques ou réels, peuplent aujourd'hui le registre des saints par effet de syncrétisme. Il en va de même pour de nombreuses fêtes païennes auxquelles ont été progressivement substituées des fêtes chrétiennes à des fins, notamment, de conversion religieuse[251].

---

[248] « Première prière à la basilique Sainte-Sophie reconvertie en mosquée », (2020), en ligne: <https://www.20minutes.fr/monde/2828467-20200724-turquie-premiere-priere-basilique-sainte-sophie-reconvertie-mosquee>.

[249] Even-Zohar, *supra* note 246 à la p 258.

[250] « cultural appropriation », en ligne: *Oxf Ref* <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095652789>; « Eric Fassin : « L'appropriation culturelle, c'est lorsqu'un emprunt entre les cultures s'inscrit dans un contexte de domination » », *Le Monde.fr* (2018), en ligne: <https://www.lemonde.fr/immigration-et-diversite/article/2018/08/24/eric-fassin-l-appropriation-culturelle-c-est-lorsqu-un-emprunt-entre-les-cultures-s-inscrit-dans-un-contexte-de-domination_5345972_1654200.html>.

[251] Régine Azria & Danièle Hervieu-Léger, *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2010.

Loin d'être inoffensives, ces usurpations ou appropriations peuvent avoir des effets réels sur les communautés d'origine, qui se retrouvent ainsi dépouillées de leur histoire, de leur héritage et de leurs traditions. Parfois également qualifiées de « pillage culturel », elles reflètent, et contribuent souvent à asseoir, des inégalités de pouvoir entre deux cultures, ou s'inscrivent dans une logique d'affirmation de la puissance : « le patrimoine est mobilisé et instrumentalisé pour gagner une bataille symbolique, mais importante sur le plan géopolitique »[252]. La victoire symbolique n'étant pas toujours le but, ou n'étant pas toujours suffisante, elle s'accompagne finalement souvent de mesures visant à la destruction complète des patrimoines culturels de l'ennemi.

2.1.3. Les destructions de biens culturels

En effet, outre les spoliations ou usurpations de biens culturels, leur destruction pure et simple a également constitué une stratégie mise en œuvre à travers l'histoire. Comme le souligne François Bugnion :

> *« Delenda est Cartago », « Il faut détruire Carthage »* répétait Caton l'Ancien. Et la fière cité fut détruite : aucun monument, aucun temple, aucun tombeau ne fut épargné. Selon la tradition, on répandit du sel sur les ruines, de telle façon que l'herbe même ne pût y pousser à nouveau. Aujourd'hui encore, lorsqu'on flâne dans les ruines de cette antique cité, qui régna sur la moitié de la Méditerranée et qui fut la rivale de Rome, on ne peut manquer d'être frappé par leur modestie, qui atteste de la sauvagerie de la destruction.[253]

Au XVIe siècle également, Machiavel illustre bien la croyance en la nécessité d'une destruction totale des biens de l'ennemi : « Qui devient maître d'une cité habituée à vivre libre et ne la détruit pas, doit s'attendre à être détruit par elle »[254]. De fait, outre Carthage, les exemples historiques de destruction de villes entières et de leurs richesses sont légion : Thèbes par les Assyriens au VIIe siècle av. J.-C., le temple de Jérusalem par les Babyloniens au VIe siècle av. J.-C. puis par les Romains en l'an 70[255]. C'est aussi le sort

---

[252] Even-Zohar, *supra* note 246 à la p 260.
[253] Bugnion, *supra* note 209.
[254] Tel que traduit dans Francioni, *supra* note 225 à la p 4.
[255] Pour d'autres exemples, voir notamment Federico Lenzerini, « Intentional Destruction of Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 75 aux pp 75-76.

réservé à Dresde et à Varsovie durant la Seconde Guerre mondiale, ainsi qu'aux villes d'Hiroshima et de Nagasaki frappées par les bombes atomiques. À chaque fois, aucun monument, aucune église, aucun bâtiment ne fut épargné[256].

Or, au-delà de simples logiques militaires, à travers la destruction de monuments, de lieux de culte ou d'œuvres d'art, c'est aussi l'identité de l'adversaire, son histoire, sa culture et sa foi ou sa spiritualité que l'on cherche à faire disparaître, afin d'effacer toute trace de sa présence et, parfois, jusqu'à son existence même[257]. En 1933 notamment, le juriste polonais Raphaël Lemkin proposait de distinguer le barbarisme (destruction physique) du « vandalisme »[258], qu'il définissait alors comme une attaque prenant la forme « *of systematic and organized destruction of the art and cultural heritage in which the unique genius and achievement of a collectivity are revealed in fields of science, arts, and literature* »[259]. De même, Federico Lenzerini et Francesco Francioni soulignent que la destruction des biens culturels est souvent « *inspired by the sheer will to eradicate any cultural manifestation of religious or spiritual creativity that did not correspond to* [*the dominant*] *view of religion and culture* »[260].

De fait, au cours de la Deuxième Guerre mondiale, l'un des éléments essentiels du plan nazi visant à exterminer les populations juives et tsiganes, notamment, consistait en la destruction systématique de leur patrimoine culturel, religieux et artistique, et plus largement en la destruction de tout patrimoine contestant l'hégémonie nazie[261]. De même, au cours des conflits en ex-Yougoslavie dans les années 1990, la dévastation délibérée d'innombrables églises, mosquées, monastères et cimetières faisait alors partie intégrante

---

[256] Sans rentrer dans les détails du droit de la guerre, les belligérants ont parfois justifié la destruction de biens culturels par l'argument des nécessités militaires. C'est ainsi que les États-Unis ont notamment expliqué le bombardement, en février 1944, de la célèbre abbaye du Mont Cassin, dans laquelle les Allemands s'étaient retranchés et d'où ils bloquaient la marche des Alliés vers Rome.
[257] Isakhan, *supra* note 243 à la p 268.
[258] La création du terme vandalisme lui-même, dans la langue française, est attribuée à l'Abbé Grégoire, évoqué précédemment. Par ce terme, il entendait dénoncer le pillage et la destruction des biens culturels français au lendemain de la Révolution de 1789.
[259] Tel que cité dans *Cultural Genocide and the Protection of Cultural Heritage*, by Edward C Luck, Los Angeles, J. Paul Getty Trust, 2018 à la p 17.
[260] Francesco Francioni & Federico Lenzerini, « The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law » (2003) 14:4 Eur J Int Law 619-651 à la p 620.
[261] Perrot, *supra* note 145 à la p 66 et suiv.

des activités de « nettoyage ethnique » et d'une « purification patrimoniale », qui visaient l'élimination totale, aussi bien physique que morale, de l'ennemi[262]. Plus récemment encore, en 2015 puis en janvier 2017, on apprenait respectivement le saccage du musée de Mossoul (Iraq), et la destruction du célèbre Tétrapyle, ainsi que de la façade du théâtre romain de ville de Palmyre (Syrie) — inscrits au patrimoine mondial de l'UNESCO, par les forces de l'État islamique[263].

Dans chacun de ces cas, ce ne sont pas uniquement les biens et les monuments qui étaient visés, c'était aussi, et surtout, le patrimoine, l'histoire, la conscience et l'identité collective des peuples auxquels ils appartenaient[264]. De fait, allant généralement de pair avec la destruction des biens culturels tangibles, l'élimination, ou les tentatives d'élimination, des communautés peuvent également cibler la dimension immatérielle de leur culture par l'interdiction de la pratique de leurs langues, de leur spiritualité, ou encore par la répression systématique de leurs modes de vie.

2.2. Les atteintes aux patrimoines immatériels

Comme abordé précédemment, et depuis plusieurs décennies, la vision statique de la culture a laissé place à une conception dynamique, perméable et évolutive. Grâce notamment aux travaux de l'anthropologie culturelle, on considère en effet que toute culture est, entre autres caractéristiques, marquée par des processus permanents de construction, déconstruction et reconstruction, et que toutes les cultures sont donc métissées, syncrétiques, et faites de discontinuités. Si le changement et la perméabilité aux

---

[262] Isakhan, *supra* note 243 à la p 269; Belot, *supra* note 235 à la p 8; Even-Zohar, *supra* note 246 à la p 257 et suiv.

[263] Valérie Sasportas, « Syrie : Daech détruit de nouveaux trésors archéologiques à Palmyre », *Le Figaro.fr* (20 janvier 2017), en ligne: <https://www.lefigaro.fr/culture/2017/01/20/03004-20170120ARTFIG00127-syrie-daech-detruit-de-nouveaux-tresors-archeologiques-a-palmyre.php>; Andrew Curry, « Les sites antiques endommagés et détruits par l'Etat islamique », (2017), en ligne: *Natl Geogr* <https://www.nationalgeographic.fr/histoire/les-sites-antiques-endommages-et-detruits-par-letat-islamique>; Alexandra Bogaert, « Irak : les images d'un musée saccagé par des djihadistes », *Le Monde.fr* (2015), en ligne: <https://www.lemonde.fr/international/article/2015/02/26/une-video-montre-l-etat-islamique-ravageant-un-musee-en-irak_4584260_3210.html>.

[264] Ann Marie Thake, « The Intentional Destruction of Cultural Heritage as a Genocidal Act and a Crime Against Humanity » (2018) 10:5 ESIL Conf Pap Ser 1-26 à la p 20; Lenzerini, *supra* note 255 aux pp 76-77.

influences extérieures sont bien le propre des cultures, on constate toutefois que les transformations culturelles d'un groupe ont parfois résulté de mesures délibérées visant à imposer un modèle culturel dominant, à des fins d'assimilation des populations, ou encore de mesures visant spécifiquement à éradiquer un groupe par la destruction, entre autres, de son identité culturelle.

2.2.1. L'acculturation forcée en vue de l'assimilation

À travers l'histoire, on peut en effet considérer que la déculturation ou l'acculturation forcée[265] d'un groupe a, en premier lieu, pu découler de politiques dites « assimilationnistes » en vertu desquelles les populations nouvellement conquises devaient être pleinement intégrées au groupe dominant. De telles politiques de « mutilation culturelle » ont souvent été adoptées au lendemain de conflits armés en vue de soumettre les populations des territoires nouvellement annexés. Depuis l'Antiquité, l'histoire regorge ainsi de cas de victoires militaires suivies de tentatives d'imposition du modèle culturel et linguistique de la puissance dominante. Theresa Weynand Tobin écrit par exemple :

> *During a period known as the* Pax Romana*, the Romans secured a fairly long period of relative peace and stability among previously war-torn territories through a unified legal system, technological developments, and a well-established infrastructure. However, this peace was secured, in part, by the forced acculturation of the culturally diverse populations Rome had conquered*.[266]

Pierre Clastres, de son côté, rappelle au sujet des Incas que :

> L'aspect proprement ethnocidaire de [leur] machine étatique apparaît dans sa tendance à incaïser les populations nouvellement conquises : non seulement les obligeant à payer tribut aux nouveaux maîtres, mais surtout les contraignant à célébrer en priorité le culte des conquérants, le culte du Soleil, c'est-à-dire de l'Inca lui-même. Religion d'État, imposée par la force, fût-ce au détriment des cultes locaux.[267]

---

[265] Les notions de « déculturation » ou d'« acculturation » sont ici utilisées comme synonymes. Elles peuvent être définies comme la perte, l'altération ou la modification de l'identité culturelle d'un peuple au profit d'une nouvelle culture. Comme vu précédemment, ces processus peuvent être naturels, voire volontaires, et découler des contacts continus et directs entre différents modèles culturels. Dans certains cas toutefois, la déculturation ou l'acculturation d'une communauté peut être planifiée ou forcée, c'est-à-dire qu'elle découle de mesures imposées par un groupe culturel sur l'autre. Redfield, Linton & Herskovits, *supra* note 107.
[266] Encyclopedia Britannica, *sub verbo* « Cultural imperialism ».
[267] Pierre Clastres, « De l'Ethnocide » (1974) 14:3 L'Homme 101-110 à la p 107.

Plus récemment en Europe, à partir des années 1870 et jusqu'au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, l'Alsace et la Lorraine passent successivement, selon l'issue des conflits entre les deux pays voisins, sous domination française (XVIIe siècle-1871), allemande (1871-1918), puis à nouveau française (1918-1940), avant d'être annexées à l'Allemagne nazie (1940-1944) et de revenir finalement dans le giron français (1944-.). Or chaque changement d'Empire ou d'État de rattachement s'est accompagné de mesures visant à assimiler, avec plus ou moins de succès, les populations alsaciennes et lorraines, et à éliminer ou imposer tour à tour leur francisation ou leur germanisation[268]. De 1870 à 1919 par exemple, les deux régions, alors devenues prussiennes, se voient imposer un « déracinement culturel » : le français est remplacé par l'allemand comme langue officielle, les bibliothèques sont vidées de leurs œuvres françaises, une nouvelle histoire est enseignée aux enfants et le drapeau français est interdit[269]. À l'inverse, dans les années 1920, les habitants d'Alsace-Lorraine — désormais rattachées à la France, furent divisés en quatre classes de citoyens (A-B-C-D), inscrites sur leurs cartes d'identité. Ce classement était établi en fonction de l'ascendance et du degré de francophilie présumé des individus, et à chaque classe correspondait des droits différents (relatifs notamment aux taux de change, ou encore à la liberté de circuler)[270]. De manière similaire, l'occupation de la Corée par le Japon entre 1910 et 1945 s'est également accompagnée d'une suppression systématique des traditions et des langues coréennes, allant même jusqu'à l'imposition de nouveaux patronymes au nom du slogan officiel « *Naisen ittai* » (faire des Coréens des Japonais à part entière)[271].

Les mesures d'acculturation forcée prises à des fins d'assimilation et de domination ont également été le sort réservé de manière quasi systématique aux peuples colonisés. Pour Theresa Weynand Tobin encore une fois :

---

[268] Voir par exemple Bernard Vogler, *L'Alsace; une histoire*, Strasbourg, Oberlin, 1990; Pierre Rigoulot, *L'Alsace-Lorraine pendant la guerre 1939-1945*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1997.
[269] Belot, *supra* note 235 à la p 10.
[270] *Le « triage » de la population 1/2 : l'attribution de cartes A-B-C et D aux habitants de la région*, by Vincent Cuvilliers, Les Alsaciens Paix sur le Rhin ? 7, Strasbourg, Conseil départemental du Bas-Rhin, s.d.
[271] Belot, *supra* note 235 à la p 10; James A R Nafzinger, « The Responsibilities to Protect Cultural Heritage and Prevent Cultural Genocide » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 121 à la p 133.

> *One of the clearest examples of the forced acculturation of a colonized population was the Spanish influence in Latin America, beginning with the conquest of the Aztec empire by Hernán Cortés during the early 16th century. After securing their physical presence in the region, the Spanish suppressed Mesoamerican culture, forbidding the Indians to learn and transmit their culture while simultaneously requiring them to read and write Spanish and convert to Christianity*.[272]

De telles mesures ont également été prises tout au long des XIXe et XXe siècles dans les pays d'Asie, d'Afrique et dans les Amériques sous domination européenne au nom de la présumée « mission civilisatrice » de l'Occident, et se sont notamment manifestées par la mise en place d'administrations coloniales, la transformation des systèmes éducatifs[273], et, bien évidemment, l'imposition de la langue de la métropole comme langue officielle de l'administration et de l'enseignement. Les peuples autochtones dans les Amériques, en Australie ou encore en Europe ont tout particulièrement fait l'objet de telles mesures en ce qu'elles permettaient leur assimilation sans recourir à leur extermination physique[274].

Les politiques d'acculturation forcée ont aussi pu être utilisées par des États, non seulement contre des peuples nouvellement conquis, mais également contre leurs propres populations. Durant l'émergence et la consolidation des États-nations au cours des XIXe et XXe siècles en particulier, la déculturation forcée a ainsi été employée par certains gouvernements en vertu de l'idée qu'au territoire de l'État devait correspondre une nation et une « identité nationale » fondée notamment sur une culture (langue, religion, valeur, etc.) unique[275]. Dans cette perspective, les particularismes culturels, régionaux ou minoritaires, ont régulièrement fait l'objet de mesures de répression.

---

[272] Encyclopedia Britannica, *supra* note 266 *sub verbo* « Cultural Imperialism ».

[273] On pensera par exemple au mythe français « nos ancêtres les Gaulois » enseigné dans les écoles antillaises au moment de l'instauration de l'école laïque et obligatoire à la fin du XIXe siècle. Myriam Cottias, Crystal M Fleming & Seloua Luste Boulbina, « Nos ancêtres les Gaulois... La France et l'esclavage aujourd'hui » (2009) 10:2 Cah Sens Public 45-56; Mounir Chamoun, « Génocide et ethnocide : exterminer pour survivre » (2008) 102:1 Esprit Temps 41-49 à la p 46.

[274] Vrdoljak, *supra* note 60 à la p 97; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 14-15; Shamiran Mako, « Cultural Genocide and Key International Instruments: Framing the Indigenous Experience » (2012) 19:2 Int J Minor Group Rights 175-194 aux pp 176-178.

[275] Balibar, *supra* note 119.

En France par exemple, au lendemain de la Révolution de 1789, les diversités linguistiques et culturelles régionales, considérées jusque-là comme inoffensives, semblent incompatibles avec les objectifs révolutionnaires d'unité de la nation [276]. Cette incompatibilité se double par ailleurs de méfiance, car les mouvements contre-révolutionnaires tels que l'insurrection fédéraliste et la guerre de Vendée sont perçus comme alimentés par des mouvements locaux[277]. Dans son rapport de 1794 sur les idiomes et présenté au Comité de salut public, Bertrand Barère écrit ainsi : « Le fédéralisme et la superstition parlent bas-breton : l'émigration et la haine de la République parlent allemand ; la contre-révolution parle l'italien, et le fanatisme parle le basque. Cassons ces instruments de dommage et d'erreur »[278]. L'Abbé Grégoire lui-même, pourtant célébré pour la défense du patrimoine matériel français, publie de façon similaire un *Rapport sur la nécessité et les moyens d'anéantir les patois et d'universaliser l'usage de la langue française*[279]. De fait, à partir de cette époque, les gouvernements français successifs vont tenter d'uniformiser la culture nationale aux dépens des particularismes régionaux. Ce processus passait notamment par le redécoupage administratif des régions pour affaiblir les consciences régionales, la centralisation des activités politiques et économiques – qui drainent les nouvelles générations vers la capitale et les centres urbains, la réforme des systèmes de poids et mesures ou encore par l'imposition du Français comme langue officielle unique de la nation, de l'administration ou de la presse, son enseignement exclusif dans les écoles publiques, ainsi que par le mépris affiché par les élites intellectuelles et littéraires à l'égard des dialectes régionaux[280]. Si les mesures les plus radicales se sont révélées un échec, le long processus d'uniformisation ainsi enclenché a abouti néanmoins à un important déclin linguistique et culturel des différentes régions du pays[281].

---

[276] Mireille Meyer, « Vers la notion de "cultures régionales" (1789-1871) » (2003) 33:3 Ethnol Fr 409-416 à la p 410.
[277] *Ibid* aux pp 410-411.
[278] Tel que cité dans Francis Favereau, « Langue bretonne, nation française, République jacobine et perspective européenne » (1994) 3 Rev Int Déducation Sèvres 75-84 à la p 3.
[279] *Rapport sur la nécessité et les moyens d'anéantir les patois et d'universaliser l'usage de la langue française*, by Henri J-B Grégoire, Paris, Convention nationale, 1794.
[280] Favereau, *supra* note 278 aux pp 1-4; Clastres, *supra* note 267 à la p 106.
[281] Au début des années 2000, l'INED constatait une « érosion des langues en une génération ». En 2011, 86 % des personnes interrogées parlaient exclusivement le français, alors qu'elles n'étaient que 74 % à le parler dans leur enfance. Parmi les personnes nées ou élevées en métropole, ce chiffre atteint 93 %. Ariane Nicolas, « Combien de Français parlent vraiment une langue régionale ? », *Fr Info* (juin 2015), en ligne:

Ailleurs dans le monde et plus récemment, d'autres processus d'acculturation plus ou moins brutaux ont également été, et sont encore, mis en place. Ainsi, depuis le début des années 1960, l'arabisation de l'Algérie, initialement conceptualisée comme un rejet du français hérité de la période coloniale et comme un moyen de légitimation et de renforcement du pouvoir en place, aurait entraîné la quasi-disparition de plusieurs dialectes berbères, en raison notamment du statut socio-économique défavorable associé à ces langues et, par extension, aux communautés berbères[282]. En Chine également, depuis le début des années 2010 et sous couvert de lutte antiterroriste, plusieurs millions de musulmans pratiquants issus des minorités ouïghours et kazakhs seraient internés dans des « camps de rééducation ». En mai 2018 notamment, le Groupe de travail de l'ONU sur les disparitions forcées ou involontaires soulignait que le nombre de disparitions de ressortissants chinois ouïghours « serait très élevé et aurait augmenté dans des proportions alarmantes avec la mise en place par le Gouvernement chinois de camps de 'rééducation' dans la Région autonome ouïghoure du Xinjiang »[283]. Quelque mois plus tard, en août 2018, le Comité d'experts de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale estimait qu'un million d'Ouïghours seraient détenus dans des camps d'internement et que près de 2 millions le seraient dans des « camps politiques d'endoctrinement », où l'idéologie communiste serait inculquée aux détenus[284]. Ces derniers y seraient également soumis à des

---

<https://www.francetvinfo.fr/societe/combien-de-francais-parlent-vraiment-une-langue-regionale_952677.html>.

[282] Cette arabisation forcée se fera notamment par l'imposition de l'arabe comme seule langue officielle de l'État, de l'administration et de la justice, par la reconnaissance de l'Islam comme religion officielle ou encore par l'imposition de prénoms ayant une « consonance algérienne ». Voir notamment *Algérie: données historiques*, by Jacques Leclerc, Laval, Chaire pour le développement de la recherche sur la culture d'expression française en Amérique du Nord, 2019; Kamel Boukhchem & Gabrielle Varro, « Benrabah, Mohamed. – Langue et pouvoir en Algérie. Histoire d'un traumatisme linguistique. Paris, Séguier, 1999, 350 p. (« Les Colonnes d'Hercule »). » (2001) 41:163 Cah D'études Afr.

[283] *Communications, cas examinés, observations et autres activités menées par le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires*, by Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, A/HRC/WGEID/115/1, Conseil des droits de l'homme, 2018 au para 28; *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires. Notes du Secrétariat*, A/HRC/39/46, Conseil des droits de l'homme, 2018 au para 88.

[284] Reuters, « La Chine détiendrait un million d'Ouïghours dans des camps d'internement », *Mediapart* (août 2018), en ligne: <https://www.mediapart.fr/journal/international/100818/la-chine-detiendrait-un-million-douighours-dans-des-camps-dinternement>; Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale examine le rapport de la Chine », en ligne: *HCDH* <https://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23452&LangID=F>.

actes de torture, contraints de consommer du porc et de l'alcool et de renoncer à l'Islam[285]. À l'extérieur de ces camps, en avril 2017, les autorités chinoises ont également interdit, pour les nouveau-nés, quelques 29 prénoms d'origine musulmane, ainsi que le port du voile islamique pour les femmes et de barbes d'une taille considérée « anormale » pour les hommes [286] . Enfin de son côté, l'« État islamique » aurait au contraire entrepris l'« islamisation » des zones sous son contrôle, notamment en Iraq. À Mossoul, deuxième ville du pays en termes de population, les chrétiens doivent se convertir à l'Islam ou se soumettre à un impôt spécial (le *jizya*) pour être autorisés à rester dans la ville. Ceux qui refusent sont expulsés, soumis à des actes de violence, ou parfois sommairement exécutés[287].

Les mesures de destructions culturelles les plus radicales et systématiques, à l'exemple de celles mises en œuvre par l'État islamique, sont parfois révélatrices d'un autre objectif, à savoir la volonté d'effacer toute trace de l'existence même d'une communauté. Dans ce cas, l'intention n'est pas tant d'assimiler le groupe visé que d'œuvrer à son éradication complète.

2.2.2. L'acculturation forcée en vue de l'éradication du groupe

Si les concepts de « génocide culturel » ou d'« ethnocide » font l'objet de controverses et ne sont pas juridiquement reconnus[288], il n'en demeure pas moins que la destruction culturelle peut faire partie intégrante d'un objectif plus large visant spécifiquement l'éradication d'un groupe en tant que tel[289].

---

[285] Lindsay Maizland, « China's Crackdown on Uighurs in Xinjiang », (avril 2019), en ligne: *Counc Foreign Relat* <https://www.cfr.org/backgrounder/chinas-crackdown-uighurs-xinjiang>; « Du porc et de l'alcool pour punir les détenus : le scandale des "camps de rééducation" pour musulmans en Chine », (mai 2018), en ligne: *Gentside* <https://www.gentside.com/chine/du-porc-et-de-l-alcool-pour-punir-les-detenus-le-scandale-des-camps-de-reeducation-pour-musulmans-en-chine_art85331.html>.

[286] « La Chine interdit des prénoms musulmans dans la province du Xinjiang », *LExpress.fr* (avril 2017), en ligne: <https://www.lexpress.fr/actualite/monde/asie/la-chine-interdit-des-prenoms-musulmans-dans-la-province-du-xinjiang_1903335.html>.

[287] Pierre-Jean Luizard, « L'Irak au défi de l'État islamique » dans Bertrand Badie & Dominique Vidal, dir, *Un Monde D'inégalités*, Paris, La Découverte, 2017 272.

[288] Pour quelques remarques sur ces concepts, voir Annexe 1.

[289] En raison de la complexité et des obstacles à qualifier telle ou telle situation de génocide, il est difficile d'affirmer avec certitude que des mesures de destruction culturelle relèvent bien d'une volonté délibérée d'éradication d'un groupe sous toutes ses formes.

Pour le juriste Raphaël Lemkin, à l'origine du terme « génocide », la destruction d'un groupe devait en effet passer, voire commencer, par sa destruction culturelle. Pour l'historien Dirk Moses, Lemkin aurait en effet soutenu que : « *physical and biological genocide are always preceded by cultural genocide or by an attack on the symbols of the group or by violent interference with religious or cultural activities* »[290]. De même, pour Martin Shaw, éradiquer efficacement et totalement un groupe implique nécessairement la disparition de toute trace de ses modes de vie, de son histoire, et de son identité culturelle[291]. Pour Caroline Fournet, enfin, l'éradication culturelle d'un groupe est une composante logique de sa destruction sous toutes ses formes :

> *If the cultural heritage of the group targeted for destruction is eradicated, this group will disappear from collective memory, its whole existence will be eliminated, all traces of this group's life on Earth will be annihilated — and the genocide, the destruction, will be complete. Cultural genocide is more often than not part of the genocidal plan to destroy the group, to deny it any human life, to dehumanize it.*[292]

Un tel processus peut être illustré par les mesures prises dans l'Empire ottoman au début du XXe siècle. En effet, alors que l'Empire ottoman était notamment caractérisé par une attitude relativement libérale vis-à-vis des minorités (ethniques, religieuses ou linguistiques) présentes sur son territoire, et auxquelles les autorités octroyaient une certaine autonomie, cette tolérance prend fin au début du XXe siècle avec l'arrivée au pouvoir des Jeunes-Turcs. À mesure que l'Empire ottoman est secoué par des mouvements indépendantistes et essuie plusieurs défaites militaires (indépendance de la Bulgarie, pertes de la Bosnie, de la Tripolitaine, de la Macédoine et de l'Albanie), les Jeunes-Turcs développent une politique radicale et ultranationaliste axée sur la création d'un État réservé exclusivement aux Turcs et prévoyant un nettoyage ethnique des minorités non turques (*dhimmis*), perçues comme incompatibles avec l'union des peuples turcophones au sein d'un même État. La mise en œuvre de ce projet panturc, en particulier sous la direction des « Trois Pachas », se manifestera par l'islamisation de l'État, l'adoption de mesures discriminatoires à l'encontre des diverses minorités grecques, arméniennes, kurdes et

---

[290] Tel que cité dans Luck, *supra* note 259.
[291] Martin Shaw, *What is Genocide?*, Cambridge, Polity, 2007 à la p 66.
[292] Caroline Fournet, *The crime of destruction and the law of genocide: Their impact on collective memory*, Ashgate Publishing, 2007 à la p 43.

arabes (*interdictions légales, obligations fiscales, conversions forcées à l'Islam en échange du droit* de vivre ou de garder son lieu de résidence, restrictions imposées à l'usage des langues kurdes et arabes*)*, suivies par de nombreux déplacements forcés et massacres de minorités non turques, dont le génocide des populations arméniennes à partir de 1915-1916[293].

Ce processus peut aussi bien évidemment être illustré par les multiples mesures de vexation, de répression et de persécution culturelle (parmi lesquelles les *pogroms*) dont les populations juives d'Europe et de Russie ont fait l'objet tout au long du XXe siècle, et qui faisaient partie intégrante de plans visant à leur annihilation complète[294]. De même, ailleurs dans le monde :

> […] *the intentional destruction of cultural heritage can be part of the* modus operandi *of perpetrators of genocide, as can be clearly seen from the examples* […] *relating to the genocide of the Maya Ixil in Guatemala, the Muslim Cham by the Khmer Rouge regime, and the genocide of the Bosnian Muslims, where tangible and intangible cultural heritage was attacked with the intention of obliterating any trace of the existence of the target group*.[295]

Au regard des divers exemples mentionnés, il est évident que l'éradication d'un groupe a rarement, sinon jamais, été achevée par la seule voie de l'acculturation ou de la déculturation forcée. Comme le souligne Martin Shaw : « *It is clear that much cultural and linguistic suppression falls short of the destruction of a group* »[296]. Les cultures, et les groupes, ciblés ont en effet le plus souvent été en mesure de survivre, au moins partiellement. Cela tient bien entendu à la nature perméable et évolutive des cultures évoquées précédemment, mais également à la capacité d'adaptation, à la résilience et au refus des populations de renoncer à leur identité. Concernant les régions françaises par exemple, Mireille Meyer souligne que face aux tentatives de déculturation mises en œuvre

---

[293] Voir notamment Hamit Bozarslan, « Les minorités en Turquie » (2005) 115:4 Pouvoirs 101-112; « Histoire sociolinguistique de l'Empire ottoman et de la Turquie moderne », (2020), en ligne: <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/>; Dimitri Kitsikis, *L'Empire Ottoman*, 3e édition éd, Que sais-je ?, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

[294] Par exemple, la décision de Staline d'inonder le territoire présumé de Sarkel, ville médiévale de l'Empire khazar, par la construction de barrage a été attribuée à son désir d'effacer la mémoire des Khazars, et à la crainte que les recherches archéologiques démontrent que la Russie descendait d'un « État juif ». Even-Zohar, *supra* note 246 à la p 257.

[295] Thake, *supra* note 264 à la p 20.

[296] Shaw, *supra* note 291 à la p 66.

par les gouvernements successifs, les modes de vie locaux ont continué de subsister, d'évoluer, et de se transformer : « [d]ans les campagnes et les petites villes, des éléments de la culture nationale sont repris, imités et réinterprétés, ce qui crée ainsi de nouveaux particularismes, de nouveaux facteurs d'individualisation et d'identité »[297]. De même, qu'il s'agisse des premiers chrétiens, des protestants dans l'Europe du XVIe et XVIIe siècle, de l'Allemagne nazie ou encore de l'Iraq contemporaine, et malgré les persécutions, il est aujourd'hui évident que les membres des groupes religieux et culturels visés ont su trouver des moyens de pratiquer et de transmettre leur foi, au besoin dans le plus grand secret. Enfin, si certaines communautés autochtones sont aujourd'hui au bord de l'extinction du fait de la disparition physique (intentionnelle ou non) de leurs membres, associée à des processus naturels ou forcés d'acculturation, on pourrait soutenir que leur culture subsiste au travers de connaissances et savoir-faire ancestraux en matière d'alimentation, de santé, d'environnement ou encore de loisir qu'elles ont su développer, transmettre, et qui ont été assimilés par le groupe dominant[298].

Ces exemples de survivance culturelle ne doivent cependant pas faire oublier qu'il ne s'agit bien que de survie, car si les attaques menées contre une culture donnée n'aboutissent pas à son éradication complète ni à la disparition du groupe porteur, les pertes engendrées à court, moyen et long terme sont souvent lourdes de conséquences pour les communautés qui en sont la cible, et peuvent être ressenties sur plusieurs générations.

2.3. Les conséquences des atteintes aux patrimoines culturels

Il convient de garder à l'esprit que parler des cultures au sens large mène inévitablement à certaines généralisations et que tous les groupes, et individus qui les composent, peuvent faire face différemment aux atteintes portées à leurs patrimoines et à

---

[297] Meyer, *supra* note 276 à la p 411.

[298] À titre d'exemple, c'est aux Aztèques et Mayas que l'on doit la culture et la consommation du chocolat, ou encore des tomates. De même, au Canada, de l'utilisation des raquettes en hiver, en passant par les plantes médicinales et la tire d'érable, les colons ont intégré à leur mode de très nombreux savoirs et usages autochtones.

leur identité culturelle[299]. En dépit de la multitude de variations existantes, il est possible d'identifier un certain nombre des conséquences que les pertes culturelles peuvent avoir dans les sphères sociales, politiques, économiques et, bien évidemment, culturelles des communautés visées.

En premier lieu, les attaques contre les patrimoines culturels des peuples sont responsables de pertes irrémédiables. Au niveau des patrimoines tangibles, les spoliations et les destructions, même lorsque des mesures de restauration sont entreprises, entraînent des pertes matérielles, archéologiques et artistiques importantes. En ce qui concerne le patrimoine immatériel également, certains dommages sont irréversibles. En matière linguistique par exemple, on considère que la mort d'une langue entraîne une perte définitive de savoirs sur le plan artistique et littéraire, ainsi que sur le plan des connaissances historiques, spirituelles, et environnementales. Comme le souligne Nicholas Evans : « chaque langue est une bibliothèque aux rayons chargés de grammaires, de dictionnaires, d'encyclopédies botaniques et zoologiques, de recueils de chants et de fables »[300]. Pour cet auteur, « certaines [langues] sont tellement singulières qu'une seule d'entre elles détient parfois la clé d'une énigme qui se présente à l'humanité »[301]. Plus qu'une simple perte de savoirs, la disparition d'une langue constituerait aussi une perte intellectuelle et philosophique dans la mesure où chacune reflète une conception unique de la réalité, du monde et des relations sociales avec ses systèmes de valeurs et ses caractéristiques propres[302].

Outre les simples pertes patrimoniales, ces atteintes et ces destructions ont aussi des conséquences plus larges sur les structures, voire sur l'existence même, des communautés

---

[299] B Hudnall Stamm et al, « Considering a Theory of Cultural Trauma and Loss » (2004) 9:1 J Loss Trauma 89-111 à la p 91.
[300] Nicholas Evans, *Ces mots qui meurent. Les langues menacées et ce qu'elles ont à nous dire.*, Paris, La Découverte, 2012 à la p 9. Voir aussi Bruno De Witte, « Language as Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 371.
[301] Evans, *supra* note 300 à la p 10.
[302] *Vitalité et disparition des langues*, by UNESCO, Paris, UNESCO, 2003.Voir aussi Evans, *supra* note 300 aux pp 113-114.

en tant que telles, qui sont généralement les véritables cibles[303]. Ainsi, concernant le patrimoine matériel, les destructions ont des conséquences économiques par les pertes de biens et de propriétés qu'elles entraînent et, à terme, par les pertes de savoir-faire qui permettaient la pratique d'activités professionnelles ou de subsistance. Les dépossessions ou destructions de biens culturels ont également des conséquences sur le patrimoine immatériel qui lui est associé, notamment sur la pratique de rites religieux, spirituels ou traditionnels. Les communautés expropriées de leurs lieux et infrastructures se voient en effet souvent privées de la possibilité même d'exercer leurs pratiques culturelles. Concernant les peuples autochtones australiens par exemple, Isabelle Rau rapporte que les déplacements forcés de populations ont entraîné des ruptures dans le contenu, ainsi que dans la transmission des savoirs ancestraux :

> […] le déplacement forcé des Aborigènes a engendré une rupture de leur lien avec leurs terres. Or l'identité aborigène, leurs croyances, leurs rites et leurs lieux sacrés forment un ensemble complexe. En leur refusant l'accès aux sites sacrés, la transmission du savoir est interrompue. En effet certains mythes initiatiques ne peuvent être racontés que dans certains lieux.[304]

Plus largement, les atteintes aux patrimoines culturels et, de fait, à l'identité culturelle des communautés peuvent avoir des conséquences considérables sur leurs structures sociales. Pour Cynthia C. Wesley-Esquimaux et Magdalena Smolewski notamment :

> La continuité dans la vie individuelle et communautaire dépend de la cohérence des significations dans la vision du monde culturelle. Lorsque cette cohérence est perturbée et finalement détruite, il s'ensuit une transformation culturelle et sociale, laquelle entraîne des ruptures dans la formation de l'identité culturelle. […] Lorsque les connaissances profondes qu'entretient un peuple au sujet du monde qui l'entoure sont remises en question, il n'arrive plus à comprendre les puissances extérieures qui façonnent son existence malgré lui. Par conséquent, il cesse de participer à sa propre destinée, devient marginalisé comme un objet dépourvu de connaissances, happé par le processus de transition, de dislocation et d'oppression.[305]

---

[303] Lenzerini, *supra* note 255 aux pp 76-78.
[304] Isabelle Rau, *Perte d'une identité: L'éthnocide des aborigènes* (Mémoire, Institut d'Études Politiques de Lyon, 2005) [unpublished] à la p 23.
[305] Cynthia C Wesley-Esquimaux & Magdalena Smolewski, *Traumatisme historique et guérison autochtone*, Ottawa, Fondation autochtone de guérison, 2004 à la p 44.

En 1922 par exemple, le psychiatre et ethnologue William H.R. Rivers, dans son *Essays on the Depopulation of Melanesia*, décrivait, en plus des chocs viraux, le « facteur psychologique » derrière le déclin précipité des populations autochtones de cet archipel du Pacifique Sud. Face à la destruction systématique des institutions et coutumes autochtones par les missionnaires, et comme le résume Benvenuto :

> *Bereft of the cultural tools which helped them manage their environment for centuries, they could not withstand the combined biological and social threat posed by Western colonialism. In such adverse circumstances, the Melanesians apparently lost any desire to carry on as a people* […]'.[306]

Par ailleurs, lorsque le groupe culturel survit en tant que tel, les attaques menées contre son patrimoine et son identité peuvent néanmoins avoir des conséquences sur les processus de construction identitaire de ses membres. Pour Cynthia C. Wesley-Esquimaux et Magdalena Smolewski :

> Lorsque tous les compartiments d'une structure sociale sont endommagés, cette société n'existe plus ; elle perd son moi social, qui représente la définition cognitive, psychologique et affective des membres d'un groupe ainsi que la compréhension de leur existence en tant qu'êtres sociaux. Cette définition comprend notamment la connaissance de leur origine et de leur fin au sein d'un environnement social et culturel, et la connaissance des aspects du monde culturel qui appartiennent au moi social et des aspects qui appartiennent aux autres. Elle englobe la compréhension intime des capacités et des limites du groupe, de ses forces et de ses faiblesses, des émotions et des cognitions, ainsi que des croyances et des non-croyances. Sur le plan individuel, le moi social est acquis au moyen d'un processus de socialisation. Toutefois, ce processus devient perturbé et parfois impossible lorsque les agents de socialisation (parents, enseignants, chamans) manifestent un profond sentiment d'inutilité et d'inaptitude, et lorsque les normes sociales deviennent discréditées.[307]

De même pour Denys Cuche, lorsque les facteurs de déculturation dominent au point d'empêcher toute restructuration culturelle :

> […] des restes fragmentaires de la culture d'origine peuvent coexister avec des apports fragmentaires de la culture triomphante, mais il n'y a pas de liaison structurelle entre eux, et les significations profondes de ces éléments sont définitivement perdues. Ce tout hétéroclite ne fait pas système.[308]

---

[306] Jeff Benvenuto, *What is Cultural Genocide?* (Master's thesis, Jagiellonian University, 2010) [unpublished] à la p 4.
[307] Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 à la p 55.
[308] Cuche, *supra* note 58 à la p 71.

Un tel phénomène peut alors entraîner une désorientation des individus, au sens propre du mot, laquelle peut se traduire par l'apparition de troubles mentaux ou de conduites délinquantes généralement associées à des syndromes de stress post-traumatique[309].

En plus des pertes et souffrances immédiates subies par les membres du groupe visé, la destruction efficace et surtout brutale des institutions culturelles et des modes de vie peut également avoir pour effet d'empêcher les membres du groupe de faire face à ces traumatismes de manière culturellement adéquate, et entraîner ainsi leur transmission historique et intergénérationnelle. Cynthia C Wesley-Esquimaux et Magdalena Smolewski utilisent ainsi les termes de « traumatisme intergénérationnel ou multigénérationnel » pour décrire comment, lorsque les traumatismes ne sont pas résolus à l'intérieur d'une génération, ils peuvent être transmis à la génération suivante[310]. Stamm *et al* résument ainsi :

> *The manifestations of historical trauma include (a) communal feelings of familial and social disruption, (b) existential depression based on communal disruption, (c) confusion toward owning the ancestral pain accompanied by the temptation to adopt colonial values, (d) chronic existential grief and angst manifested in destructive behaviors, (e) daily reexperiencing of the colonial trauma through racism and stereotyping, and (f) lack of resolution of the existential, communal pain*.[311]

L'incapacité des communautés à surmonter collectivement ces traumatismes peut alors progressivement entraîner la dissolution des sentiments d'appartenance de leurs membres, des liens sociaux qui les unissent et, à terme, de la communauté en tant que telle. Toutefois, le sentiment d'une injustice culturelle collectivement subie peut aussi, au contraire, entraîner chez les membres du groupe victime l'exacerbation du communautarisme et de leur sentiment d'appartenance. Le risque est alors de passer d'une identité niée ou discréditée, à l'enfermement dans une identité revendiquée, qui serait à son tour exclusive et qui effacerait toutes les autres identités sociales de l'individu[312]. Comme l'écrit Georges Dereveux : « [l]orsqu'une identité ethnique *hyperinvestie* oblitère toutes les autres identités de classe, elle cesse d'être un outil, et bien plus encore une boîte à outils ;

---

[309] *Ibid*; Stamm et al, *supra* note 299; Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 aux pp 56-64 et 111-112.
[310] Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 aux pp 2-3 et 75-98.
[311] Stamm et al, *supra* note 299 aux pp 93-94.
[312] Cuche, *supra* note 58 à la p 108.

elle devient […] une camisole de force »[313]. Dans le même ordre d'idée enfin, lorsque la déculturation est profonde ou brutale, on peut également assister à des phénomènes de « contre-acculturation », par exemple l'émergence de mouvements messianiques ou fondamentalistes et, d'une manière générale, à l'émergence de mouvements de « retour aux sources » par la renaissance artificielle de pratiques culturelles disparues ou la perversion de pratiques existantes[314]. Pour Michael Jackson :

> Plus une personne se sent marginale, plus elle est attirée par ce genre de discours fondateur et axé sur les caractéristiques essentialistes de l'identité, de la définition de soi et de l'appartenance transpersonnelle. L'insécurité ontologique et la faiblesse politique favorisent la quête d'une catégorie invincible — une culture d'origine [d'une dimension supérieure], nation, parent, ou cosmos — à laquelle s'identifier, au sein de laquelle on peut renaître, à laquelle on peut affirmer sans équivoque que l'on appartient.[315]

2.4. Conclusion

Au cours de l'histoire, on constate ainsi que de nombreuses attaques ont été délibérément menées contre les patrimoines culturels tangibles et intangibles, non seulement pour répondre à des objectifs militaires ou économiques, mais aussi, et surtout, en raison de leur importance dans la construction et le maintien des communautés. De fait, au-delà de simples attaques contre des monuments ou des pratiques culturelles, les atteintes aux patrimoines culturels ont le plus souvent relevé d'attaques contre l'identité culturelle des groupes à des fins de domination, d'assimilation, ou d'éradication. Un tel phénomène a souvent été observé au lendemain des conquêtes militaires, dans le contexte de la formation des États-nations, et s'est tout particulièrement manifesté dans le cas des projets coloniaux où des politiques d'acculturation forcée ont souvent succédé aux tentatives de destruction physique des populations autochtones[316].

Si les communautés en tant que telles ont souvent été en mesure de survivre en raison de la nature perméable et évolutive des cultures, et grâce à la résilience des

---

[313] Tel que cité dans *Ibid*.
[314] *Ibid* à la p 71.
[315] Tel que cité et traduit dans Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 à la p 48.
[316] Vrdoljak, *supra* note 60 à la p 203. Voir aussi Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223.

populations, les atteintes aux patrimoines culturels sont néanmoins lourdes de conséquences. Les destructions de patrimoines tangibles et intangibles ont en effet parfois résulté en des pertes irrémédiables de terres et de propriétés, de langues, de savoir-faire et de connaissances relatives aux activités économiques et de subsistance, à l'environnement, à la santé ou encore à la philosophie, à l'art et à l'histoire. Au-delà de simples pertes matérielles et intellectuelles, les atteintes aux patrimoines culturels peuvent également avoir des conséquences considérables sur les structures sociales des communautés visées, voire sur leur existence même. De fait, en raison de l'importance du patrimoine culturel dans la construction identitaire et le maintien des communautés, les pertes patrimoniales, en particulier lorsqu'elles sont brutales, peuvent entraîner l'émergence de symptômes liés au stress post-traumatique, tels des pathologies et des troubles du comportement, qui peuvent être transmis de génération en génération voire entraîner la désintégration des sentiments d'appartenance, des liens sociaux et à terme, parfois, du groupe en tant que tel.

C'est en raison de l'importance de la culture et des patrimoines culturels pour les individus, les communautés, et plus généralement l'humanité tout entière, et en raison des nombreuses conséquences que les crimes contre la culture peuvent avoir, que la communauté internationale va progressivement élaborer des instruments juridiques afin d'en assurer, avec plus ou moins de succès, la protection.

3. La protection de la culture et des patrimoines dans les instruments juridiques : entre pléthore et insuffisances

Reconnaissant l'importance de la culture et des patrimoines culturels, et les nombreuses conséquences qui découlent de leur destruction, la communauté internationale va en effet prendre conscience de la nécessité d'adopter des instruments juridiques en vue d'en assurer la promotion, la préservation et la protection. Cette prise de conscience va alors mener à l'adoption d'une pléthore d'instruments internationaux, contraignants ou non, qui va se révéler problématique pour deux raisons : d'une part, les divers instruments adoptés vont aboutir à un morcellement, ou un éclatement, des dispositions juridiques pertinentes, entre des instruments consacrés tantôt aux patrimoines tangibles, tantôt aux

patrimoines immatériels, aux droits humains ou encore à la diversité culturelle, au détriment de la nature holistique de la culture et des liens intrinsèques entre culture, patrimoines (matériels et immatériels) et droits humains ; d'autre part, les protections accordées à la culture et aux patrimoines culturels vont se révéler insatisfaisantes dans la mesure où les dispositions contenues dans ces instruments sont le plus souvent vagues, indirectes, parfois conditionnées, et qu'elles s'accompagnent rarement de mécanismes destinés à en assurer la mise en œuvre et à sanctionner les violations.

Dans cette dernière partie, il s'agira ainsi de présenter les différents instruments qui ont été élaborés pour protéger la culture et les patrimoines culturels afin de mettre en lumière leur pertinence, mais aussi, et surtout, leurs limites. La première section montrera que les instruments internationaux se sont initialement limités, pour l'essentiel, à protéger les aspects matériels de la culture en situation de conflit armé ou d'occupation, avant d'étendre le devoir de protection à l'ensemble de la communauté internationale en temps de paix grâce à l'action normative de l'UNESCO. La seconde section permettra quant à elle de souligner que l'intérêt de la communauté internationale pour les dimensions immatérielles de la culture et des patrimoines est beaucoup plus récent, et présentera les différentes mesures de protection qui ont été élaborées, d'abord à travers le prisme des droits humains, et notamment des droits culturels, puis à travers les instruments relatifs à la diversité culturelle et aux patrimoines culturels immatériels.

3.1. La protection des patrimoines culturels matériels

À travers l'histoire, comme indiqué précédemment, les biens culturels matériels ont souvent fait l'objet de spoliations ou de destructions intentionnelles pour répondre à des impératifs militaires, économiques, esthétiques ou scientifiques, voire à des objectifs idéologiques visant à l'assimilation ou à l'éradication d'une communauté. Si, depuis l'Antiquité, de telles pratiques sont souvent largement acceptées, voire codifiées, plusieurs voix opposées aux destructions les plus excessives se sont néanmoins fait entendre à toutes les époques. Parmi ces voix, celles de philosophes et juristes comme Polybe, Cicéron et Sun Tzu durant l'Antiquité, de Saint-Augustin et de Saint Thomas d'Aquin au Moyen-

Âge, celles de Francisco De Vitoria, Francisco Suarez, Alberico Gentili, et Hugo Grotius aux XVIe et XVIIe siècles ou encore de Emmerich de Vattel et Justin Gentilis au XVIIIe siècle, ont occupé une place centrale, sans toutefois réussir à faire entrer leurs arguments dans le droit ni dans la pratique des États[317]. Il faudra attendre la fin du XIXe siècle et les développements de l'anthropologie culturelle pour que le droit moderne commence véritablement à protéger les biens culturels, d'abord en situation de conflit armé et d'occupation[318], puis en temps de paix.

3.1.1. En situation de conflit armé ou d'occupation

C'est en 1863, dans le contexte de la guerre de Sécession américaine, que le président Abraham Lincoln demande au professeur Francis Lieber, de préparer une série d'instructions visant à encadrer l'emploi de la force durant les hostilités. Bien que leurs effets juridiques soient limités aux seules forces armées nordistes des États-Unis, les *Instructions for the Governance of Armies of the United States in the Field* (ou « Code Lieber »)[319], constituent la première tentative de codification du droit de la guerre et entrent

---

[317] Ces différents auteurs ne remettaient toutefois pas en question le droit au butin en tant que tel. Ils se limitaient pour l'essentiel à invoquer le principe pragmatique de « nécessité militaire » en vue de mener des campagnes militaires efficaces. Dans cette optique, les destructions ou pillages de biens et sites sacrés apparaissaient, dans une certaine mesure, « inutiles » à la conduite de la guerre et, de là, injustifiables. Par ailleurs, les règles élaborées à partir du Moyen-Âge, principalement sous l'impulsion de l'Église, ne s'appliquaient qu'entre combattants de même « culture », liés par la *fraterna cristiana*. Les acquis en matière de protection des sites et biens spirituels et religieux furent par exemple sévèrement battus en brèche lors des croisades menées contre les « hérétiques ». Perrot, *supra* note 145 aux pp 13-25; Bugnion, *supra* note 209; Christiane Johannot Gradis, *Le patrimoine culturel et immatériel : Quelle protection en cas de conflit armé ?*, Genève, Schuthess, 2013 aux pp 9-65; Toman, *supra* note 224 aux pp 18-21; Francesco Francioni, « The Evolving Framework for the Protection of Cultural Heritage in International Law » dans Silvia Borelli & Federico Lenzerini, dir, *Cult Herit Cult Rights Cult Divers New Dev Int Law* Studies in Intercultural Human Rights, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 3 aux pp 7-8; Peter Stone, « Human rights and cultural property protection in times of conflict » (2012) 18:3 Int J Herit Stud 271-284 à la p 278; Mattéi, *supra* note 228; O'Keefe, *supra* note 245 à la p 45; Folarin Shyllon, « Grasping the Nettle of Illicit Export, Import, and Transfert of Ownership of Cultural Objects » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 227 aux pp 227-228.

[318] La thèse doctorale de Christiane Johannot Gradis offre un examen extrêmement détaillé des instruments internationaux et des dispositions pertinentes en situation de conflit armé et d'occupation, accompagné de divers cas d'études – réels ou hypothétiques. Les sections suivantes ne proposeront évidemment pas une analyse aussi détaillée. Johannot Gradis, *supra* note 317.

[319] *Instructions pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (Lieber Code)*, by Francis Lieber, New York, 1863.

en vigueur le 24 avril 1863. Si Lieber considère que l'appropriation de certains biens publics appartenant à l'ennemi par le vainqueur est permise[320], il consacre toutefois le principe de « nécessité militaire » et élargit la protection jusqu'alors traditionnellement accordée aux biens religieux à l'ensemble des « biens privés » et des « biens privilégiés » et, ce faisant, aux biens culturels[321]. L'article 34 du Code prescrivait en effet que :

> En règle générale, les biens appartenant aux églises, hôpitaux ou à des établissements de caractère exclusivement charitable, aux établissements d'éducation ou fondations pour l'avancement de la science, qu'il s'agisse d'écoles publiques, d'universités, d'académies d'étude ou d'observatoires, musées des beaux-arts ou de caractère scientifique, ces biens ne doivent pas être considérés comme propriété publique […], mais ils peuvent être taxés ou utilisés quand le service public le requiert.[322]

Il prévoyait également que « [l]es œuvres d'art classiques, bibliothèques, collections scientifiques ou instruments de prix tels que télescopes astronomiques ainsi que les hôpitaux doivent être protégés contre toute atteinte pouvant être évitée, même quand ils se trouvent dans des places fortifiées, assiégées ou bombardées »[323].

Dans les années qui suivent l'entrée en vigueur du Code Lieber, d'autres juristes tentent de codifier les règles devant encadrer la conduite des hostilités et incluent dans leurs travaux des considérations particulières concernant les biens culturels. C'est notamment le cas de l'Américain David Dudley Field dans ses *Outlines of an International Code*[324], et du

---

[320] L'article 31 stipule en effet que « L'armée victorieuse s'approprie tous les fonds publics, saisit toute la fortune publique mobilière, en attendant les instructions de son gouvernement, et met sous séquestre, à son profit ou à celui de son gouvernement, tous les revenus de la propriété foncière de la nation ou du gouvernement. Le droit à cette propriété foncière demeure en suspens durant l'occupation militaire et jusqu'à ce que la conquête soit complète ». *Ibid* art. 31.

[321] Pour Francis Lieber, les biens privés désignent les possessions appartenant à des particuliers, et dont la saisie sans indemnisation ou la destruction est interdite, à moins d'une nécessité militaire. Les « biens privilégiés » désignent quant à eux les biens, privés ou publics, qui doivent bénéficier d'une protection spéciale. *Ibid* art. 37 et 38.

[322] *Ibid* art. 34.

[323] *Ibid* art. 35.

[324] David Dudley-Field, *Outlines of an International Code*, New York, Diossy and Company, 1872 aux para 840-841. Il y énumère notamment les biens qui ne peuvent faire l'objet d'actes d'hostilité, à condition qu'ils ne soient pas utilisés à des fins militaires. Pour Dudley-Field ces biens doivent être protégés et respectés par les belligérants, quel qu'en soit le propriétaire, et ne peuvent être ni vendus, ni emportés hors du pays par l'envahisseur, à moins que le traité (de paix) ne l'y autorise. Il considère du reste que les règles ainsi proposées reflètent la tendance actuelle du droit.

juriste suisse Jean-Gaspard Bluntschli dans son ouvrage *Le Droit international codifié*[325]. Si Bluntschli reprend en grande partie les articles du Code Lieber, il va toutefois plus loin que son confrère en affirmant que *toute* appropriation de biens culturels est contraire au droit international :

> Le droit international peut aujourd'hui poser la règle que les œuvres d'art ne doivent pas être enlevées au vaincu, parce qu'elles ne servent ni de près ni de loin à faire la guerre, et qu'en s'en emparant on ne contraint point l'ennemi à demander plus vite la paix. Les vendre pour employer le produit de la vente à faire la guerre est également contraire aux idées civilisées. Les œuvres d'art sont un des éléments de la vie intellectuelle d'un peuple et d'un pays, et la guerre, qui n'est qu'une tourmente passagère, doit autant que possible respecter les droits éternels d'une nation.[326]

Si ces différents textes ont une force juridique limitée, n'ayant pas valeur de traité, ils témoignent néanmoins, à l'aube du XXe siècle, d'un intérêt croissant pour le sort des biens culturels dans les situations de conflits armés. Cet intérêt se double par ailleurs d'une nécessité alors que les conflits de la fin du XIXe siècle sont marqués par d'importants pillages, tels que la mise à sac du Palais d'été de l'Empereur de Chine par les troupes françaises et anglaises, et le pillage des régions françaises par l'armée prussienne au terme de la guerre de 1870[327].

Devant cette situation, une première tentative de codification internationale se met en place en 1874 lors de la Conférence de Bruxelles. Réunissant quinze délégués européens, cette conférence avait pour objectif l'élaboration d'une déclaration internationale sur les lois et coutumes de la guerre. Concernant spécifiquement les biens culturels, le texte reprenait la distinction établie par le Code Lieber et prévoyait à son article 8 que :

> Les biens des communes, ceux des établissements consacrés aux cultes, à la charité et à l'instruction, aux arts et aux sciences, même appartenant à l'État, seront traités comme la propriété privée. Toute saisie, destruction ou dégradation intentionnelle de semblables établissements, de monuments historiques, d'œuvres d'art ou de science, doit être poursuivie par les autorités compétentes.[328]

---

[325] Johann Caspar Bluntschli, *Le droit international codifié*, 5ème éd, traduit par Charles Édouard Lardy, Americana, Paris, Guillaumin et Cie., 1895.
[326] *Ibid* aux para 650 et 650(2).
[327] Perrot, *supra* note 145 à la p 29.
[328] *Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre*, Bruxelles, 1874 art. 8. Le projet prévoyait en outre des mesures de sauvegarde inédites sont mises en œuvre en cas de siège et de bombardement, comme l'emploi de « signes visibles spéciaux » désignant les édifices à épargner, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire. *Ibid* art. 17.

Les biens publics relevant du patrimoine culturel sont donc, à l'instar du Code Lieber, assimilés à la propriété privée et font l'objet d'une protection spéciale en situation de conflits armés ou d'occupation militaire. Si la Conférence de Bruxelles adopte la Déclaration, qui contient un projet d'accord, plusieurs gouvernements refusent toutefois de lui reconnaître un caractère conventionnel et donc contraignant [329]. Le fait que les dispositions du projet d'accord seront reprises quasi textuellement dans les *Conventions de la Haye* de 1899 confère néanmoins à la *Déclaration de Bruxelles* le statut de précédent[330].

En 1880, c'est au tour de l'Institut de Droit International d'élaborer un *Manuel des lois de la guerre sur terre* (ou « Manuel d'Oxford ») visant à encadrer la conduite des conflits armés[331]. Reprenant l'essentiel des dispositions de la *Déclaration de Bruxelles*, le Manuel d'Oxford est adopté le 9 septembre 1880. Parmi les dispositions retenues, l'article 34 du Manuel d'Oxford prescrivait lui aussi aux belligérants l'obligation, en période d'hostilités ou d'occupation, d'épargner autant que possible les biens ou édifices à vocation caritative, spirituelle, artistique ou scientifique, à condition que ceux-ci ne soient pas utilisés à des fins militaires, et recommandait de les signaler par des signes visibles[332]. À défaut, encore une fois, d'avoir une force contraignante, ce manuel témoigne néanmoins d'une consistance de la doctrine concernant la protection des patrimoines culturels matériels en situation de conflit armé. Pour Xavier Perrot :

> À la veille du XXe siècle, la doctrine est à son apogée sur la question de la protection du patrimoine culturel. Les idées également commencent à pénétrer la pratique, renforcées par les importantes initiatives pré-codificatrices […]. Tous les éléments semblent donc réunis pour assurer le passage d'un droit coutumier, dont chacun s'accorde à dire qu'il est insuffisamment efficace, à un droit conventionnel plus achevé.[333]

C'est en 1899 que va finalement avoir lieu ce passage d'un droit « coutumier » à un droit conventionnel. En effet, à l'issue des travaux de la première Conférence internationale de La Haye réunissant les représentants de 16 nations, trois conventions sont

---

[329] Perrot, *supra* note 145 à la p 30.
[330] Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 71.
[331] *Manuel d'Oxford des lois de la guerre sur terre*, Oxford, Institut de Droit International, 1880.
[332] *Ibid* art. 34 et 53.
[333] Perrot, *supra* note 145 à la p 31.

adoptées : la *Convention sur le règlement pacifique des conflits internationaux* (I)[334], la *Convention concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre* (II)[335] et la *Convention visant l'extension de la convention de Genève à la guerre maritime* (III)[336]. Concernant les biens culturels, la *Convention II* reprend et précise la *Déclaration de Bruxelles* de 1874. Dans le cadre de son article 27, le règlement annexé à la Convention dispose en effet que :

> Dans les sièges et bombardements, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour épargner, autant que possible, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, les hôpitaux et les lieux de rassemblement de malades et de blessés, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire. Le devoir des assiégés est de désigner ces édifices ou lieux de rassemblement par des signes visibles spéciaux qui seront notifiés d'avance à l'assiégeant.[337]

En cas d'occupation, l'article 56 prévoit quant à lui que « [l]es biens des communes, ceux des établissements consacrés aux cultes, à la charité et à l'instruction, aux arts et aux sciences, même appartenant à l'État, seront traités comme la propriété privée » et que « [t]oute saisie, destruction ou dégradation intentionnelle de semblables établissements, de monuments historiques, d'œuvres d'art et de science, est interdite et doit être poursuivie »[338]. Si la ratification de cette convention par 25 États représente, à l'époque, une avancée indéniable, la Conférence est néanmoins considérée comme un échec face à l'incapacité des États d'aboutir à un accord sur la limitation ou la réduction des armements, son objectif principal[339]. Aussi, une seconde Conférence est organisée en 1907 afin de corriger cette lacune et d'augmenter le nombre des ratifications. Les dispositions de la *Conventions IV* de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre relatives aux biens culturels reprennent alors textuellement celles du règlement de 1899[340], tandis que le texte du Règlement de la *Convention IX* ajoute des dispositions similaires en cas de

---

[334] *Convention (I) de la Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, La Haye, 1899.
[335] *Convention (II) de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye, 1899.
[336] *Convention (III) de la Haye concernant la guerre maritime*, La Haye, 1899.
[337] *Supra* note 335 art. 27.
[338] *Ibid* art. 56.
[339] Comité international de la Croix-Rouge, « Acte final de la Conférence de La Haye, 1899 », en ligne: *Com Int Croix-Rouge* <https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/145>.
[340] *Convention (IV) de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye, 1907 art. 27 et 56. La Convention interdit également strictement le pillage. *Ibid* art. 28 et 47.

bombardement par les forces navales[341].

Malgré la confirmation conventionnelle du statut particulier des biens culturels, le bilan des Conférences de La Haye reste limité dans la mesure où la protection prévue était accompagnée de la formule « autant que possible ». Les textes ne prévoyaient pas non plus l'interdiction des représailles ni de l'emploi des biens culturels à des fins militaires. De plus, leurs dispositions ne s'appliquaient qu'entre les puissances contractantes (clause *si omnes*)[342], tandis que les conflits qui n'étaient alors pas juridiquement qualifiés de « guerres », en particulier ceux liés à la colonisation et aux mouvements d'indépendance, restaient hors de toute réglementation[343]. Enfin, les importantes destructions et spoliations de la Première Guerre mondiale révèlent que la protection des biens culturels et celle plus largement des biens de nature civile, bien qu'ayant acquis une force conventionnelle et contraignante, est « encore trop sommaire pour être efficace »[344], et ce malgré plusieurs mesures de protection prises par les belligérants[345].

Durant l'Entre-Deux-guerres, de nouvelles initiatives sont mises sur pied pour tenter de pallier les insuffisances conventionnelles. En 1935 notamment, le musée Nicholas Roerich de New York suggère à l'Institut des hautes études internationales de Paris de préparer le texte d'une convention relative à la protection du patrimoine culturel en temps de guerre et de paix. Ce *Traité concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques* (« Pacte Roerich » ou « Pacte/Traité de

---

[341] *Convention (IX) de la Haye sur le bombardement par les forces navales*, La Haye, 1907 art. 5.
[342] Voir notamment note 340 art. 2. Voir aussi Perrot, *supra* note 145 à la p 33; Johannot Gradis, *supra* note 317 aux pp 77-78; Francioni, *supra* note 225 aux pp 4-5.
[343] Avant la promulgation des *Conventions de Genève de 1949*, le déclenchement d'une guerre, au sens juridique du terme, se faisait par une déclaration consensuelle entre des États égaux. Or, à l'époque coloniale, les populations des territoires colonisés étaient généralement considérées par les États européens comme « barbares » ou « non civilisées ». En conséquence, les Européens ont refusé de considérer ces territoires comme constituant des États et refusé de les traiter comme tels. Les conflits opposant ces populations aux forces coloniales n'étaient donc pas juridiquement considérés comme des guerres. Perrot, *supra* note 145 à la p 33; Johannot Gradis, *supra* note 317 aux pp 77-78.
[344] Des villes entières sont dévastées, parmi lesquelles Reims, Arras, Soissons, Saint-Quentin pour la France, ou encore Ypres et Louvain pour la Belgique. Elles payent aussi un lourd tribut en chefs-d'œuvre d'architecture civile et religieuse. Perrot, *supra* note 145 aux pp 33-34; Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 85.
[345] Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 85.

Washington »)[346], qui avait vocation à s'appliquer aussi bien en temps de paix qu'en situation de conflit armé ou d'occupation[347], est cependant rejeté par la Société des Nations et ne rencontre pas de succès véritable en Europe. Il est néanmoins adopté par le Conseil directeur de l'Union panaméricaine le 15 avril 1935 et lie encore aujourd'hui 11 États américains[348].

En 1937-1938, à la demande de l'Office International des Musées et au regard des destructions perpétrées lors de la guerre civile espagnole, un comité d'experts présidé par le juriste belge Charles De Visscher se voit confier la mission de rédiger une *Convention internationale pour la protection des monuments et œuvres d'art au cours des conflits armés*. Jiri Toman note qu'il s'agissait d'un texte très complet qui prévoyait notamment des dispositions relatives à l'organisation de la défense des biens culturels en temps de paix, à la sensibilisation des forces armées à ces enjeux ou encore à l'engagement de prendre des dispositions sanctionnant les actes de pillage et de destruction. Il introduisait également l'idée de la création de zones refuges pour les biens culturels mobiliers[349]. L'adoption de cet ambitieux projet est cependant interrompue en 1939 par le déclenchement de la Seconde Guerre mondiale. Une fois de plus, en dépit de plusieurs mesures prises par les belligérants[350], les hostilités donnent lieu à des violations systématiques de la quasi-totalité

---

[346] *Pacte Roerich concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques*, 167 RTSN 290, Washington, OEA, 1935. Ce Pacte prévoyait que les biens culturels immeubles que sont les « monuments historiques, les musées, les institutions dédiées aux sciences, aux arts, à l'éducation, et à la culture seront considérés comme neutres » et sont de ce fait protégés contre toute attaque. Les biens culturels meubles (tableaux, sculptures, etc.) ne sont quant à eux protégés que s'ils sont abrités dans les bâtiments inscrits dans le traité. Le Pacte Roerich évoquait également la création d'un signe distinctif visant à signaler aux belligérants les biens culturels protégés.

[347] *Ibid* art. 1 et 2.

[348] Perrot, *supra* note 145 aux pp 34-35; Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 92.

[349] Toman, *supra* note 224 à la p 36; Johannot Gradis, *supra* note 317 aux pp 93-94.

[350] Le 3 septembre 1939 par exemple, les Gouvernements britannique et français déclarèrent qu'en cas de guerre ils conduiraient les hostilités en préservant par tous les moyens possibles les monuments culturels. En juin 1943 ensuite, le conservateur d'art George L. Stout persuade le commandement militaire allié de créer le *Monuments, Fine Arts, and Archives program*, dont les membres, surnommés les *Monuments Men*, ont une formation de conservateur de musée, d'historien de l'art, d'architecte ou d'archiviste. Ils sont initialement chargés de préserver des combats, les églises, musées et monuments nationaux au cours de la progression des Alliés puis, à la fin de la guerre de retrouver les biens pillés par les nazis et de les expertiser. Toman, *supra* note 224 à la p 25; Stone, *supra* note 317 à la p 276; Robert M Edsel & Bret Witter, *The Monuments Men: Allied Heroes, Nazi Thieves, and the Greatest Treasure Hunt in History*, illustrated édition éd, Center Street, 2009.

des normes conventionnelles applicables et des principes doctrinaux élaborés jusqu'alors en matière de protection des biens culturels. Pour Christiane Johannot-Gradis :

> [L]'étendue de ces destructions allait au-delà [des seuls biens matériels], et mettait en péril le fondement même des civilisations concernées par cette guerre. C'est l'héritage culturel de chaque peuple qui a été atteint par la violence de ce conflit, dont les civils ont été les principales victimes, et la transmission de leurs valeurs, de témoignages, de leur histoire et de leur culture en a ainsi également été menacée.[351]

Pour Xavier Perrot, les dévastations sont telles que « le traumatisme humain, patrimonial et culturel est total »[352].

Aussi, dès 1948, suite aux horreurs de la Seconde Guerre mondiale, et tout particulièrement de l'Holocauste, l'Assemblée générale des Nations Unies, nouvellement créée, entreprend d'élaborer une *Convention contre le crime de génocide* à partir des travaux du juriste polonais Raphaël Lemkin. Le concept de génocide, tel que développé par ce dernier, renvoyait alors à l'idée d'un « plan coordonné de différentes actions visant à la destruction de fondements essentiels de la vie de groupes nationaux, dans le but d'exterminer les groupes eux-mêmes »[353]. La formulation initiale du concept suggérait ainsi que l'extermination d'un groupe pouvait être obtenue par la dissolution immédiate ou progressive de son identité culturelle, notamment par le strict contrôle ou la prohibition de ses activités culturelles, l'interdiction de l'usage de sa langue ou encore la destruction de ses monuments, librairies, musées, et archives[354]. Dans cette perspective, les travaux préparatoires de la Convention prévoyaient que le génocide pouvait être réalisé non seulement par la destruction physique ou biologique des groupes, mais également par leur destruction culturelle. L'article III du projet de convention stipulait ainsi que :

> [*T*]*he word 'genocide' means a criminal act directed against any one of the aforesaid groups of human beings, with the purpose of destroying it in whole or in part, or of preventing its preservation or development. Such acts consist of* […]
> *3. Destroying the specific characteristics of the group by:*
> *(a) forcible transfer of children to another human group; or*

---

[351] Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 96.
[352] Perrot, *supra* note 145 à la p 36. Voir aussi Stone, *supra* note 317 à la p 276.
[353] Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944 à la p 79.
[354] Luck, *supra* note 259 aux pp 17-23.

> *(b) forced and systematic exile of individuals representing the culture of a group; or*
> *(c) prohibition of the use of the national language even in private intercourse; or*
> *(d) systematic destruction of books printed in the national language or of religious works or prohibition of new publications; or*
> *(e) systematic destruction of historical or religious monuments or their diversion to alien uses, destruction or dispersion of documents and objects of historical, artistic, or religious value and of objects used in religious worship*.[355]

Le processus d'adoption de la Convention est cependant marqué par d'importants débats, et notamment par l'opposition d'une douzaine de pays parmi lesquels la France, le Royaume-Uni, la Suède, le Canada, la Nouvelle-Zélande, l'Iran, les Pays-Bas, le Brésil et les États-Unis, qui rejettent la notion de « génocide culturel » au motif qu'il s'agissait d'un concept trop « vague », que la différence entre un massacre de masse et la fermeture d'une bibliothèque risquait d'affaiblir la portée du concept de génocide, ou encore que les crimes contre la culture relèveraient plutôt d'instruments relatifs à la protection des minorités et aux droits humains[356]. Pour William Schabas, parmi d'autres[357], les objections présentées par ces États auraient en réalité été davantage motivées par les traitements que leurs gouvernements infligeaient, ou avaient infligés, aux peuples autochtones, aux minorités et aux migrants présents sur leurs territoires respectifs[358]. Aussi, lorsque le 9 décembre 1948 la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* est adoptée à l'unanimité, le texte final limite la définition du génocide à la destruction physique et biologique des communautés sans mention de sa dimension culturelle, à l'exception des transferts forcés d'enfants, considérés comme une dimension « biologique » du génocide[359].

---

[355] *Draft convention on the crime of genocide*, UN Doc. E/447, New York, United Nations Economic and Social Council, 1947 aux pp 20-21 art III (3).
[356] William A Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, 1ère éd, Cambridge, U.K. ; New York, Cambridge University Press, 2000 aux pp 57, 63, 70, 180, 183-184; Mako, *supra* note 274 aux pp 182-183; Luck, *supra* note 259 aux pp 23-26; Anson Rabinbach, « Raphaël Lemkin et le concept de génocide » (2008) 2:189 Rev Hist Shoah 511-554 à la p 516; Benvenuto, *supra* note 306 à la p 30 et suiv.; Johannes Morsink, « Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights » (1999) 21 Hum Rights Q 1009-1060.
[357] Luck, *supra* note 259 aux pp 24-25; Barry Sautman, « Cultural genocide and Tibet » (2003) 38:173 Tex Int Law J 173-247 aux pp 182-184.
[358] Schabas, *supra* note 356 aux pp 183-184.
[359] *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 78 RTNU 277, ONU, 1948 art. 2 (e).

De même, les quatre *Conventions de Genève* adoptées le 12 août 1949, qui édictent les règles de conduite en période de conflits armés, et notamment la protection des civils et des personnes protégées (blessés, malades, naufragées, prisonniers de guerre, etc.) ne font pas expressément mention des patrimoines culturels. On peut toutefois considérer que plusieurs dispositions leur assurent — directement ou indirectement — une certaine protection, notamment en raison de leur nature de bien « civil » ou au titre de la protection de la propriété privée des individus. À titre d'exemple, l'interdiction générale de piller[360], de détruire ou de s'approprier des biens sans justification de nécessité militaire[361] ou encore l'interdiction de dépouiller les prisonniers de guerre ou les morts[362] s'appliquent à l'ensemble des biens sans distinction et donc, de toute évidence, aux biens culturels[363]. Une obligation plus générale de protection est également prévue pour les biens et effets personnels des individus protégés en vertu des Conventions, dont leurs livres, objets de culte, ou tout objet ayant une valeur personnelle ou sentimentale, intrinsèque ou affective[364]. L'article 53 de la *Convention IV* est également pertinent en ce qu'il interdit, en cas d'occupation, la destruction des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'État ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales ou coopératives, à moins d'une nécessité militaire absolue[365]. Enfin, l'article 154 de cette même convention, portant sur les « Relations avec les Conventions de La Haye », consacre explicitement l'application des normes pertinentes des Réglementations de 1899 et 1907 relatives à la protection des personnes civiles et de leurs biens[366].

---

[360] *Convention (I) de Genève sur les blessés et malades des forces armées sur terre*, Genève, 1948 art. 15; *Convention (II) de Genève sur les blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer*, Genève, 1949 art. 18; *Convention (IV) de Genève sur les personnes civiles*, Genève, 1948 art. 16 et 33.
[361] *Supra* note 360 art. 50; note 360 art. 51; note 360 art. 147.
[362] *Supra* note 360 art. 15; *Convention (III) de Genève sur les prisonniers de guerre*, Genève, 1948 art. 18; note 360 art. 97.
[363] Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 99. *La Convention (III)* sur les prisonniers de guerre ne contient pas de telles dispositions, ces derniers ne transportant a priori pas avec eux de biens de valeur personnels. La Convention comprend toutefois une obligation de leur remettre leurs objets de valeur à la fin de leur captivité. note 362 art. 18.
[364] *Supra* note 360 art. 16; note 360 art. 19; note 362 art. 18; note 360 art. 97.
[365] *Supra* note 360 art. 53.
[366] *Ibid* art. 154.

À partir des années 1950, et malgré ces premiers « échecs » dans la protection des patrimoines culturels, l'UNESCO nouvellement créée organise à La Haye une série de conférences en vue d'élaborer un instrument juridiquement contraignant consacré aux biens culturels. Au terme de ces conférences, la *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*[367] est adoptée le 14 mai 1954.

Fondée sur les Conventions de La Haye de 1899 et 1907, le Pacte Roerich de 1935[368] et le projet interrompu de Convention internationale de Charles de Visscher de 1938, cette Convention est le premier instrument universel contraignant entièrement consacré à la protection du patrimoine culturel, mobilier et immobilier, en situation de conflit armé. Elle fait entrer la notion de « biens culturels » en droit international et, dans la ligne des textes antérieurs, elle établit un niveau minimum de précaution et de protection que tous les États parties doivent respecter en période de conflit armé et d'occupation, y compris dans le cas d'un conflit armé de caractère non international en précisant que « chacune des parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions de la présente Convention qui ont trait au respect des biens culturels »[369]. La Convention exige également que les États parties mettent en place des mesures préparatoires de sauvegarde de leur patrimoine en temps de paix[370], qu'ils interdisent, préviennent et, au besoin, fassent cesser tout acte de vol, de pillage ou de détournement de biens culturels, ainsi que tout acte de vandalisme à l'égard desdits biens en période de conflit ou d'occupation. Finalement, elle instaure une « protection spéciale » pour les biens culturels de « très haute importance » et fixe les conditions d'utilisation du nouveau signe distinctif permettant d'identifier les biens culturels protégés[371]. La Convention de 1954 s'accompagne, en outre, d'un premier Protocole adopté au même moment qui, bien que facultatif, aborde pour la première fois, d'un point de vue conventionnel, l'interdiction d'exporter les biens saisis durant les conflits

---

[367] *Supra* note 61.
[368] *Ibid* préambule.
[369] *Ibid* art. 19.
[370] *Ibid* art. 3 et 7.
[371] *Ibid* art. 8 et suiv.

ou en période d'occupation et l'obligation de les restituer[372].

En dépit de ces progrès, les effets de la Convention de 1954 sont toutefois mitigés. La principale faiblesse de la Convention réside dans la possibilité, pour les États, d'invoquer le principe de « nécessité militaire impérative » pour justifier une atteinte aux biens culturels[373]. Insérée sous la pression des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni qui en avaient fait une condition *sine qua non* de leur participation malgré l'opposition de l'URSS, de la Belgique et de la Grèce notamment, on considère que cette clause demeure un des aspects les plus problématiques de la Convention. Dans la mesure où le traité ne définit pas ce qui pourrait constituer une nécessité impérative, il est en effet avancé qu'il s'agirait d'une dérogation susceptible de rendre nulles la plupart des autres dispositions en cas de guerre[374]. Par ailleurs, alors que la Convention demande aux États de mettre en place des mesures de sauvegarde contre les effets prévisibles des conflits, elle reste silencieuse sur la nature concrète de ces mesures[375]. Enfin, de l'aveu même de l'UNESCO, la plupart des États n'ont que très peu, voire jamais, mis en place de signalisation de leurs biens culturels, ni eu recourt au régime prévoyant le transport de biens culturels en dehors des zones de conflits ou aux listes de sites exigeant une protection spéciale[376].

---

[372] *Protocole à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 249 RTNU 215, La Haye, UNESCO, 1954.
[373] *Supra* note 61 art. 4(2).
[374] Vittorio Mainetti, « De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé: l'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 » (2004) 86:854 Rev Int Croix-Rouge 337-366 à la p 352; Jean-Marie Henckaerts, « New rules for the protection of cultural property in armed conflict » (1999) 835 Int Rev Red Cross. Il convient toutefois de mentionner qu'à ce jour, cette clause n'a jamais été invoquée par les États pour justifier une destruction. O'Keefe & Prott, *supra* note 171 à la p 17. On peut également souligner que les États-Unis se déclarent néanmoins liés par cette Convention. Durant la guerre du Golfe notamment, les troupes américaines se seraient ainsi abstenues de bombarder des objectifs militaires en raison de la présence de sites archéologiques (notamment Ur) à proximité.
[375] Mainetti, « De nouvelles perspectives », *supra* note 374 à la p 350.
[376] *La Protection des biens culturels. Manuel militaire*, UNESCO, 2017 aux para 46 et 111; Fuhrmann, *supra* note 147 aux pp 33-34; O'Keefe & Prott, *supra* note 171 à la p 18. Sur le plan pratique, le régime de la protection spéciale a été un échec, car cinq biens seulement ont été enregistrés, et la dernière inscription remonte à 1978. Plusieurs sites et refuges ont en outre été radiés des listes à la demande des États. En 1994, les Pays-Bas, qui à l'époque avaient six refuges inscrits, ont demandé la radiation de trois d'entre eux et, en 2000, l'Autriche, qui avait un refuge inscrit au Registre depuis 1969, en a demandé la suppression. Mainetti, « De nouvelles perspectives », *supra* note 374 à la p 341 note 12. Voir aussi O'Keefe, *supra* note 245 à la p 48.

Dans la mesure où tous les États ne sont pas liés par la Convention de 1954[377], et considérant les lacunes des quatre *Conventions de Genève* adoptées en 1949, la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, qui siège à Genève de 1974 à 1977, insère dans les deux *Protocoles additionnels aux Conventions de Genève* du 8 juin 1977 un article relatif à la protection des biens culturels. Ainsi, l'article 53 du *Protocole I* sur les conflits armés internationaux prévoit que :

> Sans préjudice des dispositions de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et d'autres instruments internationaux pertinents, il est interdit :
> a) de commettre tout acte d'hostilité dirigé contre les monuments historiques, les œuvres d'art ou les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples ;
> b) d'utiliser ces biens à l'appui de l'effort militaire ;
> c) de faire de ces biens l'objet de représailles.[378]

L'article 16 du Protocole II, consacré pour sa part aux conflits armés non-internationaux, prévoit lui aussi l'interdiction de commettre tout acte d'hostilité dirigé contre des biens culturels et de les utiliser à l'appui de l'effort militaire[379]. Ainsi, alors que la Convention de 1954 conservait le principe de réserve en cas de nécessité militaire, les Protocoles I et II aux *Conventions de Genève* prévoient désormais que seuls les objectifs militaires clairement définis peuvent faire l'objet d'attaques[380], réaffirmant ainsi le principe selon lequel une protection particulière doit être accordée aux patrimoines culturels.

Trois ans plus tard, la *Convention de 1980 sur certaines armes classiques* et son *Protocole II relatif à l'interdiction, la limitation ou l'emploi des mines, pièges ou autres dispositifs* viennent à leur tour renforcer ce principe. Ayant pour objectif de limiter ou

---

[377] Elle compte à ce jour 133 États parties.
[378] *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, Genève, ONU, 1977 art. 53.
[379] *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, Genève, ONU, 1977 art. 16. La formulation des deux articles est presque identique, à l'exception de l'alinéa c) relatif aux représailles, absent de l'article 16 du Protocole II.
[380] Toman, *supra* note 224 à la p 139; Henckaerts, *supra* note 374; O'Keefe, *supra* note 245 aux pp 64-65.

d'interdire l'emploi de certains moyens et méthodes de guerre causant des destructions indiscriminées, le Protocole II, tel que modifié en 1996, prévoit en effet à son article 7 que :

> Sans préjudice des règles de droit international applicables aux conflits armés relatives à la traîtrise et à la perfidie, il est interdit en toutes circonstances d'employer des pièges et d'autres dispositifs qui sont attachés ou associés d'une façon quelconque […] c) à des lieux d'inhumation ou d'incinération, ou à des tombes […] h) à des objets de caractère indiscutablement religieux ; i) à des monuments historiques, des œuvres d'art ou des lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel et spirituel des peuples […].[381]

Le 26 mars 1999 ensuite, la Convention de La Haye de 1954 est complétée par un second *Protocole additionnel pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* qui s'applique aussi bien aux conflits armés internationaux qu'à ceux ne présentant pas de caractère international[382]. Le faible nombre de ratifications de la Convention de 1954[383], ses carences et ses difficultés de mise en œuvre, associés à la multiplication des conflits armés non-internationaux, ainsi que les évolutions du droit international dans le domaine de la culture, avaient en effet convaincu l'UNESCO de la nécessité d'une mise à jour des instruments juridiques en vue de garantir une meilleure protection des patrimoines culturels dans tous les types de conflits armés[384]. Dans cette perspective, ce second protocole, entré en vigueur en 2004, clarifie la notion de « nécessité militaire impérative »[385], et engage les États parties à respecter le principe de précaution dans la conduite des hostilités[386] ainsi que le principe de protection des biens culturels en situation d'occupation[387]. Il réaffirme aussi

---

[381] *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (Protocole II, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996) annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, 2048 RTNU 93, Genève, ONU, 1996 art. 7.

[382] *Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 2253 RTNU 172, La Haye, UNESCO, 1999.

[383] À la fin des années 1990, la Convention de 1954 comptait encore moins d'une centaine d'États parties. Plus d'une trentaine d'États ont déposé leurs instruments de ratification depuis le début des années 2000.

[384] Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 120; Mainetti, « De nouvelles perspectives », *supra* note 374 à la p 340; Henckaerts, *supra* note 374; Patty Gerstenblith, « The Destruction of Cultural Heritage: A Crime against Property or a Crime against People » (2016) 15:3 John Marshall Rev Intellect Prop Law 336 à la p 350.

[385] *Supra* note 382 art. 6. Au sens de cet article, la nécessité militaire ne peut être invoquée que lorsque les biens culturels, par leur fonction, ont été transformés en objectifs militaires, et lorsqu'il n'existe pas d'autre solution pratiquement possible pour obtenir un avantage militaire équivalant à celui qui est offert par le fait de diriger un acte d'hostilité contre ces biens. Les deux conditions étant cumulatives.

[386] *Ibid* art. 7 et 8.

[387] *Ibid* art. 9.

la nécessité pour les États parties de mettre en place des mesures préparatoires de sauvegarde des biens culturels contre les effets prévisibles d'un conflit en énumérant cette fois-ci une série de mesures préparatoires concrètes[388], et en instaurant un Fonds auquel les États peuvent recourir pour soutenir leurs efforts en la matière[389]. Le Protocole prévoit également que les biens culturels qui revêtent « la plus haute importance pour l'humanité » peuvent être placés sous un régime de « protection renforcée » (en remplacement du régime de « protection spéciale ») qui ne souffre aucune dérogation[390], et institue à cette fin le Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, en charge notamment d'octroyer cette protection à certains sites culturels à la demande des États[391]. À ce jour toutefois, seuls 84 États ont ratifié ce Protocole additionnel.

En 2006 finalement, le principe de protection des patrimoines culturels en situation de conflit armé a été reconnu par le Comité international de la Croix-Rouge comme ayant une valeur coutumière en droit international. De 1996 à 2005 en effet, le CICR a eu pour mandat de préparer un rapport sur les règles coutumières du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés internationaux et non internationaux. Au terme de cette étude, le CICR a notamment conclu que l'obligation de protection des biens et sites culturels en temps de guerre, l'interdiction d'utiliser les biens culturels à des fins militaires, l'interdiction du vol, du pillage et des destructions intentionnelles, ainsi que l'obligation de restitution des biens culturels illicitement exportés d'un territoire occupé sont des

---

[388] *Ibid* art. 5.
[389] *Ibid* art. 29.
[390] *Ibid* art. 10 et suiv. O'Keefe, *supra* note 245 à la p 49. La dérogation accordée en vertu de la nécessité militaire ne s'applique pas aux biens placés sous protection renforcée.
[391] Composé de 12 États membres de l'UNESCO, le Comité a notamment pour mission d'octroyer la protection renforcée à un bien culturel s'il satisfait aux trois conditions énoncées à l'article 10 du Protocole. Le bien culturel concerné doit ainsi revêtir la plus haute importance pour l'humanité, il doit être protégé par des mesures internes, juridiques et administratives, adéquates, reconnaissant sa valeur culturelle et historique exceptionnelle et lui assurant le plus haut niveau de protection, et enfin il ne doit pas être utilisé à des fins militaires ni pour protéger des sites militaires. À ce jour, 17 biens culturels bénéficient d'une protection renforcée. *Biens culturels sous protection renforcée*, UNESCO, 2016; UNESCO, « Armed Conflict and Heritage. Enhanced Protection », en ligne: *UNESCO* <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/lists/enhanced-protection/>. Parmi ses autres attributions, le Comité peut également élaborer des Principes directeurs pour l'application du Protocole; suivre et superviser l'application du Protocole; examiner les rapports des Parties et établir un rapport sur l'application du Protocole ; recevoir et examiner les demandes d'assistance internationale ; décider de l'utilisation du Fonds et exercer toute autre attribution qui pourrait lui être conférée par la Réunion des Parties. *Supra* note 382 art. 8.

normes coutumières de droit international et s'appliquent aussi bien en situation de conflit armé international que non-international[392].

Au terme de cette première section, on constate ainsi que l'obligation de protection des biens culturels en situation de conflit armé, l'interdiction du pillage ou encore l'interdiction d'exporter des biens culturels dans les territoires occupés sont solidement et historiquement ancrées dans le droit et la pratique des États, au point d'être considérées comme des normes ayant force coutumière. Les biens culturels matériels jouissent en effet d'une double protection : d'une part, ils sont généralement protégés en tant que biens civils ou privés dépourvus de caractère militaire. De ce fait toutes les dispositions relatives au principe de « nécessité militaire », de « précaution », de « proportionnalité » et à la protection des biens civils leur sont applicables[393]. D'autre part, les biens culturels bénéficient de mesures particulières au titre des dispositions relatives à la protection de ces biens, aussi bien durant les hostilités qu'en situation d'occupation. À partir des années 1960 cependant, les antiquités et biens culturels acquis frauduleusement qui inondent les marchés de l'art, notamment à la faveur des conflits internes et des guerres de libération nationale[394], vont convaincre les États de la nécessité d'adopter des instruments de protection supplémentaires dont l'application ne concerne plus uniquement les belligérants, mais l'ensemble de la communauté internationale.

3.1.2. La protection des biens culturels matériels en situation de paix

En parallèle aux dispositions applicables en situation de conflit armé, l'UNESCO, ayant en charge depuis 1945 la conservation et la protection des patrimoines culturels a également adopté un imposant corpus juridique dont les nombreuses dispositions viennent

---

[392] Henckaerts & Doswald-Beck, *supra* note 14 règles 38 à 41; O'Keefe, *supra* note 245 aux pp 52-60.
[393] Bugnion, *supra* note 209; Johannot Gradis, *supra* note 317 aux pp 320-340.
[394] Edouard Planche, « Le point de départ, la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels » (2015) 20:4 Unif Law Rev - Rev Droit Unif 516-523 à la p 516.

compléter le droit conventionnel établi à La Haye dans la mesure où elles doivent être respectées en tout temps par les États parties[395].

En 1970 en effet, devant l'accroissement du trafic des biens culturels, la Conférence générale de l'UNESCO décide de mettre sur pied un comité chargé de préparer un projet de convention en complément à la Convention de 1954. Selon les rédacteurs du projet, la Convention de 1954 n'apportait en effet pas de protection suffisante contre l'exportation des biens culturels, notamment ceux issus de fouilles archéologiques dans les contextes d'occupation militaire[396]. Adoptée le 14 novembre 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*[397] met ainsi l'accent sur trois axes majeurs : l'adoption de mesures préventives (réalisation d'inventaires, établissement de certificats d'exportation et d'importation, renforcement des sanctions judiciaires, etc.)[398], de mesures de saisie et de restitution des biens culturels illégalement importés[399], et le renforcement de la coopération internationale[400]. En 1995, cette Convention est complétée par une *Convention UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*[401]. Élaborée par l'Institut International pour l'Unification du droit privé à la demande de l'UNESCO, cette convention vise à instaurer un traitement uniforme pour la restitution de l'ensemble des biens culturels volés ou illicitement exportés (et non uniquement ceux qui ont été inventoriés et déclarés), notamment pour les demandes traitées directement par les tribunaux nationaux.

Si elle représente un complément important au droit de La Haye en ce qu'elle s'applique aussi bien en situation de paix que de conflit armé, et qu'elle mobilise

---

[395] Il convient toutefois de rappeler que le Pacte Roerich de 1935 a déjà vocation à s'appliquer en temps de paix. Il ne s'agit toutefois pas d'un instrument ayant une portée universelle puisque seuls 11 États américains l'ont signé.
[396] Johannot Gradis, *supra* note 317 aux pp 122-123. Dans les contextes de conflits militaires et d'occupation, de nombreuses de fouilles sont réalisés illégalement et les objets découverts sont particulièrement susceptibles d'être exportés avant même d'avoir été identifiés et/ou enregistrés par les autorités compétentes.
[397] *Supra* note 61.
[398] *Ibid* art. 5 et 6.
[399] *Ibid* art. 3 et 7.
[400] *Ibid* art. 9.
[401] *Supra* note 61.

l'ensemble de la communauté internationale, la Convention de 1970 ne rencontre cependant pas le succès escompté. On constate en effet que la Convention n'impose que relativement peu d'obligations concrètes aux États. Plusieurs dispositions font ainsi référence aux « conditions appropriées à chaque pays » (art. 5), à l'adoption de mesures conformes avec « la législation nationale » (art. 7) ou encore au fait que les États devront agir « dans la mesure de [leurs] moyens » (art. 14), leur laissant de fait un large pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre de la Convention[402]. On constate par ailleurs qu'en dépit de son langage « accommodant », la Convention se heurte à la réticence de nombreux États occidentaux, peu enclins à se séparer de leurs vastes collections (publiques et privées) de biens culturels, et réticents à effectuer les transformations législatives nationales nécessaires à sa mise en œuvre. De fait, le nombre des ratifications stagne aujourd'hui à 140[403], et plusieurs États parties, parfois de longue date, ne semblent pas en avoir effectivement intégré les dispositions dans leur droit national[404]. De même, la Convention UNIDROIT qui la complète ne compte que 48 ratifications et manquent encore à l'appel de nombreux pays riches en patrimoine « acquis » ou victimes de spoliations[405].

En réunissant 193 États parties, la désormais célèbre *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*[406] adoptée par l'UNESCO le 23 novembre 1972 bénéficie par comparaison d'un rare consensus. À la différence de la Convention de 1970, celle de 1972 s'intéresse exclusivement aux patrimoines immobiliers, culturels et naturels, ayant une « valeur universelle exceptionnelle »[407], c'est-à-dire une « importance culturelle et/ou naturelle tellement exceptionnelle qu'elle transcende les frontières nationales et

---

[402] À ce langage modéré s'ajoutent en outre des propositions dont la portée est tantôt très large et générale (art. 3), tantôt très spécifique (art. 7 et 9), ce qui contribue aux difficultés d'interprétation du texte. O'Keefe & Prott, *supra* note 171 aux pp 64-65.
[403] Planche, *supra* note 394 aux pp 517-518; Francioni, *supra* note 317 à la p 16; O'Keefe & Prott, *supra* note 171 à la p 64. Plusieurs pays abritant des places majeures du marché de l'art se sont ainsi abstenus de participer aux négociations et ont attendu de nombreuses années avant de ratifier la Convention. À titre d'exemples, la France ne la ratifiera qu'en 1997, le Japon et le Royaume-Uni en 2002, la Suisse en 2003, l'Allemagne en 2007, et la Belgique et les Pays-Bas en 2009, le Luxembourg et l'Autriche ont ratifié l'instrument en 2015. Derniers en date, Monaco a ratifié la Convention en 2017.
[404] O'Keefe & Prott, *supra* note 171 à la p 66.
[405] « Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés - État des ratifications », en ligne: *UNIDROIT* <http://www.unidroit.org//fr/etat-signatures-ratifications-cp>.
[406] *Supra* note 154.
[407] *Ibid* préambule et art. 1.

qu'elle présente le même caractère inestimable pour les générations actuelles et futures de l'ensemble de l'humanité »[408]. Elle établit la Liste du patrimoine mondial, la Liste du patrimoine mondial en péril, et définit les sites pouvant y être inscrits, ainsi que le rôle des États parties dans l'identification de sites potentiels et dans leur protection et leur préservation[409]. Ses articles 4 et 12 enjoignent en effet aux États d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel situé sur leur territoire, qu'il figure sur les Listes de l'UNESCO ou uniquement dans les inventaires dressés par les autorités nationales[410].

De même que la Convention de 1970, celle de 1972 vient compléter le droit de La Haye. En effet, en plus d'encourager les États à instaurer des mesures de préservation, l'article 6 de la Convention les engage « à ne prendre délibérément aucune mesure susceptible d'endommager directement ou indirectement le patrimoine culturel et naturel [...] situé sur le territoire d'autres États parties à cette convention »[411]. Par ailleurs, l'inscription sur la Liste du patrimoine mondial en péril est ouverte aux biens « menacés de dangers graves et précis », parmi lesquels, outre les négligences et catastrophes d'origine naturelle ou humaine, les dangers découlant d'un « conflit armé venant ou menaçant d'éclater »[412].

Cependant, à l'instar de celle de 1970, la Convention de 1972 est aussi relativement peu contraignante pour les États. Étant surtout porteuse d'objectifs positifs en termes d'image et de valorisation des patrimoines, sa mise en œuvre n'exige que très peu de transformations législatives et se limite essentiellement à un devoir de prévention et à des obligations de moyens, la Convention se bornant à souligner que les États devront s'efforcer d'agir « au maximum de leurs ressources disponibles »[413], ou encore « dans toute

---

[408] *Orientations devant guider la mise en oeuvre de la Convention du patrimoine mondial*, WHC.19/01, Paris, UNESCO - Comité intergouvernemental pour la protection du patrimoine culturel et naturel, 2019 au para 49.
[409] *Supra* note 154 art. 11.
[410] *Ibid* art. 4 et 12.
[411] *Ibid* art. 6.
[412] *Ibid* art. 11.
[413] *Ibid* art. 4-5. Contrairement au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (présenté dans la partie suivante) qui fait usage d'expressions similaires, la Convention de l'UNESCO ne dispose pas d'un Comité ayant pour rôle d'en clarifier les dispositions. En conséquence, les textes restent

la mesure du possible »[414]. Dans cette perspective, elle ne contient pas de dispositions obligeant les États à faire inscrire leurs patrimoines culturels sur les Listes ni d'effets juridiques à cette inscription[415], pas plus qu'elle ne prévoit de dispositions leur interdisant de porter atteinte aux biens culturels situés sur leur propre territoire, ni de conséquences en cas de retrait d'un bien culturel des Listes ou de dommages à ces biens[416]. Les versions les plus récentes des *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial* sont toutefois source d'ambiguïté. Ces dernières présentent en effet les engagements étatiques comme des « responsabilités » et précisent que les États ont « la responsabilité […] de ne prendre délibérément aucune mesure susceptible d'endommager directement ou indirectement leur patrimoine ou celui d'un autre État partie à la Convention »[417]. Cependant, si la responsabilité de protéger le patrimoine mondial pourrait être comprise comme renvoyant à des obligations, une telle interprétation paraît ici aventureuse dans la mesure où les Orientations n'ont pas de force contraignante, et où le langage retenu dans le texte de la Convention relève davantage du champ déclaratoire que de celui de la contrainte.

Il en va de même pour la *Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique* adoptée en 2001 qui, tout en ayant adopté un langage relevant davantage de la contrainte, n'offre que de vagues indications sur les mesures de sanctions devant être prises par les États en cas de violation, en se limitant à indiquer que : « [l]es sanctions applicables en matière d'infractions doivent être suffisamment rigoureuses pour garantir le

---

silencieux sur la portée exacte de cette obligation, et sur l'existence éventuelle d'obligations minimales fondamentales à respecter. Voir notamment *Appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un protocole facultatif au pacte*, E/C.12/2007/1, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2007.

[414] *Supra* note 154 art. 11.

[415] La Convention précise en effet que la reconnaissance de la valeur exceptionnelle d'un bien culturel se fait « sans préjudice des droits réels prévus par la législation nationale sur ledit patrimoine ». *Ibid* art. 6; O'Keefe & Prott, *supra* note 171 à la p 79; Clémentine Bories, « La convention du patrimoine mondial à l'aube de son 40e anniversaire : un colosse aux pieds d'argile ? » (2010) 56:1 Annu Fr Droit Int 139-165; Francesco Francioni, « World Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 250 aux pp 263 et 265.

[416] Lors de la rédaction du texte, les États-Unis avaient proposé à cet effet que « [c]haque partie s'engage à respecter toutes les zones et tous les sites inscrits au Registre, en s'abstenant dans toute la mesure du possible de commettre des actes qui risqueraient de les endommager ». La proposition étatsunienne n'a toutefois pas été retenue. Bories, *supra* note 415 à la p 149.

[417] *Supra* note 408 au para 15.

respect de la présente Convention et décourager les infractions en quelque lieu que ce soit, et elles doivent priver les contrevenants des profits découlant de leurs activités illégales »[418]. Aussi, comme le souligne Yaron Gottlieb :

> *A review of these international conventions reveals that while destruction of cultural property in armed conflicts has been established as an individual international crime-although not in an ideal format-the protection of cultural property during peacetime is more ambiguous. Only two of the above conventions-the 1970 Convention and the Underwater Cultural Heritage Convention-provide general guidance to member parties to impose legal sanctions on perpetrators. Recent acts of destruction during peacetime-in particular that of the Bamiyan Buddhas in Afghanistan-have led UNESCO's members to call on all states to take appropriate measures to hold perpetrators accountable for their acts*.[419]

De fait, le 17 octobre 2003 enfin, suite à la destruction des Buddhas de Bâmiyân par les talibans en Afghanistan[420], la Conférence générale de l'UNESCO a adopté la *Déclaration concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel* [421]. S'appliquant aussi bien en situation de guerre qu'en temps de paix, cette déclaration ne crée pas de normes supplémentaires et n'impose pas d'obligations aux États[422]. Elle n'est qu'une « réaffirmation » des normes existantes ainsi que la proclamation d'un consensus et d'une intention politiques. Dans cette optique, elle rappelle que les destructions de biens culturels peuvent « avoir des conséquences préjudiciables sur la dignité humaine et les droits de l'homme » [423]. Elle souligne la nécessité de « prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir, éviter, faire cesser et réprimer les actes de destruction

---

[418] *Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, 2562 RTNU 3, Paris, UNESCO, 2001 art. 17(2).

[419] Yaron Gottlieb, « Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC » (2005) 23:4 Penn State Int Law Rev 857-896 à la p 872; Vittorio Mainetti, « Existe-t-il des crimes contre la culture ? La protection des biens culturels et l'émergence de la responsabilité pénale internationale de l'individu » dans *Festschr Für Kurt Siehr Zum 75 Geburtstag Aus Dem Kreise Doktoranden- Habilitandenseminars „Kunst Recht"* Schriften zum Kunst- und Kulturrecht 8, 1. aufl éd, Baden-Baden, Nomos [u.a.], 2010 251 à la p 253.

[420] Francioni & Lenzerini, « The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law », *supra* note 260; Christian Manhart, « The Intentional Destruction of Heritage: Bamiyan and Timbuktu » dans William Logan, Máiréad Nic Craith & Ullrich Kockel, dir, *Companion Herit Stud*, Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA, Wiley-Blackwell, 2015 280.

[421] *Déclaration de l'UNESCO concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel*, 32 C/Resolutions, Paris, UNESCO, 2003.

[422] Pour un compte rendu détaillé du processus d'élaboration et d'adoption de cette Déclaration, voir Federico Lenzerini, « The UNESCO Declaration Concerning the International Destruction of Cultural Heritage: One Step Forward and Two Steps Back » (2003) 13 Ital Yearb Int Law 131-146.

[423] *Supra* note 421 préambule.

intentionnelle du patrimoine culturel »,[424] quelle que soit sa localisation, ainsi que les principes de responsabilité étatique et individuelle en cas de dommages[425], et invite les États à ratifier l'ensemble des instruments internationaux relatifs à la protection des patrimoines culturels et naturels[426]. Malgré son absence de force contraignante, tant dans sa nature que dans ses formulations, cette Déclaration représente un pas en avant et réaffirme la nécessité pour les États, *en temps de paix*, de protéger, conserver et transmettre aux générations futures les biens culturels situés sur leur propre territoire, soit directement, soit au nom des droits humains.

Les patrimoines culturels, dans leur dimension matérielle, bénéficient ainsi d'une très large panoplie d'instruments relatifs à leur protection et à leur préservation, aussi bien en situation de conflit armé et d'occupation que de paix. Ces différents instruments reconnaissent ainsi, depuis la fin du XIXe siècle, l'importance qui doit être accordée aux patrimoines matériels, les multiples dangers qui pèsent sur eux, qu'il s'agisse de menaces humaines ou naturelles, et la nécessité de mettre en place des dispositifs nationaux et internationaux pour les protéger. Or, comme il a été vu dans les sections précédentes, la culture se manifeste aussi dans une multitude d'expressions intangibles telles que les langues, les traditions, ou encore la religion et la spiritualité. Ainsi, au courant du XXe siècle, alors qu'aux conceptions élitistes et matérielles de la culture s'ajoutent de nouvelles définitions issues de l'ethnographie et de l'anthropologie, on assiste à l'émergence de dispositions relatives à la protection de la culture et des patrimoines dans leur dimension immatérielle.

3.2. La protection des aspects immatériels de la culture

Souvent jugée moins aboutie que celle du patrimoine matériel, la protection conventionnelle de la culture et des patrimoines dans leur dimension immatérielle a également bénéficié de nombreux développements au fil des années. Alors que la

---

[424] *Ibid* art. 3.
[425] *Ibid* art. 6 et 7.
[426] *Ibid* art. 3 et 4.

protection du patrimoine matériel s'est développée suivant une logique contextuelle (situation de conflit armé puis de paix), la protection de la culture immatérielle a, quant à elle, principalement suivi deux axes : une approche fondée sur les droits humains, et en particulier sur la notion de « droits culturels », et une approche, plus récente, basée sur la diversité culturelle puis sur le patrimoine immatériel à proprement parler.

3.2.1. La protection de la culture dans les instruments de droits humains

Si les instruments conventionnels consacrés aux dimensions immatérielles de la culture sont de création récente, il est possible d'affirmer que la nécessité de les protéger est une intuition ancienne qui se manifeste dès l'élaboration des premiers instruments internationaux modernes. Plus précisément, des principes relatifs à la protection de la vie privée, au respect moral et intellectuel des individus et, par extension, au respect de leurs pratiques culturelles, sont déjà prévus, dans une certaine mesure, dans les instruments relatifs au droit de la guerre et aux situations d'occupation.

Le Code Lieber, évoqué précédemment, prescrivait ainsi aux troupes américaines dans les territoires occupés de protéger « [...] la religion et la moralité, la propriété strictement privée, la personne des habitants, spécialement celle des femmes et le caractère sacré des relations de famille [...] »[427]. L'article 38 de la *Déclaration de Bruxelles* et l'article 49 du Manuel d'Oxford, stipulaient également que « [l]'honneur et les droits de la famille, la vie et la propriété des individus, ainsi que leurs convictions religieuses et l'exercice de leur culte doivent être respectés »[428]. De telles dispositions sont reprises dans les *Conventions de La Haye* de 1899 et 1907, qui prévoyaient en outre le maintien des lois en vigueur dans le pays[429]. La *Convention IV* de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977 contiennent aussi de nombreuses dispositions relatives au respect des cultes, à l'éducation, aux activités récréatives, ou encore au maintien du *statu quo ante* par la mise en place de mesures garantissant la permanence des institutions et législations

[427] Lieber, *supra* note 319 art. 37.
[428] *Supra* note 328 art. 38; note 331 art. 49.
[429] *Supra* note 335 art. 18, 43, 46; note 340 art. 43, 46.

encadrant la vie quotidienne des populations. À titre d'illustration, l'article 27 de la *Convention IV* prescrit que :

> Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Elles seront traitées en tout temps avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique [...].[430]

De même, l'article 24 de la *Convention IV* sur les mesures spéciales en faveur de l'enfance prévoit l'obligation d'assurer aux jeunes de moins de 15 ans, orphelins ou séparés de leurs proches, une éducation scolaire et religieuse respectueuse de leur identité et délivrée, dans la mesure du possible, par des personnes de même tradition, tant culturelle que spirituelle[431]. L'article 15 du Protocole I et l'article 9 du Protocole II de 1977 enjoignent quant à eux aux forces armées de respecter et de protéger le personnel religieux et de s'assurer que celui-ci reçoive toute l'aide disponible dans l'exercice de ses fonctions[432]. Comme le résume Christiane Johannot-Gradis, malgré le rejet du concept de « génocide culturel », la protection des pratiques culturelles en situation de conflit armé ou d'occupation est ainsi indirectement assurée grâce au respect du droit :

> […] à la dignité humaine, aux convictions et valeurs, à l'honneur, l'identité culturelle, spirituelle et linguistique ; aux habitudes et coutumes des individus et groupes concernés ; à la participation de ces derniers à des activités de formation et d'éducation, à des activités sociales et récréatives, artistiques et culturelles ; à l'organisation et la participation à des cultes, cérémonies et rituels, à des manifestations religieuses ou laïques ; au maintien de l'ordre juridique national et des institutions ; à la préservation du tissu social s'inscrivant dans un territoire au pourtour inchangé dans lequel les individus peuvent circuler librement, et à celle des activités professionnelles et privées de leur vie quotidienne.[433]

Cependant, c'est surtout dans le droit international applicable en temps de paix que la protection de la culture immatérielle s'est progressivement enracinée à travers divers instruments, contraignants ou non, cristallisant l'obligation qu'ont les États de respecter, protéger et mettre en œuvre les libertés et droits fondamentaux des individus, parmi lesquels les « droits culturels ».

---

[430] *Supra* note 360 art. 27.
[431] *Ibid* art. 24 .
[432] *Supra* note 379 art. 15; note 378 art. 9.
[433] Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 214.

Le premier texte international important proclamant les droits culturels est la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (DUDH)[434]. Adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations unies en réaction aux « actes de barbarie qui [ont révolté] la conscience de l'humanité » au cours de la Seconde Guerre mondiale, la DUDH se compose de 30 articles proclamant l'égalité en dignité et en droits de toutes les personnes, sans distinction de race, de sexe, de langue, de religion ou d'opinion politique[435]. Inspirée notamment par la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* adoptée en France en 1789, et par la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme* adoptée en 1948, elle énonce les droits fondamentaux universels et indivisibles des êtres humains, notamment le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité[436], et condamne la servitude, l'esclavage, la torture et les châtiments inhumains[437]. Elle affirme également le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique de chaque individu[438], le droit de ne pas être incarcéré arbitrairement ou exilé[439], le droit à la propriété[440], au travail[441], et à un niveau de vie suffisant[442]. Elle reconnaît également que toute personne a droit à la liberté d'opinion et d'expression[443].

Concernant la culture, compte tenu des difficultés inhérentes à sa définition, associées à des conceptions inconciliables entre les différents États membres de l'ONU à l'époque de la rédaction du texte, la DUDH se limite à l'aborder de manière très générale[444]. Ainsi, l'article 22 de la Déclaration prévoit 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 »[445]. L'article 27 prévoit également que « [t]oute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir

---

[434] *Supra* note 8.
[435] *Ibid* art. 2.
[436] *Ibid* art. 3.
[437] *Ibid* art. 4 et 5.
[438] *Ibid* art. 6.
[439] *Ibid* art. 9.
[440] *Ibid* art. 17.
[441] *Ibid* art. 23.
[442] *Ibid* art. 25.
[443] *Ibid* art. 19.
[444] Voir notamment Romainville, *supra* note 73 à la p 208. Pour une analyse plus détaillée du processus d'élaboration de la DUDH relativement aux droits culturels, voir Bidault, *supra* note 56 aux pp 19-26.
[445] *Supra* note 8 art. 22.

des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent » et, concernant la propriété intellectuelle et le droit d'auteur, que « [c]hacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur »[446]. Les droits culturels sont aussi fréquemment considérés, de manière plus large, comme des droits « à » la culture. Dans cette perspective, ils incluent également l'article 26 portant sur le droit à l'éducation et le droit qu'ont les parents de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants[447], qui permettent la transmission des valeurs et traditions culturelles, ainsi que l'article 18 qui reconnaît le droit de toute personne à la liberté de pensée, de conscience et de religion, incluant la liberté de changer de religion et de manifester ses convictions religieuses[448].

La notion de « culture » dans la DUDH reste toutefois vague, et n'envisage pas de droit à la « différence » culturelle. Puisant sa source dans la philosophie des Lumières, l'article 27 de la DUDH est en effet compris tantôt comme un simple droit de création ou d'accès aux créations intellectuelles et artistiques (dans une perspective élitiste référant à la « haute culture », c'est-à-dire aux « beaux-arts » et aux lettres)[449], tantôt comme le droit d'accès à une « culture universelle » en tant que facteur de développement et de perfectionnement humain. Sa formulation évoquant « la vie culturelle de la communauté » préconise en effet une société homogène. Comme le souligne Hubert Faes, « [q]uand l'article 27 parle d'un droit de prendre part à la vie culturelle de la communauté, il n'envisage pas que la communauté puisse être multiculturelle ou simplement une communauté culturelle particulière »[450]. Par ailleurs, comme le souligne Céline Romainville :

---

[446] *Ibid* art. 27.
[447] *Ibid* art. 26.
[448] *Ibid* art. 18; Romainville, *supra* note 73 à la p 206.
[449] Athanasios Yupsanis, « The Meaning of 'Culture' in Article 15 (1)(a) of the ICESCR. Positive Aspects of CESCR's General Comment No. 21 for the Safeguarding of Minority Cultures » (2012) 55 Ger Yearb Int Law 345-383 à la p 350; Roger O'Keefe, « The "Right to Take Part in Cultural Life" Under Article 15 of the ICESCR » (1998) 47 Int Comp Law Q 904-923; Donders, *supra* note 202 aux pp 390-391.
[450] Hubert Faes, « Droits de l'homme et droits culturels » (2008) 108:4 Transversalités 85-99 à la p 88. Voir aussi Turhalli, *supra* note 144 à la p 11; Elsa Stamatopoulou, « Monitoring Cultural Human Rights: The Claims of Culture on Human Rights and the Response of Cultural Rights » (2012) 34:4 Hum Rights Q 1170-1192 aux pp 1173-1174; Donders, *supra* note 202 à la p 391.

> La plupart des discussions consacrées à l'article 27 se sont concentrées sur des questions périphériques à la participation à la vie culturelle comme la notion de "génocide culturel" [qui ne sera pas retenue], la distinction à effectuer entre le droit de participer à la vie et le "droit à une juste part de repos et de loisir et de connaissance du monde extérieur" ou encore le statut à conférer au droit à la science, que les représentants de l'U.R.S.S. voulaient assujettir à un objectif de paix et de diffusion. Le seul point sur lequel les débats relatifs à l'article 27 furent vigoureux concerne les droits d'auteur.[451]

Si la DUDH ne s'attache pas à défendre un droit à la différence culturelle, ni à définir les droits culturels, elle reste néanmoins le premier instrument universel à en faire explicitement mention. En outre, bien qu'elle ne soit pas juridiquement contraignante, car n'ayant qu'une valeur déclarative, elle pose le cadre du contrat social devant régir les rapports entre les individus et les autorités publiques. La protection des droits et des libertés qu'elle énonce a ainsi été inscrite dans de nombreuses constitutions et cadres juridiques nationaux, et a jeté les bases menant à l'adoption de nombreux traités juridiquement contraignants relatifs aux droits humains.

De fait, dès l'adoption de la DUDH, l'Assemblée générale demandait à la Commission des Droits de l'Homme de préparer un projet de pacte international relatif aux droits humains. L'objectif était alors d'élaborer un texte juridiquement contraignant afin de compléter et de renforcer les dispositions de la Déclaration. Suivant une logique similaire à la DUDH, ce nouvel instrument devait consacrer la totalité et l'indivisibilité des droits de la personne, qu'il s'agisse des droits économiques, civils, politiques, sociaux ou culturels, ainsi que l'égalité entre tous les individus dans la jouissance de l'ensemble de ces droits. Sur fond de Guerre froide, l'élaboration du texte est toutefois marquée par de profonds désaccords entre les États, reflétant les débats idéologiques de l'époque. Alors que les États du « bloc de l'Ouest » mettaient en avant les droits civils et politiques, ceux du « bloc de l'Est » insistaient de leur côté sur les droits économiques, sociaux et culturels. Cette scission entre les États contraint finalement l'Assemblée générale à demander la rédaction de deux pactes distincts, adoptés le 16 décembre 1966. En contradiction avec l'esprit fondateur d'indivisibilité des droits, la DUDH est ainsi complétée par deux traités :

---

[451] Romainville, *supra* note 73 à la p 209.

le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC)[452] et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[453]. Or, de même que dans la DUDH, les droits culturels sont encore une fois abordés de façon large, sans apporter de clarification, et vont de plus être divisés entre les deux Pactes, amenuisant ainsi leur portée[454].

Ainsi, le PIDESC fait mention des droits culturels, prévoyant simplement à son article 15 que chacun a 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'auteur.[455]

La différence entre l'article 27 de la DUDH et la version française de l'article 15 du PIDESC paraît mineure puisque seuls les segments « librement » et « de la communauté » ont été abandonnés. La version anglophone du PIDESC est toutefois plus révélatrice du chemin parcouru depuis 1948 puisqu'il y est question du droit « *to take part in cultural life* » et non du droit « *to take part in the cultural life of the community* » (nous soulignons). En ce sens, la disposition semble se rapprocher d'une conception plus anthropologique de la culture en tant que « mode de vie », au-delà des seules créations artistiques[456]. Comme le souligne Roger O'Keefe :

> *During the day of general discussion on Article 15 which took place at the seventh session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, several speakers endorsed an essentially anthropological approach to the meaning of culture. The members of the Committee warmly concurred, declaring unequivocally that "culture meant a way of life", that is, "a world view representing the totality of a person's encounter with the external forces affecting his life and that of his community".*[457]

L'article 13, portant sur le droit à l'éducation, prévoit également que les États

---

[452] *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 RTNU 3, New York, ONU, 1966.
[453] *Supra* note 9.
[454] Romainville, *supra* note 73 à la p 212.
[455] *Supra* note 452 art. 15.
[456] O'Keefe, « The "Right to Take Part in Cultural Life" », *supra* note 449.
[457] *Ibid.*

parties doivent s'engager « à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, [...] de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions »[458]. Si les États semblent reconnaître la possibilité que plusieurs communautés culturelles puissent coexister en leur sein et manifestent leur volonté d'étendre la portée du droit de participation, ils évitent cependant toujours d'en préciser le contenu.

De son côté, le PIDCP limite les enjeux culturels à la question des minorités en prévoyant à son article 27 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.[459]

Tandis que l'article 18, reprend les termes de la DUDH et rappelle que :

> Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.[460]

Bien que n'apportant pas de clarification au contenu de la DUDH, et ayant pour principale faiblesse de morceler les dispositions relatives à la culture, les deux pactes, qui entrent en vigueur en 1976, présentent tout de même l'intérêt de lier juridiquement les 170 États qui ont ratifié le PIDESC et les 172 États qui ont ratifié le PIDCP.

Cependant, les droits culturels resteront essentiellement compris de façon restreinte et limités à la question de l'accès aux arts et autres manifestations de la créativité humaine par le biais des institutions culturelles (musées, théâtres, etc.)[461]. Ils resteront en outre essentiellement rattachés au PIDESC dont l'article 2 laisse aux États une marge d'appréciation considérable dans l'exécution de leurs obligations. En vertu de cet article

---

[458] *Supra* note 452 art. 13.
[459] *Supra* note 9 art. 27.
[460] *Ibid* art. 18.
[461] Bidault, *supra* note 56 à la p 1; Yupsanis, *supra* note 449 à la p 351.

en effet, les États doivent réaliser leurs obligations « au maximum de [leurs] ressources disponibles »[462]. Si depuis quelques années la communauté internationale s'est attachée à préciser le contenu et les limites de cette expression, notamment grâce à la notion « d'obligations fondamentales »[463], le PIDESC, et les droits culturels qu'il énonce, ont néanmoins rapidement été considérés comme n'imposant que des obligations conditionnelles, secondaires et progressives, et comme n'étant pas directement applicable[464].

Il convient également de souligner qu'outre les seuls droits culturels, d'autres prescriptions énoncées dans la DUDH, et réaffirmées de manière éclatée dans le PIDCP et le PIDESC se révèlent fondamentales au regard de la protection de la culture. Celle-ci est en effet conditionnelle au respect et à la mise en œuvre d'autres droits qui permettent tant la pratique d'un art ou d'une religion, que la transmission des connaissances et la pérennisation des savoir-faire. Comme le souligne Patrice Meyer-Bisch : « le droit à la culture englobe en réalité tous les droits qui permettent à chacun d'accéder aux ressources nécessaires à son processus d'identification, les droits qui lui permettent de donner et de recevoir »[465]. Les principes de protection, de respect et de mise en œuvre des droits culturels reposent ainsi sur des droits tels que la non-discrimination, la liberté d'opinion et d'expression[466], ou encore le droit au travail[467]. Ils reposent également sur le droit au respect de la vie privée, à la liberté de circuler[468] et ainsi d'accéder aux lieux culturels, spirituels ou religieux importants, ou encore sur le droit de réunion pacifique[469] et d'association[470],

---

[462] *Supra* note 452 art. 2.
[463] *Supra* note 413. Voir aussi *Principes de Limburg concernant l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, E/C.12/2000/13, Maastricht, Conseil économique et social et Nations unies, 1986; *Directives de Maastricht relatives aux violations des droits économiques, sociaux et culturels*, E/C.12/2000/13, Maastricht, Conseil économique et social et Nations unies, 1997.
[464] Romainville, *supra* note 73 aux pp 211-213; Bidault, *supra* note 56 aux pp 93-101; Yupsanis, *supra* note 449.
[465] Patrice Meyer-Bisch, « Analyse des droits culturels » (2008) 7 Droits Fondam 1-35 à la p 5.
[466] *Supra* note 9 art. 19.
[467] *Ibid* art. 6.
[468] *Ibid* art. 12.
[469] *Ibid* art. 21.
[470] *Ibid* art. 22. Quoiqu'elle s'applique principalement dans le cadre du droit du travail, en lien notamment avec les activités syndicales, cette liberté peut toutefois conférer une protection à certains groupes constitués, en ce qu'elle protège le droit de leurs membres de s'organiser et d'œuvrer conjointement dans un but défini. Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 605.

ainsi que sur le droit au repos et aux loisirs[471].

Par ailleurs, dans la mesure où la culture imprègne et informe toutes les facettes de l'existence, elle se retrouve également dans la majorité des instruments relatifs aux droits humains. Dans les années suivant l'adoption du PIDESC et du PIDCP, de multiples instruments font en effet référence, explicitement ou en filigrane, aux droits culturels. Ainsi, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, entrée en vigueur en 1969, souligne le droit pour toute personne, sans discrimination, « de prendre part, dans des conditions d'égalité, aux activités culturelles »[472]. La *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid* de 1976 condamne les actes inhumains commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial, parmi lesquels le fait de « prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle »[473]. De nombreuses dispositions de la *Convention sur les droits de l'enfant* de 1989 soulignent également le rôle clef de la culture. À titre d'exemple, le préambule de la Convention insiste sur « l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant »[474] tandis que l'article 29 rappelle que l'objectif de l'éducation est notamment d'« [i]nculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles [...] »[475]. Le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle est également inscrit à l'article 31 et les États sont invités à en favoriser l'exercice[476].

---

[471] *Supra* note 452 art. 7.
[472] Ce principe de non-discrimination également rappelé dans d'autres instruments. Voir notamment *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 660 RTNU 1, New York, ONU, 1966 art. 5; *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 2515 RTNU 3, New York, ONU, 2006 art. 30; *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1249 RTNU 1, ONU, 1979 art. 13.
[473] *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, 1015 RTNU 243, New York, ONU, 1973 art. II c].
[474] *Convention relative aux droits de l'enfant*, 1577 RTNU 3, ONU, 1989 préambule.
[475] *Ibid* art. 29 c].
[476] *Ibid* art. 31.

Adoptée l'année suivante, la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille* rappelle aussi aux États le respect de l'« identité culturelle »[477] de ces travailleurs, leur droit « de former avec d'autres des associations et des syndicats dans l'État d'emploi en vue de favoriser et de protéger leurs intérêts économiques, sociaux, culturels et autres »[478], d'accéder et de participer à la vie culturelle[479]. Elle engage également les États parties à « faciliter l'enseignement aux enfants des travailleurs migrants de leur langue maternelle et de leur culture »[480].

Au même moment enfin, la protection de la culture est aussi appréhendée à travers les instruments consacrés plus spécifiquement aux droits des peuples autochtones et des personnes appartenant à des minorités[481]. Ainsi en 1989, la *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*[482] de l'Organisation internationale du travail prévoit que les États parties doivent « reconnaître et protéger les valeurs et les pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples »[483]. À titre d'exemple, l'article 2 exige

---

[477] *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 2220 RTNU 3, New York, ONU, 1990 art. 17 et 31.
[478] *Ibid* art. 40.
[479] *Ibid* art. 43 et 45.
[480] *Ibid* art. 45.
[481] Il n'existe pas de définition consensuelle de « minorité » et de « peuple autochtone » en droit international. On considère généralement que les deux notions, bien que proches et partageant plusieurs caractéristiques (infériorité numérique et hiérarchique au sein de la société, attachement à des particularismes culturels, etc.), ne sont pas interchangeables. Les peuples autochtones se distinguent notamment des minorités en raison de leur occupation du territoire antérieure aux invasions et colonisations, et des relations particulières qu'ils entretiennent avec la terre et l'environnement. Les deux catégories sont ainsi soumises à des régimes de droits différents : un peuple autochtone peut bénéficier des protections accordées aux minorités. Toutefois un groupe minoritaire ne peut pas nécessairement se prévaloir des droits accordés aux peuples autochtones. Voir par exemple Yupsanis, *supra* note 449 à la p 372; *Working Paper on the Relationship and Distinction Between the Rights of Persons Belonging to Minorities and Those of Indigenous Peoples*, UNDoc. E/CN.4/Sub.2/2000/10 (2000), 2000; Siegfried Wiessner, « The Cultural Rights of Indigenous Peoples:Achievements and Continuing Challenges » (2011) 22:1 Eur J Int Law 121-140 aux pp 126-129; Michele D'Addetta, « The practice of the regional human rights bodies on the protection of indigenous people's right to culture » (2014) XXIX:5 Riv Giuridica DellAmbiente 587-627 aux pp 592-594; *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations Final report submitted by the Special Rapporteur, Mr. José Martínez Cobo*, 1983.
[482] *Supra* note 192.
[483] *Ibid* art. 5(a). La Convention no. 169 est venue remplacer la *Convention (n° 107) relative aux populations aborigènes et tribale*s adoptée par l'OIT en 1957. Celle-ci prévoyait à son article 2 que : « Il appartiendra principalement aux gouvernements de mettre en œuvre des programmes coordonnés et systématiques en vue de la protection des populations intéressées et de leur intégration progressive dans la vie de leurs pays respectifs ». *Convention relative aux populations aborigènes et tribales (no. 107)*, 328 RTNU 247, Genève, OIT, 1957 art. 2. Comme le souligne Shamiran Mako, « *The rights and responsibilities accorded to States under Convention C107 regarding aboriginal populations were problematic when perceived within the*

que les États prennent des mesures visant à « promouvoir la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels de ces peuples, dans le respect de leur identité sociale et culturelle, de leurs coutumes et traditions et de leurs institutions »[484]. Les articles 4 et 5 disposent que « des mesures spéciales doivent être adoptées, en tant que de besoin, en vue de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés » et que dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention, les gouvernements doivent consulter les peuples concernés[485]. L'article 23 prévoit quant à lui que :

> […] l'artisanat, les industries rurales et communautaires, les activités relevant de l'économie de subsistance et les activités traditionnelles des peuples intéressés, telles que la chasse, la pêche, la chasse à la trappe et la cueillette, doivent être reconnus en tant que facteurs importants du maintien de leur culture ainsi que de leur autosuffisance et de leur développement économiques. Les gouvernements doivent, avec la participation de ces peuples, et, s'il y a lieu, faire en sorte que ces activités soient renforcées et promues.[486]

La partie VI de cette Convention regroupe différentes normes consacrant le droit à une éducation respectueuse de l'identité culturelle et spirituelle des peuples autochtones, tel que l'article 27 qui exige que les programmes et les services d'éducation soient développés et mis en œuvre en coopération avec les peuples intéressés[487]. D'autres dispositions portent sur les éléments plus spécifiques de leur patrimoine, et sur les vecteurs et modalités de sa transmission, comme l'article 28 qui consacre le droit des élèves à recevoir un enseignement dans leur propre langue[488].

En 1992 également, la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, s'appuyant notamment sur l'article 27 du PIDESC, rappelle l'obligation des États de protéger « l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités, sur

---

assimilationist and ethnocidal policies of the colonial State. In hindsight, Convention C107 legitimized the actions of the State toward its indigenous populations, as the lines between civilizing integration and ethnocidal assimilation were often blurred, particularly when taking into account the inherently prejudicial attitude of the colonial State ». Mako, *supra* note 274 à la p 184.

[484] *Supra* note 192 art. 2.

[485] *Ibid* art. 4 et 5.

[486] *Ibid* art. 23.

[487] *Ibid* art. 27.

[488] *Ibid* art. 28.

leurs territoires respectifs, et [de favoriser] l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité »[489], notamment à travers l'éducation[490]. Elle souligne en outre que :

> 1. Les personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (ci-après dénommées personnes appartenant à des minorités) ont le droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans ingérence ni discrimination quelconque.
> 2. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de participer pleinement à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique.[491]

Enfin, elle engage les États à prendre « des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes [...] »[492].

Ces instruments sont d'une importance indéniable. D'une part, ils permettent de réunir l'ensemble des droits des personnes appartenant à des groupes minoritaires ou à des peuples autochtones, dépassant ainsi la rupture engendrée par l'adoption du PIDESC et du PIDCP ; d'autre part ils contribuent à clarifier le contenu des droits culturels et précisent les obligations étatiques. Cependant, loin de constituer un progrès en faveur des droits culturels dans leur dimension universelle, et comme le résume Mylène Bidault :

> Les titulaires de droits culturels se distinguent dorénavant surtout selon qu'ils appartiennent à une minorité, à un peuple autochtone, à la catégorie des migrants ou à la majorité. Une approche consistant à définir des titulaires a, peu à peu, remplacé celle consistant à définir des droits [...] ».[493]

Pour plusieurs auteurs, les liens entre droits culturels et droits des minorités et des peuples autochtones découlent du constat évident que « [*t*]*he majority culture is what is reflective in the native country symbols, national holidays, public institutions and methods*

---

[489] *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités*, Res 47/135, New York, ONU, 1992 art. 1.
[490] *Ibid* art. 4.
[491] *Ibid* art. 2.
[492] *Ibid* art. 4.
[493] Bidault, *supra* note 56 à la p 77.

of communication. The rest of the cultures are obscured »[494]. S'il est indéniable qu'il existe des rapports asymétriques entre les groupes au sein des États, et que certains de ces groupes se distinguent par une ethnie, une religion ou plus largement une culture différente, on constate cependant que les instruments internationaux se gardent bien de clarifier les termes « minoritaire » et « autochtone »[495], réservant ainsi une marge d'appréciation importante aux États dans la détermination des groupes à protéger. En conséquence, des peuples autochtones ou des groupes ethniques, linguistiques ou religieux (numériquement) minoritaires peuvent ne pas être reconnus comme tels. De même, au sein de la majorité apparente, des particularismes ou des nuances culturelles (régionales par exemple), peuvent ne pas bénéficier de protections juridiques, les membres de ces communautés n'ayant pas le statut de « minoritaire ».

En dépit de leur dissémination dans de nombreux instruments internationaux et des liens intrinsèques entre la culture et les droits fondamentaux des individus, les droits culturels ne bénéficient finalement d'aucune véritable réflexion intellectuelle et juridique et souffrent d'un désintérêt et d'un manque de clarification normative[496]. Il faudra attendre la fin des années 2000 pour que les droits culturels, dans une perspective universelle, fassent l'objet de nouveaux travaux, en particulier avec la publication de la *Déclaration de Fribourg*. Préparée par un groupe de juristes réunis à partir de 1991 à l'initiative de l'Institut interdisciplinaire d'Éthique et de Droits de l'Homme de l'Université de Fribourg, la *Déclaration de Fribourg*, publiée en 2007 sous le titre *Les droits culturels*, vise en premier lieu à définir et à promouvoir les droits culturels[497]. Comme le souligne son préambule, la Déclaration « estime que les droits culturels sont actuellement reconnus de façon dispersée dans un grand nombre d'instruments relatifs aux droits de l'homme, et qu'il importe de les rassembler pour en assurer la visibilité et la cohérence, et en favoriser

---

[494] Oswaldo Ruiz Chiriboga, « The right to cultural identity of indigenous peoples and national minorities: a look from the Inter-American System » (2006) 3:5 Sur Rev Int Direitos Hum 42-69; Yupsanis, *supra* note 449.
[495] Bidault, *supra* note 56 aux pp 77-78.
[496] Yupsanis, *supra* note 449 à la p 346.
[497] *Les droits culturels. Déclaration de Fribourg*, Fribourg, 2007. La Déclaration a été adoptée le 7 mai 2007, par une assemblée composée d'universitaires provenant de diverses disciplines, de membres d'ONG et de professionnels travaillant dans le domaine des droits culturels, avec le parrainage d'une soixantaine de personnalités.

l'effectivité »[498]. Elle vise aussi, et surtout, à rappeler leur importance dans la mise en œuvre de l'ensemble du système des droits. Dans cette perspective, la Déclaration renoue avec la DUDH et rappelle les fondements des droits humains : la dignité humaine et la non-discrimination, ainsi que les principes d'universalité, d'indivisibilité et d'interdépendance des droits humains qui doivent présider à leur interprétation[499]. Elle est aussi l'occasion de retisser des liens entre les droits culturels et les patrimoines culturels en définissant la culture comme recouvrant « les valeurs, les croyances, les convictions, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à son développement »[500]. Bien qu'elle ne soit pas juridiquement contraignante, la *Déclaration de Fribourg* est généralement considérée comme une charte de la promotion des droits culturels dans le monde et va donner une nouvelle impulsion à leur prise en compte dans le système des droits humains.

De fait, parallèlement aux travaux ayant mené à la *Déclaration de Fribourg*, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels[501] (CDESC) va lui aussi adopter une conception large de la culture et va non seulement tisser plus systématiquement des liens entre la culture, les patrimoines culturels et les droits humains, mais il va également reconnaître la dimension à la fois individuelle et collective du droit de participer à la vie culturelle[502]. En 2009, dans son *Observation générale No. 21 relative au droit de chacun de participer à la vie culturelle*, le CDESC réaffirme ainsi notamment que l'obligation de respect des droits culturels imposée aux États :

> […] suppose l'adoption de mesures spécifiques de nature à garantir le respect du droit de chacun, individuellement, en association avec d'autres, ou au sein d'une communauté ou d'un groupe :

---

[498] *Ibid* préambule.
[499] *Ibid* art. 1.
[500] *Ibid* art. 2.
[501] La surveillance de l'application du PIDESC est assurée par le Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels. Il a notamment pour mission d'examiner les rapports initiaux et quinquennaux produits par les États parties et les organismes de la société civile, et de leur formuler des recommandations sous la forme « d'observations finales ». Depuis 2013, le PIDESC est également doté d'un mécanisme de plainte permettant à des individus de faire valoir une atteinte à leurs droits en vertu du Pacte. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Comité des droits économiques, sociaux et culturels », en ligne: <https://www.ohchr.org/FR/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>.
[502] Sur la dimension collective des droits culturels, voir notamment Yupsanis, *supra* note 449 aux pp 360-365.

> a) De choisir librement sa propre identité culturelle, d'appartenir ou non à une communauté et de voir son choix respecté ; [...]
> b) De jouir de la liberté d'opinion et d'expression dans la ou les langues de son choix, et le droit de rechercher, de recevoir et de transmettre des informations et des idées de toutes sortes sous toutes les formes, y compris artistiques, sans considération de frontières ; [...]
> c) De jouir de la liberté de créer, individuellement, en association avec d'autres, ou au sein d'une communauté ou d'un groupe [...]
> d) D'avoir accès à son propre patrimoine culturel et linguistique ainsi qu'aux patrimoines culturels et linguistiques d'autres cultures ;
> e) De participer librement, activement, en connaissance de cause et sans discrimination, à tout processus important de prise de décisions susceptible d'avoir des effets sur son mode de vie et ses droits [...].[503]

Bien qu'aucune référence n'y soit explicitement faite, l'Observation générale adopte ainsi clairement une approche anthropologique et évolutive de la culture, en soulignant par exemple que « la culture est une notion vaste qui englobe, sans exclusive, toutes les manifestations de l'existence humaine »[504], que le droit d'accès à la vie culturelle inclut, entre autres, le droit de « suivre un mode de vie »[505], et que « l'expression 'vie culturelle' est une référence explicite à la culture en tant que processus vivant, qui est historique, dynamique et évolutif et qui a un passé, un présent et un futur »[506]. La dimension « carrefour » des droits culturels est également reconnue par le Comité qui souligne que :

> Les droits culturels sont partie intégrante des droits de l'homme et, au même titre que les autres droits, sont universels, indissociables et interdépendants. La promotion et le respect pleins et entiers des droits culturels sont indispensables à la préservation de la dignité humaine et à une interaction sociale positive entre les individus et les communautés dans un monde divers et multiculturel.[507]

L'exigence d'« acceptabilité » et d'« adaptabilité » culturelle dans la mise en œuvre des droits humains a aussi été rappelée dans l'interprétation, par le Comité des droits économiques sociaux et culturels, du droit à l'éducation[508], à des conditions de travail justes

---

[503] *Observation générale No. 21. Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, Doc off NU, 43e session, Doc NU E/C.12/GC/21 (2009), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2009 au para 49.
[504] *Ibid* au para 11.
[505] *Ibid* au para 15(b).
[506] *Ibid* au para 11.
[507] *Ibid* au para 1.
[508] *Observation générale No. 13. Le droit à l'éducation*, Doc off NU, 21e session, Doc NU E/C.12/1999/10 (1999), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 1999 au para 6.

et favorables[509], à la santé (pour une prise en compte des connaissances et pratiques médicinales autochtones traditionnelles)[510] et à ses corollaires tels que le droit à l'eau (pour exercer certaines pratiques culturelles)[511], le droit à une nourriture suffisante[512] ou encore, plus récemment, le droit à la santé sexuelle et reproductive[513].

De son côté, le Comité des droits de l'homme, en charge de l'interprétation et du suivi de la mise en œuvre du PIDCP, s'est plié à un exercice similaire en 1994 dans son *Observation générale No. 23* sur l'article 27, dans laquelle il souligne que les États ne doivent pas seulement s'abstenir de porter atteinte aux droits des minorités, mais qu'ils sont aussi détenteurs d'obligations positives devant leur permettre de « 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 »[514]. Faisant explicitement mention des peuples autochtones, le Comité souligne également que « la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie »[515], et que si les droits énoncés dans le PIDCP sont des droits individuels, ceux des minorités sont tributaires « de la mesure dans laquelle le groupe minoritaire maintient sa culture, sa langue ou sa religion »[516]. En 2011 dans son *Observation générale No. 34* sur la liberté d'opinion et d'expression, le Comité a également rappelé que celle-ci

---

[509] *Observation générale No. 23. Le droit à des conditions de travail justes et favorables (art. 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, Doc off NU, Doc NU E/C.12/GC/23 (2016), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2016 au para 39. Les journées de repos doivent correspondre aux us et coutumes du pays et des travailleurs.
[510] *Observation générale No. 14. Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, Doc off NU, 22e session, Doc NU E/C.12/2000/4 (2000), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2000 au para 27.
[511] *Observation générale No. 15. Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, Doc off NU, 29e session, Doc NU E/C.12/2002/11 (2002), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2003 aux para 6 et 12c)i).
[512] *Observation générale No. 12. Le droit à une nourriture suffisante (art. 11)*, Doc off NU, 20e session, Doc NU E/C.12/1999/5 (1999), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 1999 au para 11.
[513] *Observation générale No. 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, Doc off NU, Doc NU E/C.12/GC/22 (2016), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2016 au para 20.
[514] *Observation générale No 23(50) (art. 27)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, Comité des droits de l'homme, 1994 au para 6.2.
[515] *Ibid* au para 7.
[516] *Ibid* au para 6.2.

couvre notamment « l'expression culturelle et artistique [...] et le discours religieux »[517]. Si les Observations générales des Comités n'ont pas officiellement de force contraignante, elles permettent néanmoins de clarifier et de préciser le contenu des droits consacrés par les Pactes, leur signification juridique, ainsi que l'étendue des obligations des États parties[518].

La *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en 2007[519], bien que n'ayant pas non plus de force contraignante contient, elle aussi, de nombreuses dispositions consacrant les liens entre les droits culturels, les droits humains et les patrimoines culturels. À titre d'exemple, l'article 11 stipule que :

> Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle et la littérature.[520]

Les articles 12 et 13 disposent, quant à eux, que « [l]es peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels [...] » ainsi que 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 leur littérature [...] »[521]. Cependant, si cet instrument est bénéfique en ce qu'il réunit encore une fois dans un seul texte les droits humains, culturels, et des dispositions relatives aux patrimoines culturels,

---

[517] *Observation générale No. 34. Article 19: Liberté d'opinion et liberté d'expression*, Doc off NU, 102e session, Doc NU CCPR/C/GC/34 (2011), Comité des droits de l'homme, 2011 au para 11.
[518] En 2004, l'International Law Association avait souligné que « *None of the human rights treaties explicitly confers on the relevant treaty bodies the power to adopt binding interpretations of the treaties, and the practice of at least some States suggest that this power has not been conferred implicitly, as part of the implied power that a body established by treaty is considered to possess in order to carry out the functions conferred on it by the States* [*P*]*arties* ». Depuis, cependant, la doctrine et la jurisprudence semblent avoir accordé, non sans débat, un poids conséquent aux Observations générales des Comités. Pour Athanasios Yupsanis notamment « *This is* […] *implied by the jurisdiction of regional juridical and semi-juridical organs, like that of the ECtHR, which has treated General Comments as authoritative statements of law, giving them equal weight to its own precedent, and of the African Commission of Human and Peoples' Rights, which is also enjoined by General Comments* ». Yupsanis, *supra* note 449 aux pp 379-380.
[519] *Supra* note 194.
[520] *Ibid* art. 11.
[521] *Ibid* art. 12 et 13.

il contribue aussi, à l'instar des autres instruments consacrés à des catégories spécifiques de sujets, à un « éclatement du droit de participer à la vie culturelle, entre droits universels et droits spécifiques aux personnes appartenant à certains groupes »[522].

Finalement, il convient de souligner qu'en 2009, le Conseil des droits de l'homme a également instauré une nouvelle procédure spéciale sous la forme d'un « Expert indépendant dans le domaine des droits culturels » (2009-2012) puis d'un « Rapporteur spécial » (depuis 2012), ayant notamment pour mandat :

> a) D'identifier les meilleures pratiques dans le domaine de la promotion et de la protection des droits culturels aux niveaux local, national, régional et international ; b) D'identifier les éventuels obstacles qui entravent la promotion et la protection des droits culturels et de soumettre au Conseil des propositions ou des recommandations sur les actions qui peuvent être menées pour les éliminer [...].[523]

Dans son premier rapport soumis en juin 2010, l'experte indépendante avait notamment souligné que s'il n'existe pas de définition officielle des droits culturels, ces derniers « sont si étroitement liés aux autres droits de l'homme qu'il est parfois difficile de les distinguer de ceux-ci »[524]. Les rapports suivants ont ainsi réaffirmé à maintes reprises les relations intrinsèques entre les droits culturels et les autres droits humains[525]. Ils ont aussi souligné que « la nécessité de préserver et de sauvegarder le patrimoine culturel relève des droits de l'homme »[526] et rappelé l'importance de l'accès individuel et collectif aux patrimoines culturels, à la fois comme corollaire du droit de participer à la vie culturelle (et des autres droits de la personne) et comme moyen d'assurer la pérennité des patrimoines :

> Le droit d'accéder au patrimoine culturel et aux bénéfices qui en découlent fait partie du droit international des droits de l'homme et trouve son fondement juridique, en particulier, dans le droit de participer à la vie culturelle, le droit des membres de minorités de jouir de leur propre culture et le droit des peuples

---

[522] Romainville, *supra* note 73 à la p 276.
[523] *Expert indépendant dans le domaine des droits culturels*, Doc off NU, 10e session, Doc NU A/HRC/RES/10/23 (2009), Conseil des droits de l'homme, 2009 au para 9.
[524] *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, Doc off NU, 14e session, Doc Nu A/HRC/14/36 (2010), Conseil des droits de l'homme, 2010 au para 11.
[525] *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, Doc off NU, 31e session, Doc NU A/HRC/31/59 (2016), Conseil des droits de l'homme, 2016 au para 21.
[526] *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed*, Doc off NU, 17e session, Doc NU A/HRC/17/38 (2011), Conseil des droits de l'homme, 2011 au para 77.

> autochtones de disposer d'eux-mêmes et de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel. D'autres droits de l'homme doivent également être pris en considération, en particulier le droit à la liberté d'expression, le droit à la liberté de conviction et de religion, le droit à l'information et le droit à l'éducation.[527]

Suivant la même logique de rapprochement entre les droits culturels, humains et les patrimoines culturels, les rapports les plus récents ont également condamné les destructions intentionnelles de patrimoines culturels dans des situations de conflit, comme en temps de paix, en tant que violation *prima facie* des droits humains et culturels[528].

Depuis la publication de la *Déclaration de Fribourg*, il est désormais entendu que les droits culturels sont des droits transversaux indissociables de l'ensemble des autres droits humains. D'une part, le respect des droits humains est nécessaire à la création, à la préservation, à la protection et à la jouissance des droits et patrimoines culturels — tant matériels qu'immatériels. D'autre part, les aspects culturels complètent l'interprétation devant être faite des droits humains : si ces derniers sont appliqués sans prise en compte des données culturelles nécessaires à leur appropriation par les individus, et par les autorités responsables de leur mise en œuvre, leur effectivité s'en trouve compromise. Enfin, bien qu'il n'existe pas de « droit au patrimoine culturel » les droits culturels ainsi que la protection et la jouissance des patrimoines qu'ils impliquent constituent en eux-mêmes des droits humains[529].

En dépit de ce regain d'intérêt pour les droits culturels, ces derniers restent toutefois largement sous-conceptualisés. Comme le souligne Yvonne Donders, « *states do not always agree whether cultural rights are substantive human rights or more policy-oriented human rights that do not impose direct, definite obligations* »[530]. Dérogeables en situation de conflit armé ou de menace à l'existence de la Nation (à l'exception de la liberté de

---

[527] *Ibid* au para 78.
[528] *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, Doc off NU, 71e session, Doc NU A/71/317 (2016), Conseil des droits de l'homme, 2016 aux para 13 et partie V.
[529] Meyer-Bisch, « Analyse des droits culturels », *supra* note 465 à la p 7; Donders, *supra* note 202 aux pp 380-381.
[530] Yvonne Donders, « Do cultural diversity and human rights make a good match? » (2010) 61:199 Int Soc Sci J 15-35 à la p 32.

pensée, de conscience et de religion)[531], et souvent considérés comme le « parent pauvre »[532] des droits humains n'ayant qu'un rôle interprétatif, les droits culturels restent dispersés dans une myriade d'instruments, pour la plupart sans force contraignante et/ou consacrés à des groupes spécifiques dont la détermination est essentiellement renvoyée aux États. Les droits culturels continuent en effet de soulever de nombreux problèmes relatifs à leur dimension individuelle ou collective, à la définition du concept de communauté ou de minorité et de peuple autochtone, ou encore à l'opposition entre les principes d'universalité des droits humains et de relativisme culturel[533]. Comme le résume Céline Romainville :

> La difficulté de préciser les éléments normatifs du droit à la culture découle directement de l'éclatement, de la fragmentation et de la diversité des sources qui reconnaissent ce droit. D'abord, le droit à la culture est fragmenté en ce que les dimensions de ce droit qui sont rattachées aux droits civils et politiques sont séparées de celles protégées dans des instruments relatifs aux droits économiques et sociaux et sont, en principe, soumis à des régimes différents. Cet éclatement entre les dimensions 'libertés' et les dimensions 'sécurités' a eu des effets néfastes : les aspects culturels des droits civils et politiques ont été négligés et les aspects culturels de la deuxième génération des droits fondamentaux ont souffert d'un manque d'attention et d'effectivité. Ensuite, l'éclatement du régime juridique du droit à la culture résulte de l'association privilégiée entre droits culturels et droits des minorités et des groupements. [...] Enfin, le droit à la culture apparaît plus fragmenté encore puisque certains de ses aspects sont traités dans des instruments relatifs aux politiques culturelles et non pas dans des textes proclamant des droits fondamentaux.[534]

---

[531] Certains droits sont considérés comme un « noyau dur » et sont dits intangibles ou indérogeables. C'est-à-dire que les États ne peuvent pas les limiter ou y porter atteinte, quelles que soient les circonstances. Ils sont notamment énoncés à l'article 4 du PIDCP qui stipule qu'aucune dérogation n'est possible à ses articles 6 (droit à la vie), 7 (interdiction de la torture), 8 (interdiction de l'esclavage), 11 (détention ou arrestation arbitraire), 15 (non-rétroactivité), 16 (reconnaissance de la personnalité juridique) et 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion). *Supra* note 9 art. 4. Les autres droits humains, y compris ceux énoncés dans le PIDESC qui ne contient pas de clause d'indérogeabilité, sont considérés comme pouvant faire l'objet de suspensions temporaires et d'éventuelles dérogations dans des circonstances exceptionnelles.

[532] Patrice Meyer-Bisch, « Les droits culturels. Enfin sur le devant de la scène ? » (2008) 33 Obs Polit Cult 9-13 à la p 10; Romainville, *supra* note 73 à la p 201.

[533] Voir notamment Meyer-Bisch, « Analyse des droits culturels », *supra* note 465; William Logan, « Closing Pandora's Box: Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection » dans Helaine Silverman & Fairchild Ruggles, dir, *Cult Herit Hum Rights*, New York, Springer, 2007 33 à la p 37 et suiv.; Lixinski, *supra* note 159 aux pp 147-148 et 172-173; Bidault, *supra* note 56 aux pp 78-79. En 2005, l'Académie de droit européen soulignait également que « *Cultural rights are torn between two different but linked meanings: first, as a sub-category of human rights, cultural rights are endowed with universal character, which is a major characteristic and postulate of human rights as a whole; second, cultural rights are clearly related to cultural diversity and cultural diversity is an obvious challenge to the very idea of universal human rights*. » Tel que cité dans William Logan, « Cultural diversity, cultural heritage and human rights: towards heritage management as human rights-based cultural practice » (2012) 18:3 Int J Herit Stud 231-244 à la p 239.

[534] Romainville, *supra* note 73 aux pp 201-202.

En effet, face au malaise persistant suscité par l'impossibilité de définir les droits culturels dans les instruments de droits humains, et au déficit de protection qui en découle, la communauté internationale va alors se tourner vers l'UNESCO pour tenter de combler cette lacune et, à partir du début des années 2000, procéder au développement d'instruments portant sur des aspects corollaires : la diversité culturelle et les patrimoines immatériels.

3.2.2. La protection de la diversité culturelle

Tel qu'abordé précédemment, l'intérêt de l'UNESCO pour les questions de diversité culturelle remonte aux années 1960, marquées par l'arrivée sur la scène internationale de nombreux États nouvellement indépendants et l'essor des mouvements autochtones revendiquant l'existence de patrimoines culturels, matériels et immatériels, à protéger et sur lesquels bâtir leur identité (nationale). En 1966 notamment, la Conférence générale de l'UNESCO adopte la *Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale*, soulignant notamment que toute culture a une dignité et une valeur qui doivent être respectées et sauvegardées, que tout peuple a le droit et le devoir de développer sa culture, et que toutes les cultures font partie du patrimoine commun de l'humanité[535]. Au cours de la décennie suivante, plusieurs conférences intergouvernementales ont été également organisées dans le cadre de l'UNESCO sur ce thème. Elles ont mené notamment à l'adoption de la *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles* en 1982, qui rappelait l'importance de l'identité culturelle des peuples, la dignité de toutes les cultures et le droit de chaque peuple et communauté culturelle d'affirmer, de préserver et de voir respecter son identité culturelle[536], l'importance de la culture dans les processus de développement, ainsi que la nécessité de promouvoir l'éducation et la création intellectuelle et artistique[537].

Il faut cependant attendre 2001 pour que l'UNESCO adopte une *Déclaration*

---

[535] *Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale*, 14 C/Resolutions, CFS.67/VII.4/A/F/S/R, Paris, UNESCO, 1966 art. 1.
[536] *Supra* note 177 art. 9.
[537] *Ibid* art. 27 à 29; Romainville, *supra* note 73 aux pp 251-252.

universelle sur la diversité culturelle. Le contexte de la mondialisation[538] et les enjeux liés aux accords négociés au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[539], ainsi que les tensions culturelles, religieuses et identitaires au lendemain des attentats du 11 septembre 2001[540], rendaient en effet urgent d'appréhender la complexité du tissu culturel mondial — au-delà des seuls enjeux liés aux peuples autochtones et aux minorités ethniques. En l'absence d'une définition juridique satisfaisante de la culture et des droits culturels, l'UNESCO va alors mettre l'accent sur la protection de la diversité culturelle.

S'appuyant notamment sur les travaux du Groupe de Fribourg, cette Déclaration, bien que non contraignante, marque une avancée considérable dans la mesure où la richesse culturelle est désormais reconnue comme un facteur de développement, et une ressource et un héritage du patrimoine commun de l'humanité[541]. C'est en ce sens qu'elle rappelle le devoir de respecter la diversité culturelle, qu'elle souligne explicitement les liens entre cultures, droits culturels et droits humains[542], l'importance de la solidarité et de la coopération internationale dans les secteurs de la culture, et qu'elle réaffirme la conviction des États membres de l'UNESCO que le dialogue interculturel constitue le meilleur gage de paix. Ainsi, alors que la pluralité culturelle était absente de la DUDH, elle est le thème central de la Déclaration de 2001. Pour Hubert Faes cependant, ses rédacteurs se sont une fois de plus limités aux droits énoncés en 1948. Pour cet auteur, la Déclaration de 2001 :

> […] évite d'aller plus loin et de compter parmi les droits de l'homme un droit d'avoir une culture particulière. Elle préfère dire que nous avons, plutôt que le droit à une culture, le devoir de respecter la diversité des cultures [...]. Toujours pour éviter l'affirmation directe du droit de chacun à une culture différente, la Déclaration de 2001 préfère changer de sujet et déclarer des droits non de la personne individuelle, mais de l'humanité ou de chacun, en tant qu'homme. C'est l'homme ou l'humanité qui a droit à la diversité culturelle que l'on doit respecter.

---

[538] Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 à la p 103.
[539] Phillip Rousseau, « Sur les ondes transculturelles. La diversité (des expressions) culturelle(s) selon l'UNESCO » (2018) 30-31 Intermédialités s.p.; Antonios Vlassis, « La mise en oeuvre de la Convention sur la diversité des expressions culturelles: Portée et enjeux de l'interface entre le commerce et la culture » (2012) 42:4 Études Int 493-510 à la p 494; Thierry Garcia & Annie Héritier, « La diversité culturelle à l'aune de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles » (2006) 36:2 LEGICOM 35 aux pp 37-38; Logan, *supra* note 533 à la p 36.
[540] Rousseau, *supra* note 539 au para 27.
[541] *Supra* note 212 art. 1 et 3.
[542] *Ibid* art. 4 et 5.

> Le devoir de respecter la diversité correspond non au droit de chacun à sa culture, mais au droit de l'homme ou de l'humanité à la diversité des cultures.[543]

Malgré cette importante limitation, elle a cependant le mérite d'affirmer la singularité des cultures. Ces dernières y sont en effet reconnues comme distinctes et caractéristiques d'une société ou d'un groupe[544]. La Déclaration n'hésite pas non plus à parler de pluralité et à poser que le devoir de respect de la diversité implique une politique de pluralisme culturel dans un cadre démocratique[545]. Enfin, cet instrument rassemble en un seul texte les obligations des États et des acteurs privés en matière de préservation et de promotion de la diversité culturelle[546], et constitue la première étape d'un long processus. Le Plan d'action accompagnant le texte invitait en effet les États membres à réfléchir à l'élaboration d'un instrument normatif international sur la diversité culturelle. De fait, la Déclaration de 2001 est suivie, en 2005, de l'adoption d'un instrument contraignant : la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*[547].

Or, comme l'ajout de la mention « expressions » l'indique, la Convention se révèle bien moins ambitieuse que la Déclaration de 2001. En effet, elle vise essentiellement à donner aux États les moyens de légiférer pour lutter contre les effets culturels néfastes de la mondialisation et plus particulièrement ceux des négociations asymétriques au sein de l'OMC, notamment dans le secteur audiovisuel[548]. Ce faisant, elle se limite essentiellement à défendre le droit des États de protéger leurs industries culturelles contemporaines au nom de la préservation de la diversité des cultures.

---

[543] Faes, *supra* note 450 aux pp 90-91.
[544] *Supra* note 212 préambule.
[545] *Ibid* art. 1 et 2.
[546] *Ibid* art. 11.
[547] *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 2440 RTNU 311, Paris, UNESCO, 2005.
[548] Vlassis, *supra* note 539; Ivan Bernier, « Une Convention internationale sur la diversité culturelle à l'UNESCO » (2003) (Chronique, Ministère de la Culture et des Communications) 10; Rousseau, *supra* note 539. La *Convention sur la diversité culturelle* est souvent présentée comme un instrument créé aux fins de défendre les positions canadienne et européenne dans le débat sur la libéralisation des secteurs culturels. Elle aurait essentiellement été adoptée pour compléter voire remplacer le principe de l'« exception culturelle », qui permettait une exception temporaire à l'application des règles de libéralisation de l'OMC en matière de services audiovisuels. Romainville, *supra* note 73 aux pp 254-256.

Le traité appelle ainsi les États à intégrer la culture dans leurs politiques de développement et à renforcer leur solidarité et leur coopération en faveur des pays en développement en vue d'encourager l'existence d'un secteur culturel dynamique. Si la Convention contribue à rappeler les liens entre la diversité culturelle et le respect des droits humains et des libertés fondamentales[549], on observe cependant une fois encore que les termes retenus relèvent davantage du champ de l'incitation que de celui de la contrainte :

> à titre d'exemples, l'emploi des verbes '*pouvoir*' (arts 6 ; 8), '*s'efforcer*' (art 7), '*s'employer*' (arts 12 et 13), '*s'attacher*' (art 14), '*encourager*' (art 15) ou '*s'accorder*' (art 19) montre que cette *Convention* fait peser sur les Parties *a maxima* des obligations de moyens, l'absence du verbe '*devoir*' ou de tout verbe conjugué à l'impératif renforçant fortement cette présomption du caractère plus incitatif que contraignant du contenu de ce texte. [...] La terminologie employée conduit à une telle atténuation des obligations initiales que l'on ne les différencie presque plus des droits propres aux Parties. [550]

Le caractère vague de la Convention s'accompagne en outre d'un mécanisme de mise en œuvre fondé uniquement sur le bon vouloir des Parties. Alors que l'avant-projet prévoyait la création d'un Observatoire de la diversité culturelle jouissant d'une autonomie fonctionnelle, le suivi de la Convention n'est assuré que par un Comité intergouvernemental dépourvu de pouvoir de sanction[551]. De même, le mécanisme de règlement des différends repose sur les moyens diplomatiques (négociation, bons offices, médiation ou conciliation)[552] qui ont en commun « d'être laissés au bon vouloir des Parties intéressées »[553]. Cette faiblesse est d'autant plus flagrante que les droits ainsi conférés aux États en matière de protection de leur diversité culturelle coexistent avec les obligations auxquelles sont assujettis les même États dans le cadre de l'OMC en matière de libre-circulation des biens et capitaux, et qui font l'objet de procédures de règlement des différends beaucoup plus contraignantes. Cette asymétrie entre les mécanismes contraignants de l'OMC et les simples recommandations de l'UNESCO fait encore une fois ressortir les importantes lacunes des instruments consacrés à la culture.

---

[549] *Supra* note 547 art. 2.
[550] Garcia & Héritier, *supra* note 539 aux pp 43-46. Voir aussi Vlassis, *supra* note 539 à la p 495 et suiv.; Romainville, *supra* note 73 aux pp 257-258.
[551] *Supra* note 547 art. 23; Romainville, *supra* note 73 à la p 258.
[552] *Supra* note 547 art. 25.
[553] Garcia & Héritier, *supra* note 539 à la p 44. Là aussi, l'avant-projet avait envisagé une procédure beaucoup plus contraignante (en cas d'échec des moyens diplomatiques), consistant soit en un recours à l'arbitrage, la sentence arbitrale prononcée ayant force exécutoire, soit en un recours à la Cour internationale de justice.

Enfin, à la différence de la Déclaration qui abordait la diversité culturelle d'un point de vue inclusif incorporant ses diverses manifestations, la Convention répond principalement au problème de la préservation et de la promotion des diverses cultures dans un contexte de mondialisation et de libéralisation des échanges. Dans cette optique, elle met surtout l'accent sur les productions culturelles tangibles (biens et services culturels) contemporaines, laissant de côté les enjeux non commerciaux relatifs aux patrimoines immatériels et traditionnels incluant les modes de vie, les systèmes de valeur, ou encore les traditions et les croyances. Pour combler cette lacune, l'UNESCO va élaborer un dernier instrument en date portant spécifiquement sur le patrimoine immatériel : la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, adoptée le 17 octobre 2003, et entrée en vigueur en 2006.

3.2.3. La protection des patrimoines immatériels

Comme il a été mentionné précédemment, cette convention fait suite à une myriade d'initiatives prises à partir de la fin des années 1980, parmi lesquelles la *Recommandation sur la protection de la culture traditionnelle et populaire*[554], le *Programme des Trésors humains vivants* et les trois *Proclamations des chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité* qui seront abandonnées en 2006 avec l'entrée en vigueur de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*[555]. Celle-ci encourage chaque État à identifier les éléments qu'il considère comme relevant de son patrimoine immatériel, tout en établissant des critères « d'exceptionnalité » permettant à certains biens de figurer sur deux listes nouvellement créées, à savoir la « Liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité » et la « Liste du patrimoine culturel immatériel nécessitant une sauvegarde urgente ». La Convention appelle également les États à assurer la sauvegarde et la préservation de leur patrimoine immatériel, à respecter le patrimoine culturel immatériel identifié par les communautés, groupes ou individus, à

[554] *Supra* note 179.
[555] *Supra* note 64. Voir aussi Blake, *supra* note 173.

mettre en place des programmes de sensibilisation et encourage la coopération internationale[556].

À l'instar de la Convention de 1972 sur le patrimoine matériel mondial, la *Convention sur le patrimoine immatériel* est extrêmement populaire, avec 178 ratifications[557] et l'inscription de 549 éléments divers et variés sur ses Listes[558]. Mais elle se révèle elle aussi très peu contraignante pour les États parties, faute de véritables obligations juridiques. En effet, tout en reconnaissant que « les processus de mondialisation et de transformation sociale [...] font, tout comme les phénomènes d'intolérance, également peser de graves menaces de dégradation, de disparition et de destruction sur le patrimoine culturel immatériel »[559], le texte de la Convention se borne encore à employer un lexique déclaratoire ou incitatif, en indiquant que chaque État doit « s'efforcer » d'adopter des mesures de mise en valeur de son patrimoine immatériel, « encourager » les études scientifiques et de formation à la gestion et à la sauvegarde du patrimoine, ou encore mettre en place des programmes éducatifs et de sensibilisation. Comme le souligne Federico Lenzerini :

> […] *with regard to the safeguarding of ICH* [...]*, most relevant provisions of the Convention simply affirm that states parties shall endeavour to take appropriate measures for such safeguarding; this formulation prevents the provisions in point from creating effective legal obligations (and, a fortiori, legal guarantees for ICH), although a general obligation exists for states to 'take the necessary measures to ensure the safeguarding of the intangible cultural heritage present in [their] territory', contemplated by Article 11(a).*[560]

---

[556] *Supra* note 64 art. 11 à 15.
[557] UNESCO, « Les États parties de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003) », en ligne: <https://ich.unesco.org/fr/les-etats-parties-00024>.
[558] UNESCO, *supra* note 200. Cohabitent sur ces listes l'art de la plaisanterie au Niger et en Ouzbékistan, l'alpinisme français, suisse et italien, et le sauna estonien, la dentellerie croate, le tango, les dessins sur sable au Vanuatu, le hurling irlandais, les tissus d'écorce en Ouganda, la culture de la bière en Belgique ou encore le rituel pour amadouer les chamelles en Mongolie.
[559] *Supra* note 64 préambule.
[560] Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 à la p 111. Voir aussi Federico Lenzerini, « Suppressing and Remedying Offences against Culture » dans Ana Vrdoljak, dir, *Cult Dimens Hum Rights*, Oxford University Press, 2013 240 à la p 242. Voir aussi Sabrina Urbinati, « The Role for Communities, Groups and Individuals under the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage » dans Silvia Borelli & Federico Lenzerini, dir, *Cult Herit Cult Rights Cult Divers New Dev Int Law* Studies in Intercultural Human Rights, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 201 à la p 208.

La Convention n'examine pas davantage les situations ou les actes concrets susceptibles de mettre en péril les patrimoines immatériels ni ne comporte de pendant à l'article 6 de la Convention de 1972 interdisant de porter atteinte à un élément du patrimoine situé sur le territoire d'un autre État partie[561], ou sur son propre territoire. Plus généralement encore, la Convention ne contient aucune disposition relative à la responsabilité pénale et individuelle, ou aux mesures de sanction en cas de violation de ses dispositions.

En outre, bien que la protection des droits humains et culturels soit une motivation évidente derrière l'adoption de la Convention de 2003[562], celle-ci n'établit pas non plus de liens formels entre la sauvegarde des patrimoines immatériels et les droits culturels et humains[563], ni ne consacre explicitement de « droit à leur patrimoine immatériel » pour les individus et les communautés. Cette situation tiendrait notamment à la complexité de la notion de « communauté » et à la réticence des États d'utiliser un terme qui les contraindrait à reconnaître l'existence de certaines communautés ou groupes minoritaires sur leur territoire, ou à légitimer leurs revendications en matière de droits culturels, entamant ainsi leur souveraineté[564]. Comme le souligne Chiara Bortolotto :

> Ce qu'est une communauté reste en effet une question ouverte pour la Convention de 2003 qui prend garde à ne pas donner une réponse univoque. Il aurait été en effet difficile d'y inclure une définition consensuelle d'une notion aussi controversée et politiquement délicate. L'interprétation de ce terme est donc renvoyée à celle que les États voudront en faire.[565]

La solution de compromis proposée par la Convention est ainsi particulièrement ambiguë : si elle accorde une place centrale à la participation des communautés, et si ces

---

[561] Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 400.
[562] Lixinski, *supra* note 159 à la p 146.
[563] À l'exception du préambule (dont la portée contraignante est sujette à débat) qui réfère aux instruments internationaux existants relatifs aux droits humains, en particulier à la DUDH, au PIDESC et au PIDCP, la Convention se limite à tisser un lien « négatif » en affirmant que seules les pratiques culturelles « conformes aux instruments de droits humains » peuvent bénéficier des dispositions de la Convention. note 64 préambule et art. 1. Voir aussi Donders, *supra* note 202 à la p 383.
[564] Bortolotto, « Le trouble du patrimoine culturel immatériel », *supra* note 189 à la p 33; Bortolotto, « Les enjeux de l'institution du patrimoine culturel immatériel », *supra* note 189 à la p 33.
[565] Bortolotto, « Le trouble du patrimoine culturel immatériel », *supra* note 189 à la p 34. Voir aussi Urbinati, *supra* note 560; Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 aux pp 111-112; Françoise Lempereur, « Patrimoine culturel immatériel. Confessions d'un gestionnaire / Suggestions d'une pratiquante... » (2014) 12 Rabaska Rev Ethnol Am Fr 204-213 aux pp 207-208.

dernières peuvent identifier la *valeur* patrimoniale d'une pratique, seul l'État a le pouvoir de conférer un *statut* patrimonial au niveau national, de ratifier la Convention, de proposer des éléments pour inscription sur les listes internationales et, plus généralement, de mettre en place des mesures effectives de sauvegarde[566].

La Convention est aussi parfois présentée comme une nouvelle création occidentale qui ne tient pas compte des conceptions holistiques de la culture de certaines communautés, en particulier autochtones, et comme répondant toujours à un objectif universaliste[567]. Plusieurs auteurs soulignent en effet la contradiction entre la nécessité de sauvegarder les patrimoines en danger de disparition, et le fait que les traditions méritant d'être protégées doivent être conformes aux droits humains, instaurant ainsi un critère de « bonnes pratiques »[568]. Dans le même ordre d'idée, dans un article paru en 2003, l'anthropologue Richard Kurin soulignait :

> *Similarly problematic is the 'mutual respect' clause in the Convention. Intangible cultural heritage is by definition something used for community self-definition. Many cultural communities though, define themselves in opposition or resistance to others. Their very identity as a people or community relies on their victory over or defeat by others. Their defining songs and tales may celebrate the glory of empire, victorious kings, religious conversion, or alternatively resistance to perceived injustice, martyrdom and defeat—not the mutual respect of peoples*.[569]

---

[566] Bortolotto, « Le trouble du patrimoine culturel immatériel », *supra* note 189 à la p 33; Francioni, *supra* note 225 à la p 18; Emma C Hill, Máiréad Nic Craith & Cristina Clopot, « At the Limits of Cultural Heritage Rights? The Glasgow Bajuni Campaign and the UK Immigration System: A Case Study » (2018) 25:1 Int J Cult Prop 35-58 à la p 37; Blake, *supra* note 173 aux pp 356-357. Dans la plupart des cas les propositions d'inscriptions par les États ont néanmoins été précédées de consultations menées auprès des communautés concernées. Urbinati, *supra* note 560 à la p 216.

[567] Blake, *supra* note 173 aux pp 353-354.

[568] Cette limitation soulève encore de nombreux débats portant sur les pratiques culturelles, importantes pour les communautés qui y ont recours, mais jugées non conformes aux droits humains (circoncision, excision, cannibalisme, sacrifices humains...). Logan, *supra* note 533 aux pp 38-39; Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 à la p 117; Bortolotto, « Le trouble du patrimoine culturel immatériel », *supra* note 189 à la p 29 et suiv. En décembre 2019 par exemple, suite à une importante controverse relative à la présence de caricatures de Juifs orthodoxes, les autorités belges ont demandé le retrait (déjà prévu par l'UNESCO) du Carnaval satirique d'Alost de la Liste représentative du patrimoine, sans pour autant annuler son déroulement. « Le carnaval belge d'Alost, accusé d'antisémitisme, retiré du patrimoine immatériel de l'Unesco », (décembre 2019), en ligne: *L'Obs* <https://www.nouvelobs.com/monde/20191213.OBS22306/le-carnaval-belge-d-alost-accuse-d-antisemitisme-retire-du-patrimoine-immateriel-de-l-unesco.html>.

[569] Richard Kurin, « Safeguarding Intangible Cultural Heritage in the 2003 UNESCO Convention: a critical appraisal » (2004) 56:1-2 Mus Int 66-77. Voir aussi Christian Bromberger, « "Le patrimoine immatériel" entre ambiguïtés et overdose » (2014) 209 L'Homme Rev Fr D'anthropologie 143-151; Giguère, *supra* note 158 aux pp 111-112; Blake, « On Defining the Cultural Heritage », *supra* note 136 à la p 64.

On pourrait ainsi, par exemple, penser aux paroles de *La Marseillaise*, l'hymne national de la République française. Chant de guerre écrit suite à la déclaration de guerre de la France à l'Autriche en 1792, il appelle à la mobilisation générale et exhorte au combat contre la tyrannie et l'invasion étrangère. Ainsi, le vers du refrain « qu'un sang impur abreuve nos sillons » fait l'objet de différentes interprétations et il est parfois compris comme faisant référence au sang des étrangers, et donc comme raciste ou xénophobe[570].

Si on ne peut que saluer les efforts de l'Organisation pour élargir la notion de « patrimoines culturels » aux patrimoines immatériels et souligner le rôle des communautés dans leur identification et leur sauvegarde, la Convention de 2003 se limite essentiellement, *de facto*, à créer un nouveau « label UNESCO » aux effets pervers, et convoité par les États en raison du prestige et des retombées touristiques et économiques qui lui sont attachés[571]. Elle contribue également à l'éclatement de la protection de la culture et des patrimoines en séparant encore une fois, et toujours de manière pour le moins artificielle, les patrimoines matériels et immatériels[572], tout en n'imposant aucune véritable obligation aux États parties.

Enfin, il convient également de mentionner les travaux les plus récents de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) qui s'ouvre, non sans difficultés, aux savoirs traditionnels. En 2000 en effet, l'organisation a mis sur pied un Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore dont le mandat est d'élaborer un ou plusieurs instruments juridiques internationaux qui assureraient une protection efficace des

---

[570] Alain Borer, « Le sang impur : le malentendu de la Marseillaise », *Le Point* (28 juillet 2018), en ligne: <https://www.lepoint.fr/editos-du-point/sebastien-le-fol/le-sang-impur-le-malentendu-de-la-marseillaise-28-07-2018-2239774_1913.php>; Joël Martine, « Au-delà du sens politique et historique, que signifient au juste les paroles de notre hymne national? Plongée dans des pulsions aussi archaïques qu'irrationnelles. Les fantasmes de la Marseillaise. », *Libération* (juillet 1998), en ligne: <https://www.liberation.fr/tribune/1998/07/13/au-dela-du-sens-politique-et-historique-que-signifient-au-juste-les-paroles-de-notre-hymne-national-_243650/>.

[571] Outre le risque de muséification d'une pratique vivante (ou sa folklorisation), le principal effet pervers pointé par les spécialistes reste la marchandisation de ces expressions populaires (un quart des patrimoines seraient ainsi dénaturés à la suite de leur inscription). Lenzerini, « The Living Culture of Peoples », *supra* note 119 aux pp 110-111; Lempereur, *supra* note 565 aux pp 210-211; Blake, *supra* note 173 aux pp 355-356.

[572] Bromberger, *supra* note 569; Lempereur, *supra* note 565.

ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles[573]. À ce jour cependant, les travaux du Comité n'ont toujours pas abouti et l'OMPI ne reconnaît pas de droit applicable à la propriété et à la gestion des savoirs et biens culturels traditionnels et collectifs[574].

On constate, au terme de cette section, qu'au même titre que le patrimoine matériel, la dimension immatérielle de la culture fait l'objet d'un faisceau de droits et de libertés découlant de réflexions sur les droits culturels, la diversité culturelle et les patrimoines immatériels, et qu'elle se retrouve dans de multiples instruments, contraignants ou déclaratoires. Si ces divers instruments peuvent être considérés comme une force, en ce qu'ils justifient qu'un statut particulier soit reconnu aux aspects immatériels de la culture, ils restent toutefois loin de témoigner de l'existence d'une quelconque norme coutumière[575] et accentuent l'éclatement de la protection des patrimoines culturels. Ses fondements se retrouvent en effet fragmentés entre des instruments de protection des droits économiques, sociaux et culturels, dont l'effectivité est souvent sujette à caution, et des instruments de protection des droits civils et politiques, dans lesquels la dimension culturelle a été négligée. Ils se retrouvent aussi éclatés entre des instruments universels, et des instruments catégoriels qui protègent le droit à la culture de certains groupes spécifiques. Enfin, ses fondements se fractionnent entre des instruments de protection des droits humains, des instruments réglementant les politiques et la diversité culturelles[576], et des instruments relatifs aux patrimoines immatériels sans référence explicite aux droits humains. De fait,

---

[573] En mai 2019, trois projets d'articles portant respectivement sur la protection des savoirs traditionnels, la protection des expressions culturelles traditionnelles et les ressources génétiques sont en cours d'élaboration. Voir Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, « The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles - REV. 2 », en ligne: <https://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=414871>; Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, « The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles - REV. 2 », en ligne: <https://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=414872>; Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, « Document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques », en ligne: <https://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=404077>.

[574] Pour plus de détails sur la question des relations entre patrimoines culturels et propriété intellectuelle, et leur rapprochement difficile, voir notamment Mira Burri, « Cultural Heritage and Intellectual Property » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 459.

[575] Francioni, *supra* note 317 à la p 25.

[576] Romainville, *supra* note 73 aux pp 275-276.

malgré les efforts récents du Groupe de Fribourg et des institutions de l'ONU pour réaffirmer et retisser les liens existants entre les droits humains, les droits culturels et les patrimoines culturels, ces différentes notions continuent d'être l'objet d'une fragmentation nuisible à leur justiciabilité, comme nous le verrons dans le Chapitre suivant.

3.3. Conclusion

Au terme de cette partie, il apparaît que le droit international applicable à la culture et aux patrimoines culturels a connu des progrès remarquables. Depuis la fin du XIXe siècle, le droit de la guerre s'est en effet progressivement développé jusqu'à interdire expressément le pillage et les destructions intentionnelles de biens et sites culturels, en situation de conflit armé et d'occupation militaire, aussi bien dans les conflits internationaux que dans les conflits internes. Le droit humanitaire a également contribué au développement de dispositions relatives au statut des individus ne participant pas ou plus aux hostilités et à la protection non seulement de leurs propriétés, mais aussi de leurs droits et libertés, avant d'être complété par des règles explicites de protection des biens culturels.

À partir de la seconde moitié du XXe siècle, avec la création de l'ONU et de l'UNESCO, de nombreux traités multilatéraux ont également été adoptés en vue de renforcer les obligations des États en matière de protection et de sauvegarde des patrimoines culturels et d'étendre leur application aux situations de paix. Ces institutions ont également élaboré diverses normes relatives aux droits culturels et aux droits humains fondamentaux qui en permettent la réalisation. Le contenu des droits culturels, longtemps négligé, a ensuite été élargi pour intégrer une compréhension plus large de la culture, et s'entremêle désormais aux normes relatives spécifiquement aux patrimoines culturels matériels, à la diversité culturelle et, enfin, aux patrimoines immatériels. Au travers de ces instruments (dont certains ont acquis un caractère virtuellement universel) s'est ainsi effectuée la reconnaissance internationale de la nécessité de protéger, en tout temps, les cultures et l'ensemble de leurs manifestations, matérielles ou immatérielles. Cette exigence de protection constante de la culture est d'autant plus importante que les dommages

culturels ne surviennent pas exclusivement en situation de conflit armé, comme en témoignent les exemples des peuples autochtones, des particularismes régionaux ou plus récemment celui de la minorité ouïghoure en Chine.

La reconnaissance de la nécessité de protéger les patrimoines culturels est également renforcée par l'élaboration d'un très grand nombre d'instruments régionaux, contraignants ou non, relatifs à la protection des droits et patrimoines culturels, parmi lesquels la *Déclaration américaine des droits de l'homme*[577], la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* [578] et son Protocole additionnel relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[579], ainsi que la *Déclaration américaine relative aux droits des peuples autochtones*[580]. Du côté européen, on peut mentionner la *Convention culturelle européenne* [581] , la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*[582], la *Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels*[583] ainsi que la *Convention-cadre sur la valeur du patrimoine culturel pour la société*[584] qui souligne notamment que « le droit au patrimoine culturel est inhérent au droit de participer à la vie culturelle, tel que défini dans la Déclaration universelle des droits de l'homme »[585]. Pour ce qui est de l'Afrique, il convient de souligner la *Charte culturelle de l'Afrique*[586], la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*[587] ou encore la *Charte*

---

[577] *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Bogota, OEA, 1948 préambule et art. XIII, XV et XXII.
[578] *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, San José, OEA, 1969 art. 16.
[579] *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (« Protocole de San Salvador »)*, San Salvador, OEA, 1988 art. 14.
[580] *Supra* note 196.
[581] *Convention culturelle européenne*, www.coe.int, Paris, Conseil de l'Europe, 1954.
[582] *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1991.
[583] *Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels*, Conseil de l'Europe, 2017. Adoptée en mai 2017, cette Convention porte sur l'incrimination du trafic illicite et des destructions de biens culturels. Elle exige notamment des États parties qu'ils incorporent plusieurs infractions dans leur code pénal, notamment le vol, les fouilles illégales, l'importation et l'exportation illégales, ainsi que l'acquisition et la mise sur le marché de biens ainsi obtenus, commises sur leur territoire ou par un de leurs ressortissants. Elle ne compte cependant à ce jour que 4 États parties et n'est pas encore entrée en vigueur. Elle doit remplacer la *Convention européenne sur les infractions visant des biens culturels* de 1985 qui n'est jamais entrée en vigueur.
[584] Conseil de l'Europe, *supra* note 201.
[585] *Ibid* art. 1.
[586] *Charte culturelle de l'Afrique*, Organisation de l'Unité africaine, 1976.
[587] *Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*, Nairobi, Organisation de l'Unité africaine, 1981.

de la Renaissance culturelle africaine[588]. Quant à l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) enfin, l'*Agreement on the establishment of the ASEAN cultural Fund*[589], ainsi que la *Déclaration sur le patrimoine culturel de l'ASEAN*[590] doivent être cités. Si ces instruments n'ajoutent pas d'éléments substantiels en ce qu'ils reprennent pour l'essentiel les formulations élaborées dans les instruments internationaux, ils témoignent de l'influence de ces derniers sur les opinions publiques et politiques, confirment un certain consensus quant au statut particulier des droits et patrimoines culturels, et sont régulièrement invoqués devant les instances judiciaires internationales.

La protection des patrimoines culturels est également complétée par le développement d'instruments (résonnant eux-mêmes aux différents paliers internationaux, régionaux et nationaux) relatifs à la protection d'éléments spécifiques du patrimoine. Ainsi, aux côtés de la *Convention internationale sur le patrimoine subaquatique*[591], on peut évoquer la *Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique*[592], la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe*[593] ou encore la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*[594]. Enfin, les considérations culturelles sont également de plus en plus prégnantes dans les délibérations de diverses organisations internationales telles que l'Organisation mondiale du commerce, l'Organisation mondiale des douanes, l'Organisation mondiale de la Santé, et bien évidemment l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

Finalement, outre ces divers instruments encadrant la conduite des États, la scène internationale est également occupée par une multitude d'organisations non gouvernementales, de groupements professionnels, ou encore d'associations

---

[588] *Charte de la renaissance culturelle africaine*, Khartoum, Union africaine, 2006.
[589] *Agreement on the Establishment of the ASEAN Cultural Fund*, Jakarta, Association of Southeast Asian Nations, 1978.
[590] *Déclaration sur le patrimoine culturel de l'ASEAN*, Jakarta, ASEAN, 2000.
[591] *Supra* note 418.
[592] *Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée)*, STE n°143, Valette, Conseil de l'Europe, 1992.
[593] *Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe*, STE n°121, Grenade, Conseil de l'Europe, 1985.
[594] *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, STCE n°148, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1992.

internationales. Ces différents acteurs travaillent souvent en étroite collaboration avec les institutions internationales[595], et peuvent élaborer des codes de conduite à l'intention de leurs membres. Ces codes n'ont généralement pas de force juridique, mais leur respect peut être une condition d'adhésion aux organismes qui les ont adoptés. En matière de patrimoines culturels, divers organismes ont ainsi adopté des codes d'éthique ou de déontologie devant encadrer la pratique des institutions et des professionnels du milieu. Pour n'en citer que quelques-uns, la *Charte d'Athènes pour la restauration des monuments historiques*, adoptée en 1931 lors du premier Congrès international des architectes et techniciens des monuments historiques, comprend 7 résolutions qui recommandent l'adoption de législations nationales en matière de conservation[596]. Cette Charte sera mise à jour en 1964 avec l'adoption de la *Charte internationale sur la conservation et la restauration des monuments et des sites*[597], et complétée au fil des ans par diverses chartes relatives à des éléments spécifiques tels que le patrimoine archéologique, subaquatique, vernaculaire ou encore les structures en bois et les peintures murales. Il convient aussi bien évidemment de mentionner le *Code de déontologie pour les musées* du Conseil international des musées (ICOM)[598]. Adopté en 1986 et révisé en 2004 puis 2017, ce code définit des normes minimales encadrant l'activité des professionnels du milieu et encourage la reconnaissance des valeurs partagées par la communauté muséale mondiale. Il comprend notamment une série de principes détaillant la pratique attendue dans divers domaines relatifs aux musées (procédures d'acquisition, conformité avec la législation, gestion des ressources, sécurité, retours et restitutions, lutte contre les trafics illicites, etc.).

La culture bénéficie ainsi d'un large corpus normatif portant sur l'ensemble de ses aspects. Comme le résume Federico Lenzerini :

> *The relevant legal instruments cover a number of different aspects which may be subsumed within the area covered by the concept of culture, including cultural heritage of tangible and intangible character, of movable and immovable nature,*

---

[595] Par exemple, le Conseil international des musées, le Conseil international des archives et le Conseil international des monuments et des sites sont des ONG en partenariat officiel avec l'UNESCO.
[596] *Charte d'Athènes pour la Restauration des Monuments Historiques*, Athènes, International Council on Monuments and Sites, 1931.
[597] *Charte internationale sur la conservation et la restauration des monuments et des sites*, Venise, International Council on Monuments and Sites, 1965.
[598] *Code de déontologie de l'ICOM pour les musées*, Paris, ICOM, 2017.

> *as well as cultural diversity. In addition, all these instruments take into consideration the cultural elements on which they are focused from very specific perspectives, in light of the particular purposes pursued: protection of cultural goods in the event of armed conflict, mainly in the interest of the territorial state; protection of the world's most formidable examples of monumental heritage, in the interest of the international community as a whole; protection of the diversity of cultural expressions, in the interest of their stakeholders; etc. As a whole, these instruments represent a relatively comprehensive legal body on the subject of culture.*[599]

Pourtant, si cette pléthore d'instruments internationaux manifeste l'importance accordée à la culture par la communauté internationale, elle relève également d'une « fuite en avant normative ». Incapables de s'entendre sur une définition de la culture, et malgré des tentatives récentes d'unification de ces concepts, les États ont procédé à son morcellement en séparant de manière artificielle ses aspects humains, patrimoniaux, matériels, immatériels, en fonction des contextes (guerre ou paix) ou de l'identité des sujets (textes universels ou catégoriels consacrés à certains groupes comme les femmes, les enfants, les migrants ou encore les peuples autochtones et les minorités), au détriment de la nature holistique de la culture aujourd'hui reconnue dans la littérature[600].

Cette fragmentation de la protection est d'autant plus dramatique qu'elle se fait avec des instruments peu contraignants pour les États, en plus d'être soumis à l'exigence de la ratification des textes, et de leurs protocoles garantissant la mise en place de mécanismes de suivi. Comme le souligne à ce sujet Edward C. Luck, « [*c*]*learly the problem lies not in the quantity of international legal instruments. They all fall short, however, when it comes to enforcement and monitoring measures, and national implementation has been decidedly uneven* »[601]. Enfin, et surtout, on constate que ces instruments, axés sur la sauvegarde et la préservation, ignorent pour la plupart la question des dommages causés aux patrimoines culturels, leurs spécificités et leurs nombreuses conséquences sur les communautés victimes.

---

[599] Lenzerini, *supra* note 560 aux pp 241-242.
[600] Romainville, *supra* note 73 à la p 275.
[601] Luck, *supra* note 259 à la p 11.

CONCLUSION

S'il n'existe pas de définition universelle et consensuelle de la culture, celle-ci est généralement considérée comme un ensemble complexe, perméable et évolutif, englobant les savoirs, les croyances, l'art, la morale, le droit, les coutumes, et les autres capacités ou habitudes acquises par les individus en tant que membre de la société[602]. Pour l'UNESCO, la culture :

> [d]ans son sens le plus large […] peut aujourd'hui être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels, matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts, les lettres et les sciences, les modes de vie, les lois, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances[603].

À la différence des caractéristiques physiques transmises biologiquement d'une génération à l'autre, « *culture comprises those human traits that are learned and learnable and are therefore passed on socially and mentally* »[604]. On considère ainsi généralement que la culture englobe et imprègne tous les aspects de la vie des individus et des communautés, qu'il s'agisse des structures sociales, de la langue, des arts, de la spiritualité et des traditions ou encore de l'alimentation et de l'habillement, de la morale et des valeurs et qu'elle se manifeste à travers une infinie quantité de pratiques, de savoir-faire et de réalisations matérielles.

En raison de cette dimension holistique, la culture constitue un aspect fondamental de la construction identitaire et de l'existence même des communautés. De fait, bien que les transformations culturelles soient aujourd'hui le plus souvent présentées comme inévitables ou « naturelles » en raison notamment de la multiplication et de l'intensification des contacts entre les populations, on peut affirmer qu'il y a injustice lorsque l'écrasement identitaire d'une population résulte d'un processus intentionnel. Comme le souligne Andrew Mallam : « [*c*]*ultural heterogeneity may be the natural state of the history of human interactions; however,* […] *nothing gives a conquering people the right to attempt*

---

[602] Edward Burnett Taylor, *Primitive Culture*, 1871 tel que cité dans Cuche, *supra* note 58 à la p 19. Pour une définition similaire, voir aussi Barfield, *supra* note 58 à la p 98.
[603] *Supra* note 177.
[604] Barfield, *supra* note 58 à la p 98.

to assimilate a native population into their own culture »[605]. Si les communautés ont le plus souvent survécu aux atteintes à leurs patrimoines et identités culturelles, et si le temps a parfois contribué à effacer ou à atténuer les conséquences les plus visibles, leurs effets sont encore parfois durement ressentis par les survivants, leurs descendants et leurs communautés de manière générale[606]. Certaines atteintes ont en effet résulté en des dépossessions de terres, en la destruction ou confiscation de patrimoine matériel sacré ou de restes humains, en la disparition progressive de langues, de dialectes et de pratiques traditionnelles, en des pertes économiques et, plus largement, en la désintégration des structures sociales permettant la transmission et la reproduction des savoirs ancestraux. De ce fait, leurs effets sont souvent ressentis non seulement au niveau des patrimoines culturels, mais également, au niveau politique, économique et social.

C'est généralement à la suite d'atteintes massives aux patrimoines culturels qu'ont été adoptés les instruments de protection des patrimoines culturels. Aujourd'hui encore, les pillages et destructions les plus récentes (qu'on l'on pense aux Buddhas de Bâmiyân, ou aux déclarations de l'ancien président américain Donald Trump menaçant le patrimoine iranien de frappes militaires[607]) entraînent systématiquement des réactions de la communauté internationale réitérant non seulement la nécessité de protéger et préserver les patrimoines culturels, mais également la nécessité de poursuivre les auteurs de destructions.

Or, en raison de la complexité de ces concepts, on constate que la communauté internationale a échoué à adopter des instruments juridiques à même de protéger efficacement la culture et les patrimoines culturels. Les obstacles auxquels se sont confrontés les instruments internationaux jusqu'à présent découlent notamment du fait qu'il n'est pas possible de protéger et de préserver simplement les aspects matériels ou immatériels d'un patrimoine culturel sans protéger en même temps le contexte social et

---

[605]Mallam, *supra* note 60 à la p 23 note 47.
[606] Shelton, *supra* note 57 à la p 48.
[607] Frédéric Autran, « Iran : frapper des "sites culturels", la menace (in)digne de Trump », *Libération* (6 janvier 2020), en ligne: <https://www.liberation.fr/planete/2020/01/06/iran-frapper-des-sites-culturels-la-menace-indigne-de-trump_1771834>.

économique qui est à son origine. Il faudrait, en outre, ajouter à ces éléments un ensemble de facteurs physiques (liés par exemple à l'emplacement géographique), sociologiques, ou encore environnementaux. Comme le souligne Céline Romainville :

> Le passage de la description à la qualification juridique est […] compliqué lorsqu'il est fait usage de notions complexes, comme la notion de culture. En effet, dans ce cas, la construction de l'« image juridique » de la culture doit se fonder sur des représentations conceptualisées de ce phénomène alors qu'il échappe à toute définition univoque. La difficulté supplémentaire, s'agissant de la culture, est de se représenter la réalité d'un concept dont la fonction est précisément d'interroger le sens de cette réalité. Enfin un dernier obstacle réside dans le caractère multipolaire de certaines notions de culture, qui rassemblent et englobent des intérêts et idées opposés, voire conflictuels.[608]

Face à l'incapacité des États de s'entendre sur une définition et un outil unique, la culture a ainsi fait l'objet d'une fragmentation entre ses aspects humains et patrimoniaux, matériels et immatériels, lesquels bénéficient de protections variables en fonction des contextes ou des sujets, dans différents instruments au demeurant peu contraignants. Si, au regard des dommages récents causés aux patrimoines on ne peut que constater l'échec de ces instruments dans leur volonté de prévenir les actes de destruction, le Chapitre suivant s'attachera à montrer qu'ils échouent également à en assurer la répression et, ce faisant, soulignera les limites d'une approche strictement juridique et judiciaire en vue de l'octroi de justes réparations aux individus et communautés victimes. Deux écueils en particulier seront examinés : d'une part la dimension historique des injustices dont découlent de nombreux dommages culturels, et, d'autre part, le fait que les instances judiciaires confrontées à des réclamations pour les dommages les plus récents se sont révélées incapables de développer une jurisprudence homogène, et de proposer des modes de réparation adaptés ou de s'assurer de leur mise en œuvre effective.

---

[608] Romainville, *supra* note 73 à la p 86. Voir aussi Vittorio Mainetti, « Diversité culturelle et droit international » dans *Regards Sur Intercult Un Parcours Interdiscip*, Genève, MētisPresses, 2016 à la p 141.

CHAPITRE II – LES DOMMAGES CULTURELS, ENTRE JUSTICIABILITÉ HÉTÉROGÈNE ET DÉFAUT DE RÉPARATION

INTRODUCTION

Le chapitre précédent a permis de constater que malgré l'absence d'une définition unique, la culture est généralement considérée comme un ensemble cohérent, bien que perméable et évolutif, qui influence tous les aspects de l'existence et joue un rôle crucial dans le développement et le maintien des identités individuelles et collectives. Ce chapitre a également permis de souligner qu'elle se manifeste au travers d'une multitude de représentations, biens matériels ou pratiques et traditions intangibles, aujourd'hui englobées sous le concept large de « patrimoines culturels ». En tant que manifestations et incarnations de leur identité culturelle, il a ensuite mis en lumière l'importance de ces patrimoines pour les communautés, et le fait que les dommages subis peuvent avoir de nombreuses répercussions culturelles, économiques, politiques et sociales, susceptibles de menacer l'existence même des communautés visées. Finalement, le premier Chapitre a permis de constater que, de même qu'en sciences humaines, la communauté juridique internationale s'est heurtée au problème de la définition des concepts de culture et de patrimoines culturels. Comme le résume Moncef Kdhir :

> La notion de culture ne renvoie pas à une seule catégorie juridique précise. Le champ lexical connu ne donne pas sa définition juridique à la culture. L'unilatéralisme et le subjectivisme de l'ordre juridique international traduisent des prétentions contradictoires des sujets primaires de la société internationale incompatibles avec la vaine tâche d'objectiver la notion de culture. La difficulté à approcher la notion de culture de manière précise, réside dans sa nature essentiellement subjective d'où l'impossibilité de trouver une définition claire, précise et surtout objective. […] Il ressort de ce qui vient d'être dit qu'aucune définition dans la pratique n'est satisfaisante, ni juridiquement opposable.[609]

Si ces concepts sont insaisissables, il s'est néanmoins révélé nécessaire d'adopter des instruments pour en garantir la protection. On constate cependant que cette protection, telle qu'elle existe, se révèle problématique pour plusieurs raisons : elle souffre d'une importante fragmentation au détriment de la nature holistique de la culture, tandis que les

---

[609] Moncef Kdhir, « La Cour internationale de justice et la culture » (2002) 114:1 Mélanges L'École Fr Rome Ital Méditerranée 321-342 aux pp 324-327. Voir aussi Mainetti, *supra* note 608 à la p 141.

instruments adoptés à ce jour, s'ils encouragent leur protection et leur préservation, n'abordent que très timidement les situations dans lesquelles ces patrimoines ont été intentionnellement confisqués, endommagés ou détruits. Ils restent également silencieux sur les modalités de réparation des dommages subis et ne contiennent, globalement, que peu d'obligations concrètes pour les États.

En l'absence de lignes directrices établies par les instruments internationaux spécialisés, le présent Chapitre s'attachera à montrer que les réclamations pour dommages culturels portées devant les tribunaux rencontrent de nombreux obstacles, et sont rarement, sinon jamais, résolues de manière pleinement satisfaisante.

Dans une première section, il s'agira de souligner que la nature essentiellement préventive et non rétroactive des instruments internationaux les empêche de rendre justice aux nombreux dommages culturels résultant d'injustices passées et dont les conséquences sont (encore) ressenties aujourd'hui. Cette section présentera ainsi quelques-uns des obstacles théoriques et pratiques découlant de la nature « historique » de la plupart des atteintes aux patrimoines culturels, et auxquels sont confrontées de nombreuses demandes de réparations. Quant aux revendications portant sur des atteintes plus récentes, il s'agira, dans une deuxième partie, de montrer que la protection dispersée de la culture et des patrimoines culturels, associée à une absence de mécanismes consacrés au règlement des litiges en matière culturelle, a pour effet une cacophonie jurisprudentielle entre les diverses instances judiciaires qui ont été confrontées à ces questions, aussi bien relativement à des violations commises en situation de conflit armé qu'en contexte de paix. Dans une troisième partie enfin, il s'agira de voir que si les restitutions de biens culturels matériels semblent bénéficier d'un cadre normatif plus cohérent, la complexité de la plupart des situations et l'absence d'instruments juridiques leur étant applicables découragent souvent les acteurs concernés de faire appel aux systèmes judiciaires.

1. Les dommages culturels historiques face aux troubles de la justice intergénérationnelle

Les dommages culturels aujourd'hui ressentis et portés devant les tribunaux sont caractérisés par deux éléments principaux. En premier lieu, ils sont souvent la conséquence de situations qui remontent loin dans le temps et/ou qui relèvent de processus ayant pris place sur de longues durées. Dans cette perspective, il faut considérer que de nombreuses atteintes aux patrimoines culturels s'inscrivent dans le cadre de ce qu'il convient d'appeler des « injustices historiques »[610]. En second lieu, comme il a été vu au Chapitre précédent, la transmission intergénérationnelle est une dimension fondamentale de la culture et des patrimoines culturels. Les mesures de destruction culturelle sont ainsi généralement ressenties non seulement par les victimes directes et immédiates, mais aussi par leurs descendants. Or, s'il existe un principe fondamental de droit interne et international exigeant qu'une violation entraîne une obligation de réparation[611], en matière d'injustices historiques et de dommages intergénérationnels, plusieurs problèmes apparaissent : existe-t-il une obligation de reconnaissance et de réparation pour des actes qui n'étaient pas moralement condamnés ou juridiquement considérés comme des crimes au moment de leur commission ? Qui peut être tenu responsable de ces actes et qui seraient les bénéficiaires des mesures de réparation ? Comment évaluer les dommages ?

Dans cette première partie, il s'agira ainsi de présenter quelques-uns des obstacles juridiques auxquels sont confrontées de nombreuses demandes de réparation pour des dommages culturels ayant une dimension historique. Plus précisément, il s'agira

---

[610] Comme indiqué dans l'introduction de cette thèse, si certains auteurs réservent l'emploi de cette expression aux situations où les protagonistes (victimes et bourreaux) sont aujourd'hui tous disparus, nous privilégions une définition plus large permettant de prendre en considération les situations dans lesquelles des individus ont survécu à l'instauration de politiques de destruction culturelle. Perez, *supra* note 66 à la p 2; Hutchinson, *supra* note 67 à la p 426.

[611] Shelton, *supra* note 6 ch 1-4. Voir aussi Evans, *supra* note 19; *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, A/69/518, New York, Organisation des Nations Unies, 2014; *Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité*, E/CN.4/2005/102/Add.1, Commission des droits de l'homme, 2005; *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, A/HRC/21/46, Conseil des droits de l'homme, 2012; Pablo De Greiff, *The Handbook of Reparations*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2008.

d'examiner les trois points suivants : le problème du droit applicable compte tenu de la non-rétroactivité des instruments internationaux et du principe de prescription, le problème de l'identification des auteurs de crime et des bénéficiaires de la réparation, et enfin celui de l'évaluation des dommages.

1.1. Le problème du droit applicable aux injustices historiques

Ancrée dans une approche sociale de la justice, la justice intergénérationnelle renvoie à l'idée d'une responsabilité dans l'utilisation des ressources humaines, naturelles, culturelles et économiques, en vue d'aboutir à un partage équitable entre les générations. Si le concept de justice intergénérationnelle s'est principalement développé de manière « descendante » en lien avec nos responsabilités vis-à-vis des générations futures[612], on observe également un intérêt grandissant pour une approche « ascendante » portant sur nos obligations envers les générations précédentes et les défunts, non pour prévenir des dommages éventuels, mais pour réparer les préjudices passés. Dans cette perspective, le concept de justice intergénérationnelle semble donc tout indiqué pour répondre aux dommages culturels hérités de l'histoire. Devant une telle affirmation cependant, le premier obstacle rencontré par les demandes de réparation réside dans l'identification d'un droit applicable sur lequel se fonder. En l'espèce, deux problèmes apparaissent : la non-rétroactivité des instruments juridiques et le principe de prescription.

---

[612] Pour une discussion plus détaillée sur la justice intergénérationnelle « descendante », voir par exemple Edith B Weiss, « In Fairness To Future Generations and Sustainable Development » (1992) 8:1 Am Univ Int Law Rev 19; Lukas Meyer, « Intergenerational Justice » dans Edward N Zalta, dir, *Stanf Encycl Philos*, Stanford University, Metaphysics Research Lab, 2015; Axel Gosseries, « Une métaphore de la justice intergénérationnelle » (2010) 7:1 Regards Croisés Sur Léconomie 193; Axel Gosseries, « La justice entre les générations: Faut-il renoncer au maximin intergénérationnel ? » (2002) 33:1 Rev Métaphys Morale 61; Danielle Zwarthoed, « La justice intergénérationnelle » dans *Philos Économique Un État Lieux* Collection « E-conomiques, » Paris, Éditions matériologiques, 2017. Divers instruments internationaux, contraignants ou non, font également référence aux responsabilités envers les générations futures. Voir notamment note 154; *Convention sur la diversité biologique*, 1760 RTNU 79, Rio de Janeiro, ONU, 1992; *Déclaration du Millénaire*, A/55/L.2, New York, Organisation des Nations Unies, 2000.

1.1.1. La non-rétroactivité des instruments juridiques

Le principe de non-rétroactivité tout d'abord (aussi appelé principe de légalité ou principe *nullum crimen sine lege*), veut qu'une norme de droit ne dispose que pour l'avenir et ne puisse pas être appliquée à des actes commis avant son entrée en vigueur. Consacré pour la première fois dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 en réaction à l'arbitraire des autorités judiciaires sous l'Ancien Régime[613], le principe de non-rétroactivité constitue aujourd'hui une sécurité juridique reconnue ainsi bien au niveau national (souvent inscrite dans les textes constitutionnels), qu'international.

On le retrouve ainsi notamment dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui prévoit que « [n]ul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international »[614], à l'article 15 du PIDCP[615], ainsi que dans les *Conventions de Genève* de 1949[616] et leurs protocoles additionnels[617]. Quant à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, elle prévoit également à son article 28 que : « [à] moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date »[618]. En 2001, l'article 13 du *Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* stipulait aussi que « [l]e fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit » posant ainsi comme principe de base qu'il faut, pour que la responsabilité d'un État soit engagée, que la violation ait eu lieu au moment où

---

[613] Ce pouvoir arbitraire se manifestait notamment au travers de l'inégalité de traitement selon l'appartenance à la classe sociale des individus, par la multiplication des juridictions d'exceptions, voire par le fait que les juges pouvaient créer des sentences non prévues par les textes. Voir Julien Portier, « La notion d'arbitraire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » (2016) N° 3:3 Cah Justice 521-531.
[614] *Supra* note 8 à l'art 11(2). Voir aussi *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)*, Rome, Conseil de l'Europe, 1950 à l'art 7(1); note 578 à l'art 9.
[615] *Supra* note 9 art. 15.
[616] *Supra* note 362 art. 99; note 360 art. 65 et 67.
[617] *Supra* note 378 art. 75 para 4c]; note 379 art. 6 para 2c).
[618] *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1155 RTNU 331, Vienne, ONU, 1969 art. 28

l'État était lié par une obligation en la matière[619]. Enfin, ce principe est aussi repris et adapté dans les statuts des différents tribunaux internationaux. Par exemple, le statut de la Cour pénale internationale prévoit qu'elle n'a de compétence *ratione temporis* que pour des crimes commis après l'entrée en vigueur du statut lui-même, c'est-à-dire postérieurs au 1er juillet 2002[620].

En matière de patrimoines culturels, force est de constater que les instruments juridiques contraignants, présentés dans la partie précédente, sont pour la plupart relativement récents, et aucun ne prévoit la possibilité d'une application rétroactive. Ainsi, concernant les dispositions applicables aux patrimoines culturels en temps de paix, celles des Conventions de l'UNESCO de 1970, 1972, 2003 ou 2005 ne concernent pas les évènements survenus avant leur date d'entrée en vigueur respective. Il en va de même pour les instruments de droits humains, qu'il s'agisse du PIDESC et du PIDCP (entrés en vigueur en 1976), ou des sept autres principaux traités de droits humains ; le premier, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, n'étant entré en vigueur qu'en 1969. Quant aux instruments les plus anciens, notamment les *Conventions de La Haye* de 1899 et 1907 et la Convention de 1954 relatives aux situations de conflits armés, leurs dispositions sont non rétroactives et ne s'appliquent qu'aux situations de conflits armés internationaux juridiquement reconnues comme telles[621]. Compte tenu de ces éléments, on constate que les politiques d'acculturation forcée mises en œuvre tout au long des XIXe et XXe siècles se trouvent pour la plupart hors du champ d'application des instruments internationaux. De même, les biens culturels acquis à la faveur des conquêtes coloniales, par exemple, ne sauraient *a priori* faire l'objet de demandes de restitution sur la seule base des instruments juridiques existants[622].

---

[619] Commission du droit international, *supra* note 4 art. 13.
[620] *Supra* note 42 art. 11.
[621] Les conflits armés non-internationaux ne sont couverts que par les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1977 et par le Deuxième protocole additionnel à la Convention de 1954, entré en vigueur en 2004.
[622] Il convient par ailleurs de souligner que si plusieurs normes relatives aux patrimoines culturels en situation de conflit armé sont aujourd'hui reconnues comme ayant une force coutumière, c'est aux cours de justice de déterminer, au cas par cas, si une norme identifiée comme ayant force coutumière en 2006 par le CICR disposait déjà d'une force coutumière en 1805, en 1915 ou en 1951, par exemple.

En l'absence de normes conventionnelles applicables rétroactivement, il convient donc d'examiner le droit en vigueur au moment des faits. Or de nombreuses pratiques aujourd'hui considérées comme criminelles, injustes ou immorales, étaient répandues et largement acceptées à l'époque. En matière de destruction culturelle, comme il a été vu au Chapitre précédent, le « droit au butin » et le « droit de ravager et de piller ce qui appartient à l'ennemi » étaient généralement considérés comme des conséquences inévitables de la guerre et relevaient de pratiques coutumières, parfois même licites et codifiées[623]. Dans cette perspective Hanoch Dagan souligne, sans toutefois souscrire à cet argument, que demander réparation pour des actes licites au moment des faits constituerait une atteinte à la «*prohibition on retroactivity, according to which the legal status of actions and transactions must be determined by the applicable rules of their time* »[624].

En réponse à cet argument cependant, on peut souligner que la référence au « droit en vigueur à l'époque des faits » renvoie généralement au droit tel qu'il était codifié et interprété en Occident, et non aux normes alors en vigueur chez les peuples conquis ou colonisés, et que ce droit était le plus souvent formulé de manière à servir les intérêts des grandes puissances. Comme le rappelle par exemple Felipe Isa :

> *European nations who benefited from colonialism and looting indigenous peoples for centuries used International Law as a functional instrument for their expansionist interests. Specifically, the notion of terra nullius served to justify the occupation and expropriation of indigenous lands both in America and Africa*.[625]

Dans la même logique, d'aucuns ont parfois avancé que les actes de discrimination et de persécution commis contre les populations juives avant et pendant la Seconde Guerre mondiale ne constituaient pas non plus des crimes d'un point de vue strictement juridique, dans la mesure où ils étaient licites au regard des lois anti-juives (ou *lois de Nuremberg*) alors en vigueur dans l'Allemagne nazie[626].

---

[623] Toman, *supra* note 224 à la p 17.
[624] Hanoch Dagan, « Restitution and Slavery: On Incomplete Commodification, Intergenerational Justice, and Legal Transitions » (2004) 84 BU Rev 1139 à la p 1166; Felipe Gomez Isa, *The right of indigenous peoples to reparation for historical injustices* , Bilbao, Pedro Arrupe Institute of Human Rights, s.d. à la p 2.
[625] Gomez Isa, *supra* note 624 à la p 3.
[626] Au procès de Nuremberg, plusieurs accusés ont ainsi plaidé que leurs actions étaient conformes aux lois en vigueur. Bien que cette défense ait été ultimement rejetée, la licéité des actes commis sous le régime nazi

Face à une telle situation, il convient donc de rappeler que le principe de non-rétroactivité n'est pas absolu, et qu'il n'est donc pas dépourvu d'exceptions. Parmi les plus importantes, on peut en effet citer l'application rétroactive des lois pénales moins sévères[627], les lois interprétatives ou encore les lois de rétablissement. L'exemple le plus notable[628] d'une exception au principe de non-rétroactivité se retrouve bien évidemment dans les jugements rendus par les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo au lendemain de la Seconde Guerre mondiale[629]. En plus de constituer des juridictions innovantes, et comme nous le verrons dans la partie suivante, ces tribunaux ont été amenés à se prononcer sur des actes relevant de « crimes de guerre », déjà prévus par les Conventions de 1899 et 1907, mais ils ont aussi prononcé des sentences en matière de « crimes contre l'humanité » et instauré le principe de la responsabilité pénale individuelle[630], deux notions jusqu'alors inexistantes d'un point de vue juridique conventionnel[631]. Pour justifier leur application, le tribunal avait

---

continue de soulever d'importants débats. Voir notamment Michael J Bazyler, « Contemporary Legal Lessons from the Holocaust » (2007) 19:1-2 Jew Polit Stud Rev.

[627] Un criminel condamné peut ainsi bénéficier d'une nouvelle loi, votée après la commission de l'acte, prévoyant une peine plus légère. *Supra* note 9 art. 15.

[628] Au cours des XIXe et XXe siècles, la rétroactivité avait déjà été admise, tant juridiquement que diplomatiquement au travers des différents traités de paix signés entre les puissances européennes, notamment au lendemain de la Première Guerre mondiale en matière de réparation. Pour Xavier Perrot, ces exemples restent toutefois marginaux. Perrot, *supra* note 145 à la p 280.

[629] Dans un article publié en 1943, le théoricien Hans Kelson écrivait notamment : « *Among all postwar problems none is more constantly discussed and no demand more rightly made than that the persons who* […] *have committed certain offenses against international law should be brought to justice. What are the offenses for which retribution may be claimed, and what are the principles of justice applicable to these offenses?* ». Il se contente toutefois d'examiner les questions relatives au *jus ad bellum* et au *jus in bello*, et évacue les crimes qui seront jugés à Nuremberg en tant que « crimes contre l'humanité ». Hans Kelsen, « Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals » (1943) 31:5 Calif Law Rev 530-571 à la p 530.

[630] La *Charte de Londres* donnait au tribunal de Nuremberg juridiction pour les crimes contre la paix (le déclenchement de la guerre), les crimes de guerre (les violations des lois et coutumes de la guerre pendant la guerre), et les crimes contre l'humanité (violations systématiques des droits de l'homme, y compris de leurs propres ressortissants). *Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et Statut du tribunal international militaire*, Londres, 1945 art. 6.

[631] L'idée de « crimes contre l'humanité » n'était cependant pas totalement inconnue. Il s'agit d'une notion ancienne dont on retrouve les premières traces dans la philosophie chrétienne humaniste et le « droit des gens » dès le XVIe siècle. Elle se retrouve également en droit international dès le début du XXe siècle, avec notamment la clause « Martens » insérée dans le préambule des Conventions de 1899 et 1907 et qui prévoyait qu'« [e]n attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté [...] les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». *Supra* note 335; note 340. En 1915, la déclaration des gouvernements français, britannique et russe au sujet des massacres d'Arméniens en Turquie qualifiait ceux-ci de « crime de lèse-humanité ». Enfin, en 1919, le rapport de la Commission chargée d'établir la responsabilité des auteurs de la guerre et de l'exécution des peines prononcées se référait également aux « infractions aux [...] lois de l'humanité ». La nature

notamment conclu que la non-rétroactivité était un principe de justice procédurale devant être mis en balance avec d'autres principes, notamment avec le respect des règles morales fondamentales, et qu'« il serait injuste de laisser ce mal impuni »[632]. Dès 1943, le juriste Hans Kelsen soulignait en effet que :

> Il va de soi que le principe le moins important doit céder face au principe le plus important. On ne peut pas douter qu'aux yeux de l'opinion publique du monde civilisé il est plus important de traduire les criminels de guerre devant la justice que de respecter, lors de leur procès, la règle de non-rétroactivité, qui n'a qu'une valeur relative et qui par conséquent n'a jamais été reconnue sans restriction.[633]

Les crimes jugés à Nuremberg ont ainsi été considérés suffisamment graves d'un point de vue moral pour être poursuivis et punis en l'absence d'une définition et d'une peine précise fixées avant la commission des actes concernés, et malgré le fait que certains actes de persécutions commis pouvaient considérés comme *techniquement* licites au regard des lois en vigueur en Allemagne à cette époque.

Par ailleurs, en 1975, l'Institut de droit international[634] a adopté une résolution relative au « problème intertemporel en droit international », lequel consiste à déterminer, entre plusieurs règles de droit successives, celle qui doit être appliquée à un cas donné. Si cette résolution rappelait que « tout acte et toute situation doivent être appréciés à la

---

« coutumière » du crime contre l'humanité au moment des jugements de Nuremberg reste toutefois un sujet controversé dans la mesure où il n'avait encore jamais été juridiquement défini. Quant à la responsabilité pénale individuelle, on constate qu'elle était sanctionnée dans le cas de la piraterie depuis l'Antiquité. Jusqu'à Nuremberg cependant, le droit international était exclusivement fondé sur les relations entre États et non sur la responsabilité des individus. Isabelle Fouchard, « La formation du crime contre l'humanité en droit international » dans Mireille Delmas-Marty et al, dir, *Crime Contre Humanité* Que sais-je ?, Paris, PUF, 2009 7 à la p 11; Valéry Pratt & Jorge Enrique Vinuales, « Rétroactivité et non-rétroactivité en droit international. Essai de clarification conceptuelle à partir de l'expérience du Procès de Nuremberg » (2013) 59:1 Annu Fr Droit Int 327-358 à la p 332; Florent Bussy, « Le crime contre l'humanité, une étude critique » (2013) 115 Témoign Entre Hist Mém Rev Pluridiscip Fond Auschwitz 135-148; Darryl Robinson, « Defining "Crimes againt Humanity" at the Rome Conference » (1999) 93:1 Am J Int Law 43-57 aux pp 43-44; Michèle Jacquart, « La notion de crime contre l'Humanité en droit international contemporain et en droit canadien » (1990) 21:4 Rev Générale Droit 44 à la p 610.

[632] *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Nuremberg, International Military Tribunal, 1947 à la p 219; Pratt & Vinuales, *supra* note 631 aux pp 337 et 339-340; Kelsen, *supra* note 629 aux pp 543-544.

[633] Tel que traduit et cité dans Pratt & Vinuales, *supra* note 631 à la p 339.

[634] L'Institut de droit international, fondé en 1873 et récipiendaire du prix Nobel de la paix en 1904, est la plus ancienne organisation non gouvernementale consacrée à l'étude et au développement du droit international. Il est composé d'avocats, de juges et de juristes internationaux. Bien que ses résolutions n'aient aucune force contraignante, les travaux de l'Institut sont généralement considérés comme des textes de référence dans la doctrine.

lumière des règles de droit qui en sont contemporaines »[635], les membres de l'Institut soulignaient également que « [l]es États ou autres sujets de droit international ont […] la faculté de déterminer d'un commun accord le domaine d'application des normes dans le temps […] »[636]. Cette disposition, appuyée en 1980 par l'article 28 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* qui permet aux États de manifester une « intention différente », confirmerait que les États sont libres de déterminer la sphère temporelle d'application des normes juridiques et, ainsi, de leur donner un effet rétroactif[637]. De même, en l'absence de dispositions prévoyant explicitement le principe de non-rétroactivité dans les instruments internationaux, ou grâce à la formulation de réserves, les États seraient libres de leur donner, au moment de les intégrer dans leur droit national, un effet rétroactif[638].

En matière de biens culturels, La *Convention de l'UNESCO de 1970* prévoit ainsi, à son article 15, que :

> Rien, dans la présente Convention, n'empêche les États qui y sont parties de conclure entre eux des accords particuliers ou de poursuivre la mise à exécution des accords déjà conclus concernant la restitution de biens culturels sortis de leur territoire d'origine, pour quelque raison que ce soit, avant l'entrée en vigueur de la présente Convention pour les États intéressés.[639]

Ce faisant, cette Convention souligne explicitement la possibilité pour les États qui le souhaitent de déroger au principe de non-rétroactivité par le biais d'accords étatiques bilatéraux. De manière similaire, la Convention UNIDROIT de 1995 prévoit que si ses dispositions ne s'appliquent qu'aux biens volés ou illicitement exportés après son entrée en vigueur, elle ne « légitime aucunement une opération illicite de quelque nature qu'elle

---

[635] *Le problème intertemporel en droit international public*, Wiesbaden, Institut de Droit international, 1975 à la p 22.
[636] *Supra* note 635 au principe 3.
[637] Shelton, *supra* note 6 à la p 459. De même en 1971, dans son opinion sur l'affaire relative à l'occupation de la Namibie, la Cour internationale de justice avait indiqué que « tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu ». *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, 1971 Cour internationale de justice à la p 19. Il convient toutefois de préciser qu'en droit international les traités sont pour la plupart explicitement non rétroactifs.
[638] De manière générale, il existe une présomption selon laquelle, en l'absence d'indication contraire, les traités doivent être compris comme s'appliquant aux situations survenant après leur entrée en vigueur. Toutefois, il est parfaitement possible d'adopter un traité ayant des effets rétroactifs. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1155 RTNU 331, Vienne, ONU, 1969 art. 28; *Supra* note 635 au Principe 1.
[639] *Supra* note 61 art. 15.

soit qui a eu lieu avant l'entrée en vigueur », et elle ne limite pas le droit « d'un État ou d'une autre personne d'intenter, en dehors du cadre de la présente Convention, une action en restitution ou retour d'un bien culturel volé ou illicitement exporté avant l'entrée en vigueur de la présente Convention »[640].

Il convient également de souligner que si la nature licite ou illicite d'un acte doit être évaluée au regard des normes en vigueur à l'époque des faits, les violations ayant un caractère continu peuvent être jugées au regard des standards les plus récents, bien qu'elles aient commencé avant l'entrée en vigueur des instruments juridiques pertinents. L'article 14(2) du *Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* stipule en effet que « la violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale »[641]. On constate ainsi que les mécanismes de plaintes en matière de droits humains rejettent généralement les soumissions portant sur des violations ayant eu lieu avant l'entrée en vigueur du traité concerné, à moins que les faits ne persistent après cette date[642]. En 1958 par exemple, dans l'affaire *De Becker c. Belgique*, le requérant se plaignait d'une situation devenue illicite en raison de l'entrée en vigueur de la *Convention européenne des droits de l'homme*. En réponse aux fins de non-recevoir opposées par le gouvernement belge, la Commission européenne admit la recevabilité *ratione temporis* de la plainte et la porta devant la Cour européenne. Bien que la violation eût débuté avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Belgique en 1955, la Cour a considéré qu'elle s'était prolongée après cette date et conclut que le requérant se trouvait dans une situation illicite continue[643]. De même,

---

[640] *Supra* note 61 art. 10.
[641] Commission du droit international, *supra* note 4 art. 14(2).
[642] Voir par exemple *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 2131 RTNU 83, New York, ONU, 1999 art 4(2)e]; *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 2518 RTNU 283, New York, ONU, 2006 art 2 f); *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 2922 RTNU 37, New York, ONU, 2008 art 3(2)b]; *Supra* note 17 art 8.
[643] *De Becker c Belgique*, [1962] 214/56 à la p 8. Voir aussi Robert Pelloux, « L'arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme dans l'affaire De Becker » (1962) 8:1 Annu Fr Droit Int 330-346; Giovanni Distefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité » (2006) 52:1 Annu Fr Droit Int 1-54. La Cour européenne continuera de recourir à la notion de violation continue pour établir sa compétence dans des affaires ultérieures. Voir par exemple *Loizidou c Turquie*, [1996] 15318/89 au para 41.

dans l'affaire *Sandra Lovelace c. Canada* présentée en 1981, le Comité des droits de l'homme en charge de l'application du PIDCP avait souligné que :

> *The Committee is not competent, as a rule, to examine allegations relating to events having taken place before the entry into force of the Covenant and the Optional Protocol*. […] *The Committee recognizes, however, that the situation may be different if the alleged violations, although relating to events occurring before 19 August 1976, continue, or have effects which themselves constitute violations, after that date. In examining the situation of Sandra Lovelace in this respect, the Committee must have regard to all relevant provisions of the Covenant*. (nous soulignons)[644]

Dans le même ordre d'idée enfin, les développements récents en droit international, en particulier en matière de droit de l'environnement, anticipent la possibilité d'une application rétroactive des normes juridiques. En vertu du concept « pollueur payeur » notamment, une entreprise pourrait devoir payer pour des dommages liés à une pollution découlant d'actes non illicites au moment de leur réalisation[645]. Il serait donc possible, suivant cette logique, de soutenir que les destructions culturelles qui se poursuivent sous la forme de politiques discriminatoires, de même que les recels de biens culturels spoliés pendant la colonisation, pourraient faire l'objet de mesures de réparation, bien que les actes de destruction et de spoliation initiaux ne soient pas considérés comme illicites en vertu du droit applicable à l'époque des faits.

Au regard de l'importance de la culture et des patrimoines culturels pour les individus et les communautés, considérant le fait que certaines destructions culturelles ont été considérées comme des crimes de persécution au titre de crime contre l'humanité (comme nous le verrons dans la partie suivante), et compte tenu du fait que les conséquences de certaines de ces destructions perdurent aujourd'hui, il nous apparaît que certains actes de persécution ou de destruction culturelle pourraient éventuellement être considérés comme

---

[644] *Lovelace c Canada*, 1981 CCPR/C/OP/1/24/1977 Comité des droits de l'homme aux para 10-11. Dans des affaires subséquentes, le Comité a rappelé qu'une violation persistante s'entend de la prolongation, par des actes ou de manière implicite, de violations commises antérieurement par l'État partie. Les mesures prises avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif (pour l'État concerné) doivent continuer à produire des effets qui, en eux-mêmes, constitueraient une violation de l'un des droits consacrés dans les articles invoqués après l'entrée en vigueur du Protocole. Cependant, le seul fait que l'auteur n'ai toujours pas reçu de réparation après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif n'équivaut pas à la persistance d'une violation antérieure. Voir notamment *Armand Anton c Algérie*, 2006 CCPR/C/88/D/1424/2005 Comité des droits de l'homme.

[645] Shelton, *supra* note 6 à la p 460.

suffisamment graves pour constituer des exceptions à la non-rétroactivité des instruments pertinents. Comme le résume Francesco Francioni :

> […] *even in the absence of specific protecting instruments in force at the time the injury occurred, the principle of non-retroactivity would not cover the most serious breaches of human rights and humanitarian law. It would be difficult to defend a position whereby acts of genocide, mass deportation, and deprivation of the means of livelihood* […] *were sheltered from legal scrutiny and responsibility on the dubious assumption that they were "legal" at the time of their commission*.[646]

Toutefois, même dans l'hypothèse où une application rétroactive des instruments juridiques serait envisagée, un second obstacle en lien avec la temporalité pourrait survenir avec l'application du principe de prescription.

1.1.2. Le principe de prescription

La plupart des systèmes juridiques à travers le monde instaurent en effet des délais maximums entre la commission d'un crime, ou sa prise de conscience/connaissance par la victime, et l'action en justice[647]. Une fois ce délai écoulé, il n'est plus possible pour la victime d'entamer des poursuites judiciaires. On parle dans ce cas de prescription « extinctive ». À l'inverse, le principe de prescription peut également, sous certaines conditions, permettre de « gagner » un droit. Une personne (physique ou morale) pourrait ainsi être reconnue comme le propriétaire légitime d'un bien (par exemple un terrain, un bijou ou un tableau), lorsque ce dernier est en sa possession depuis un certain temps. On parle alors de prescription « acquisitive »[648]. Les justifications habituelles de ces délais de prescription sont de diverse nature : protéger le défendeur des actions tardives, accélérer les procédures dans l'intérêt de la justice, protéger l'ordre public, protéger l'intérêt de la certitude commerciale et garantir la sécurité et la prévisibilité du droit. Ces éléments

---

[646] Francioni, *supra* note 47 à la p 43.

[647] En règle générale, les délais de prescription courent à partir du moment où une personne a connaissance de tous les éléments essentiels, à savoir : la faute, le dommage et le lien entre les deux. Plusieurs types d'évènements ou situations peuvent toutefois retarder, suspendre ou réinitialiser le décompte.

[648] La période de temps nécessaire est généralement de dix ans pour un immeuble et de trois ans pour un bien meuble (bijou, livre, tableau, etc.). Ces délais et les conditions qui doivent être respectées peuvent toutefois varier en fonction des biens concernés et des règles de droit interne propres à chaque État. Perrot, *supra* note 145 aux pp 273-275.

requièrent en effet, entre autres, que la situation juridique corresponde à la situation apparente – c'est-à-dire qu'une personne qui possède un bien, et semble en être le propriétaire, doit être traitée comme telle une fois écoulé un certain délai.

La plupart des conventions internationales sont silencieuses sur la question de la prescription et laissent aux États la liberté d'établir leurs propres délais dans leurs législations nationales[649]. Seule la *Convention UNIDROIT de 1995 sur la restitution des biens culturels volés ou illégalement exportés*, visant justement à uniformiser les législations nationales des États parties, prévoit différents délais. À titre d'exemple, l'article 3 de la Convention dispose que « [t]oute demande de restitution doit être introduite dans un délai de trois ans à compter du moment où le demandeur a connu l'endroit où se trouvait le bien culturel et l'identité du possesseur et, dans tous les cas, dans un délai de cinquante ans à compter du moment du vol »[650]. Quant aux individus ayant acquis de bonne foi des objets illicitement exportés, la Convention prévoit qu'il revient aux autorités compétentes de décider s'ils peuvent rester propriétaires des biens concernés, ou s'ils doivent en transférer la propriété (à titre gratuit ou moyennant une indemnité équitable)[651]. Il apparaît ainsi, à première vue, que même dans les situations où des normes juridiques contraignantes seraient applicables, l'expiration du délai de prescription prévu par les États ou la Convention UNIDROIT rendrait virtuellement impossibles les revendications pour les atteintes aux patrimoines culturels antérieures à 1970 (au moment où nous écrivons ces lignes) et exclurait de ce fait les demandes de restitution pour la plupart des biens saisis durant la période coloniale, ou encore les demandes de réparation pour les conséquences de l'esclavage sur l'identité culturelle des populations africaines et afro-américaines.

---

[649] Seule la *Convention de San Salvador* adoptée par l'OEA en 1976 prévoit l'imprescriptibilité des demandes de restitution de biens culturels entre les États parties. Son article 6 dispose en effet que : « Le droit de propriété de chaque État sur son patrimoine culturel et les actions intentées pour le recouvrement des biens qui constituent ce patrimoine sont imprescriptibles ».*Convention sur la défense du patrimoine archéologique, historique et artistique des nations américaines (Convention de San Salvador)*, AG/RES. 210 (VI-0/76), Santiago, OEA, 1976 art. 6.

[650] *Supra* note 61 art. 3.

[651] *Ibid* art. 6.

Ici aussi, néanmoins, il faut rappeler que le principe de prescription comprend des exceptions. Plusieurs législations nationales, en particulier dans les pays de *common law*, excluent en effet toute prescription pour certains actes, notamment en matière criminelle. Dans ces pays, certains crimes sont ainsi considérés comme « imprescriptibles », c'est-à-dire que le droit d'entamer des poursuites judiciaires n'est jamais éteint ou altéré. La Convention UNIDROIT de 1995 admet ainsi elle-même l'imprescriptibilité des actions en revendication portant sur le vol de biens culturels faisant partie d'un monument ou d'un site archéologique, ainsi que pour les biens sacrés ou revêtant une importance collective appartenant à, et utilisé par, une communauté autochtone ou tribale dans un État contractant pour un usage traditionnel ou rituel[652].

Aussi, et surtout, il existe un principe de droit international selon lequel la prescription « ne s'applique pas aux violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et aux violations graves du droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international »[653]. L'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité fut en effet énoncée pour la première fois en 1945 dans l'article II § 5 de la loi N° 10 du Conseil de contrôle allié, qui disposait que :

> [d]ans aucun procès ou aucune poursuite pour des crimes précités, l'accusé n'aura le droit d'invoquer le bénéfice d'une prescription accomplie durant la période du 30 janvier 1933 au 1er juillet 1945. De même, il ne sera pas admis que fasse obstacle, tant au procès qu'à la peine, une immunité, grâce ou amnistie accordée sous le régime nazi.[654]

Ce principe est ensuite repris dans la *Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* du 26 novembre 1968[655] ainsi que dans la convention du même nom adoptée par le Conseil de l'Europe le

---

[652] *Ibid* art. 3.
[653] *Supra* note 15 à l'art IV.
[654] Anne-Marie La Rosa, *Dictionnaire de droit international pénal. Termes choisis*, International, Genève, Graduate Institute Publications, 2015 *sub verbo* « Imprescriptible ».
[655] *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, 754 RTNU 73, New York, ONU, 1968. Elle se limite toutefois à empêcher que les règles de droit interne sur la prescription fassent obstacle à la répression des auteurs des crimes internationaux les plus graves, dont les crimes contre l'humanité.

25 janvier 1974[656]. Il convient toutefois de souligner que peu d'États ont ratifié ces conventions[657], en raison notamment de leur définition large et juridiquement trop vague des crimes visés et de l'institution d'une rétroactivité trop absolue[658]. La Commission du droit international elle-même, après de longs débats, avait décidé de supprimer l'article relatif à l'imprescriptibilité dans son projet de *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* adopté en 1996[659].

En dépit de ces hésitations, l'imprescriptibilité des crimes de guerre a néanmoins été érigée au rang de norme coutumière en 2005, au terme de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, dont la Règle 160 rappelle que « les crimes de guerre ne se prescrivent pas »[660], tandis que l'ONU invitait ses États membres à s'assurer que la prescription prévue dans leur droit interne pour des violations qui ne constituent pas des crimes de droit international, y compris les délais applicables aux actions civiles et aux autres procédures, ne soit pas être indûment restrictive[661]. C'est d'ailleurs dans cette logique que, comme le souligne Xavier Perrot :

> […] les exemples sont nombreux qui prouvent que souvent la mémoire culturelle ne s'incline pas face au temps juridique imposé : la prescription devient alors moralement et politiquement impossible. C'est pourquoi depuis la Seconde Guerre mondiale, par exemple, certains États ou certains particuliers n'envisagent pas d'interrompre leurs réclamations par l'effet extinctif de la prescription. Stanislaw Nahlik, s'exprimant à propos de la Pologne, considère ainsi que 'si des œuvres spoliées et jusqu'ici non retrouvées devaient encore jamais apparaître, les principes de prescription ne sauraient être invoqués à l'encontre des demandes polonaises de restitution, et cela conformément à l'adage romain : *Quod ab initio viciosum est, non potest tractu temporis convalescere* [le temps n'efface pas le vice]'.[662]

---

[656] *Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, STE n°82, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1974.
[657] En date du 27 mars 2020, la Convention onusienne compte 55 États parties, tandis que celle du Conseil de l'Europe en compte 8.
[658] Henckaerts & Doswald-Beck, *supra* note 14 Règle 160.
[659] La Rosa, *supra* note 654 *sub verbo* « Imprescriptible ».
[660] Henckaerts & Doswald-Beck, *supra* note 14 Règle 160.
[661] *Supra* note 15 art. IV.
[662] Perrot, *supra* note 145 aux pp 278-279. Voir aussi Alessandro Chechi, « Alternative Dispute Settlement Mechanisms » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 718 à la p 736; Philippe Gout, *La restitution des biens culturels en cas de trafic illicite* Paris 2 Panthéon-Assas, 2011) [unpublished] à la p 122.

Au regard de ce qui vient d'être présenté, on peut ainsi considérer que les atteintes aux patrimoines culturels, à tout le moins les atteintes les plus graves relevant de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, pourraient bénéficier d'exceptions au principe de non-rétroactivité des instruments internationaux, et/ou au principe de prescription. Comme le souligne là aussi Xavier Perrot en matière de restitution des biens culturels spoliés : « l'imprescriptibilité des actions en revendication pourrait […] constituer une des composantes indispensables à un statut juridique spécial des biens culturels »[663].

1.2. L'identification des débiteurs et des bénéficiaires de la réparation

Or, en supposant que le crime en lui-même puisse être reconnu comme tel, ou que ses « effets continus » puissent être condamnés, un nouvel obstacle apparaît avec l'identification des entités ou individus qui pourraient être tenus responsables, et des groupes ou individus qui pourraient bénéficier des éventuelles mesures de réparation.

1.2.1. De la responsabilité individuelle à la responsabilité collective

Concernant l'identification des auteurs de crimes, il est en effet possible de contester le bien-fondé des demandes de réparation dans la mesure où la responsabilité, et l'obligation de réparation qui en découle, ne sont en principe établies que lorsque les individus ont pris *directement* part aux faits illicites ou, dans certains cas, si les actes commis sont le fait d'un subordonné ou d'une personne dont ils ont la charge[664]. Une telle responsabilité serait donc éteinte dans la plupart des situations d'injustices historiques dans lesquelles les individus pouvant être tenus responsables des actes criminels sont aujourd'hui disparus[665]. Pour Bernard Boxill notamment : « [*s*]*ince present day citizens*

---

[663] Perrot, *supra* note 145 à la p 292.

[664] Comme indiqué en introduction de cette thèse, le droit international humanitaire prévoit qu'un supérieur hiérarchique (civil ou militaire) peut être tenu responsable, par omission, de la conduite illégale d'un subordonné. Voir par exemple Henckaerts & Doswald-Beck, *supra* note 14 Règle 153; note 42 art. 28. De même, plusieurs systèmes juridiques de droit civil et de *common law* prévoient la possibilité d'une « responsabilité pour fait d'autrui », notamment dans le cadre de relations employeur-employé, ou parent/gardien-enfant. Voir par exemple Kreit, *supra* note 42; Le Tourneau, *supra* note 42.

[665] Voir notamment Joel Feinberg, « Collective Responsibility » (1968) 65:21 J Philos 674; George Schedler, « Responsibility for an Estimation of the Damages of American Slavery » (2003) U Mem Rev 307 aux pp

were not complicit in the crime, [*the claim for reparation*] *can only be based on the morally repugnant idea that individuals can be burdened with the duties that other people incurred* »[666]. De même, s'il peut exister une responsabilité partagée entre les individus, par exemple dans l'instauration d'un climat d'intolérance ou de discrimination raciale, on considère généralement que chaque individu n'est responsable que de ses propres actes ou omissions[667].

Cette absence de responsabilité individuelle pourrait toutefois être remplacée par un principe de responsabilité collective ou institutionnelle, laquelle pourrait en outre s'appliquer aux relations entre des groupes non contemporains[668]. Pour Janna Thompson notamment, cette « collectivisation » ou « institutionnalisation » de la responsabilité découle du fait même que notre société est intergénérationnelle :

> *Individuals have historical responsibilities, according to my account, because as citizens they belong to an intergenerational partnership. They do not have a blood guilt because of the sins of the forebears. They acquire obligations because they share responsibility for the maintenance of institutions, for honouring those who made great contributions to the fulfilment of this responsibility, and for making recompense for the wrongs that were done by their institutions or by those who were given the responsibility of managing them*.[669]

Une telle approche est également défendue par des auteurs tels que Michael Walzer, pour qui la citoyenneté est une « destinée commune » pouvant impliquer l'obligation d'assumer les conséquences d'actes auxquels on n'a pas souscrit[670], ou encore Thomas Franck qui souligne :

> *In modern international law, the state no longer owns the individual; rather, the individuals collectively own the state. With the privilege of that new status, the*

---

317 et 340-350; Janna Thompson, « Collective Responsibility for Historic Injustices » (2006) 30:1 Midwest Stud Philos 154 à la p 157. Voir aussi Perez, *supra* note 66 aux pp 60-98.

[666] Bernard R Boxill, « A Lockean Argument for Black Reparations » (2003) 7:1 J Ethics 63 à la p 71; Shelton, *supra* note 6 à la p 457; Posner & Vermeule, *supra* note 50 à la p 699.

[667] Larry May, « Collective Inaction and Shared Responsibility » (1990) 24:2 Noûs 269 aux pp 273-274.

[668] Thompson, « Collective Responsibility for Historic Injustices », *supra* note 665 à la p 156; Amy J Sepinwall, « Responsibility for Historical Injustices; Reconceiving the Case for Reparations » (2006) 22 J Law Polit 183; Farid Abdel-Nour, « National Responsibility » (2003) 31:5 Polit Theory 693 aux pp 694-695; Brian Lawson, « Individual Complicity in Collective Wrongdoing » (2013) 16:2 Ethical Theory Moral Pract 227; Margaret Gilbert, *Living Together*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1996.

[669] Janna Thompson, « Apology, historical obligations and the ethics of memory » (2009) 2:2 Mem Stud 195 à la p 207.Voir aussi Shelton, *supra* note 6 à la p 457.

[670] Michael Walzer, *Just And Unjust Wars: A Moral Argument With Historical Illustrations*, 4e édition éd, New York, Basic Books, 2006.

> *people who constitute the modern state must willingly accept their share in state responsibility, not try to shirk it. When a state deliberately leads, helps, trains, arms, clothes, pays and inspires those who do commit genocide, then, while the passive citizenry does not share the perpetrators' guilt, it does share responsibility for the enormity of what was done in the citizenry's name and the citizens' responsibility to help make amends*.[671]

Pour d'autres auteurs, cette responsabilité collective intergénérationnelle serait d'autant plus justifiée qu'en tant que société, nous continuons souvent de bénéficier socialement et économiquement des crimes du passé. Au sujet des peuples autochtones australiens par exemple, Robert Sparrow écrit :

> *We continue to benefit from past acts of dispossession, extermination and forced assimilation. This is especially clear with regards to dispossession which we profit from to the tune of billions of dollars of export income every year. But we also benefit by not paying the price of altering the dynamics of extermination and assimilation, in particular of providing the resources which are necessary to allow self determination for Aboriginal peoples*.[672]

Janna Thompson, mais aussi Joel Feinberg ou encore Chandran Kukathas, suggèrent ainsi la possibilité d'une responsabilité « institutionnelle » des États, des Églises ou encore des entreprises publiques et privées pour les crimes commis par leurs membres dans le cadre des politiques de colonisation, d'esclavage ou encore de destruction ou d'assimilation culturelle[673]. Certains auteurs rappellent d'ailleurs qu'il s'agit d'une pratique courante. Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale par exemple, des dirigeants d'entreprises allemandes ayant eu recours au travail forcé ont présenté leurs excuses et se sont engagés dans des processus de réparation des crimes commis par leurs prédécesseurs[674].

---

[671] Thomas M Franck, « Individual Criminal Liability and Collective Civil Responsibility: Do They Reinforce or Contradict One Another? » 6:3 Wash Univ Glob Stud Law Rev 567-573 aux pp 572-573.

[672] Robert Sparrow, « History and collective responsibility » (2000) 78:3 Australas J Philos 346-359 à la p 355.

[673] Thompson, « Collective Responsibility for Historic Injustices », *supra* note 665; Feinberg, *supra* note 665; Chandran Kukathas, « Responsibility for past injustice: how to shift the burden » (2015) 2:2 Polit Philos Econ 165. Voir aussi Boxill, « A Lockean Argument for Black Reparations », *supra* note 666.

[674] Holocaust victim assets litigation, *supra* note 50; « Nazisme: le devoir de mémoire inachevé des entreprises allemandes », *L'Obs* (27 octobre 2013), en ligne: <https://www.nouvelobs.com/societe/20131027.AFP0207/nazisme-le-devoir-de-memoire-inacheve-des-entreprises-allemandes.html>; Thompson, « Collective Responsibility for Historic Injustices », *supra* note 665 à la p 159; Thomas Craemer, « International Reparations for Slavery and the Slave Trade » (2018) J Black Stud 1 à la p 3; Chad Bryan, « Precedent for Reparations ; A Look at Historical Movement for Redress and Where Awarding Reparations for Slavery Might Fit » (2003) 54 Ala Rev 599 aux pp 602-603; Yamamoto, *supra* note 50; Charles J Ogletree, « The Current Reparations Debate » (2003) 36:5 UC Davis Rev 1051 à la p 1069; Posner & Vermeule, *supra* note 50; John Authers, « Making Good Again: German Compensation

De même en 2001, les débats durant les conférences préparatoires dans les Amériques, en Afrique et en Asie en prévision de la *Conférence de Durban sur le racisme* abordaient le problème des torts passés (principalement en matière d'esclavage) et la nécessité pour les anciennes métropoles coloniales de réparer les préjudices causés. Le sujet reste toutefois contentieux lors de la Conférence elle-même, avec la ferme opposition de nombreux États (notamment ceux d'Europe de l'Ouest, ainsi que les États-Unis, le Canada, le Japon ou encore l'Australie) à l'idée de mettre en place un système de réparations internationales[675]. La Déclaration finale se limite ainsi à regretter profondément « les immenses souffrances humaines » subies du fait de l'esclavage et de l'apartheid, et invite les États ne l'ayant pas encore fait à « trouver les moyens appropriés de concourir au rétablissement de la dignité des victimes » et à prendre « des mesures appropriées et efficaces pour mettre fin aux conséquences durables des pratiques en cause et y remédier »[676].

En effet, les notions de responsabilités collectives ou institutionnelles sont loin de faire consensus, et soulèvent d'importants enjeux, aussi bien théoriques que pratiques[677]. Concernant les descendants d'esclaves par exemple, Stephen Kershnar soutient que :

> *The federal government does not owe compensation, since as a historical matter it permitted but did not cause enslavement. The beneficiaries of slavery do not owe compensation, since merely receiving the benefit of an unjust activity does not by itself generate a debt of compensation*.[678]

En matière de justice pénale internationale par ailleurs, on considère que le développement du principe de responsabilité individuelle devait justement permettre d'éviter les dérives et les obstacles à la réconciliation qui surgissent lorsque les responsabilités sont attachées à une population dans son ensemble. Pour justifier la création

---

for Forced and Slave Laborers » dans Pablo De Greiff, dir, *Handb Repar*, Oxford, Oxford University Press, 2006 420; Shelton, *supra* note 6 aux pp 428-464.

[675] Chris McGreal, « Africans back down at UN race talks », *the Guardian* (9 septembre 2001), en ligne: <http://www.theguardian.com/world/2001/sep/09/race.chrismcgreal>.

[676] *Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée. Déclaration et Programme d'action*, Durban, ONU, 2001 aux para 98-106.

[677] Frédéric Mégret, « Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international » (2013) 71:2 Rev Interdiscip Détudes Jurid 83-136; Toshiaki Kozakaï, « De la responsabilité collective : esquisse d'une théorie de la fiction sociale » (2008) Numéro 494:2 Bull Psychol 131-144; Stephen Kershnar, « The Inheritance-Based Claim to Reparations » (2002) 8:2 Leg Theory 243-267; Posner & Vermeule, *supra* note 50 à la p 703 et suiv.

[678] Kershnar, « The Inheritance-Based Claim to Reparations », *supra* note 677 à la p 267.

du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, et la poursuite des principaux dirigeants politiques et militaires, Sir Hartley Shawcross, ancien Procureur britannique à Nuremberg, écrivait par exemple : « *there can be no reconciliation unless individual guilt for the appalling crimes of the last few years replaces the pernicious theory of collective guilt on which so much racial hatred hangs* »[679]. De même, pour Frédéric Mégret, la responsabilité individuelle viserait à :

> […] stigmatiser les Nazis, les responsables du *Hutu power* ou encore les leaders bosno-serbes justement afin de mieux écarter d'eux les populations, en leur offrant en échange une forme d'absolution implicite. On précipite ainsi un glissement vers un état d'amnésie doux, mais qui permettra à une société d'aller de l'avant sans devoir se confronter quotidiennement au reflet de ses propres turpitudes.[680]

L'auteur se montre néanmoins critique des dérives associées au développement de la responsabilité individuelle, en soulignant que celle-ci tend malgré tout à occulter les responsabilités étatiques et à la « dissimulation des responsabilités sociales »[681].

Malgré ces débats, recourir au principe de responsabilité collective et/ou institutionnelle en matière de justice intergénérationnelle permettrait de contourner le problème de l'absence, parfois totale, de responsabilité individuelle compte tenu du temps écoulé. La responsabilité collective serait justifiée par le fait que les descendants des auteurs de crimes continuent souvent de bénéficier, individuellement ou collectivement, des conséquences des crimes commis par les générations précédentes. Quant à la responsabilité institutionnelle (Églises, entreprises ou gouvernements), elle serait justifiée par le fait que ces institutions existent indépendamment de l'identité des individus qui les composent et sont, en règle générale, détentrices d'obligations, de dettes et de responsabilités à long terme[682]. Par exemple, la responsabilité politique de l'État est

---

[679] Tel que cité dans Mégret, « Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle », *supra* note 677 à la p 90.
[680] *Ibid*.
[681] *Ibid* à la p 115.
[682] Thompson, « Collective Responsibility for Historic Injustices », *supra* note 665 aux pp 159-160; Ogletree, *supra* note 674 à la p 1069; Shelton, *supra* note 57 aux pp 49 et 59-62; Feinberg, *supra* note 665 à la p 687; Boxill, « A Lockean Argument for Black Reparations », *supra* note 666 aux pp 65-66 et 71; Kukathas, *supra* note 673 aux pp 180-185.

garantie par des traités internationaux dont le respect ne dépend bien évidemment pas des individus qui les ont ratifiés.

1.2.2. La « non-existence » et le « droit d'héritage »

Toutefois, le corollaire de la responsabilité établit aussi qu'en vertu d'un « principe d'exclusion », seule une personne (ou un groupe) directement victime d'un préjudice peut légitimement en demander la réparation. Il est impossible de demander réparation pour le préjudice subi par un tiers. Le problème des revendications pour les préjudices passés résiderait alors dans le fait que les personnes réclamant justice ne sont généralement pas, parfois depuis plusieurs générations, les victimes directes de l'injustice[683]. Pour obtenir réparation, elles doivent donc démontrer qu'elles subissent encore les effets des crimes commis contre leurs ancêtres, ou que leurs propres droits et intérêts ont été violés. Sur ce point, survient alors le problème de la « non-existence ».

Soulevé initialement par Derek Parfit, ce problème peut être formulé de la façon suivante : dans quelle mesure des individus vivants aujourd'hui peuvent-ils prétendre être lésés par un crime commis contre leurs ancêtres, alors que ces mêmes individus n'existeraient pas — selon toute probabilité — si le crime n'avait pas eu lieu ?[684] Un exemple récurrent dans la littérature pour illustrer ce cas de figure est celui des Afro-Américains dont les ancêtres ont été emmenés de force dans les Amériques et réduits en esclavage[685]. Suivant une interprétation classique du préjudice et de la réparation, une personne est considérée comme étant déjà indemnisée lorsqu'elle se trouve dans situation

---

[683] Jeremy Waldron, « Redressing Historic Injustice » (2002) 52 U Tor LJ 135 à la p 145; Janna Thompson, « Historical Injustice and Reparation: Justifying Claims of Descendants » (2001) 112:1 Ethics 114 à la p 116; Sepinwall, *supra* note 668.

[684] Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1986. Voir aussi Perez, *supra* note 66 aux pp 24-39. Boxill, « A Lockean Argument for Black Reparations », *supra* note 666 à la p 67; George Sher, « Transgenerational Compensation » (2005) 33:2 Philos Public Aff 181.

[685] Un tel argument est parfois utilisé concernant les descendants des victimes de l'Holocauste ou d'autres crimes de persécution. Toutefois c'est la question des réparations pour l'esclavage des populations afro-américaines qui fait l'objet de la littérature la plus abondante. Voir par exemple : Sepinwall, *supra* note 668; Ogletree, *supra* note 674; Yamamoto, *supra* note 50; Andrew Kull, « Restitution in Favor of Former Slaves » (2004) 84 BU Rev 1277; Bryan, *supra* note 674; Boris Bittker, *The Case for Black Reparations*, 2nd éd, Boston, MA, Beacon Press, 2003; Stephen Kershnar, « Are the Descendants of Slaves Owed Compensation for Slavery? » (1999) 16:1 J Appl Philos 95-101.

égale ou meilleure que celle dans laquelle elle se trouverait si le préjudice n'avait pas été commis[686]. Les tenants de cette interprétation soutiennent alors que l'enlèvement, le transport forcé et l'esclavage de leurs ancêtres sont les conditions nécessaires à l'existence même de ceux qui réclament aujourd'hui réparation. Selon cette approche, puisque les descendants d'esclaves n'existeraient pas si leurs ancêtres n'avaient pas été lésés — et l'existence étant généralement considérée préférable à la non-existence —, ils n'auraient donc pas été dans une meilleure situation si ces crimes n'avaient pas été commis. En conséquence, les réparations n'auraient pas lieu d'être[687]. Suivant la même logique, certains auteurs pousseraient le raisonnement encore plus loin en suggérant que certaines injustices historiques auraient en réalité eu des effets bénéfiques. L'esclavage, par exemple, aurait permis aux Afro-Américains d'avoir accès à des ressources (technologiques, économiques, sociales, éducatives, etc.) inexistantes dans les pays d'origine de leurs ancêtres[688]. De même, Taylor Cowen indique, tout en soulignant l'immoralité d'un tel argument, que « *some victims of the Nazis, had they not been driven from their home countries, would not have emigrated to America and become millionaires* »[689]. Là encore, puisque les descendants se trouveraient dans une meilleure situation qu'en l'absence du crime, les demandes de réparation seraient infondées[690].

Confrontés aux difficultés à faire ressortir un lien de causalité entre les souffrances de leurs ancêtres et celles des générations actuelles, plusieurs auteurs ont alors développé

---

[686] Sher, « Transgenerational Compensation », *supra* note 684 à la p 181; Lukas Meyer, « Historical Injustice and the Right of Return » (2004) 5 Theor Inq Law 305 à la p 307; Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, reprint edition éd, New York, Basic Books, 2013.

[687] Meyer, « Historical Injustice and the Right of Return », *supra* note 686 à la p 308; Parfit, *supra* note 684; Perez, *supra* note 66.

[688] Dans un ouvrage paru en 2009 sous le *titre Letters to the Editor : Confessions of a Frustrated Conservative*, l'ancien élu républicain Jon Hubbard écrivait par exemple : « *the institution of slavery that the black race has long believed to be an abomination upon its people may actually have been a blessing in disguise. The blacks who could endure those conditions and circumstances would someday be rewarded with citizenship in the greatest nation ever established upon the face of the Earth.* […] *Knowing what we know today about life on the African continent, would an existence spent in slavery have been any crueler than a life spent in sub-Saharan Africa?* ». Jon Michael Hubbard, *Letters To The Editor: Confessions Of A Frustrated Conservative*, iUniverse, 2009 aux pp 93 et 183-189. Voir aussi Tyler Cowen, « How Far Back Should We Go? Why Restitution Should Be Small » dans Jon Elster, dir, *Retribution Repar Transit Democr*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 17 aux pp 21-22.

[689] Cowen, *supra* note 688 à la p 20.

[690] Voir notamment Kershnar, « Are the Descendants of Slaves Owed Compensation », *supra* note 685 à la p 96; Kershnar, « The Inheritance-Based Claim to Reparations », *supra* note 677.

un argumentaire fondé sur le concept de la « survivance des obligations » (*surviving duties*) et sur l'idée qu'il existe un « droit d'héritage » à la réparation, indépendant de l'identité des descendants. Un tel argumentaire est notamment utilisé par des auteurs comme George Sher, Amy Sepinwall, ou Bernard Boxill pour qui les réparations seraient justifiées par l'absence de compensation ou d'indemnisation que les victimes de crimes commis dans le passé auraient dû recevoir, et qui perdure à ce jour[691]. Les devoirs, corollaires à l'existence d'un droit, peuvent en effet survivre à la disparition du porteur du droit en question. Bernard Boxill souligne ainsi au sujet des descendants d'esclaves :

> *The ancestors of the present black population are dead, and no compensation can make reparation for the harms they suffered. But it does not follow that their rights to reparation evaporated into nothing when they died. When people die their rights to their property, for example, are passed on to their heirs. It is not necessary that the property be in their possession. For example, a person's debtors are not let off the hook just because he dies. The debts they owed him are now owed to his heirs*.[692]

Opter pour une approche fondée sur un droit d'héritage permettrait ainsi de contourner le problème de la non-existence, dans la mesure où un tel droit ne repose pas sur l'identité « génétique » de son porteur. Comme le résume Amy Sepinwall :

> *Inheritance-based claims, in particular, do not depend for their legitimacy on the particular identity of the claimant. While it may be true that the particular child who happened to issue from two slaves would not have been born had slavery not occurred, her claim* […] *holds regardless of who she happens to be, for any child born to these parents would have had a claim to this compensation. As such, this particular child's identity is irrelevant to assessing the legitimacy of her claim. For the same reason, the non-identity problem poses no real obstacle to the claims of the less proximate descendants of slaves, even though it is true that they too would not have existed but for slavery*.[693]

Robert Rodney rappelle ainsi que plusieurs programmes de réparation pour les victimes de l'Holocauste ont versé des compensations non seulement aux victimes du nazisme, mais également à leurs descendants, quand bien même ceux-ci n'existeraient

---

[691] Boxill, « A Lockean Argument for Black Reparations », *supra* note 666 à la p 67; Sepinwall, *supra* note 668; Sher, « Transgenerational Compensation », *supra* note 684 à la p 194; Meyer, « Historical Injustice and the Right of Return », *supra* note 686 à la p 310; Kershnar, « Are the Descendants of Slaves Owed Compensation », *supra* note 685 à la p 99; Kershnar, « The Inheritance-Based Claim to Reparations », *supra* note 677.

[692] Boxill, « A Lockean Argument for Black Reparations », *supra* note 666 à la p 68; Bernard R Boxill, « The Morality of Reparation » (1972) 2:1 Soc Theory Pract 113 aux pp 113-122.

[693] Sepinwall, *supra* note 668 à la p 218.

vraisemblablement pas si le génocide n'avait pas eu lieu[694]. Dans la même logique, les œuvres d'art spoliées pendant la Seconde Guerre mondiale qui font aujourd'hui l'objet de restitutions ne sont pas rendues à leurs propriétaires d'origine, qui sont pour la plupart décédés, mais aux descendants de ceux-ci[695].

Pour Janna Thompson, il conviendrait également de considérer les relations entre les individus, plutôt que les seules relations entre les individus et leurs propriétés. S'appuyant notamment sur une version remaniée de la théorie de la position originelle et des « lignées familiales » de John Rawls[696], l'auteure défend l'idée que les patrimoines familiaux, en raison de leur signification (attachement affectif, expression de l'identité individuelle et familiale ou collective, etc.) doivent bénéficier de considérations particulières et peuvent être l'objet d'un droit d'héritage inconditionnel, indépendamment du fait que les descendants souffrent, ou non, de la perte de ce patrimoine :

> *If an injustice prevents [the descendants] from obtaining the heirlooms to which they have a claim then they are not able to enjoy a meaningful connection with a part of their family's heritage. The fact that families are usually able to survive a loss of heritage is not likely to obliterate the requirement of reparation from the point of view of family lines*.[697]

Une telle approche semble tout indiquée concernant les patrimoines culturels, dans la mesure où leur valeur historique, sociale ou encore spirituelle transcende souvent les considérations matérielles et financières. Elle pourrait en outre s'appliquer aux cas de revendications ne portant pas sur des préjudices matériels, par exemple les pertes linguistiques ou spirituelles, dans la mesure où « *it is the meaning of the injustice to*

---

[694] Rodney C Roberts, « The Counterfactual Conception of Compensation » (2006) 37:3-4 Metaphilosophy 414-428 aux pp 421-422. Voir aussi Posner & Vermeule, *supra* note 50 à la p 700.

[695] Kate Taylor, « AGO returns painting to family but Holocaust restitution group says it may have gone to wrong heirs », *Globe Mail* (2021), en ligne: <https://www.theglobeandmail.com/arts/art-and-architecture/article-ago-returns-painting-looted-during-war-to-family-but-restitution-group/>.

[696] Dans son ouvrage *A Theory of Justice*, John Rawls affirme en effet que les êtres placés en situation de « position originelle » et en charge de déterminer les principes de justice pour leur société devraient être considérés non seulement comme des individus, mais également comme des représentants de « lignées familiales » : « *The parties are thought of as representing continuing lines of claims, as being so to speak deputies for a kind of everlasting moral agent or institution, They need not take into account its entire life span in perpetuity, but their goodwill stretches over at least two generations* ». Rawls, *supra* note 115 à la p 128.

[697] Thompson, « Justifying Claims of Descendants », *supra* note 683 à la p 131.

descendants, not the immediacy of the causal relationship, which is crucial »[698]. Dans ces circonstances :

> *The most appropriate way for people of a society to make reparation for such injustice may be to acknowledge that the deed or policy was a serious injustice and to make an apology. An approach to reparation which emphasizes the perspective of representatives of family lines thus makes intelligible, and provides a justification for, a common demand made by descendants of victims of injustice. […] An injustice to family lines does not entitle disadvantaged descendants to more social resources than members of any other group of disadvantaged people. Nevertheless, it creates a special obligation that should be fulfilled by a society that aims to be just.*[699]

Finalement, des raisons morales justifieraient également l'idée d'un devoir des vivants envers les défunts, et en particulier la protection ou la promotion de valeurs importantes au regard de relations sociales saines[700]. En ce qui concerne le respect des vœux testamentaires d'un mourant, par exemple, la confiance et le respect seraient en jeu, car il ne sera pas en mesure de déterminer si les promesses qui lui ont été faites ont été tenues ou non[701].

Pour Jeremy Waldron cependant, parmi d'autres auteurs : « [*j*]*ustice, we say, is a matter of the greatest importance. But the importance to be accorded to it is relative to what may actually happen if justice is not done, not to what might have happened if injustice in the past had been avoided* »[702]. Dans cette optique, il faudrait se concentrer sur les droits et obligations que les individus existants actuellement ont les uns envers les autres, et dans une perspective libérale et distributive, sur la manière dont les ressources devraient

---

[698] *Ibid* à la p 134.
[699] *Ibid* à la p 135.
[700] Dans la mesure où toutes les personnes n'ont pas, de leur vivant, l'opportunité ou le désir d'avoir un impact spécifique sur l'avenir, ou n'expriment pas explicitement un tel souhait par le biais d'engagements contractuels, il faut supposer que les individus ont généralement des intérêts en ce qui concerne les situations posthumes. On peut penser, par exemple, que les gens souhaitent généralement jouir d'une bonne réputation tant de leur vivant qu'après leur mort. Thompson, « Apology, historical obligations and the ethics of memory », *supra* note 669 à la p 205.
[701] Ernest Partridge, « Posthumous Interests and Posthumous Respect » (1981) 91:2 Ethics 243; Lukas Meyer, « Obligations persistantes et réparation symbolique » (2003) 101:1 Rev Philos Louvain 105-122 aux pp 108-110; Axel Gosseries, « A-t-on des obligations envers les morts ? » (2003) 1 Rev Philos Louvain 80-104; Cowen, *supra* note 688 aux pp 28-29.
[702] Jeremy Waldron, « Redressing Historic Injustice » (2002) 52 U Toronto LJ 135 à la p 159.

être réparties entre ces individus et, plus récemment, vis-à-vis des générations futures. Cette position libérale peut être définie par deux propositions :

> *The first is that the institutions, principles and ideals of citizens of a liberal democratic political society can be justified without reference to the historical past.* […] *The second proposition is that citizens of such a polity have no collective historical obligations or entitlements. They cannot make any legitimate claims on the basis of their history or the deeds or suffering of their predecessors; and they have no obligations that arise from the historical past.*[703]

Pour les tenants de cette approche libérale, l'octroi de réparations, lorsque cette idée est acceptée, reposerait donc uniquement sur l'exigence d'une distribution équitable des ressources pour compenser la situation désavantageuse dans laquelle les populations victimes de la colonisation ou de l'esclavage se trouvent aujourd'hui, et ne découlerait pas d'une quelconque responsabilité historique. Pour David Lyons, par exemple, la restitution des terres revendiquées par les peuples autochtones serait justifiée non en raison d'un droit historique de ces peuples sur ces terres, mais parce que leur restitution aiderait à surmonter la situation économique et sociale désavantageuse dans laquelle ils se trouvent aujourd'hui[704]. Dans une logique similaire, Michael Levin soutient de son côté que les aides économiques et sociales offertes dans le cadre de l'« État providence » — et financées par les impôts des citoyens — offriraient déjà une forme de compensation collective pour les inégalités historiques, en l'espèce celles découlant de l'esclavage :

> *Michael Levin argues that in the United States there is an enormous transfer of wealth from whites to blacks every year. He argues that since blacks make considerably less money on average than do whites, since blacks constitute about 40% of welfare dependency, and since income taxes are progressive, there is a net annual white-to-black transfer of about $75 billion. Using 1990 dollars, this is equivalent to a Marshall Plan for blacks every three years*.[705]

---

[703] Thompson, « Apology, historical obligations and the ethics of memory », *supra* note 669 à la p 197.
[704] Jeremy Waldron, « Redressing Historical Injustice » dans Lukas H Meyer, *Justice in Time: Responding to Historical Injustice*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, 55 à la p 67. Thompson, « Apology, historical obligations and the ethics of memory », *supra* note 669 à la p 200; Dagan, *supra* note 624 aux pp 1153-1154. Voir aussi Perez, *supra* note 66 à la p xiv; Zwarthoed, *supra* note 612 aux pp 215-216. Dans le même ordre d'idée, certains opposants soutiennent que la lutte contre les violations actuelles des droits humains serait plus importante que les réparations pour les violations passées, voire qu'elle constituerait en soi une forme de réparation. Shelton, *supra* note 6 aux pp 458-459.
[705] Tel que rapporté dans Kershnar, « The Inheritance-Based Claim to Reparations », *supra* note 677 à la p 262.

Contre cette approche libérale et a-historique de la réparation, il faut cependant rappeler que les programmes sociaux dont bénéficient les groupes les plus défavorisés s'inscrivent dans une obligation générale et minimale qu'ont les États d'assurer la survie et le bien-être de l'ensemble de leur population, et ne sauraient donc être considérés comme des formes de réparations. Il faut aussi souligner que l'histoire et la mémoire collective jouent un rôle crucial dans l'octroi de réparations appropriées[706]. Pour reprendre les termes de Janna Thompson au sujet de la restitution des terres autochtones : « *a justification of land rights that appeal to economic needs rather than history does not answer to the interests of most indigenous communities* »[707]. Les demandes de réparations ne sont en effet pas de simples demandes de compensation pour les inégalités ou la pauvreté éventuelle dans laquelle se trouvent les descendants des victimes, mais sont aussi une demande de reconnaissance des injustices perpétrées contre leurs ancêtres[708]. La signification des injustices historiques ne réside donc pas exclusivement dans leurs conséquences socio-économiques sur les générations actuelles, mais réside aussi dans le fait que des individus ont été victimes de ces injustices dans le passé[709]. Or quand des droits ont été violés, la réputation posthume des victimes dépend notamment de la reconnaissance de leur état de victimes, et de l'identification et de la responsabilisation des auteurs des violations[710]. En outre, la reconnaissance et la réparation des injustices pourraient constituer un moyen de surmonter les traumatismes ou leurs séquelles[711], voire être un outil de transformation sociale et politique par la reconnaissance des injustices systémiques[712].

---

[706] Thompson, « Apology, historical obligations and the ethics of memory », *supra* note 669; Kukathas, *supra* note 673 aux pp 167 et 172-174.
[707] Thompson, « Apology, historical obligations and the ethics of memory », *supra* note 669 à la p 201; Thompson, « Justifying Claims of Descendants », *supra* note 683 à la p 120; Paul Patton, « Historic Injustice and the Possibility of Supersession » (2005) 26:3 J Intercult Stud 255 à la p 256.
[708] Thompson, « Justifying Claims of Descendants », *supra* note 683 à la p 120; Ogletree, *supra* note 674 à la p 1056; Shelton, *supra* note 57 à la p 49.
[709] Meyer, « Obligations persistantes et réparation symbolique », *supra* note 701 à la p 105.
[710] Partridge, *supra* note 701; Margalit Avishai, *The Ethics of Memory*, harvard university press éd, Harvard, 2004; note 611; Meyer, « Obligations persistantes et réparation symbolique », *supra* note 701 à la p 115.
[711] Yamamoto, *supra* note 50 à la p 478. Voir aussi Gomez Isa, *supra* note 624 à la p 4; Yael Danieli, dir, *International Handbook of Multigenerational Legacies of Trauma*, Springer Series on Stress and Coping, New York, Springer US, 1998.
[712] Yamamoto, *supra* note 50; Rebecca Tsosie, « Acknowledging the past to heal the future: The role of reparations for native nations » dans Jon Miller, dir, *Repar Interdiscip Inq*, oxford university press éd, Oxford, 2007 43.

Toutefois, dans l'éventualité de l'octroi de réparations aux descendants des victimes de crimes historiques, un troisième obstacle apparaît en lien avec l'évaluation de ces dommages, le montant, et plus généralement la nature même, des réparations qui devraient être accordées.

1.3. L'évaluation des dommages

En effet, le dernier obstacle en lien avec la temporalité des dommages culturels porte sur l'établissement de liens de causalité entre les faits illicites et les préjudices, et sur l'évaluation des dommages subis par les victimes ou leurs descendants. Compte tenu du temps écoulé depuis la commission du crime, deux arguments opposés aux réparations sont souvent invoqués : l'existence de situations « contrefactuelles », et la possibilité d'une « annulation » des injustices en raison de changements circonstanciels.

1.3.1. Les situations « contrefactuelles »

La théorie des situations « contrefactuelles » tout d'abord, telle que développée par Jeremy Waldron, veut qu'il existe une incertitude quant à tous les évènements qui auraient pu, ou non, se produire en l'absence de la violation. Ainsi que bien qu'il soit possible de réaliser certaines prédictions, il serait impossible de déterminer précisément ce qui aurait pu se passer et donc d'accorder des réparations adéquates :

> *For example, suppose (counterfactually) that a certain block of land in New Zealand had not been wrongfully appropriated from some Maori group in 1865. Then we must ask ourselves, "What would the rightful owners of that land have done with it, if the wrongful appropriation had not taken place?" To ask this is to ask, in part, about how they would have exercised their freedom if they had a real choice. Would they have held on to the land and passed it on to their children and grandchildren? Or would they have sold it—but this time for a fair price—in response to the first honest offer they were given? And, if they had, then what would the purchaser have done with it? Sold it again? Passed it on to his children? Lost it in a poker game?*[713]

[713] Waldron, « Redressing Historic Injustice », *supra* note 683 à la p 144; Jeremy Waldron, « Superseding Historic Injustice » (1992) 103:1 Ethics 4 à la p 9. Voir aussi Kershnar, « The Inheritance-Based Claim to Reparations », *supra* note 677 à la p 258; Cowen, *supra* note 688 à la p 19.

George Sher, Lukas Meyer et Janna Thompson, reconnaissent également que la recevabilité des demandes de réparation dépend des actions/inactions imputables aux demandeurs eux-mêmes. En d'autres termes, et conformément à une conception classique de la réparation, plus la situation dans laquelle se trouvent les descendants est attribuable à leurs propres actions ou inactions, moins la situation hypothétique obtenue sans la violation devient un facteur pertinent pour déterminer la légitimité de leurs revendications, ou le montant des dédommagements[714]. Il serait nécessaire, suivant la même logique, de prendre en compte l'ensemble des actions/inactions imputables à toutes les générations d'individus depuis que l'injustice s'est produite.

En réponse à la problématique des situations contrefactuelles, il est toutefois possible d'affirmer que si elles sont une réalité qui doit être prise en compte, elles ne constituent pas, en elles-mêmes, un obstacle insurmontable dans la mesure où les tribunaux à travers le monde y sont confrontés quotidiennement. En effet, le calcul des sommes d'agent allouées à des victimes au titre de « dommages et intérêts » dans différentes branches du droit peut prendre en compte des données concrètes (par exemple les pertes financières suite à un congédiement ou un accident), mais aussi reposer sur des projections ou probabilités (par exemple dans le cas d'une perte de chiffre d'affaires pour cause de concurrence déloyale, ou dans le cas des dédommagements pour la « perte de chance »)[715]. On observe également que dans certains systèmes juridiques, des dommages et intérêts peuvent être accordés pour des dommages qui n'entraînent pas nécessairement une diminution des revenus, mais qui ont des effets néfastes sur la vie, comme les douleurs, les souffrances, la perte de jouissance de la vie, ou encore les préjudices esthétiques qui portent atteinte à l'image corporelle d'un individu[716]. Dans cette perspective, il semblerait donc

---

[714] Sher, « Transgenerational Compensation », *supra* note 684 à la p 182; George Sher, « Ancient Wrongs and Modern Rights » (1981) 10:1 Philos Public Aff 3 à la p 13; Meyer, « Historical Injustice and the Right of Return », *supra* note 686 aux pp 310-311; Thompson, « Justifying Claims of Descendants », *supra* note 683 à la p 117; Boxill, « A Lockean Argument for Black Reparations », *supra* note 666 à la p 68.

[715] Douglas Sanderson, « Against Supersession » (2011) 24 Can J Jurisprud 155 à la p 158; Lara Khoury, « Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale » (2014) 59:4 McGill Law J 989-1014.

[716] Voir par exemple Nathalie Vézina, « Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (1993) 24:1 Rev Droit Univ Sherbrooke 161-180.

plausible d'accorder des dommages et intérêts pour les souffrances psychologiques et morales occasionnées par une injustice historique, indépendamment des éventuelles pertes économiques. Felipe Gomez Isa rappelle ici encore qu'il existe des précédents à l'attribution de réparations pour des injustices historiques, en particulier celles octroyées aux victimes de l'Holocauste et à leurs descendants, ou encore aux « femmes de réconfort » coréennes[717].

Par ailleurs, plusieurs auteurs soulignent que compte tenu de la nature des préjudices subis, il faudrait adopter une approche « généreuse » à l'égard des revendications des descendants en leur accordant le bénéfice du doute quant à ce qui aurait pu se produire en l'absence de la violation[718]. Comme le résume Douglas Sanderson : « *What the counterfactual argument is oriented towards is the question of who should (or should not) have possession today. It is simply wrong to suggest that, given a state of uncertainty, the wrongdoer should get the prize* »[719]. De même, Janna Thompson soutient que : « *It would be mean-minded to question the claims of descendants of the victims of Nazis on the grounds that their parents or grandparents might have lost their possessions in some other way if the Nazis had not stolen them* »[720].

Les restitutions ou l'octroi de compensations pécuniaires continuent néanmoins de soulever de nombreux problèmes pratiques. En raison du temps écoulé depuis l'injustice, en raison aussi de l'exercice du libre arbitre des individus et des communautés, ou encore en raison des changements dans les coutumes et les lois et des fluctuations économiques, il serait difficile, voire impossible, d'évaluer la légitimité des revendications, ou de quantifier le montant des réparations dues[721]. D'un point de vue strictement économique,

---

[717] Gomez Isa, *supra* note 624 aux pp 3-4.
[718] Thompson, « Justifying Claims of Descendants », *supra* note 683.
[719] Sanderson, *supra* note 715 à la p 161. Voir aussi Cowen, *supra* note 688 à la p 21.
[720] Thompson, « Justifying Claims of Descendants », *supra* note 683 à la p 130.
[721] Waldron, « Superseding Historic Injustice », *supra* note 713; Waldron, « Redressing Historic Injustice », *supra* note 683 à la p 145. Se pose aussi bien évidemment la question de savoir jusqu'où dans le temps il est pertinent (voire « justifié ») de remonter. Tyler Cowen, souligne par exemple que : « *The Hopi charge that their lands were stolen from them by the Navajo. If the United States government returns lands to the Navajo, should it also return some Navajo property to the Hopi? In the post-Communist and transition economies, should we remedy only the injustices of the Communist era? Or should we go much further back and try to rectify previous injustices as well? Should it matter that the nobles virtually enslaved the Russian peasantry?*

plusieurs auteurs – y compris parmi ceux favorables aux réparations, admettent ainsi qu'il serait difficile de calculer le montant des préjudices subis, voire que les inégalités économiques découlant des injustices se seraient dissipées avec le temps[722]. De manière plus pragmatique encore, Stephen Kershnar souligne qu'au-delà même des situations contrefactuelles, et dans la perspective du « droit d'héritage », les réparations qui auraient été dues aux esclaves devraient aujourd'hui être distribuées entre plusieurs dizaines, voire centaines, de descendants :

> […] *the inherited claim is divided among increasingly large numbers of descendants as successive generations come about. As a person's descendants branch out over successive generations, each generation gains only a portion of the earlier generation's claim. For example, if a black man is owed $1,000,000 in compensation, and his claim is divided up equally between ten great-grandchildren, each will have a claim worth no more than $100,000 plus interest*.[723]

Ainsi, tout en représentant une charge considérable pour les personnes (physiques ou morales) devant les payer[724], ces compensations n'auraient finalement que des effets relativement mineurs sur la situation socio-économique des bénéficiaires. Les réparations qui pourraient être octroyées devraient en outre être limitées par la nécessité de ne pas infliger un fardeau démesuré aux générations actuelles, voire de ne pas créer de nouvelles injustices. Ainsi, tout en reconnaissant l'origine historique de l'obligation de réparation, ses modalités de mise en œuvre devraient malgré tout prendre en compte les principes de justice distributive. Pour Danielle Zwarthoed par exemple : « [d]es approches combinant la dimension distributive et la dimension rectificative sont possibles : par exemple, les

---

Should it matter that the Ghenghis Khan sacked Baghdad in 1258? Everyone living today, if he or she goes back far enough, can find ancestors who were oppressed and victimized. Few land titles have been acquired justly ». Cowen, *supra* note 688 à la p 17.

[722] Voir notamment Schedler, *supra* note 665 aux pp 308-340; Bruce Sacerdote, *Slavery and the Intergenerational Transmission of Human Capital* Dartmouth College, 2002) [unpublished]; Sher, « Transgenerational Compensation », *supra* note 684.

[723] Kershnar, « The Inheritance-Based Claim to Reparations », *supra* note 677 à la p 258. Voir aussi Benjamin Thompson, *Reparations for Historical Social Injustice* (Master, McGill University, 2009) [unpublished] aux pp 40-46; Sher, « Transgenerational Compensation », *supra* note 684 à la p 194.

[724] Taylor Cowen écrit par exemple : « *For a loss of $1 billion worth of resources two hundred years ago, a 3 percent rate of compounding makes the relevant restitutional award $369.4 billion; the sum jumps to $17.3 trillion at a 5 percent rate of compounding. Marketti (1990,p.11 8), in his estimate of the restitution due from slavery, comes up with a figure of over $53 trillion for 1983 U.S. dollars, using a compounding rate of 6 percent* ». Cowen, *supra* note 688 à la p 17.

transferts peuvent être justifiés en faisant appel à une injustice historique, mais leur montant peut être calculé sur la base de considérations distributives »[725].

Face à un tel obstacle de nature essentiellement économique, comme il a été mentionné dans l'introduction de ce travail, et comme nous le verrons dans la partie et le Chapitre suivant, il convient toutefois de souligner que les compensations financières ne sont pas le seul mode de réparation envisageable. Dans une perspective restaurative, il faudrait considérer la pertinence de réparations non seulement collectives, mais également de nature symbolique, parmi lesquelles la présentation d'excuses accompagnées du financement d'activités de commémoration, de revitalisation culturelle, ou toute autre forme de réparation jugée adéquate par les victimes.

1.3.2. Le « remplacement » des injustices

Dans la logique des situations contrefactuelles, Jeremy Waldron suggère également que les effets négatifs des préjudices passés pourraient tout simplement être « annulés » ou « remplacés ». Dans son article « *Superseding Historic Injustice* » notamment, il soutient en effet que les conséquences d'un crime pourraient devenir licites lorsque les circonstances changent :

> […] *it seems possible that an act which counted as an injustice when it was committed in circumstances C1 may be transformed, so far as its ongoing effect is concerned, into a just situation if circumstances change in the meantime from C1 to C2. When this happens, I shall say that the injustice has been superseded*.[726]

Pour illustrer cette situation, Waldron donne l'exemple de la violation par un groupe du droit exclusif d'un autre groupe d'utiliser un point d'eau, laquelle est « annulée » par une catastrophe écologique[727]. L'auteur explique que les conséquences de cette catastrophe

---

[725] Zwarthoed, *supra* note 612 aux pp 215-216; Boxill, « A Lockean Argument for Black Reparations », *supra* note 666 à la p 80.
[726] Waldron, « Superseding Historic Injustice », *supra* note 713 à la p 24; Waldron, « Redressing Historic Injustice », *supra* note 683 à la p 155.
[727] Waldron, « Superseding Historic Injustice », *supra* note 713 aux pp 24-25; Waldron, « Redressing Historic Injustice », *supra* note 683 aux pp 151-152.

sont telles, que le groupe à l'origine de la violation obtient le droit de partager ce qu'il avait déjà injustement commencé à utiliser :

> *they are entitled to share that water hole. Their use of [the waterhole] no longer counts as an injustice; it is now in fact part of what justice now requires. The initial injustice by* [*the first group*] *against* [*the second*] *has been superseded by circumstances*.[728]

Dans de telles circonstances, la justice pourrait ainsi exiger que les propriétaires d'origine partagent leur point d'eau, y compris avec ceux qui se l'étaient injustement approprié avant la catastrophe. Concernant les revendications autochtones en matière de restitution de leurs terres ancestrales, Waldron soutient ainsi que, bien que l'appropriation des terres par les premières générations de colons constitue indéniablement une injustice historique, leurs descendants n'ont aujourd'hui vraisemblablement nulle part ailleurs où aller[729]. Dans ce contexte :

> [*the descendants of the original settlers*] *and the descendants of those whose territory their ancestors invaded and expropriated now have nothing to do but come to terms with one another and establish a fair basis for sharing the lands and resources that surround them*.[730]

Sans toutefois nier l'importance ni la gravité morale de la dépossession initiale[731], Jeremy Waldron soutient donc que puisque cette dernière a été « remplacée » par une nécessité de partage en raison des circonstances[732], il pourrait ne plus y avoir lieu à réparations ou du moins que ces dernières devraient, elles aussi, être sensibles aux changements de circonstances : « *is not that the passage of time* […] *supersedes all claims of injustice* [*but*] *that claims about justice and injustice must be responsive to changes in circumstances* »[733]. Dans une perspective libérale, l'auteur exclut ainsi l'idée d'une

---

[728] Jeremy Waldron, « Redressing Historical Injustice » dans Lukas H Meyer, dir, *Justice Time Responding Hist Injustice*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004 55 à la p 67.
[729] Waldron, « Redressing Historic Injustice », *supra* note 683 à la p 156.
[730] *Ibid* à la p 137.
[731] Waldron, « Superseding Historic Injustice », *supra* note 713 à la p 7.
[732] Jeremy Waldron reconnaît cependant que même si la suppression de l'injustice est possible, l'affirmation selon laquelle cette suppression s'est produite « *depends on which circumstances are taken to be morally significant and on how, as a matter of fact, circumstances have changed* ». Waldron, « Redressing Historic Injustice », *supra* note 683 à la p 156.
[733] Waldron, « Superseding Historic Injustice », *supra* note 713 à la p 25.

restitution pure et simple des terres revendiquées au nom de la nécessité de trouver des solutions justes et équitables pour les générations actuelles et celles à venir[734].

Or, force est de constater que l'argument de Waldron ne repose que sur un cas très hypothétique dans lequel l'exigence de partage des ressources est à la fois extrême et résulte de circonstances totalement indépendantes de la volonté des individus (en l'espèce, une catastrophe naturelle)[735]. Or de telles conditions de remplacement ne sont généralement pas remplies dans les cas des injustices historiques les plus récentes[736], et on peut douter qu'elles ne l'aient jamais été dans les cas plus anciens[737]. Patton et Sanderson rappellent en outre que le fait pour les autorités publiques de déroger à certains droits, notamment de propriété — comme cela peut être le cas dans des situations de crises illustrées par l'exemple de Waldron[738], est généralement temporaire et n'implique pas l'existence d'une limite interne à ces droits[739]. Enfin, la thèse de Jeremy Waldron se limite aux possessions matérielles et ne prend pas en considération les dommages intangibles. Plusieurs types d'injustices n'entrent en effet pas dans le champ du « remplacement » suggéré par Jeremy Waldron, parmi lesquels la torture, les violences sexuelles, la séquestration ou encore le meurtre[740], liste à laquelle il conviendrait d'ajouter la spoliation ou la destruction des patrimoines culturels. Toutefois, pour contourner encore une fois partiellement les difficultés relatives à une évaluation strictement financière des dommages[741], nous verrons dans le Chapitre suivant que des programmes de réparation collective, comme des mesures de réparation symbolique associées à l'instauration de fonds destinés au financement de

---

[734] Waldron, « Redressing Historic Injustice », *supra* note 683 à la p 159.
[735] Meyer, « Historical Injustice and the Right of Return », *supra* note 686 à la p 312.
[736] *Ibid* à la p 313; David Lyons, « Unfinished Business: Racial Junctures in U.S. History and Their Legacy » dans Lukas H Meyer, dir, *Justice Time Responding Hist Injustice*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004 271 à la p 296.
[737] Paul Patton, « Colonization and Historical Injustice. The Australian Experience » dans Lukas H Meyer, dir, *Justice Time Responding Hist Injustice*, nomos verlagsgesellschaft éd, Baden-Baden, 2004 159 aux pp 167-171.
[738] Guy Tremblay, « Les situations d'urgence qui permettent en droit international de suspendre les droits de l'homme » (1977) 18:1 Cah Droit 3.
[739] Patton, « Historic Injustice and the Possibility of Supersession », *supra* note 707 à la p 260; Sanderson, *supra* note 715 aux pp 177-178.
[740] Thompson, « Justifying Claims of Descendants », *supra* note 683 à la p 120; Dagan, *supra* note 624 à la p 1154; Patton, « Historic Injustice and the Possibility of Supersession », *supra* note 707 aux pp 256 et 265.
[741] Gomez Isa, *supra* note 624 à la p 3; Sacerdote, *supra* note 722.

projets communautaires[742], pourraient représenter des pistes de solution adéquates.

1.4. Conclusion

Les questions relatives aux patrimoines culturels s'inscrivent dans une conception à la fois ascendante et descendante de la justice intergénérationnelle. Comme le résume Joel Taylor : « *Many intergenerational issues concern the relationship between present generations and future or past generations. Heritage preservation holds a relationship with all three* »[743]. Si, comme le soulignait l'UNESCO dans sa *Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures* du 12 novembre 1997, on considère que « [l]es générations présentes ont la responsabilité d'identifier, protéger et conserver le patrimoine culturel, matériel et immatériel et de transmettre ce patrimoine commun aux générations futures »[744], il est alors possible d'affirmer que l'adoption de mesures de réparation pour les dommages culturels passés s'inscrirait à la fois dans un devoir de justice envers les générations passées, et dans un objectif de transmission pour les générations futures.

Pourtant, si le Chapitre précédent a mis en lumière le fait que les dommages culturels (mais aussi économiques, sociaux et politiques qui en découlent) aujourd'hui ressentis sont le plus souvent hérités de crimes anciens, on constate au terme de cette section qu'une telle situation fait naître de nombreux obstacles juridiques et procéduraux lorsque vient le moment d'examiner la question de leur réparation, qu'il s'agisse de la détermination du caractère illégal des actes concernés à l'époque des faits, des principes de non-rétroactivité ou de prescription, de l'identification des débiteurs et des bénéficiaires de la réparation ou encore de l'évaluation des dommages subis. Dans ces conditions, la plupart des revendications en matière d'injustices historiques échouent devant les

---

[742] Ogletree, *supra* note 674 à la p 1071.
[743] Joel Taylor, « Intergenerational justice: a useful perspective for heritage conservation » (2013) HS 2013 CeROArt au para 14.
[744] *Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures*, Paris, UNESCO, 1997 au para 7.

tribunaux en raison de leur présentation tardive, ou plus généralement de l'absence de base légale sur laquelle fonder les demandes[745].

En matière culturelle, force est également de constater que les demandes de réparation découlant d'injustices historiques seraient confrontées à d'importantes difficultés supplémentaires. La culture étant par essence évolutive, fluide, et caractérisée tant par des transformations internes que par des influences extérieures, l'identification de liens de causalité entre les faits reprochés et les pertes culturelles relèverait le plus souvent de la gageure ou serait paradoxalement tributaire d'une conception figée ou essentialiste de la culture. Quant aux modalités de réparation des dommages culturels, on peut également douter de la pertinence de réparations individuelles et/ou strictement financières. Des formes alternatives de réparation, ayant une dimension collective et orientées vers la revitalisation, la protection et la promotion des patrimoines endommagés ou encore la coopération culturelle, pourraient toutefois permettre de contourner certains obstacles, et constituer des pistes de solutions intéressantes.

Face à l'impossibilité de faire ressortir une pratique de référence pour les injustices historiques, on pourrait alors être tenté de chercher des pistes de solutions concernant les dommages culturels plus récents, en pensant que ces derniers ne sont pas confrontés à d'importants obstacles. Dans ces cas en effet, les questions de non-rétroactivité, de prescription ou encore de « non-existence » ou de « remplacement », n'ont guère d'importance pour évaluer la validité des droits à la réparation puisque les torts subis par les victimes devraient tout simplement être compris conformément à la conception classique du préjudice : ces individus se trouvent dans une situation moins favorable que si ces actes n'avaient pas été commis. Ils ont droit, de ce fait, à une réparation adéquate[746]. Or, on constate aujourd'hui que les actions portant sur les préjudices culturels plus récents, et auxquels des instruments juridiques sont applicables, sont l'objet d'une cacophonie jurisprudentielle découlant de la fragmentation des instruments juridiques et de la faiblesse de leurs mécanismes de suivi et de mise en œuvre.

---

[745] Shelton, *supra* note 6 à la p 455.
[746] Meyer, « Historical Injustice and the Right of Return », *supra* note 686 aux pp 309-310.

2. Face aux dommages culturels contemporains, une cacophonie jurisprudentielle

Tout régime juridique, qu'il résulte d'une loi interne ou d'un traité international, requiert la définition de son objet, c'est-à-dire la délimitation de son champ d'application. De là, on peut considérer que le droit ne peut pas protéger ce qu'il ne peut pas définir. Or, le Chapitre précédent a mis en lumière le fait que les instruments internationaux relatifs à la culture se sont justement heurtés à la définition même de ce concept et l'ont fragmenté entre ses dimensions humaines, matérielles et immatérielles, en usant d'instruments peu contraignants et offrant différentes protections suivant les contextes (guerre ou paix), ou les différentes catégories de sujets.

Cette deuxième partie s'attachera à montrer que cette fragmentation et cette faiblesse des instruments internationaux ont pour résultat une jurisprudence hétérogène entre les différents tribunaux qui ont été amenés à se prononcer sur des questions de dommages culturels et, plus généralement, une inadéquation de ces instances pour y répondre. Pour ce faire, cette partie s'intéressera tout d'abord à la manière dont les juridictions internationales ont abordé les destructions culturelles en situation de conflit armé et d'occupation à travers le prisme du droit de la guerre et de la responsabilité pénale internationale. Cette section permettra de souligner les difficultés relatives non seulement à la qualification de ces destructions, mais aussi les limites à l'octroi de réparations aux individus et aux communautés qui en ont été victimes. Dans une deuxième section, il s'agira de montrer qu'en l'absence de mécanismes internationaux efficaces de protection des droits et patrimoines culturels, les demandes de réparation fondées sur les instruments universels ou régionaux de droits humains doivent quant à elles faire appel à diverses stratégies, sont exposées à des jugements variables et à des modalités de réparations inadaptées ou ineffectives.

2.1. La justiciabilité et la réparation des dommages culturels à travers le prisme du droit de la guerre et du droit pénal international

En même temps que sont élaborés les instruments conventionnels, c'est également par l'entremise du droit de la responsabilité pénale individuelle que la protection des biens culturels en situation de conflit armé et d'occupation s'est renforcée. En dépit de cette avancée indéniable, cette partie s'attachera à souligner qu'outre développer une jurisprudence inégale, les instances internationales pénales (permanentes et *ad hoc*) qui ont été confrontées à des destructions commises en situation de conflit armé ou d'occupation se sont révélées être des forums peu adaptés pour la réparation des dommages culturels subis par les victimes, tandis que les responsabilités étatiques n'ont été que rarement examinées.

2.1.1. Le développement du droit pénal international relatif aux biens culturels

À côté des règles interdisant de porter atteinte aux patrimoines culturels, plusieurs instruments juridiques applicables en situation de conflit armé ou d'occupation ont prévu des règles portant sur les sanctions imposables en cas de manquement. Dès 1868 on trouve ainsi dans le *Code Lieber* des articles concernant les sanctions martiales pouvant être infligées aux militaires qui n'en respecteraient pas les dispositions. L'article 44 stipulait par exemple que :

> Toute violence délibérée commise contre les personnes dans le pays envahi, toute destruction de biens non ordonnés (sic) par un officier qualifié, tous vol, pillage ou mise à sac, […] sont interdits sous peine de mort ou de toute autre peine grave proportionnée à la gravité de l'offense. Tout soldat, officier ou sous-officier, se livrant à de telles violences et désobéissant à un supérieur qui lui ordonne de s'en abstenir, peut légalement être mis à mort sur place par ce supérieur.[747]

Le *Droit international codifié* de Bluntschli prévoyait également à son article 656 que « [l]es personnes qui font partie de l'armée n'ont pas le droit de s'emparer d'objets appartenant à des particuliers ou d'endommager ces objets volontairement ou par esprit de vengeance. Les actes de cette nature seront réprimés sévèrement par les autorités

[747] Lieber, *supra* note 319 art. 44.

militaires »[748]. De même, le *Manuel d'Oxford* de 1874 consacre sa troisième partie aux sanctions pénales imposables en cas d'infraction[749].

À partir du début du XXe siècle, les conventions internationales mettent l'accent sur la responsabilité des États en tant que sujets de droit international, et leur délèguent la responsabilité de sanctionner les individus reconnus coupables d'infraction. En 1907, les *Conventions de La Haye* ne traitent ainsi que de la responsabilité de la Partie belligérante, et laissent aux États l'entière liberté de sanctionner (ou non) les actions de leurs propres troupes ou des soldats ennemis[750]. Or, comme le souligne Jiri Toman, cette solution « s'est trouvée insuffisante lorsque les grands conflits armés ont commencé »[751]. En effet, alors que le *Traité de Versailles* prévoyait l'obligation du gouvernement allemand de livrer « [toutes les personnes] accusées d'avoir commis un acte contraire aux lois et coutumes de la guerre »[752], aucun individu accusé de crime contre des objets d'art ou des biens culturels n'a été remis aux Puissances alliées, et aucune poursuite n'a été engagée au niveau national[753].

Malgré cette lacune, peu de progrès sont réalisés durant l'Entre-deux Guerres, et le *Pacte Roerich* de 1935 laissait lui aussi aux gouvernements la responsabilité d'« adopter les mesures législatives intérieures nécessaires » pour s'assurer que les biens culturels soient respectés et protégés[754]. De même, le projet de Convention de 1938 renvoyait aux États l'obligation de prendre des dispositions nécessaires pour réprimer, en temps de conflit armé, les actes de pillage et de déprédation, mais prévoyait cependant l'instauration d'une

---

[748] Bluntschli, *supra* note 325 art. 656.
[749] *Supra* note 331 art. 84-86.
[750] *Supra* note 340 art. 3. « La Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée ».
[751] Toman, *supra* note 224 à la p 312.
[752] *Traité de paix de Versailles*, Versailles, 1919 art. 228.
[753] Toman, *supra* note 224 à la p 313. comme le résume Jiri Toman : « L'Allemagne a jugé elle-même certaines des personnes accusées de crimes devant ses propres tribunaux. Mais comme on sait, parmi les 896 personnes accusées de crimes de guerre, seules 45 ont été jugées et 9 ont été condamnées par la Cour suprême de Leipzig, créée en vertu du droit allemand. Les peines prononcées ont été légères et les condamnés ont été graciés quelques années plus tard. Peu d'attention a été accordée aux aspects de la responsabilité individuelle pour la destruction des biens culturels ».
[754] *Supra* note 346 art. 2.

commission d'inspection chargée de s'assurer qu'aucune violation des dispositions de la Convention ne soit commise pendant les opérations militaires[755]. Sur cette absence de ligne de conduite adoptée par la communauté internationale, il est intéressant de noter l'avis de Gustave Moynier, un des pères fondateurs et président du CICR de 1864 à 1910 :

> […] En laissant à chaque État une pleine indépendance pour la rédaction de sa loi pénale, c'est-à-dire pour la détermination des actes à considérer comme des infractions et du traitement à appliquer à leurs auteurs, on se privera de l'avantage principal qu'eût offert une loi internationale : celui d'obtenir que tout individu mal intentionné sache d'avance à quoi il s'expose en bravant la Convention. Sa punition dépendra, en effet, des hasards de la guerre. Il se peut que l'auteur d'un tel forfait soit jugé par ses nationaux, puisque ceux-ci seront tenus de le condamner, s'ils connaissent sa faute, et de lui infliger le châtiment prévu par leur propre législation. Mais il peut arriver aussi que, capturé par l'ennemi victime de sa mauvaise action, devenu ainsi justiciable des tribunaux de ce dernier et passible des peines établies par lui, il soit traité plus ou moins rigoureusement qu'il ne l'eût été par ses compatriotes. Cette conséquence fâcheuse serait cependant atténuée si une loi type était préparée par des personnes compétentes et présentée officieusement aux divers Gouvernements, avec invitation à l'adopter, en tout ce qui ne serait pas contraire aux principes qu'ils professent. On n'obtiendrait pas de la sorte une uniformité complète, mais on s'en approcherait […].[756]

En dépit de la réticence des États à entamer leur souveraineté en matière judiciaire et à élaborer des lignes des conduite précises en matière de sanction, la responsabilité des personnes ayant ordonné ou commis des destructions de biens culturels va néanmoins bénéficier du développement du droit pénal international. En effet, alors que le droit international relevait jusque-là essentiellement des relations entre États souverains, la fin de la Seconde Guerre mondiale voit la consécration du principe de « responsabilité pénale individuelle »[757] en vertu de laquelle toute personne peut être tenue responsable d'une infraction internationale et sanctionnée par une juridiction de droit interne ou de droit

---

[755] Jiří Toman, *La Protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Collection Patrimoine mondial, Paris, UNESCO Editions, 1994 à la p 317.

[756] Tel que cité dans *De la sanction pénale à donner à la Convention de Genève. Rapport présenté au nom de la Commission par MM. G. Moynier et Ed. Engelhardt*, Paris, Institut de Droit international, 1895 aux pp 20-21.

[757] On rappelle ici que le principe de responsabilité individuelle était déjà prévu dans les cas de piraterie. Jusqu'à Nuremberg cependant, le droit international était exclusivement fondé sur les relations entre États et non sur la responsabilité des individus. La particularité de la « rupture de Nuremberg » est donc bien d'avoir introduit l'individu en tant que sujet de droit. La Rosa, *supra* note 654 *sub verbo* « Responsabilité pénale internationale (individuelle) ».

international compétente. Pour confirmer l'applicabilité directe du droit international aux individus, le Tribunal de Nuremberg avait affirmé :

> On fait valoir que le Droit international ne vise que les actes des États souverains et ne prévoit pas de sanctions à l'égard des délinquants individuels. On a prétendu encore que lorsque l'acte incriminé est perpétré au nom d'un État, les exécutants n'en sont pas personnellement responsables ; ils sont couverts par la souveraineté de l'État. Le Tribunal ne peut accepter ni l'une ni l'autre de ces thèses. Il est admis, depuis longtemps, que le Droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques. [...] Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international.[758]

De fait, dès 1945, l'article 6 b) du Statut du Tribunal de Nuremberg prévoyait que « le pillage des biens publics ou privés », de même que « la destruction sans motif des villes et des villages, ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires » constituaient des crimes de guerre[759], notamment en vertu des articles 46 et 56 du *Règlement de La Haye* de 1907, engageant la responsabilité pénale individuelle de toute personne ayant commis, ordonné ou été complice de tels actes. Le Tribunal avait également reconnu que la persécution des Juifs, au sens de l'article 6 c) portant sur les crimes contre l'humanité[760], avait entre autres pris la forme de pogroms consistant à brûler et détruire les synagogues, et du pillage systématique des biens appartenant aux Juifs[761].

Dans cette perspective, les jugements de Nuremberg ont acquis valeur de précédents avec notamment la condamnation à mort d'Alfred Rosenberg, responsable de *l'Einsatzstab Rosenberg* à partir de 1940, pour le pillage systématique des œuvres d'art publiques et privées dans les territoires occupés[762], au titre de crime de guerre et de crime

---

[758] Tribunal militaire international, *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international : Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946*, Documents officiels, Nuremberg, 1947 aux pp 234-235.
[759] *Supra* note 630 art. 6b.
[760] *Ibid* art. 6c. L'article 6 du Statut ne définit pas concrètement le crime de persécution. Cela étant, son libellé ouvre la voie à une large variété d'actes.
[761] Tribunal militaire international, *supra* note 758 à la p 261.
[762] *Ibid* aux pp 254-255; Perrot, *supra* note 145 aux pp 67-68; Vittorio Mainetti, « La Cour pénale internationale face à la destruction du patrimoine culturel: Réflexions à propos de l'Affaire al-Mahdi » 39:1 Ethnologies 213-236 à la p 226; Thake, *supra* note 264 à la p 9; Toman, *supra* note 224 à la p 316; Johannot Gradis, *supra* note 317 à la p 97.

contre l'humanité[763]. De même en 1948, le tribunal militaire des États-Unis, dans l'affaire *Ulrich Greifelt and others*, avait reconnu les accusés coupables de crimes de guerre et de persécutions pour la « *forced Germanization of enemy nationals* […] *and the plunder of public and private property* » dans les territoires occupés[764]. Il en va de même pour Gauleiter Artur Greiser reconnu coupable de persécution par la Cour suprême de Pologne pour avoir restreint l'emploi du polonais, ordonné la répression du clergé, la dissolution de monastères, d'églises et de synagogues et le pillage ou la destruction de leurs biens, bibliothèques et archives, ainsi que la confiscation de collections muséales et la destruction de librairies[765]. En 1961 enfin, lors de la condamnation d'Adolf Eichmann, la Cour de district de Jérusalem avait également affirmé que la destruction et l'endommagement des synagogues et des lieux de culte, ainsi que le pillage des biens appartenant aux juifs, devaient être considérés comme des actes très graves de persécution[766] relevant de « crimes contre le peuple juif », « crimes contre l'humanité » et « crimes de guerre » en vertu de la loi israélienne N° 5710 de 1950 sur le châtiment des nazis et de leurs collaborateurs[767].

À la suite des jugements de Nuremberg, la protection des patrimoines en situation de conflit armé et d'occupation va progressivement bénéficier du renforcement du droit pénal international, avec la reconnaissance conventionnelle du principe de responsabilité individuelle en matière de destructions de biens culturels.

En effet, si les *Conventions de Genève* de 1949 ne contiennent pas de dispositions concernant les biens culturels spécifiquement, elles disposent néanmoins que « la

---

[763] Tribunal militaire international, *supra* note 758 aux pp 314-315. Les chefs d'accusation et les jugements relatifs aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité sont présentés conjointement. Il n'est donc pas possible de savoir précisément si les destructions et pillages de biens culturels ont été plutôt considérés comme des crimes de guerre ou comme des crimes contre l'humanité (persécution). Marie-Luce Pavia, « La place de la victime devant les tribunaux pénaux internationaux » (2002) 24:1 Arch Polit Criminelle 61-79 à la p 71.

[764] *Trial of Ulrich Greifelt and Others*, [1948] XIII Law Reports of Trials of War Criminals 2 à la p 28.

[765] *Trial of Gaultier Artur Greiser*, [1946] XIII Law Reports of Trials of War Criminals 70 aux pp 82-84.

[766] *Attorney General v Adolf Eichmann*, [1961] 36 ILR 5 au para 56; Gottlieb, *supra* note 419 à la p 873.

[767] *Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law*, 5710-1950 (1950). Voir aussi Pierre A Papadatos, *Le Procès Eichmann*, Travaux de Sciences Sociales, Genève, Librairie Droz, 1964. Au terme de son procès, Eichmann a notamment été reconnu coupable de « crime contre l'humanité » pour *« the plunder of the property of millions of Jews through mass terror, linked with the murder, destruction, starvation and deportation of those Jews* ». *Attorney General v. Adolf Eichmann*, *supra* note 766 à la p 226.

destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire »[768] constituent des infractions graves engageant la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs, que les États ont l'obligation de réprimer. En 1977 ensuite, le *Protocole additionnel I* aux *Conventions de Genève* relatif aux conflits armés internationaux prévoit explicitement que les attaques menées intentionnellement « contre les monuments historiques, les œuvres d'art ou les lieux de culte clairement reconnus » peuvent relever d'infractions graves aux Conventions et au Protocole, et sont considérées comme des crimes de guerre[769].

La Convention de 1954 de son côté renvoyait encore la question des sanctions aux autorités et systèmes juridiques nationaux (avec peu de mise en œuvre concrète par les États)[770], le *Protocole additionnel* de 1999, qui consacre son Chapitre 4 à cette question, reconnaît à son tour le principe de la responsabilité individuelle pour les infractions graves. Il définit en outre les crimes pouvant constituer une violation de la Convention de 1954, du Protocole, et des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, et impose aux États d'adopter des mesures législatives, administratives ou disciplinaires en vue d'établir leur compétence sur ces crimes, de les faire cesser, d'extrader ou de condamner leurs auteurs[771]. Plus récemment encore, la résolution 2347 adoptée en 2017 par le Conseil de sécurité des Nations unies en réaction aux destructions de patrimoines culturels perpétrées par des groupes terroristes rappelait que :

> […] le fait de lancer une attaque contre des sites et des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à la bienfaisance, ou contre des monuments historiques peut constituer, dans certaines circonstances et en vertu du droit international, un crime de guerre et que les auteurs de ce genre d'attaque doivent être traduits en justice.[772]

---

[768] *Supra* note 360 art. 50; note 360 art. 51; note 360 art. 147.
[769] *Supra* note 378 art. 85.
[770] *Supra* note 61 art. 28. Voir aussi Toman, *supra* note 755 à la p 318; Gottlieb, *supra* note 419 à la p 861; Henckaerts, *supra* note 374; Micaela Frulli, « The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency » (2011) 22:1 Eur J Int Law 203-217 à la p 206.
[771] note 382 art. 15-21 et 38. Voir aussi Mainetti, « De nouvelles perspectives », *supra* note 374; Gottlieb, *supra* note 419 aux pp 868-869.
[772] *Resolution 2347 (2017)*, S/RES/2347 (2017), New York, Conseil de Sécurité des Nations unies, 2017 au para 4. Voir aussi notamment les Résolutions 2199, 2249 et 2253 (2015).

Enfin en 2003, l'article VII de la Déclaration de l'UNESCO concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel reconnaissait le principe de responsabilité pénale individuelle et encourageait les États à prendre toutes les mesures appropriées, conformément au droit international, « pour établir leur compétence à l'égard des personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des actes de destruction intentionnelle du patrimoine culturel revêtant une grande importance pour l'humanité »[773].

En plus de ces avancées normatives, la justice internationale s'est aussi enrichie avec la création de plusieurs juridictions internationales, *ad hoc* ou permanentes, dédiées à la mise en œuvre internationale du principe de responsabilité pénale individuelle. Or, on constate que ces juridictions, lorsque confrontées à des destructions culturelles, n'ont pas été véritablement été en mesure de « dialoguer » et se sont révélées en conséquence incapables de développer une jurisprudence homogène.

2.1.2. Du TPIY aux Chambres extraordinaires pour le Cambodge : une qualification à géométrie variable entre crime de guerre, crime contre l'humanité et preuve d'une intention génocidaire

Le Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (TPIY), s'est trouvé à maintes reprises confronté à des questions impliquant la destruction ou le pillage de biens culturels. Les conflits qui se sont déroulés sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à partir de 1991 ont en effet été le théâtre non seulement de mesures de « nettoyages ethniques », mais aussi d'une vaste campagne de « purification culturelle et monumentale » visant à faire disparaître toutes les traces de l'existence de certaines communautés[774]. Dans ces circonstances, les

---

[773] *Supra* note 421 art. VII.

[774] Sur l'étendue des destructions, voir notamment *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité*, S/1994/674, Conseil de Sécurité des Nations unies, 1994; *La destruction par la guerre du patrimoine culturel de la Croatie et de la Bosnie-Herzégovine présenté par la Commission de la culture et de l'éducation. Rapport d'information*, 6756, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1993; *Destruction of Cultural Heritage in Bosnia-Herzegovina, 1992-1996: A Post-War Survey Of Selected Municipalities. Expert Report commissioned by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 2002.

destructions de patrimoines culturels et religieux ont pris d'énormes proportions face auxquelles le TPIY a opté pour une approche semblable à celle développée dans les jugements de Nuremberg.

De 1993 à 2017 le statut du TPIY lui donnait en effet compétence pour juger tout individu soupçonné d'infractions graves aux *Conventions de Genève* de 1949, de violations des lois ou coutumes de la guerre, de génocide ou de crime contre l'humanité durant le conflit en ex-Yougoslavie. Au titre de l'article 3(d), dans la catégorie des « crimes de guerre », le TPIY était ainsi habilité à poursuivre toute personne soupçonnée d'avoir commis ou ordonné « la saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, à des monuments historiques, à des œuvres d'art et à des œuvres de caractère scientifique »[775]. Plusieurs prévenus ont ainsi été condamnés pour ces crimes, notamment dans les affaires *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*[776], *Le Procureur c. Milan Martić*[777], *Le Procureur c. Prlić et al.*[778], *Le Procureur c. Miodrag Jokić*[779], ou encore *Le Procureur c. Pavle Strugar*[780]. Dans cette dernière affaire, les juges avaient en outre souligné que « l'article 3 d) du Statut est une règle du droit international humanitaire qui non seulement reflète le droit international coutumier, mais s'applique aussi aux conflits armés internationaux et non internationaux »[781].

---

[775] *Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, S/RES/827 (1993), New York, Conseil de Sécurité des Nations unies, 1993 art. 3.
[776] *Le Procureur c Radoslav Brđanin*, [2004] IT-99-36-T aux para 640-658 et 1152.
[777] *Le Procureur c Milan Martić*, [2006] IT-95-11-T aux para 95-99 et 480.
[778] *Le Procureur c Prlić et al*, [2003] IT-04-74. Dans cette affaire, la Chambre de première instance avait conclu que l'avantage militaire obtenu n'était pas suffisant pour justifier la destruction du pont de Mostar et que celle-ci relevait plutôt d'une volonté de répandre la terreur au sein de la population. Ce jugement a toutefois été renversé en appel. La *Convention de La Haye de 1907* ne prévoyant pas de test de proportionnalité, les juges ont conclu qu'un objectif peut être détruit dès lors qu'il est un objectif militaire, indépendamment de sa valeur culturelle.
[779] *Le Procureur c Miodrag Jokić*, [2004] IT-01-42/1-S. Les soldats sous les ordres de Miodrag Jokić ont notamment bombardé la vieille ville de Dubrovnik, classée au Patrimoine mondial de l'humanité par l'UNESCO. Plusieurs centaines d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, des monuments historiques, des œuvres d'art et des œuvres à caractère scientifique ont été endommagés ou détruits.
[780] *Le Procureur c Pavle Strugar*, [2005] IT-01-42-T aux para 290-330 et 478.
[781] *Ibid* au para 230.

De même qu'à Nuremberg, le tribunal a aussi considéré que les destructions de biens culturels, à condition d'être commises avec une intention discriminatoire et de manière massive et systématique, relevaient d'une forme de persécution (pour des motifs politiques, raciaux et religieux) et qu'elles pouvaient constituer à ce titre un crime contre l'humanité conformément aux termes de l'article 5(h) du Statut du TPIY[782]. Dans l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*[783], le tribunal avait en effet souligné que :

> […] les persécutions peuvent se manifester autrement que par des atteintes à la personne humaine, et notamment, par des actes qui tirent leur gravité, non pas de leur cruauté apparente, mais de la discrimination qu'ils cherchent à établir au sein du genre humain. Comme le Procureur l'envisage dans l'acte d'accusation dressé à l'encontre de l'accusé, la confiscation ou la destruction d'habitations ou d'entreprises privées, de bâtiments symboliques ou de moyens de subsistance [...] peuvent être qualifiés d'actes de persécution.[784]

Dans l'affaire *Le Procureur. Dario Kordić & Mario Čerkez,* le tribunal a confirmé cette approche en affirmant que la destruction systématique de bâtiments religieux constitue « sans équivoque un acte de persécution au sens de crime contre l'humanité »[785] et que, lorsque commise avec un degré de discrimination suffisant, elle :

> […] équivaut à une attaque contre l'identité religieuse même d'un peuple. En tant que tel, il illustre de manière quasi exemplaire la notion de 'crimes contre l'humanité', car de fait, c'est l'humanité dans son ensemble qui est affectée par la destruction d'une culture religieuse spécifique et des objets culturels qui s'y rattachent.[786]

La qualification des atteintes aux patrimoines culturels en tant que persécution au titre de crime contre l'humanité a ensuite été reprise dans de nombreuses affaires devant le TPIY, parmi lesquelles *Le Procureur c. Biljana Plavšic*[787], *Le Procureur c. Vlastimir*

---

[782] *Supra* note 775 art. 5h. La persécution, visée à l'article 5 du Statut, ne fait cependant pas l'objet d'une définition exhaustive.
[783] *Le Procureur c Tihomir Blaškić*, [2000] IT-95-14-T.
[784] *Ibid* au para 227.
[785] *Le Procureur c Dario Kordić & Mario Čerkez*, [2001] IT-95-14/2-T au para 206.
[786] *Ibid* au para 207.
[787] *Le Procureur c Biljana Plavšic*, [2003] IT-00-39&40/1-S 58.

Đorđević[788], *Le Procureur c. Milomir Stakić*[789], *Le Procureur c. Stanišić & Župljanin*[790] ou encore *Le Procureur c. Momčilo Krajišnik*[791].

Dans d'autres cas enfin, les juges ont affirmé que ces destructions pouvaient aussi attester de l'intention (*mens rea*) de destruction physique d'un groupe dans le cadre du crime de génocide[792]. Dans l'affaire le *Procureur c Radislav Krstić* notamment, les juges ont indiqué que :

> La Chambre de première instance fait toutefois remarquer que la destruction physique ou biologique s'accompagne souvent d'atteintes aux biens et symboles culturels et religieux du groupe pris pour cible, atteintes dont il pourra légitimement être tenu compte pour établir l'intention de détruire le groupe physiquement.[793]

De fait, dans cette affaire, les juges ont ainsi considéré la destruction délibérée de mosquées et de biens appartenant à des musulmans comme une preuve de l'intention de détruire ce groupe pour les fins de l'analyse du crime de génocide[794].

---

[788] *Le Procureur c Vlastimir Đorđević*, [2011] IT-05-87/1-T au para 1770.
[789] *Le Procureur c Milomir Stakić*, [2003] IT-97-24-T aux para 765-768.
[790] *Le Procureur c Stanišić & Župljanin*, [2013] 1 IT-08-91-T aux para 86-90; *Le Procureur c Stanišić & Župljanin*, [2013] 2 IT-08-91-T au para 956.
[791] *Le Procureur c Momčilo Krajišnik*, [2006] IT-00-39-T aux para 780-783 et 836-840.
[792] En droit pénal, tout crime est composé de deux éléments : l'acte répréhensible (*actus reus*), et l'intention de commettre cet acte (*mens rea*). Le crime de génocide est particulier dans la mesure où son élément psychologique comporte une double exigence, soit l'intention de commettre l'acte en question, et l'intention de porter atteinte (en tout ou en partie) à un groupe national, racial, ethnique ou religieux comme tel. *Supra* note 359.
[793] *Le Procureur c Radislav Krstic*, [2001] IT-98-33-T au para 580.
[794] *Ibid*. Plus récemment, deux affaires présentées devant les cours de justice étatsuniennes ont également été l'occasion d'examiner les dépossessions de biens culturels sous l'angle du crime de génocide. Dans l'affaire *Republic of Hungary v. Simon*, les plaignants alléguaient que la spoliation des biens culturels des Juifs hongrois constituait un génocide. La Cour d'appel du district de Columbia avait accepté cet argument en soulignant que « *In our view, the alleged takings did more than effectuate genocide or serve as a means of carrying out genocide*. […] *Rather, we see the expropriations as themselves genocide*. » En se basant notamment sur l'article 2c) de la *Convention sur le crime de génocide*, les juges ont indiqué que « *The systematic, "wholesale plunder of Jewish property"* […] *aimed to deprive Hungarian Jews of the resources needed to survive as a people*. […] *Expropriations undertaken for the purpose of bringing about a protected group's physical destruction qualify as genocide* » (para 142-143). Dans l'affaire *Germany v. Philipp*, en revanche, les juges de la Cour Suprême n'ont pas considéré que la vente forcée d'œuvres d'art, telle qu'alléguée par les plaignants, pouvait être considérée comme un génocide et que l'exception aux immunités d'État ne couvrait pas les actions entre un gouvernement et ses propres citoyens. Dans une décision séparée rendue simultanément, la Cour Suprême a également cassé le jugement de l'affaire Simon. À l'heure actuelle, les deux affaires ont été renvoyées vers les cours inférieures pour un réexamen. *Simon v Republic Hungary*, 2016 United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit; *Republic of Hungary, et al, Petitioners v Rosalie Simon, et al*, 2021 Supreme Court of the United States; *Federal Republic of Germany et al v Philipp et al*, 2021 Supreme Court of the United States; Amy Howe, « Jurisdictional win for Germany

Jusqu'à récemment, malgré l'inscription explicite des atteintes aux biens culturels dans la catégorie des « crimes de guerre », la tendance des juridictions internationales semblait ainsi se diriger vers une reconnaissance des dommages culturels comme relevant davantage de crimes contre les personnes, et donc contre l'humanité, que de crimes contre les biens. Dans nombre de cas présentés à Nuremberg et devant le TPIY, les juges ont en effet considéré que si les biens culturels matériels étaient les objets des attaques, les véritables cibles étaient les individus ou les communautés dont ils manifestaient l'identité[795]. Au sujet de la jurisprudence du TPIY relativement aux patrimoines culturels, le juge Theodor Meron affirmait d'ailleurs en 2005 que :

> [*t*]*he characterization of such attacks against cultural or religious institutions as crimes against humanity is simply recognition of the importance of these institutions to the identity and the development of an individual. Without the protection of our cultural or religious patrimony the link with our heritage is severed, and with it is severed our ability to define our identity*. […] *By viewing the destruction of cultural property as a crime directed against individuals, our Tribunal has pointed to a potential new way of enhancing the reach and the thrust of the 1954 Convention.* [796]

La qualification des dommages culturels en tant que preuve d'une intention génocidaire, ou au titre de « crimes contre l'humanité », est alors d'autant plus importante que ces crimes, contrairement aux crimes de guerre, peuvent être reconnus indépendamment de la présence (ou non) d'une situation de conflit armé[797].

---

in lawsuit seeking to recover art taken by Nazis », (3 février 2021), en ligne: *SCOTUSblog* <https://www.scotusblog.com/2021/02/jurisdictional-win-for-germany-in-lawsuit-seeking-to-recover-art-taken-by-nazis/>.

[795] Thake, *supra* note 264 aux pp 2-3; Lenzerini, *supra* note 255 aux pp 77-78 et 82-84.

[796] Theodor Meron, « The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia » (2005) 57:4 Mus Int 41-60 à la p 56. Voir aussi Lenzerini, *supra* note 255 aux pp 83-84. Caroline Elhert se montre toutefois plus réservée. Elle précise que dans chacune de ces affaires, les atteintes aux patrimoines culturels n'ont été qu'un élément, parmi d'autres actes, permettant d'établir la présence d'un crime de persécution : « […] *there exists no case-law which exclusively deals with the destruction of cultural property as the crime against humanity of persecution and it seems unlikely that solely the destruction of cultural property could amount to a crime of persecution.* […] *Ultimately, it has to be held, that a definite conclusion concerning the destruction of cultural property as an act of persecution cannot be drawn, since the existing cases all deal with multiple differing acts of persecution* ».Caroline Ehlert, *The Prosecution of the Destruction of Cultural Property in the Practice of the International Criminal Tribunals*, International Criminal Law Series, Leyde, Brill Nijhoff, 2014 à la p 174.

[797] Sebastián A Green Martínez, « Destruction of Cultural Heritage in Northern Mali: A Crime Against Humanity? » (2015) 13:5 J Int Crim Justice 1073-1097 aux pp 1079 et 1086; Gottlieb, *supra* note 419 à la p 873; Micaela Frulli, « International Criminal Law and the Protection of Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York,

Parallèlement aux travaux du TPIY, les années 2000 ont également été marquées par l'entrée en fonction de la Cour pénale internationale ayant pour mandat de poursuivre les individus soupçonnés de crime de génocide, de crime contre l'humanité, et de crime de guerre, à condition toutefois que la personne accusée soit ressortissante d'un État membre, ou que le crime soit commis sur le territoire d'un État membre. Or, en matière de biens culturels, l'action de la CPI va marquer une rupture avec la tendance progressiste du TPIY, voire un recul important.

En premier lieu, les dispositions du Statut de Rome peuvent être considérées comme insuffisantes, voire incohérentes, par rapport aux autres instruments relatifs aux biens culturels. En effet, la Convention de 1954 et ses Protocoles, dans la lignée des textes précédents, prévoient qu'une protection doit être accordée aux « biens, meubles ou immeubles »[798]. Le Protocole I de 1977 aux *Conventions de Genève*, de son côté, prévoit que les attaques menées contre les monuments historiques, œuvres d'art ou lieux de culte relèvent d'infractions graves[799]. Le Statut du TPIY, enfin, qualifiait de crime de guerre « la saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, à des monuments historiques, à des œuvres d'art et à des œuvres de caractère scientifique »[800]. Bien que les termes retenus soient révélateurs de différences conceptuelles importantes, ces définitions font néanmoins toutes place à certains éléments mobiliers du patrimoine culturel[801]. Le statut de la CPI, en revanche, ne reconnaît explicitement que les attaques menées contre les patrimoines

---

Oxford University Press, 2020 100 à la p 117. Voir aussi *Le Procureur c Duško Tadić alias « Dule » Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, [1995] IT-94-1-T aux para 140-141.

[798] *Supra* note 61 art. 1. Cette définition large est cependant tempérée par le fait que ces biens doivent être d'« une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples » (et pas uniquement pour les individus ou communautés auxquelles ils appartiennent). Voir aussi note 340 art. 27 et 56.

[799] *Supra* note 378 art. 53. Alors que le texte de l'article ne mentionne explicitement que les œuvres d'art, le titre de la section évoque toutefois « les 'biens culturels' et les lieux de cultes ».

[800] *Supra* note 775 art. 3.

[801] On peut par exemple souligner que les « œuvres d'art » ne sont, en principe, qu'un élément de la catégorie plus large des « biens culturels ». Sur cette question, voir notamment Gottlieb, *supra* note 419 à la p 866; Frulli, « The Quest for Consistency », *supra* note 770; Frulli, *supra* note 797 aux pp 104-105; Ehlert, *supra* note 796 à la p 172; Hershkovitch, *supra* note 231 aux pp 108-109. Sur les problèmes plus généraux relatifs à la définition et aux conceptions des patrimoines culturels, voir Blake, « On Defining the Cultural Heritage », *supra* note 136.

immobiliers. Les articles 8(2)(b)(ix) et 8(2)(e)(iv) de son statut, applicables respectivement aux situations de conflits armés internationaux et non internationaux, disposent en effet que seules les « attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative » ou contre des « monuments historiques » (nous soulignons), constituent un crime de guerre[802]. En conséquence, les seules dispositions applicables aux biens mobiliers sont celles, plus générales, interdisant la destruction, l'appropriation ou la saisie de biens non justifiées par des nécessités militaires (art. 8(2)(a)(iv) et 8(2)(b)(xiii)), prévues uniquement dans les situations de conflit armé international, ou celles interdisant le pillage (art. 8(2)(b)(xvi) et 8(2)(e)(v)). Or comme le résume Micaela Frulli :

> […] *the crime of pillaging is one of the unsatisfactory compromises reached at Rome.* […] *During the negotiation of the ICC Statute the delegates of some states tried to introduce military necessity as a possible justification for acts of pillage. While they failed to have it inserted into the definition of the offence – which means that military necessity is not an element of the war crime of pillaging – they succeeded in having military necessity inserted in a footnote to the elements of this crime, which reads: "[a]s indicated by the use of the term 'private or personal use', appropriations justified by military necessity cannot constitute the crime of pillaging". The elements of crimes are not binding for ICC judges. It is nonetheless very disappointing that an express reference to military necessity appears in relation to a prohibition which elsewhere is formulated as an absolute prohibition.*[803]

Dans le même ordre d'idée, et contrairement encore une fois aux autres instruments internationaux[804], si le Statut de Rome a le mérite d'interdire les attaques contre les sites et monuments culturels qui ne sont pas des objectifs militaires, aucune de ses dispositions n'en prévoit la contrepartie interdisant aux belligérants de les utiliser à des fins militaires, et donc de les transformer en objectifs légitimes[805].

---

[802] *Supra* note 42 art. 8 (2)e]iv). Il est le pendant de l'article 8(2)b)ix) applicable aux conflits armés internationaux.
[803] Frulli, « The Quest for Consistency », *supra* note 770 à la p 213; Frulli, *supra* note 797 aux pp 109-110. Voir aussi Gottlieb, *supra* note 419 aux pp 866-867; Ehlert, *supra* note 796 à la p 172. Il convient également de souligner que les Statuts du Tribunal spécial pour le Rwanda et pour la Sierra Leone ne prévoyaient que le crime général de pillage et ne faisaient aucune mention des biens ni des sites culturels. Pour Yaron Gottlieb : « *The disparity* […] *clearly derives from the perception that the property destroyed in Rwanda and Sierra Leone was not considered to be of universal cultural value* ». Gottlieb, *supra* note 419 aux pp 862-863.
[804] note 61 art. 4(1); note 378 art. 53(b); note 379 art. 16.
[805] Frulli, « The Quest for Consistency », *supra* note 770 aux pp 215-216; Gottlieb, *supra* note 419 à la p 867; Ehlert, *supra* note 796 à la p 172.

En second lieu, malgré ce recul dans la nature des biens culturels explicitement protégés, la CPI a d'ores et déjà eu l'occasion de poser les premiers jalons de sa jurisprudence en matière de patrimoines culturels : le 27 septembre 2016, sa Chambre de première instance VIII a reconnu Ahmad al Mahdi coupable de crimes de guerre pour avoir intentionnellement dirigé des attaques contre dix bâtiments à caractère religieux et historique en 2012, durant la guerre civile au Mali[806]. Or, le jugement de la CPI dans cette affaire s'est aussi révélé insatisfaisant dans la mesure où la Cour n'a envisagé la destruction des mausolées que comme des atteintes contre des biens, au titre de crime de guerre, et non comme des crimes contre l'humanité[807]. Le *Rapport sur la situation au Mali*, préparé par le Bureau du Procureur en janvier 2013, avait en effet exclu que des crimes contre l'humanité aient été commis[808]. Tout en faisant état de la commission de crimes tels que les meurtres, les mutilations, les traitements cruels, le viol ou encore le pillage des habitations, le rapport précisait que les informations disponibles ne permettaient pas de conclure que les destructions avaient été commises « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre la population civile […] »[809]. En conséquence, ni le Bureau du Procureur ni la Chambre de première instance n'ont cherché à déterminer si la destruction des mausolées pouvait aussi (ou plutôt) être considérée comme un crime contre l'humanité[810]. Une telle décision suscite néanmoins quelques perplexités.

Force est en effet de souligner que les informations relatives à l'absence d'attaque systématique ou généralisée, et donc de « crime contre l'humanité », auraient pu être

---

[806] *Le Procureur c Ahmad al Faqi al Mahdi Jugement portant condamnation*, [2016] ICC-01/12-01/15.
[807] Vittorio Mainetti soulève également plusieurs problèmes en lien avec la « brièveté » du jugement, et la qualification même de « crime de guerre », les juges ne s'étant pas attachés à démontrer clairement l'existence de liens étroits entre la destruction des mausolées et la conduite des hostilités. Mainetti, « Réflexions à propos de l'Affaire al-Mahdi », *supra* note 762 à la p 220 et suiv.
[808] *Situation au Mali. Rapport établi au titre de l'article 53-1*, Bureau du Procureur, 2013 aux para 128-129.
[809] *Ibid* au para 132. Le paragraphe 1 de l'article 7 exige en effet que les actes soient commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque » pour être qualifiés de crimes contre l'humanité. *Supra* note 42 art. 7(1).
[810] *Supra* note 42 art. 7(1)h]. On note également que la Chambre avait souligné la possibilité de recourir à une autre disposition plus générale du Statut ne faisant pas explicitement référence aux biens culturels, celle prévue à l'article 8(2)(e)(xii) du Statut qui sanctionne « le fait de détruire ou de saisir les biens d'un adversaire, sauf si ces destructions ou saisies sont impérieusement commandées par les nécessités du conflit ». *Le Procureur c. Ahmad al Faqi al Mahdi. Jugement portant condamnation*, *supra* note 806 au para 12.

révisées en 2016 lors de la comparution d'al Mahdi. Le rapport lui-même indiquait que son évaluation était « susceptible d'être revue à l'avenir »[811]. De fait, dans un mandat d'arrêt délivré en 2018 contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (« Affaire al Hassan »), le procureur a retenu non seulement la qualification de crimes de guerre, mais aussi celle de crimes contre l'humanité pour des actes également commis dans le cadre de la guerre civile au Mali entre avril 2012 et janvier 2013[812]. Dans cette perspective, il aurait été possible d'affirmer que la destruction des mausolées s'inscrivait bien dans le cadre d'attaques systématiques ou généralisées[813]. La reconnaissance de telles attaques aurait alors éventuellement permis de requalifier la destruction des mausolées en tant qu'acte de « persécution » aux termes des articles 7(1)(h) et 7(2)(g) du Statut de Rome. En vertu de l'article 7(1)(h) en effet, est considérée comme un crime contre l'humanité la « persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste […] »[814]. La Cour ayant connaissance de la nature discriminatoire revendiquée des attaques[815], Sebastián Green Martínez souligne que :

> […] *the destruction allegedly done to the tombs, shrines and mosques in the town of Timbuktu by Ansar Dine formed part of a widespread and systematic attack against the residents of Timbuktu as moderate Muslims and that it introduced de facto discrimination against such population on religious grounds*.[816]

Par ailleurs, bien que le crime de persécution ne fasse pas expressément référence aux biens culturels, il est défini à l'article 7(2)(g) comme « le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet »[817]. Or, là encore, la Cour avait connaissance

---

[811] *Supra* note 808 au para 128.
[812] « Affaire Al Hassan : la Chambre préliminaire I de la CPI confirme des charges de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité et renvoie l'affaire en procès », en ligne: *Cour Pénale Int* <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1483&ln=fr>. Le mandat d'arrêt ne qualifie toutefois les destructions de biens culturels qu'en tant que crimes de guerre. *Mandat d'arrêt à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, [2018] ICC-01/12-01/18 aux para 11-14.
[813] Green Martínez, *supra* note 797 à la p 1096.
[814] *Supra* note 42 art. 7(1)(h) .
[815] *Le Procureur c. Ahmad al Faqi al Mahdi. Jugement portant condamnation*, *supra* note 806 au para 81.
[816] Green Martínez, *supra* note 797 à la p 1096. Voir aussi Anissa Barrak, « Ahmad Al Faqi Al Mahdi : « Je plaide coupable » », *Courr UNESCO* (2017), en ligne: <https://fr.unesco.org/courier/2017-octobre-decembre/ahmad-al-faqi-al-mahdi-je-plaide-coupable>.
[817] *Supra* note 42 art. 7(2)g].

de la volonté sous-jacente d'*Ansar Dine* d'abolir des croyances et pratiques religieuses jugées non conformes à sa conception de l'Islam[818]. La Commission du droit international avait également déjà souligné en 1991 que : « [l]a persécution peut prendre des formes multiples, par exemple l'interdiction de la pratique de certains cultes religieux [ou encore] la destruction systématique de monuments ou bâtiments représentatifs d'un certain groupe social, religieux, culturel, etc. »[819]. Le TPIY avait lui-même établi, suivant la même logique, que les actes de persécution, incluant la destruction de biens culturels, devaient être considérés comme un déni des droits fondamentaux à la vie, à la liberté et à la dignité, aussi bien au regard du droit international coutumier que du droit des traités[820].

En dernier lieu, l'absence de toute mention de crime de persécution est d'autant plus surprenante que la Cour avait reconnu la nécessité de prendre en considération la valeur symbolique et émotionnelle de ces sites pour la population de Tombouctou[821], et avait souligné que, sur les dix monuments détruits, neuf étaient inscrits au patrimoine mondial de l'UNESCO[822]. Ainsi, de façon assez paradoxale, alors que ces mausolées étaient considérés comme ayant une importance culturelle tellement exceptionnelle « qu'elle présente le même caractère inestimable pour les générations actuelles et futures de

---

[818] *Le Procureur c. Ahmad al Faqi al Mahdi. Jugement portant condamnation*, *supra* note 806 au para 38)viii).
[819] *Annuaire de la Commission du droit international - 1991*, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2), New York; Genève, Commission du droit international, 1994 aux pp 108-109.
[820] Green Martínez, *supra* note 797 à la p 1080; Ehlert, *supra* note 796 aux pp 158-159. Voir *Le Procureur c Prlić et al*, [2003] 3 IT-04-74 aux para 1711-1712. En 2016, la Rapporteuse spéciale sur les droits culturels avait également souligné que les destructions intentionnelles de patrimoines culturels dans des situations de conflit, comme en temps de paix, relevaient d'une violation *prima facie* des droits humains et culturels. *Supra* note 528.
[821] *Le Procureur c. Ahmad al Faqi al Mahdi. Jugement portant condamnation*, *supra* note 806 aux para 79 et 81.
[822] UNESCO, « Patrimoine mondial en péril », en ligne: <https://whc.unesco.org/fr/158/>. Le crime de guerre allégué par le Procureur concernait des attaques dirigées intentionnellement contre dix bâtiments à caractère religieux et historique de Tombouctou, à savoir : 1) le mausolée Sidi Mahmoud Ben Omar Mohamed Aquit, 2) le mausolée Cheick Mohamed Mahmoud Al Arawani, 3) le mausolée Cheikh Sidi Mokhtar Ben Sidi Mouhammad Ben Cheick Alkabir, 4) le mausolée Alpha Moya, 5) le mausolée Cheick Sidi Ahmed Ben Amar Arragadi, 6) le mausolée Cheick Mouhamad El Micky, 7) le mausolée Cheick Abdoul Kassim Attouaty, 8) le mausolée Ahamed Fulane, 9) le mausolée Bahaber Babadié et 10) la porte de la mosquée Sidi Yahia. De ces dix monuments, neuf figuraient sur la Liste du patrimoine mondial de l'UNESCO depuis 1988, et avaient été inscrits en juin 2012 sur la Liste du patrimoine mondial en péril.

l'ensemble de l'humanité »[823], leur destruction n'a pas été considérée comme un crime contre l'humanité[824].

Si la décision de ne retenir que le « crime de guerre » peut s'expliquer par un constat (non actualisé) d'absence « d'attaque généralisée ou systématique » et par le plaidoyer de culpabilité d'al Mahdi[825], le fait que les juges n'aient pas examiné la qualification de crimes contre l'humanité, et qu'ils n'aient pas tenu compte des jurisprudences de Nuremberg et du TPIY en la matière, constituent sans aucun doute une occasion manquée dans le renforcement d'une protection cohérente des biens culturels. Elle est par ailleurs d'autant plus regrettable que, de l'aveu même des juges de la CPI :

> […] Ahmad Al Mahdi doit répondre non pas de crimes contre des personnes, mais d'un crime contre des biens. Elle est d'avis que, bien que fondamentalement graves, les crimes contre les biens le sont généralement moins que les crimes contre les personnes. [nous soulignons][826]

En novembre 2018 toutefois, à peine un an après le verdict de la CPI, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC) sont venues ajouter une pierre supplémentaire à cette tour de Babel jurisprudentielle. Mises en place pour juger les principaux responsables Khmers rouges pour les crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique (PCK), entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979[827], les CETC vont en effet non seulement renouer avec la protection des biens culturels immobiliers et

---

[823] *Supra* note 408 au para 49.

[824] Paige Casaly s'inquiète toutefois que la « valeur universelle » reconnue d'un monument devienne un critère d'admissibilité devant la CPI. Paige Casaly, « Al Mahdi before the ICC: Cultural Property and World Heritage in International Criminal Law » (2016) 14:5 J Int Crim Justice 1199-1220 aux pp 1216-1217. Dans son *Projet de politique générale relative au patrimoine culturel*, le Bureau du Procureur a indiqué que « [m]ême si la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Ntaganda* a fait valoir que le 'statut spécial' d'un bien protégé pouvait être pris en compte lors de l'examen du cadre juridique au sens des articles 8-2-b-ix et 8-2-e-iv du Statut, cette question fait l'objet d'un appel interjeté par le Bureau. Toutefois, cela ne signifie pas que les gradations du statut de biens 'culturels' ne peuvent pas être utiles dans le cadre plus étendu du droit international—particulièrement compte tenu des diverses obligations associées à la protection des biens et du patrimoine culturel, au-delà du conflit armé—mais simplement qu'ils ne sont pas pertinents en tant que tels s'agissant de la responsabilité relevant du Statut ». *Projet de politique générale relative au patrimoine culturel*, Cour pénale internationale. Le Bureau du Procureur, 2021 au para 44.

[825] Green Martínez, *supra* note 797 à la p 1082; Mainetti, « Réflexions à propos de l'Affaire al-Mahdi », *supra* note 762 à la p 228.

[826] *Le Procureur c. Ahmad al Faqi al Mahdi. Jugement portant condamnation*, *supra* note 806 au para 77.

[827] *Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens*, N° NSRKM080112 KRAM 2004.

mobiliers, tels que définis dans la Convention de 1954[828] et avec les jurisprudences de Nuremberg et du TPIY, mais elles vont également faire un pas en avant en tenant compte des atteintes aux aspects intangibles de la culture[829], en particulier concernant les crimes commis contre les musulmans chams et les bouddhistes.

L'objectif des Khmers rouges étant de « créer une société athée et homogène sans classe en abolissant toutes différences ethniques, nationales, religieuses, raciales, sociales et culturelles »[830], la mise en œuvre de ce projet impliquait « l'abolition de toutes les religions 'réactionnaires' ainsi que la déportation, la persécution ou la destruction des minorités ethniques »[831]. Dans cette optique, les Khmers ont notamment procédé à la destruction systématique des sites religieux bouddhistes, musulmans et chrétiens, tandis que les membres de ces groupes ont été les cibles de mesures visant à les empêcher de se conformer à leurs traditions religieuses et culturelles, et ont été contraints à des déplacements forcés (sous peine d'emprisonnement ou de mort) en vue de dissoudre leurs communautés et de les intégrer totalement dans la population cambodgienne[832]. Dans le dossier No. 002 en particulier, Nuon Chea a été déclaré coupable de crimes contre

---

[828] L'article 7 de la Loi prévoit en effet : « Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les suspects, principaux responsables de destructions de biens culturels durant un conflit armé, conformément à la *Convention de La Haye de 1954 pour la Protection des Biens Culturels en cas de conflit armé*, et qui ont été commises entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979 ». *Ibid* art. 7.

[829] Signalons également le jugement rendu en 2013 par le *Tribunal Primero De Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente* du Guatemala dans l'affaire *La Republica de Guatemala v. Jose Mauricio Rodriguez Sanchez y Jose Effrain Rios Montt*. Bien que le jugement ait été suspendu par la Cour constitutionnelle du Guatemala pour vice de procédure, Rios Montt a été reconnu coupable de génocide et de crime contre l'humanité pour les actions commises contre les populations Maya Ixil. Les charges retenues contre l'ancien dictateur guatémaltèque incluaient la mise en œuvre de politiques visant à supprimer la langue et les pratiques culturelles mayas, à rééduquer les Mayas Ixil, et plus généralement à transformer intentionnellement leurs structures sociales et culturelles. *La Republica de Guatemala v Jose Mauricio Rodriguez Sanchez y Jose Effrain Rios Montt*, [2015] C-01076-2011-00015 à la p 108. Dans les cas de crimes ne touchant pas directement des éléments du patrimoine, la Cour a également considéré leurs impacts culturels, notamment dans le cas des grossesses forcées dont ont été victimes des femmes. « *The tribunal noted that sexual violence results in pain and suffering that is still experienced by many of the women, and that the violence has an inter-generational effect, as women reproduce life as well as culture* ».*Judging a Dictator: The Trial of Guatemala's Ríos Montt*, Open Society Justice Initiative, 2013 à la p 14.

[830] *Résumé du Jugement Le Procureur c. Nuon Chea et al.*, Dossier no 002/19-09-2007/ECCC/T, Chambre de Première Instance, 2018 au para 26.

[831] *Le Procureur c Nuon Chea et al Ordonnance de clôture*, [2014] 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ au para 1369.

[832] *Supra* note 830 aux para 27-28. Voir aussi Gottlieb, *supra* note 419 à la p 864; Ehlert, *supra* note 796 à la p 180 et suiv.; Frulli, *supra* note 797 à la p 118.

l'humanité et de crime de génocide pour ces actes[833]. Concernant les atteintes à l'identité culturelle des Chams et des bouddhistes, les juges ont en effet considéré que les mesures de restriction et de destruction culturelle mises en œuvre devaient être considérées à la fois comme une preuve permettant d'établir l'intention (*mens rea*) génocidaire des Khmers rouges, et comme un crime contre l'humanité en tant que persécution pour des motifs religieux. En ce qui concerne l'intention génocidaire, les juges ont en effet affirmé que :

> L'intention des dirigeants du PCK de détruire le groupe cham peut également être déduite du fait que le génocide des Chams a eu lieu dans le contexte d'actes croissants de persécution dirigés contre les Chams et coordonnés par le PCK. Le PCK a mis en application un projet national d'élimination de la culture, des traditions et de la langue chames et a organisé le transfert forcé des communautés chames afin de les séparer.[834]

Pour ce qui est des persécutions, les juges ont souligné que les bouddhistes et les Chams ont été systématiquement victimes de persécutions à grande échelle, pour des motifs discriminatoires en raison de leur appartenance à ces groupes. Au sujet des Chams musulmans, ils ont rappelé que :

> La suppression de la culture, des traditions et de la langue cham avait lieu à l'échelle nationale. Le PCK a banni la pratique de l'islam et interdit aux Chams de faire leur prière, des exemplaires du Coran ont été saisis et brûlés, les mosquées fermées ou détruites et les Chams ont été forcés de manger du porc. Les chefs religieux et les étudiants d'écoles coraniques ont été arrêtés et tués. Les femmes chams ont été forcées de couper leurs cheveux et se sont vu interdire de se couvrir la tête. Les communautés chams ont été divisées, forcées de se déplacer à travers le Cambodge et dispersées au sein d'autres communautés.[835]

Quant aux bouddhistes :

> […] les persécutions religieuses ont eu lieu dans toutes les zones du Cambodge […]. Le Bouddhisme était interdit. Les pagodes et sanctuaires ont été détruits ou utilisés à d'autres fins, et les représentations de Buddha détruites. Presque tous les moines et nonnes bouddhistes ont été défroqués et quelques moines ont été

---

[833] Le dossier nº 002 concernait à l'origine quatre anciens dirigeants Khmers rouges : Khieu Samphan, Nuon Chea, Ieng Sary et Ieng Thirith. Les deux derniers sont décédés au cours de la procédure. Le 22 septembre 2011, la Chambre de première instance a décidé la disjonction des charges du dossier en deux procès, chacun portant sur un nombre limité de crimes contenus dans l'acte d'accusation. Le 7 août 2014, Khieu Samphan et Nuon Chea ont été déclarés coupables de crimes contre l'humanité dans le cadre du premier procès (procès 002/01). Ils ont été condamnés à la réclusion à perpétuité. Le second procès du dossier nº 002 (procès 002/02), s'est achevé le 16 novembre 2018 avec une nouvelle condamnation à perpétuité.

[834] *Le Procureur c. Nuon Chea et al. Ordonnance de clôture*, *supra* note 831 au para 1341.

[835] *Ibid* au para 1420.

> menacés de mort ou tués s'ils n'obtempéraient pas. Un ancien moine déclare qu'il a été forcé de se marier.[836]

Alors que la jurisprudence de la CPI marquait un recul dans la manière de considérer les atteintes aux patrimoines culturels en se limitant aux patrimoines immobiliers et à la qualification de « crime de guerre », celle des CETC est ainsi venue renouer avec les jurisprudences de Nuremberg et du TPIY en adoptant une définition large des « patrimoines culturels » incluant les aspects immatériels de la culture (tels que la langue ou les pratiques spirituelles et religieuses), et en considérant à nouveau leurs destructions comme des actes de persécution, au sens de crimes contre l'humanité, et comme des éléments de preuve d'une intention génocidaire. Ce faisant, le jugement Nuon Chea confirme l'hétérogénéité des jurisprudences internationales qui ne s'accordent ni sur la nature des patrimoines culturels explicitement protégés ni sur la qualification de leur destruction.

Or, outre le problème de la qualification du crime, le second problème des juridictions pénales internationales réside dans leur inadéquation, de manière générale, à offrir réparation aux victimes. De fait, malgré les condamnations relatives aux destructions de patrimoines, et malgré la reconnaissance de leurs conséquences sur les communautés victimes, la réparation n'a pas toujours été considérée comme inséparable de l'engagement de la responsabilité individuelle.

2.1.3. La (non) réparation des victimes devant les tribunaux internationaux

Comme indiqué dans l'introduction de cette thèse, tout système juridique repose sur le principe de la responsabilité. À mesure que la justice est devenue une prérogative royale puis étatique, cette notion de responsabilité a donné naissance à deux réactions : la première met l'accent sur le dommage subi par les victimes et implique une obligation de réparation des préjudices causés ; la seconde met l'accent sur la faute commise, et exige que la personne qui transgresse une norme juridique soit sanctionnée. Bien que proches et

---

[836] *Ibid* au para 1421.

souvent mises en œuvre simultanément, ces deux réactions ne sont pourtant pas tout à fait indissociables[837]. De fait, on peut concevoir l'obligation de réparer un dommage en l'absence de faute, par exemple dans le cas de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international[838], tandis que la répression d'une faute peut se faire sans considération des dommages qui en ont découlé.

En matière pénale en particulier, on constate ainsi que dans plusieurs systèmes juridiques l'infraction est avant tout considérée comme un trouble à l'ordre public. Dans cette perspective, les individus reconnus coupables d'avoir commis un acte criminel reçoivent, de l'État, une sanction proportionnelle à la gravité de la transgression de la loi. La réparation de la victime individuelle, devenue parfois simple témoin de l'affaire, relève des tribunaux civils et n'intéresse pas les tribunaux criminels qui considèrent la répression du coupable comme une réparation en elle-même[839]. Or, on constate que c'est une approche similaire qui a d'abord été retenue devant les tribunaux pénaux internationaux, lesquels ont longtemps considéré que la condamnation pénale des coupables constituait une forme de réparation suffisante[840]. Sans trop entrer ici dans les détails de la participation des victimes au sein de leurs procédures, ce n'est que récemment que les instances internationales ont commencé à leur accorder une place et à s'intéresser à la réparation des préjudices qu'elles ont subis[841].

---

[837] Michel van de Kerchove, « Les fonctions de la sanction pénale: Entre droit et philosophie » (2005) 127:7 Inf Soc 22-31 à la p 29; Carbasse & Vielfaure, *supra* note 2 à la p 156.
[838] *Supra* note 41.
[839] Carbasse & Vielfaure, *supra* note 2 à la p 279. Il convient évidemment de tempérer cette affirmation. Dans de nombreux États, on observe en effet la création de fonds publics destinés à assurer la réparation des dommages subis par les victimes individuelles d'infractions pénales et dont elles peuvent parfois bénéficier indépendamment de la condamnation, voire de l'identification, de l'auteur.
[840] Anne-Laure Vaurs-Chaumette, *Le droit à réparation des victimes de crimes de droit international, responsabilité de protéger et droit international pénal*, Centre de droit international de Nanterre, 2007 à la p 261.
[841] Pour un examen plus détaillé de cette question, voir par exemple Pavia, *supra* note 763; Luc Walleyn, « Victimes et témoins de crimes internationaux: du droit à une protection au droit à la parole » (2002) 84:845 Rev Int Croix-Rouge 51-78; Luc Walleyn, « La Cour pénale internationale, une juridiction pour les victimes ? » (2011) 44:2 Criminologie 43-61; Vincent, *supra* note 39.

Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale en effet, le droit international se limitait aux relations entre États, principaux – sinon « seuls » sujets de droit international[842], et les éventuelles réparations octroyées à la fin des conflits leur étaient réservées en tant que représentants de leurs ressortissants. Il n'était pas question de réparer directement les préjudices causés aux victimes individuelles et les traités de paix excluaient fréquemment le droit de demander réparation aux tribunaux du pays où la violation avait été commise[843].

Devant les deux premières juridictions pénales internationales, à Nuremberg et Tokyo, le droit à la réparation ne fut pas davantage consacré : les victimes ne furent appelées à témoigner qu'occasionnellement, et aucune d'entre elles ne put y demander de dédommagement pour les préjudices subis[844]. L'indemnisation des victimes de la Seconde Guerre mondiale relevait des autorités nationales et dépendait essentiellement de leur législation interne, avec des résultats variables. À titre d'exemples, le Japon et la République démocratique allemande ont systématiquement débouté les demandes d'indemnisation présentées par des victimes individuelles[845]. La République fédérale d'Allemagne, en revanche, a créé un précédent historique en instaurant (sous la contrainte des gouvernements alliés) plusieurs mécanismes visant à répondre aux besoins des victimes du nazisme. À côté des règlements politiques entre États, plusieurs organismes ont ainsi été chargés de se prononcer sur les demandes de réparations individuelles, parmi lesquels la Cour Suprême des Restitutions (compétente pour les requêtes des ressortissants allemands) et la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne

---

[842] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c Espagne)*, [1964] 1964 6.
[843] Guillaumé, *supra* note 20 à la p 53. Walleyn, « Victimes et témoins de crimes internationaux », *supra* note 841 à la p 52. Seuls les traités de paix signés au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale commenceront à prévoir des réparations individuelles pour certaines catégories de victimes, notamment les prisonniers de guerre, qui seront administrées par le CICR. Shelton, *supra* note 6 aux pp 400-401.
[844] Guillaumé, *supra* note 20 à la p 54; Edith-Farah Elassal, « Le régime de réparation de la Cour pénale internationale : analyse du mécanisme en faveur des victimes » (2011) 24:1 Rev Québécoise Droit Int 259-308 à la p 263.
[845] Vaurs-Chaumette, *supra* note 840 aux pp 263-264; Pierre d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des Etats à l'épreuve de la guerre*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2002 aux pp 216-217; Jürgen Lillteicher, « L'Allemagne de l'Ouest et la restitution des biens juifs en Europe » dans *Spoliations Restit Biens Juifs En Eur* Collection Mémoires Histoire 135, autrement éd, Paris, 2007 139 aux pp 148-149. Par ailleurs, la résolution des conflits s'accompagne souvent de règlements conventionnels négociés entre les belligérants, lesquels prévoient l'impossibilité pour les victimes individuelles de saisir les tribunaux pour les dommages commis par la partie adverse.

(compétente pour les restitutions de biens enlevés sur les territoires occupés pendant la guerre à des étrangers)[846]. Cependant, comme le soulignent Didier Rykner et Corinne Hershkovitch au sujet des biens culturels : « À l'instar de la France, les pays d'Europe de l'Ouest qui avaient subi la politique culturelle nazie ont plus ou moins œuvré pour la restitution des biens à leurs propriétaires, mais l'urgence était ailleurs : il fallait reconstruire l'Europe après cinq années de guerre »[847]. Dans le même ordre d'idée, les quatre *Conventions de Genève* de 1949 adoptées à cette époque prévoient, elles aussi, qu'il y a lieu de sanctionner pénalement ceux qui en violent les prescriptions, mais ne contiennent pas de dispositions relatives au droit des victimes d'entamer des poursuites judiciaires contre les auteurs de crimes, d'intervenir dans la procédure, ni d'obtenir réparation.

Dans les années 1990 ensuite, les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (ex-Yougoslavie et Rwanda) ont fait davantage appel aux témoignages des victimes et se sont montrés plus ouverts à l'idée que leurs souffrances ne devaient pas être exacerbées par le système de justice pénale internationale. Dans cette optique, des efforts procéduraux et logistiques importants ont été entrepris pour mieux les protéger lorsqu'elles participaient à titre de témoins[848]. Toutefois, deux éléments sont restés clairement exclus : premièrement, les victimes n'étaient d'aucune façon parties à la procédure pénale[849] ; et deuxièmement, très peu de dispositions ont été prises relativement aux réparations.

En effet, les statuts du TPIY et du Tribunal pénal international pour le Rwanda ne comprenaient aucune disposition relative spécifiquement à la réparation des victimes de violations graves relevant de leur compétence. Seuls les articles 23 et 24 de leurs statuts respectifs stipulaient que : « [o]utre l'emprisonnement du condamné, la Chambre de première instance peut ordonner la restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens

---

[846] La mise en place de ces mécanismes sous l'impulsion des gouvernements alliés, de même que les restitutions ou indemnisations accordées aux victimes ont toutefois soulevé d'importantes controverses et rencontré des obstacles de diverse nature. Pour un examen détaillé, voir notamment Lillteicher, *supra* note 845 à la p 143 et suiv.; Didier Rykner & Corinne Hershkovitch, *La restitution des oeuvres d'art: Solutions et impasses*, Paris, Hazan, 2011.
[847] Rykner & Hershkovitch, *supra* note 846 à la p 47.
[848] Pavia, *supra* note 763 aux pp 65-70.
[849] Les victimes n'interviennent pas en tant que telles, mais comme témoins à charge ou à décharge. N'ayant pas qualité de partie au procès, elles ne peuvent pas saisir la juridiction.

et ressources acquis par des moyens illicites, y compris par la contrainte »[850]. Devant ces tribunaux *ad hoc*, la restitution des biens n'est ainsi considérée que comme une forme de sanction des coupables pouvant être demandée par le procureur, et non comme une forme de réparation pour les victimes. Or, comme le souligne Julie Vincent :

> Nous pouvons douter de l'efficacité et l'effectivité de ces mesures. En effet, lorsque l'on est confronté à un crime de masse, il s'avère particulièrement difficile d'identifier les propriétaires légitimes des biens. En plus de la quantité importante de victimes, les délais des procédures judiciaires ne facilitent certainement pas le processus de restitution des biens. Même si ce mécanisme est accessible aux victimes, l'initiative de ces mesures leur est interdite. Il nous apparaît quelque peu utopique d'imaginer qu'une restitution pourrait avoir lieu dans ces circonstances.[851]

De fait, malgré les diverses condamnations en matière de crime de guerre ou de crime contre l'humanité en lien avec les patrimoines, aucune mesure de restitution de biens culturels n'a été ordonnée par ces tribunaux[852]. L'article 106 de leurs Règlements de procédure et de preuve respectifs, quant à lui, prévoyait cependant que : « [l]a victime ou ses ayants droit peuvent, conformément à la législation nationale applicable, intenter une action devant une juridiction nationale ou toute autre institution compétente, pour obtenir réparation du préjudice »[853]. Pour obtenir réparation, les victimes pouvaient ainsi, dans le meilleur des cas, se tourner vers leurs tribunaux civils nationaux en se fondant sur le jugement international faisant office de « chose jugée » (*res iudicata*) contre leur agresseur. Or, en pratique, « cela ne s'est presque jamais fait »[854], notamment en raison du fait qu'en situation post-conflit les tribunaux nationaux sont généralement débordés, voire inexistants, en raison du nombre de victimes, et parce que les individus condamnés par les tribunaux internationaux ne sont que rarement, sinon jamais, reconnus responsables d'actes commis directement contre des individus pouvant fonder une demande de réparation[855].

---

[850] *Supra* note 775 art. 24; *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, Rés. CS 955, Doc. off. CS NU, 49e sess., supplement no 50, Doc. NU S/RES/955 (1994), 1994 art. 23.
[851] Vincent, *supra* note 39 à la p 91. Au terme des procédures devant le TPIY, aucune ordonnance de restitution n'a été émise.
[852] Renold, *supra* note 60 à la p 674.
[853] *Règlement amendé de procédure et de preuve du TPIY*, IT/32/Rev. 50, 2015 art. 106; *Règlement amendé de procédure et de preuve du TPIR*, 1995 art. 106.
[854] Frédéric Mégret, « Les victimes devant la Cour pénale internationale : Un nouveau modèle de justice pénale? - Recueil des recherches sur les victimes d'actes criminels, no 5 », (mai 2012), en ligne: *Ministère Justice* <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/rr5-rd5/p6.html>.
[855] Vincent, *supra* note 39 aux pp 93-84; Pavia, *supra* note 763 à la p 70.

Un tournant en faveur des victimes est intervenu à l'occasion de l'adoption du Statut de la Cour pénale internationale. Sous la pression d'associations et d'ONG de défense des droits des victimes, la conférence de Rome a en effet tenté de remédier aux insuffisances des tribunaux *ad hoc* en accordant aux victimes des protections sans précédent[856], tandis que le régime énoncé à l'article 75 du Statut de Rome consacre la reconnaissance de leur droit aux réparations et les prend d'ailleurs en charge sans les déléguer aux juridictions nationales. Ainsi, cet article prévoit que la CPI :

> [é]tablit des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Sur cette base, la Cour peut, sur demande, ou de son propre chef dans des circonstances exceptionnelles, déterminer dans sa décision l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes ou à leurs ayants droit, en indiquant les principes sur lesquels elle fonde sa décision.[857]

L'article 75 instaure également la possibilité pour la CPI de rendre une ordonnance contre les personnes condamnées au profit de leurs victimes[858]. Trois types traditionnels de réparations y sont considérés : la restitution, l'indemnisation et la réhabilitation. La satisfaction et les garanties de non-répétition du crime ne sont pas mentionnées[859], mais elles ne sont pas exclues par le Statut pour autant, la liste n'étant pas exhaustive. L'ordonnance de réparation dans l'affaire al Mahdi en a d'ailleurs fait usage.

Le 17 août 2017 en effet, faisant suite à la condamnation d'al Mahdi, la CPI s'est prononcée sur les modalités de réparation de ses crimes. Après avoir rappelé l'importance du patrimoine culturel et le fait que celui-ci « joue un rôle central dans la façon dont les

---

[856] Walleyn, « Victimes et témoins de crimes internationaux », *supra* note 841 à la p 54; Francioni, *supra* note 47 à la p 37; Elassal, *supra* note 844 à la p 261.
[857] *Supra* note 42 art. 75. Il y a toutefois un cumul possible des réparations internationales et nationales, le statut précisant que « Les dispositions du présent article s'entendent sans préjudice des droits que le droit interne ou le droit international reconnaissent aux victimes ».
[858] *Ibid* art. 75.
[859] Plusieurs auteurs ont expliqué pourquoi les réparations symboliques ne figuraient pas dans le Statut de la CPI. Ces mesures renvoient à la responsabilité étatique, l'État seul ayant le pouvoir de les mettre en œuvre. De plus, les réparations symboliques, par exemple l'ordre de prononcer des excuses, pourraient contrevenir aux droits de l'homme qui protègent la liberté de conscience et d'expression, dont le droit à ne pas se repentir. Guillaumé, *supra* note 20 à la p 57.

communautés se définissent et tissent des liens entre elles, s'identifient à leur passé et envisagent leur avenir »[860], les juges ont souligné que :

> L'attaque menée contre les Bâtiments protégés n'a pas seulement détruit et endommagé des structures physiques. Elle a également 'eu des répercussions sur la communauté et a affaibli le lien qui unissait la communauté locale à [ce patrimoine culturel] si précieux, [auquel] elle s'identifiait'.[861]

Considérant la gravité des destructions et leurs conséquences, la Cour a ordonné l'octroi de réparations pour trois catégories de préjudices : la destruction des bâtiments historiques et religieux[862], les pertes économiques indirectes engendrées par cette destruction[863] et le préjudice moral[864]. Pour chacun de ces préjudices, la Cour a également identifié plusieurs catégories de victimes en considérant que la destruction des monuments « affectait non seulement les victimes directes des crimes, autrement dit les fidèles et les habitants de Tombouctou, mais aussi toute la population du Mali et la communauté internationale »[865]. Par conséquent, plusieurs modalités de réparations individuelles et collectives ont été ordonnées.

Concernant la destruction des mausolées, les juges ont considéré que bien qu'une opération de restauration ait déjà été entreprise par l'UNESCO[866], et bien que l'organisation n'ait pas déposé de demande de réparation, al Mahdi devait porter la responsabilité financière des travaux. Les juges ont également considéré que la destruction des mausolées avait tout particulièrement affecté la communauté de Tombouctou à laquelle ils appartenaient. Sur ce point, ils ont estimé que des réparations collectives constituaient le meilleur moyen de remédier aux dommages causés et qu'elles devraient devrait prendre la forme de mesures de réhabilitation des sites, y compris de mesures garantissant la non-répétition des attaques[867]. Si la Chambre a par ailleurs souligné que les excuses présentées par Ahmad al Mahdi étaient sincères et satisfaisantes, elle a toutefois ordonné, à titre

---

[860] *Le Procureur c Ahmad al Faqi al Mahdi Ordonnance de réparation*, [2017] ICC-01/12-01/15 au para 14.
[861] *Ibid* au para 19.
[862] *Ibid* au para 60 et suiv.
[863] *Ibid* aux para 72 et suiv.
[864] *Ibid* au para 84 et suiv.
[865] *Ibid* au para 51.
[866] Bureau de l'UNESCO à Bamako, *Notre Patrimoine : un allié pour la Paix – UNESCO/Mali*, 2019.
[867] *Le Procureur c. Ahmad al Faqi al Mahdi. Ordonnance de réparation*, *supra* note 860 aux para 65-67.

symbolique et pour s'assurer que les victimes y auraient accès, qu'un extrait de la vidéo présentant lesdites excuses soit publié sur le site Internet de la Cour[868].

Concernant les pertes économiques indirectes découlant de la destruction des mausolées, la Cour a ordonné des réparations individuelles en faveur de quelque 139 Maliens dont les sources de revenus dépendaient *exclusivement* des bâtiments attaqués[869]. Considérant l'ampleur des pertes économiques indirectes, les juges ont également ordonné des réparations collectives pour la communauté de Tombouctou dans son ensemble. À cet égard, la Chambre avait suggéré que ces mesures pourraient inclure des programmes communautaires de sensibilisation aux patrimoines et la mise en place de programmes d'aides économiques et financières[870].

Concernant le préjudice moral enfin, les juges ont ordonné des indemnisations individuelles pour les descendants des défunts dont les sites funéraires avaient été endommagés dans l'attaque, ainsi que des réparations collectives, sous la forme de mesures symboliques — comme l'édification d'un monument ou une cérémonie de commémoration —, pour la détresse affective et la perturbation culturelle subies par l'ensemble de la communauté de Tombouctou[871]. Dans une perspective plus symbolique, rappelant que les sites détruits étaient inscrits au patrimoine mondial, la Chambre a également ordonné le versement d'un euro à l'État malien et à l'UNESCO afin de reconnaître les souffrances endurées par le pays et par la communauté internationale dans son ensemble du fait de la destruction des bâtiments protégés[872]. En conséquence, la Chambre a évalué la responsabilité d'Ahmad al Mahdi à 2,7 millions d'euros, dont 97 000 euros pour la restauration des monuments, 2,12 millions pour les pertes économiques indirectes, et 483 000 euros le préjudice moral, tout en affirmant ne pas avoir assez d'informations pour le chiffrer objectivement de la même manière que les pertes économiques[873].

---

[868] *Ibid* au para 71; *Affaire Al Mahdi : l'accusé plaide coupable lors de l'ouverture du procès* , La Haye, 2016.
[869] *Le Procureur c. Ahmad al Faqi al Mahdi. Ordonnance de réparation*, *supra* note 860 au para 81.
[870] *Ibid* au para 83.
[871] *Ibid* au para 90.
[872] *Ibid* aux para 106-107.
[873] *Ibid* aux para 130-134.

Il ressort ainsi des réparations ordonnées par la Cour une certaine ambiguïté. En effet, tout en rappelant qu'al Mahdi « n'a été déclaré coupable d'aucun crime contre des personnes »,[874] mais uniquement d'avoir dirigé une attaque contre des monuments, les réparations ordonnées par les juges ont mis l'accent sur la dimension humaine et spirituelle des préjudices subis par les victimes directes, la communauté de Tombouctou, la communauté malienne et la communauté internationale dans son ensemble. Alors qu'al Mahdi aurait simplement pu être condamné à indemniser les victimes de pertes économiques indirectes, et à assumer les coûts de restauration des mausolées, les juges ont pris en considération les « perturbations culturelles », la « détresse affective » et plusieurs déclarations de victimes faisant état de leur abattement moral, de leur sentiment d'humiliation ou encore de leur « foi brisée »[875]. On constate ainsi que la CPI peine à articuler de façon pleinement satisfaisante une conception des patrimoines culturels à la fois comme des biens matériels disposant d'une valeur (historique, économique, religieuse) « objective », et comme les symboles d'une identité culturelle et spirituelle. En l'absence d'une qualification de « crime contre l'humanité », les réparations ainsi ordonnées ne représentent encore, au mieux, qu'une tentative encore insuffisante de réconciliation de ces approches.

Il faut également rappeler que la question des réparations devant les instances internationales continue de soulever des questions pratiques et jurisprudentielles complexes. Une des principales faiblesses réside dans le fait que l'accent mis sur la responsabilité pénale des individus « aboutit à concentrer la question des réparations autour de l'individu condamné, bien plus que de l'État auquel il se rattache »[876]. La CPI n'a en effet pas le pouvoir de rendre une ordonnance de réparation contre des États[877], qui disposeraient pourtant de moyens de réparation plus substantiels que les individus condamnés, qui n'ont (en règle générale) pas ou plus les capacités financières nécessaires.

---

[874] *Ibid* au para 93.
[875] *Ibid* aux para 84-87.
[876] Mégret, « Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle », *supra* note 677 à la p 129.
[877] Guillaumé, *supra* note 20 à la p 59. Sur cette question Chaumette s'interroge sur le fait de savoir s'il existerait, en parallèle de la responsabilité pénale individuelle, une obligation des États de réparer les victimes fondée le principe de leur « responsabilité de protéger ». Vaurs-Chaumette, *supra* note 840.

Dans l'affaire al Mahdi notamment, relevant l'insolvabilité du condamné, les juges ont ainsi chargé le Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes de proposer et de mettre en œuvre des mesures de réparation, et l'ont encouragé à compléter, dans la mesure du possible, les réparations individuelles ou collectives ordonnées[878]. Si le refus des juges de prendre en compte la situation financière personnelle d'al Mahdi dans l'évaluation de sa responsabilité s'explique par un refus de « fixer sa responsabilité à zéro ou presque »[879], il ressort de l'ordonnance que la mise en œuvre effective des réparations dépasse toujours le cadre des préoccupations du tribunal[880]. De fait, bien que l'ordonnance soit adressée à l'encontre de l'auteur du crime, les sommes versées (aux victimes individuelles ou par la mise en œuvre de mesures collectives) proviennent du Fonds au profit des victimes dont les ressources sont, elles aussi, limitées[881]. La mise en œuvre des programmes de réparation étant prévue dans un délai de trois ans à compter de la date du jugement, il n'est pas encore possible de déterminer dans quelle mesure ils ont effectivement été réalisés ni de déterminer leurs effets sur les sites endommagés et sur la population.

Il est également intéressant de constater que les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont opté pour une approche semblable à celle de la CPI en reconnaissant aux victimes un droit à la réparation, et qu'elles rencontrent des problèmes similaires dans le financement et, de fait, dans la mise en œuvre des ordonnances. En effet,

---

[878] *Le Procureur c. Ahmad al Faqi al Mahdi. Ordonnance de réparation*, *supra* note 860 au para 138. La création du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes découle de la décision de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome. L'entrée en vigueur du Fonds a eu lieu au même moment que celle de la Cour pénale internationale. Le rôle de ce Fonds est double : d'un côté, il assure que les indemnités accordées par la CPI à titre de réparation soient versées ; et de l'autre, il assure la distribution des montants d'argent reçus de donateurs internationaux, et qui peuvent être consacrés à la réhabilitation des victimes. *Supra* note 42 art. 79.

[879] *Le Procureur c. Ahmad al Faqi al Mahdi. Ordonnance de réparation*, *supra* note 860 aux para 113-114 et 137-138.

[880] *Ibid* au para 114.

[881] Dans son Plan financier présenté le 22 novembre 2018, le Fonds indiquait ainsi continuer « ses activités de collecte de fonds pour obtenir les ressources supplémentaires nécessaires afin d'atteindre le montant de 2,7 millions d'euros » (para 168). Seule une version expurgée du rapport est actuellement disponible. Ainsi, s'il est possible de connaître une partie des mesures de réparation envisagées dans le plan (par exemple : une cérémonie de remise de réparations symboliques, un programme de soutien psychologique, des mesures de résilience économiques pour la communauté, des mesures d'entretien des bâtiments protégés, etc.), les sommes allouées à chacun de ces projets ne sont pas rendues publiques. *Version publique expurgée du « Plan de mise en œuvre mis à jour »*, ICC-01/12-01/15-291-Conf-Exp, Fonds au profit des victimes, 2018.

la Règle 23 du Règlement intérieur des CETC portant sur les « Principes généraux relatifs à la participation des victimes en qualité de partie civile » prévoit que :

> Le but de l'action civile devant les CETC est de :
> a) Participer, en soutien à l'accusation, aux poursuites des personnes responsables d'un crime relevant de la compétence des CETC, et
> b) Demander réparation collective et morale, conformément à la Règle 23 *quinquies*.[882]

Cette règle dispose ainsi qu'outre le droit de se porter partie civile, les victimes peuvent demander des réparations morales et collectives. À la différence du Statut de la CPI, le Règlement des CETC exclut toutefois d'office les réparations individuelles et celles sous forme d'allocation financière.

Dans le dossier No. 002 contre Nuon Chea, compte tenu du très grand nombre de victimes[883] et de l'insolvabilité de l'accusé, la Chambre spéciale a ainsi ordonné, par l'entremise de la Section d'appui aux victimes[884], la mise en œuvre de 11 projets de réparation collective afin de reconnaître de manière appropriée le dommage subi par les victimes. Parmi les projets retenus, on trouve l'édification d'un monument commémoratif, des projets d'accès aux soins de santé mentale et physique, la mise à jour des manuels scolaires ou encore la création d'une exposition permanente et itinérante. Un projet visant la création d'un fonds de documentation portant sur les expériences de groupes spécifiques, notamment les Chams, est également prévu[885]. Le jugement ne précise toutefois pas si certaines de ces mesures seront, en tout ou en partie, consacrées spécifiquement à la dimension culturelle des dommages subis. Par ailleurs, il faut souligner que le Règlement des CETC n'aborde pas la question du financement des projets de réparation, et ne prévoit pas la création d'un Fonds spécifique ou d'autres mécanismes similaires. Aussi, le site Internet officiel des CETC indiquait encore récemment que si les projets de réparations

---

[882] *Règlement intérieur (Rev. 6)*, Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, 2010 art. 23.
[883] Au total, 3 865 parties civiles ont participé dans les Dossiers 002/01 et 002/02.
[884] La Section d'appui aux victimes est un organe officiel des CETC qui a pour mission de favoriser et de coordonner la participation des victimes aux procédures devant les CETC, à l'exception de leur représentation en justice. En outre, elle a été chargée de solliciter des financements et des appuis extérieurs et, en étroite coopération avec les coavocats principaux pour les parties civiles, de désigner, d'élaborer et, à terme, de mettre en œuvre des projets de réparations.
[885] *Supra* note 830 au para 77 et suiv.

« sont assurés d'un large soutien […] leur financement demeure insuffisant ». Certains projets ne disposant toujours pas de ressources financières garanties, le site faisait appel aux dons[886] et leur mise en œuvre reste pour le moins incertaine.

2.1.4. Une responsabilité étatique oubliée en situation de conflit armé ou d'occupation

Si, depuis la Seconde Guerre mondiale, le droit de la guerre s'est principalement développé autour du principe de la responsabilité pénale individuelle, il convient toutefois de rappeler que celle-ci n'a pas pour autant fait disparaître la responsabilité des États. C'est ainsi que l'article 25(4) du Statut de Rome précise qu'« aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international »[887]. Cette volonté de tenir les États responsables en cas de violation de leurs obligations internationales a également mené à la rédaction du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*. À la différence de la responsabilité individuelle (qui est par ailleurs une nouvelle fois consacrée[888]), de nature pénale, la responsabilité étatique prévue dans le *Projet d'articles* semble davantage relever d'une responsabilité civile et implique que l'État responsable est tenu de mettre fin à la violation, d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition, et de réparer intégralement tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite[889]. Il précise en outre que :

> 1. Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.

---

[886]« Réparations significatives pour les victimes du régime khmer rouge », en ligne: *Chamb Extraordin Au Sein Trib Cambodg* <https://www.eccc.gov.kh/fr/node/30055>.
[887] *Supra* note 42 art. 25.
[888] Commission du droit international, *supra* note 4 art. 58. La CDI précise en commentaire que « Dans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés. […] L'État n'est pas exonéré de sa propre responsabilité pour le comportement internationalement illicite par le fait qu'il a poursuivi et puni les agents publics qui en sont les auteurs ». *Ibid* aux pp 391-392.
[889] Commission du droit international, *supra* note 4 art. 30-31.

> 2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État.[890]

À cet égard, les instruments internationaux de protection des patrimoines culturels applicables en situation de conflit armé et d'occupation, dont la portée coutumière est aujourd'hui admise, demandent explicitement aux États de prendre des mesures de prévention et de protection, de s'abstenir de porter atteinte aux patrimoines culturels, et prévoient une obligation de poursuivre les responsables individuels de crimes.

À titre de rappel, la Convention de l'UNESCO de 1954 énumère une série d'obligations de sauvegarde et de respect des biens culturels s'imposant aux États parties. Elle souligne notamment que les États doivent prendre, dans le cadre de leur système de droit pénal, « toutes mesures nécessaires pour que soient recherchées et frappées de sanctions pénales ou disciplinaires les personnes, quelle que soit leur nationalité, qui ont commis ou donné l'ordre de commettre une infraction à la présente Convention »[891]. En plus de rappeler cette obligation, le *Protocole additionnel* de 1999 reconnaît également le principe de la responsabilité individuelle et étatique en affirmant qu'« [a]ucune disposition du présent Protocole relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international, notamment l'obligation de réparation »[892]. De son côté, le *Protocole I* aux Conventions de Genève, relatif aux conflits armés internationaux, dispose également que « [l]a Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant Partie de ses forces armées »[893]. Enfin, en 2003, l'article VI de la Déclaration de l'UNESCO concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel, bien que non contraignante et dépourvue de dispositions opérationnelles, soulignait également que :

> L'État qui détruit intentionnellement le patrimoine culturel revêtant une grande importance pour l'humanité, ou qui s'abstient intentionnellement de prendre les

---

[890] *Ibid* art. 33.
[891] *Supra* note 61 art. 28. Voir aussi O'Keefe, *supra* note 245 à la p 67.
[892] *Supra* note 382 art. 38.
[893] *Supra* note 378 art. 91. Le Protocole II relative aux conflits non-internationaux ne contient cependant pas de clause de responsabilité similaire. Il reconnaît toutefois expressément à son article 16 l'application de la Convention de 1954 en tant que *lex specialis* (idem à l'article 53 du Protocole I).

> mesures appropriées pour interdire, prévenir, faire cesser et sanctionner toute destruction intentionnelle d'un tel patrimoine, que celui-ci soit ou non inscrit sur une liste gérée par l'UNESCO ou une autre organisation internationale, porte la responsabilité de cette destruction, dans la mesure prévue par le droit international.[894]

Dès lors, la violation de ces obligations, par la destruction de biens culturels, l'omission de de leur protection ou de sanction des responsables en cas de dommages, pourrait être considérée comme un fait internationalement illicite engageant la responsabilité de l'État[895]. À ce jour cependant, force est de constater que la responsabilité des États en situation de conflit armé ou d'occupation n'a été examinée que dans un nombre très restreint de cas.

En vertu de son mandat la chargeant notamment de régler les différends d'ordre juridique entre États et de se prononcer sur les violations de leurs engagements internationaux, la Cour internationale de justice serait le principal organe compétent en matière de responsabilité étatique relativement aux biens culturels en situation de conflit armé et d'occupation. Son importance en la matière est d'autant plus grande qu'elle bénéficie de l'appui de l'article 94 de la Charte des Nations Unies aux termes duquel « si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et si celui-ci le juge nécessaire, faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt »[896]. La Cour internationale de justice ne dispose toutefois que d'une compétence limitée. En effet, les seules entités habilitées à la saisir sont les organes onusiens et les États qui en reconnaissent la compétence[897], et la CIJ ne peut pas étendre sa compétence au-delà

---

[894] *Supra* note 421 art. VI.

[895] Plusieurs auteurs examinent notamment la possibilité d'engager la responsabilité des États au titre de leur « responsabilité de protéger ». Ce concept, qui n'est pas encore reconnu comme juridiquement contraignant même si des obligations connexes existent effectivement dans le cadre de plusieurs corpus juridiques internationaux, se développe depuis le début des années 2000. Voir Vaurs-Chaumette, *supra* note 840; Lenzerini, *supra* note 255 aux pp 97-98; Nafzinger, *supra* note 271; *Réunion d'experts sur la « responsabilité de protéger » et son application à la protection du patrimoine culturel en cas de conflit armé. Rapport final*, Paris, UNESCO, 2015; Patrizia Vigni, « Cultural Heritage and State Responsibility » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 605.

[896] *Charte des Nations unies*, San Francisco, Organisation des Nations Unies, 1945 art. 94.

[897] *Statut de la Cour internationale de Justice*, San Francisco, 1945 art. 34. La Cour n'a pas compétence pour traiter des demandes qui lui sont présentées par des particuliers, des ONG, des entreprises ou tout autre groupe

des dispositions conventionnelles visées par le litige[898]. En conséquence, elle n'a eu l'occasion d'examiner la question des dommages culturels en situation de conflit armé qu'à deux reprises[899], et de manière très indirecte.

Elle a ainsi une première fois abordé la question dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 portant sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. À cette occasion, la CIJ a rappelé que l'État d'Israël se devait d'observer les obligations auxquelles il est tenu en vertu du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme. De ce fait, il doit notamment assurer la liberté d'accès aux Lieux saints, et à l'ensemble des sites ayant une importance historique ou religieuse, passés sous son contrôle depuis 1967[900]. Contrairement aux arrêts, rendus au terme d'affaires contentieuses, les avis consultatifs de la CIJ n'ont cependant pas d'effet obligatoire. Il appartient aux organes ou institutions qui les ont demandés de décider, par les moyens qui leur sont propres, de la suite à leur donner.

Dans son arrêt du 26 février 2007 concluant l'*Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), la CIJ a ensuite retenu une approche similaire à celle du TPIY en affirmant que si les destructions de patrimoines culturels n'entrent pas dans la catégorie

privé. Un État peut prendre fait et cause pour un de ses ressortissants et faire siens les griefs de ce dernier à l'encontre d'un autre État, mais il s'agit alors bien d'un litige entre États.

[898] *Ibid* art. 36-38.

[899] Le 29 avril 1999, la République fédérale de Yougoslavie a déposé des requêtes introductives d'instance contre la Belgique, le Canada, la France, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne, le Royaume-Uni et les États-Unis en raison de violations alléguées de leur obligation de ne pas recourir à l'emploi de la force contre un autre État. Dans chacune de ses requêtes, la Serbie-et-Monténégro avait notamment demandé à la CIJ de considérer « qu'en prenant part à la destruction ou à l'endommagement de monastères, d'édifices culturels, [l'État faisant l'objet de la plainte] a agi contre la République fédérale de Yougoslavie en violation de son obligation de ne pas commettre d'actes d'hostilité dirigés contre des monuments historiques, des œuvres d'art ou des lieux de culte constituant le patrimoine culturel ou spirituel d'un peuple ». En 2004, la CIJ a toutefois décliné sa compétence dans chacune de ces affaires au motif que la Serbie-et-Monténégro n'avait pas, au moment de l'introduction de l'instance, qualité pour ester devant la Cour. Voir notamment « Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique) », (2004), en ligne: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/105>.

[900] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire Palestinien occupé: avis consultatif du 9 juillet 2004*, [2004] 2004 136 aux para 129 et 149.

des actes de génocide tels que prévus par la *Convention sur le crime de génocide* de 1948, elle souscrivait à la remarque formulée en l'affaire Krstić selon laquelle :

> […] la destruction physique ou biologique s'accompagne souvent d'atteintes aux biens et symboles culturels et religieux du groupe pris pour cible, atteintes dont il pourra légitimement être tenu compte pour établir l'intention de détruire le groupe physiquement.[901]

La Cour a toutefois conclu qu'à l'exception du massacre de Srebrenica en juillet 1995, les actes commis en Bosnie n'étaient pas accompagnés de l'intention spécifique qui caractérise le crime de génocide[902].

Dans d'autres cas, la résolution des litiges entre États peut se faire par des mécanismes autres que la CIJ[903]. C'est ainsi que, dans le cadre de la résolution du conflit qui avait opposé l'Érythrée à l'Éthiopie dans les années 1998-2000, la Commission des Réclamations, établie par les accords de paix d'Alger du 12 décembre 2000, a eu l'occasion de se prononcer sur des destructions de patrimoines culturels. Concernant les destructions commises sur son territoire, l'Éthiopie réclamait plus de 9,2 millions de dollars US à titre de compensation pour le pillage et la destruction d'au moins 164 églises, mosquées, monastères et autres bâtiments de nature religieuse par les forces érythréennes[904]. La Commission lui a accordé une compensation de 4,5 millions de dollars US payable par l'Érythrée dont la responsabilité avait été reconnue en vertu du *jus in bello*[905]. Concernant la Stèle de Matara en revanche, la Commission a reconnu que l'Éthiopie était responsable de sa destruction intentionnelle lors d'une offensive en mai 2000[906]. Comme ni l'Éthiopie ni l'Érythrée n'étaient parties à la Convention de La Haye de 1954, la Commission avait fondé sa décision en affirmant que la destruction du monument relevait d'une violation des

---

[901] *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, [2007] 2007 34 au para 344. Voir aussi *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c Serbie)*, [2015] 2015 3 au para 390.
[902] *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *supra* note 901 aux pp 237-238.
[903] *Supra* note 896 art. 95.
[904] *Sentence finale. Réclamations de dommages de l'Éthiopie*, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, 2009 au para 180.
[905] *Ibid* au para 198.
[906] *Sentence finale. Réclamations de dommages de l'Érythrée*, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, 2009 au para 218.

normes coutumières du droit international humanitaire[907] et conclut que l'Éthiopie devait en être tenue responsable, en tant qu'État occupant [908]. Considérant l'importance patrimoniale de la Stèle, la Commission a en outre considéré que :

> […] *serious damage to a significant object of cultural patrimony warrants some award of compensation going beyond the mere costs of attempting to restore the object to its earlier appearance. This is so even though there is no evidence that the decision to damage the Stela involved anyone other than one or more low-ranking soldiers*.[909]

En conséquence, la Commission a accordé à l'Érythrée un montant total de 50 000 dollars US pour couvrir les travaux de restauration de la Stèle (estimés à 450 106 nakfas, environ 30 000 dollars US) et refléter, en partie, son importance culturelle unique[910]. Concernant les réparations symboliques, la Commission a toutefois considéré que :

> *Eritrea's request that Ethiopia also be obligated to apologize for that damage is dismissed. As the Commission stated* […]*, in principle, the appropriate remedy for valid claims should be monetary compensation, except where other remedies can be shown to be in accordance with international practice and the Commission determines that another remedy would be reasonable and appropriate. No such showing was made here*.[911]

De fait, qu'il s'agisse des réparations accordées à l'Éthiopie ou à l'Érythrée, les commissaires ont uniquement considéré la question des réparations sous l'angle de la destruction de biens matériels. Tout en tenant compte de leur valeur particulière justifiant l'imposition de dommages punitifs concernant la Stèle de Matara, les conséquences humaines et spirituelles des destructions n'ont pas été examinées.

Une jurisprudence internationale aussi éparse, alors que les patrimoines matériels font toujours régulièrement l'objet de saisies, de pillages ou de destructions en situation de conflit armé ou d'occupation, souligne encore une fois les nombreux obstacles à la mise en œuvre effective des instruments internationaux, qu'il s'agisse de leur non-rétroactivité, de

---

[907] *Partial Award: Central Front - Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, XXVI, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, 2004 au para 113.
[908] *Ibid* au para 112.
[909] *Supra* note 906 à la p 222.
[910] *Ibid* au para 223.
[911] *Supra* note 907 au para 114.

leur champ d'application restreint ou encore des pouvoirs limités des cours de justice internationales. De fait, de nombreuses situations de saisies ou de destructions semblent rester hors de leurs champs de compétence. Le pillage et les dommages infligés aux patrimoines culturels iraqiens au début des années 2000 en fournissent une illustration.

En 2003 en effet, l'invasion de l'Iraq par la coalition menée par les États-Unis a mené à une catastrophe patrimoniale. Outre le fait que cette invasion n'était pas sanctionnée par l'ONU, et malgré les avertissements et les demandes répétées des communautés muséologiques et archéologiques[912], aucune mesure de précaution n'est déployée par l'armée américaine pour assurer la protection des sites culturels[913]. En plus du pillage des lieux de fouilles archéologiques à travers le pays[914], l'entrée des troupes américaines dans Bagdad au mois d'avril 2003 s'accompagne alors de la mise à sac — entre autres — du Musée archéologique de Bagdad, du ministère de la Culture, du Centre Saddam d'art moderne et de la Faculté des beaux-arts. Les chiffres portent à plus de 13 000 le nombre d'objets dérobés en l'espace de quelques jours pour le seul musée archéologique de Bagdad, dont près d'un tiers seulement aurait été aujourd'hui retrouvé[915]. L'armée

---

[912] Dans les mois précédents l'invasion américaine, plusieurs délégations d'archéologues, de conservateurs et de chercheurs avaient été reçues au Pentagone. Celui-ci s'était notamment engagé à protéger le musée archéologique de Bagdad dès la prise de la ville. L'Archaeological Institute of America avait également publié une *Open Declaration on Cultural Heritage at Risk in Iraq*, signée par 13 organisations et plus de 200 personnes à travers le monde. Guy Gugliotta, « Pentagon Was Told Of Risk to Museums », *Wash Post* (14 avril 2003); Catherine Phuong, « The Protection of Iraqi Cultural Property » (2004) 53:4 Int Comp Law Q 985-998 à la p 985; Wayne Sandholtz, « Plunder, Restitution, and International Law » (2010) 17:2 Int J Cult Prop 147-176 aux pp 197-199 et 236-237; Priscilla Singer, « The New American Approach to Cultural Heritage Protection: GrantingForeign Aid for Iraqi Cultural Heritage » (2011) 11 Chic-Kent J Int Comp Law 1-38 aux pp 14-15.

[913] L'agence chargée de superviser la reconstruction de l'Iraq (l'*Office of Reconstruction and Humanitarian Assistance* (ORHA)) avait classé le musée de Bagdad en seconde position des 16 sites nécessitant des mesures de protection urgente. Les troupes américaines n'ont toutefois été positionnées que devant la Banque centrale et devant les bureaux du ministère de l'Énergie et des Champs pétroliers. Si la Banque centrale occupait bien la première position sur la liste de l'ORHA, le ministère de l'Énergie n'apparaissait, en revanche, qu'en dernière position. Sandholtz, « Plunder, Restitution, and International Law », *supra* note 912 aux pp 189-190.

[914] Sigal Samuel, « It's Disturbingly Easy to Buy Iraq's Archeological Treasures », *The Atlantic* (19 mars 2018).

[915] Sandholtz, « Plunder, Restitution, and International Law », *supra* note 912 aux pp 201-202. L'identité des pilleurs suscite par ailleurs quelques interrogations. Si certains vols ont bien été le fait des habitants de la ville, les responsables du musée archéologique de Bagdad soulignent que quelques-unes des pièces dérobées pèsent plusieurs centaines de kilos, tandis que les copies d'œuvres originales ont pour l'essentiel été laissées sur place. Dans ces circonstances, il est probable que certains vols aient été ciblés et le fait de connaisseurs préparés et équipés pour le transport des pièces les plus lourdes ou volumineuses. Christophe Ayad,

américaine aurait elle-même été directement responsable d'importants dommages, notamment suite à l'installation de bases militaires à proximité de sites archéologiques[916]. Bien que les dirigeants iraquiens portent une part de responsabilité pour avoir insuffisamment protégé leurs sites culturels dans l'éventualité d'un conflit[917], voire pour avoir, semble-t-il, entreposé du matériel militaire à proximité immédiate du Musée archéologique[918], cette responsabilité devrait être partagée par les troupes américaines en tant que force d'occupation. On constate cependant que virtuellement aucun instrument conventionnel n'est applicable, et qu'aucune instance internationale n'a été amenée à examiner la situation.

Concernant les instruments juridiques internationaux, la *Convention IV de la Haye*, bien que ratifiée par les États-Unis, ne trouve pas application dans la mesure où l'Iraq n'y est pas partie (clause *si omnes*). Les *Conventions de Genève* et leurs protocoles additionnels renvoient aux États parties la responsabilité de sanctionner les responsables de violations, tandis que la Convention de 1954, qui ne s'applique pas de manière rétroactive, n'a été ratifiée par les États-Unis qu'en 2009. Quant à la Convention de 1972 sur le patrimoine mondial à laquelle les deux États sont parties, aucune de ses dispositions n'évoque la responsabilité des États parties en cas de non-respect de leurs obligations vis-à-vis de leurs sites culturels, ou des sites se trouvant sur le territoire d'autres États. Le Conseil de sécurité des Nations unies se limitera pour sa part, dans sa *Résolution 1483*, à indiquer que tous les États membres de l'ONU doivent prendre les mesures appropriées pour faciliter le retour

---

« Enquête sur l'étrange pillage du musée de Bagdad », *Libération.fr* (avril 2003); Gaetano Palumbo, « The State of Iraq's Cultural Heritage in the Aftermath of the 2003 War » (2005) 12:1 Brown J World Aff 225-238.

[916] Palumbo, *supra* note 915; Singer, *supra* note 912 à la p 22 et suiv.

[917] Priscilla Singer rapporte que : « *In the weeks before the looting, the National Museum staff acted on the looming threat of the American invasion by moving 179 boxes containing over 8,000 artifacts from the public gallery displays to a museum storage area. In addition, the Ministry of Culture in Iraq ordered the museum to assemble teams of men and women to defend the museum compound in the event of an invasion, dividing groups by their designated tasks: first aid, fire prevention and control, and messengers. However, all attempts at thwarting an attack on the National Museum were abandoned when, within a matter of days, Americans had invaded Baghdad causing complete chaos and the beginning of the looting of the Iraq National Museum* ». Singer, *supra* note 912 à la p 16.

[918] Un article publié dans le journal Libération rapporte que « Des pièces d'artillerie iraqiennes avaient été postées dans le jardin du musée ; il y reste encore un petit bunker aménagé sous terre et entouré de sacs de sable. Le siège de la garde républicaine est situé à quelques centaines de mètres seulement. » Ayad, *supra* note 915. Voir aussi Phuong, *supra* note 912 à la p 987.

en Iraq des biens culturels sortis illégalement du pays[919].

Concernant les cours de justice, ni l'Iraq ni les États-Unis ne sont parties au Statut de Rome de la CPI, tandis que le Tribunal spécial pour l'Iraq, instauré en 2003, n'avait de compétence *ratione personae* que sur les anciens dirigeants du parti *Baas*, et ne prévoyait aucune disposition relative spécifiquement aux biens culturels[920]. Quant aux poursuites au niveau interne, si les États-Unis sont aujourd'hui actifs dans la traque des biens culturels iraquiens qui apparaissent sur les marchés noirs des œuvres d'art et des antiquités, seule une enquête de terrain *ad hoc* improvisée a été menée dans les semaines suivant le pillage[921] ; aucune enquête du Congrès n'a été ouverte, et virtuellement aucune mesure de sanction n'a été prise l'encontre du corps militaire ou des membres de l'administration[922].

Face à cette situation, Wayne Sandholtz affirme qu'il serait possible d'invoquer une violation des règles coutumières internationales par les États-Unis. Il souligne à cet effet que :

> *The argument that the 1954 Hague Convention has achieved the status of customary international law is plausible.* […] *The United States' leading role in promoting protections for cultural treasures in wartime, and its consistent avowals of careful compliance with the requirements of the 1954 Convention, support the conclusion that the United States should have recognized a legal obligation to protect the Iraqi National Museum*.[923]

---

[919] *Resolution 1483 (2003)*, S/RES/1483 (2003), New York, Conseil de Sécurité des Nations unies, 2003.
[920] Ian M Ralby, « Prosecuting Cultural Property Crimes in Iraq » (2005) 37:1 Georget J Int Law 165-192 à la p 180 et suiv.
[921] Matthew Bogdanos, « The Casualities of War: The Truth About the Iraq Museum » (2005) 109:3 Am J Archaeol 477-526. Voir aussi Singer, *supra* note 912.
[922] Sandholtz, « Plunder, Restitution, and International Law », *supra* note 912 aux pp 199-201; Samuel, *supra* note 914; Tribune Wire Report, « Americans with illegal Iraq War souvenirs largely not prosecuted », *Chicagotribune.com* (avril 2015), en ligne: <https://www.chicagotribune.com/nation-world/chi-iraq-war-souvenirs-20150417-story.html>; « De nombreuses œuvres d'art du Musée de Bagdad retrouvées aux États-Unis », (24 juillet 2017), en ligne: *Medias-Press* <https://www.medias-presse.info/de-nombreuses-oeuvres-dart-du-musee-de-bagdad-retrouvees-aux-etats-unis/77546/>; Robert M Poole, « Looting Iraq » *Smithson Mag* (2008), en ligne: <https://www.smithsonianmag.com/arts-culture/looting-iraq-16813540/>; « Pillage du musée de Bagdad - Le conseiller culturel de Bush claque la porte », *Le Devoir* (avril 2003), en ligne: <https://www.ledevoir.com/monde/25806/pillage-du-musee-de-bagdad-le-conseiller-culturel-de-bush-claque-la-porte>.
[923] Sandholtz, « Plunder, Restitution, and International Law », *supra* note 912 à la p 222. Voir aussi Phuong, *supra* note 912; Singer, *supra* note 912 à la p 11 et suiv. Priscilla Singer, ne tenant pas compte de la force éventuellement coutumière des normes internationales, souligne au contraire que les États-Unis n'ont transgressé aucune norme, voire qu'ils seraient allés au-delà des obligations applicables en vertu des conventions internationales qu'ils avaient ratifiées à l'époque des faits : « *In addition to satisfying their*

La violation de règles de nature coutumière du droit de la guerre, ainsi que l'omission des États-Unis d'entamer des poursuites au niveau interne, pourraient ainsi être considérées comme des faits internationalement illicites engageant leur responsabilité étatique. Dans cette perspective, la Cour internationale de justice pourrait être la juridiction compétente. Malheureusement, cette dernière ne peut se saisir elle-même d'une affaire. La CIJ n'est en effet habilitée à se prononcer que sur les différends juridiques qui lui sont soumis par les États (compétence contentieuse), ou à donner des avis consultatifs sur les questions d'ordre juridique que lui posent les organes des Nations Unies et les institutions spécialisées autorisées à le faire (compétence consultative). À ce jour, force est toutefois de constater que malgré les réactions immédiates de la communauté internationale suite aux pillages[924] ni la compétence contentieuse ni la compétence consultative de la CIJ n'ont été mobilisées. En conséquence, aucune mesure de sanction internationale, qu'il s'agisse de responsabilité pénale individuelle ou de responsabilité étatique, n'a été prise à l'encontre des États-Unis.

Au terme de cette section, on constate que la protection des patrimoines culturels en situation de conflit armé ou d'occupation s'est doublée, en plus du principe de responsabilité étatique, de l'obligation de poursuivre les individus soupçonnés d'avoir ordonné ou commis des pillages ou des destructions intentionnelles. Cette obligation est confirmée par le développement du droit pénal international et la multiplication des jugements rendus en la matière. Cependant, la mise en œuvre des responsabilités individuelles et étatiques souffre encore de nombreuses limites.

En matière de responsabilité individuelle, il apparaît en effet que la reconnaissance de la gravité des crimes contre les patrimoines culturels ne fait pas l'objet d'un consensus entre les juridictions internationales qui les qualifient tantôt de « crimes de guerre », tantôt d'actes de « persécution », tantôt les utilisent comme éléments de preuve d'une intention génocidaire. Alors que les jugements de Nuremberg, du TPIY, du Tribunal pénal

---

obligations under the 1970 UNESCO Convention, the U.S. also arguably far exceeded any obligations under the 1954 Hague Convention, despite not being a signatory to the 1954 Hague Convention until 2009 ». *Ibid* aux pp 21, 25-26.

[924] Sandholtz, « Plunder, Restitution, and International Law », *supra* note 912 aux pp 190-194.

international pour le Rwanda (TPIR) et des Chambres spéciales pour le Cambodge ont ouvert la voie à la conception des dommages culturels en tant que « crimes contre l'humanité », la CPI ne s'y est pas engagée, privilégiant une approche conservatrice limitée aux sites et monuments culturels et ne considérant leur destruction que sous l'angle de crimes contre des biens. Or comme le souligne Ann Marie Thake : « *By refusing to recognise that the person, and particularly the group, is the ultimate target of the intentional destruction of cultural property, there cannot be adequate prosecution of these offences that does justice to the victims* »[925].

Sur ce point, il convient de mentionner qu'en mars 2021, le Bureau du Procureur de la CPI a rendu public son *Projet de politique générale relative au patrimoine culturel*. Dans ce document, il est notamment indiqué que si les « biens culturels » explicitement protégés par le Statut ne correspondent qu'à l'aspect tangible de la culture, le Bureau du Procureur opte pour une compréhension large de la notion de patrimoine culturel, laquelle comprend non seulement les éléments culturels tangibles (mobiles et immobiles), mais aussi les pratiques et attributs d'un groupe ou d'une société, et le patrimoine naturel. Le document ajoute que les attaques menées contre ce patrimoine (au sens large) « peuvent constituer divers crimes relevant de la compétence de la Cour ou y être associées, ce qui permet ainsi d'étendre la protection à ces aspects du patrimoine humain »[926]. En l'espèce, le document précise que diverses dispositions du Statut, parmi lesquelles le fait de diriger des attaques contre des biens de caractère civil (articles 8-2-b-ii et 8-2-b-iv), la destruction ou l'appropriation de biens constituant une infraction grave aux Conventions de Genève, et la destruction ou la saisie de biens de la partie adverse au conflit (articles 8-2-a-iv, 8-2-b-xiii et 8-2-e-xii), à condition qu'elle ne soit pas justifiée par des nécessités militaires, peuvent être invoquées. Il souligne également que les actes qui sont dirigés précisément contre le patrimoine culturel d'un groupe peuvent contribuer à démontrer l'intention spécifique et la série manifeste de comportements exigée par l'article 6 relatif au crime de génocide[927], et que :

---

[925] Thake, *supra* note 264 à la p 24.
[926] *Supra* note 824 aux para 14-17.
[927] *Ibid* aux para 77-78. Le paragraphe indique aussi que ces actes « peuvent également, en eux-mêmes, soit porter gravement atteinte à la santé mentale, et renforcer la gravité des actes qualifiés de génocide sur la base

> Les crimes à l'encontre ou au détriment du patrimoine culturel sont souvent commis dans le cadre d'une attaque lancée contre une population civile. Il se peut qu'ils constituent en eux-mêmes des crimes contre l'humanité ou que d'autres actes relevants de crimes contre l'humanité aient des conséquences néfastes pour le patrimoine culturel. Le Bureau s'efforcera d'explorer et d'exploiter tous les liens entre patrimoine culturel et crimes contre l'humanité et de qualifier les crimes commis à l'encontre ou au détriment du patrimoine culturel de crimes contre l'humanité dans la mesure du possible et s'il y a lieu.[928]

Le 30 septembre 2019, la Chambre préliminaire I de la CPI a confirmé les charges de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité portées à l'encontre d'al Hassan, parmi lesquelles le fait d'avoir mené ou ordonné des attaques intentionnellement dirigées contre des bâtiments protégés consacrés à la religion et contre des monuments historiques[929]. Si ces destructions ont encore une fois uniquement été qualifiées de « crimes de guerre », il sera intéressant d'observer l'approche retenue par les juges, leur raisonnement (compte tenu de la présence, cette fois-ci reconnue, de « crimes contre l'humanité ») et de voir si, à la lumière de son *Projet de politique*, la CPI confirme, ou réoriente, la trajectoire jurisprudentielle ébauchée par l'affaire al Mahdi.

Plus généralement, les réparations offertes à ce jour par les tribunaux pénaux internationaux, lorsqu'elles sont prévues par leurs statuts, se sont révélées loin d'être satisfaisantes, non seulement parce que ces institutions ne sont généralement pas considérées comme des forums concernés par la situation des victimes, mais également parce que leurs ressources sont extrêmement limitées[930]. Il faut en effet souligner que la CPI n'est pas en mesure d'exécuter elle-même les ordonnances de réparation qu'elle prononce sur le territoire des États parties : les confiscations de biens et avoirs ordonnées par la Cour (et qui constituent une des sources d'alimentation du Fonds d'indemnisation des victimes) ne se concrétisent que si les États coopèrent et leur donnent effet dans leur ordre juridique interne[931]. Or comme le souligne Edward Luck :

---

des alinéas b à d de l'article 6, soit constituer une circonstance aggravante prise en compte dans la détermination d'une condamnation pour génocide ».

[928] *Ibid* au para 60.

[929] *Supra* note 812.

[930] Le projet de politique générale relative au patrimoine culturel n'aborde d'ailleurs pas la question des réparations aux victimes.

[931] Guillaumé, *supra* note 20 à la p 59.

> *Though accountability is an essential way of framing the quest to protect cultural heritage, a few caveats should be borne in mind.* […] *The ICC faces a host of political challenges, and the world's three largest military powers—the United States, China, and Russia—are not states parties to the Rome Statute. Neither are Iraq and Syria, places where protection has been most needed. The ICC also lacks enforcement capacity.*[932]

Par ailleurs, les délais avant le lancement des poursuites (parfois plusieurs décennies après les faits), associés à la longueur des procédures et au fait que de nombreux accusés et victimes décèdent avant leur aboutissement, constituent indéniablement un obstacle au sentiment de justice des victimes et à l'octroi de réparations.

Finalement, aux côtés d'une jurisprudence hétérogène en matière de responsabilité individuelle, on constate que le principe de la responsabilité étatique n'a été que rarement invoqué et que de nombreuses situations, à l'exemple du pillage des sites culturels iraqiens, mais aussi des sites et biens culturels passés sous contrôle israélien en 1967[933] ou de ceux détruits ou pillés durant le conflit en Afghanistan ou en Syrie, semblent encore rester hors de portée des juridictions internationales.

Or, outre les limites intrinsèques des juridictions internationales, on constate également que l'étendue de la responsabilité se borne encore presque exclusivement aux situations de conflits armés, et que la place du droit (en particulier pénal) dans le système de protection des patrimoines culturels en temps de paix reste très limitée[934]. De fait, bien qu'il existe de nombreuses dispositions relatives aux obligations des États vis-à-vis des droits et patrimoines culturels en toutes circonstances, l'orientation des instruments applicables en temps de paix est de favoriser leur protection, leur préservation, ou leur sauvegarde. Ils se révèlent donc peu adéquats pour garantir la sanction des responsables de violations et le dédommagement des victimes.

---

[932] Luck, *supra* note 259 à la p 12.
[933] Duhaime & Labadie, *supra* note 233.
[934] Mainetti, « Réflexions à propos de l'Affaire al-Mahdi », *supra* note 762 à la p 214.

2.2. La justiciabilité et la réparation des dommages culturels à travers le prisme des droits humains

Comme il a été vu dans le Chapitre précédent, la protection des patrimoines culturels à fait l'objet d'un important morcellement dans les instruments de droits humains, entre les droits culturels (incluant la liberté de religion ou la liberté d'expression artistique par exemple), la diversité culturelle, les dispositions relatives aux patrimoines matériels et immatériels et celles concernant les droits culturels des minorités et peuples autochtones. Elle souffre également de n'être prévue que dans des instruments peu contraignants et dépourvus le plus souvent de mécanismes de suivi efficaces. Pour reprendre les termes de Moncef Khdir :

> Si on examine les textes internationaux en matière de culture, on est frappé par leur galopante inflation, inversement proportionnelle d'ailleurs à leur efficacité en termes de contrainte juridique. […] Fruit de concessions réciproques, l'esprit de compromis qui préside à leur élaboration, ainsi que le caractère essentiellement proclamatoire de ces instruments en limite naturellement la portée.[935]

Partant de ce constat, cette section s'attachera à montrer que la protection fragmentée des patrimoines culturels, associée à la faiblesse des instruments juridiques existants, a contribué au développement d'une jurisprudence dispersée en matière de dommages culturels, et de solutions de réparation peu adéquates ou effectives.

2.2.1. Les aspects culturels devant la CIJ : une prise en compte en demi-teinte

Au niveau international tout d'abord, si l'on remonte aux années 1920 et 1930, la Cour permanente de justice (établie en vertu du Pacte de la Société des Nations, et dissoute en 1946 pour laisser place à la CIJ) s'était prononcée sur plusieurs affaires ayant une portée culturelle. Dans son arrêt de 1923 sur les droits de minorités en Haute-Silésie, elle avait ainsi souligné que tout individu devrait avoir le droit de déterminer son appartenance, ou

---

[935] Kdhir, *supra* note 609 aux pp 329-330.

non, à une minorité de race, de langue ou de religion[936]. En 1930 ensuite, dans son avis consultatif sur les communautés gréco-bulgares, elle avait examiné la notion de « communauté » et la question des patrimoines des communautés minoritaires et de leur liquidation[937]. En 1935 enfin, dans un avis consultatif sur les écoles grecques en Albanie, les juges avaient réaffirmé le droit des minorités « de maintenir, diriger et contrôler à leurs frais ou de créer à l'avenir des institutions charitables, religieuses ou sociales, des écoles et autres établissements d'éducation, avec le droit d'y faire librement usage de leur propre langue et d'y exercer librement leur religion »[938]. Ce faisant, les juges ont également souligné qu'« il n'y aurait pas de véritable égalité entre majorité et minorité si celle-ci était privée de ses propres institutions et partant obligée de renoncer à ce qui constitue l'essence même de sa vie en tant que minorité »[939].

Si les travaux de la Cour permanente ont contribué de façon considérable au développement des droits des minorités et à l'autodétermination au lendemain de la Première Guerre mondiale, ses analyses se limitaient toutefois à l'interprétation des clauses conventionnelles faisant l'objet d'un litige ou de questions, et elle ne s'est guère penchée sur la portée ou le contenu des particularismes culturels au-delà des principes de non-discrimination et de droit à l'égalité. Il convient aussi, et surtout, de préciser que les raisonnements de la Cour ne reposaient pas, à l'époque, sur le concept de droits humains tels qu'on les comprend aujourd'hui, mais plutôt sur celui d'un droit collectif de « certains » peuples à l'autodétermination au lendemain de la Première Guerre mondiale.

Concernant la Cour internationale de justice, et comme indiqué précédemment, elle ne dispose elle aussi que d'une compétence limitée dans la mesure où les seules entités habilitées à la saisir sont les États ainsi que les organes et les institutions spécialisées de l'ONU[940], et dans la mesure où elle ne peut pas étendre sa compétence au-delà des relations

---

[936] *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, 1928 Cour permanente de justice internationale. Voir aussi Eleni Polymenopoulou, « Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice » (2014) 27:2 Leiden J Int Law 447-464 aux pp 449-450.
[937] *Question des « communautés » gréco-bulgares*, 1930 Cour permanente de justice internationale.
[938] *Écoles minoritaires en Albanie*, 1935 Cour permanente de justice internationale à la p 22.
[939] *Ibid* à la p 17.
[940] *Supra* note 897 art. 34.

entre ces entités, ni au-delà des dispositions conventionnelles visées par le litige[941]. Dans ces circonstances, elle n'a que rarement eu l'occasion de se prononcer sur des affaires ayant une dimension culturelle, et a adopté une approche pour le moins retenue.

En 2009 notamment, dans l'affaire *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, la CIJ a été amenée à examiner un litige relatif aux droits de navigation sur le fleuve San Juan[942]. Dans son mémoire, le Costa Rica invoquait notamment la situation de la communauté autochtone riveraine, ses rapports singuliers avec le fleuve, et demandait que la Cour reconnaisse que le Nicaragua avait violé « *the obligation to permit riparians of the Costa Rican bank to fish in the River for subsistence purposes* »[943]. Dans son jugement, la CIJ a reconnu que la pêche de subsistance était un droit coutumier de l'ensemble des populations vivant aux abords du fleuve et que le Nicaragua devait respecter, sans toutefois s'étendre sur la nature ou la portée de ce droit, ni établir l'origine de sa force coutumière[944]. Dans une affaire subséquente entre les deux États relative à la construction d'un canal sur le San Juan, la Cour avait une nouvelle fois pris en compte la situation des populations vivant à proximité du fleuve. En l'espèce, les juges avaient notamment considéré les effets néfastes du chantier sur leur mode de vie de et ordonné des mesures provisoires suspendant la construction du canal[945].

Plus récemment, dans l'affaire *Différend Frontalier (Burkina Faso c. Niger)* de 2013, la Cour a examiné la situation du peuple Bellah situé de part et d'autre de la frontière dont le tracé, hérité de la période coloniale, entrave le nomadisme[946]. De façon originale, la Cour s'est prononcée sur la situation des Bellahs sans tenir compte de leur localisation

---

[941] *Ibid* art. 36-38. Depuis plusieurs années néanmoins, les questions de droits humains se font une place de plus en plus remarquée dans la jurisprudence de la Cour et dans les opinions individuelles de ses juges. Voir Rosalyn Higgins, « Human Rights in the International Court of Justice » (2007) 20:4 Leiden J Int Law 745-752.

[942] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c Nicaragua)*, [2009] 2009 213.

[943] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua). Memorial of Costa Rica. Volume 1*, 2006 au para 6.03(i).

[944] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *supra* note 942 aux para 134 et 141-144.

[945] *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c Nicaragua) Ordonnance*, [2011] 2011 6.

[946] *Différend Frontalier (Burkina Faso c Niger)*, [2013] 2013 44.

géographique, encourageant le Burkina Faso et le Nigéria à cultiver de bonnes relations de voisinage et à protéger le mode de vie nomade de la communauté :

> La Cour exprime le souhait que chaque Partie, en exerçant son autorité sur le territoire qui relève de sa souveraineté, tienne dûment compte des besoins des populations concernées, en particulier des populations nomades ou semi-nomades, et de la nécessité de surmonter les difficultés qui pourraient surgir pour ces populations du fait de la frontière.[947]

Dans son opinion individuelle, le juge Cançado-Trindade avait d'ailleurs félicité l'approche culturellement sensible retenue par la Cour, en soulignant notamment que « [l]es nomades n'ont peut-être pas d'histoire, en termes de grands évènements, mais ils ont sans aucun doute leur histoire, leur mode de vie perpétué depuis des temps immémoriaux »[948] et que « [l]'on ne saurait […] même dans les régions hébergeant des populations au patrimoine culturel moins dense, tracer tout simplement des lignes qui sont purement, et de l'avis de tous, 'artificielles', en faisant abstraction de l'élément humain »[949].

Si ces deux affaires constituent une avancée importante avec un appel à prendre en compte les particularismes culturels des populations vivant à la frontière, il faut toutefois souligner que dans plusieurs litiges frontaliers, tout en reconnaissant la présence de peuples autochtones, la Cour n'a pas tenu compte de leurs particularismes culturels dans son jugement. C'est notamment le cas dans les affaires *île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)* (1999)[950], *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c Tchad)* (1994)[951] et *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))* (2002)[952]. Dans l'affaire *Île de Kasiki/Sedudu*, la Cour avait ainsi relevé que si des membres de la tribu des Masubia de la bande de Caprivi (territoire appartenant à la Namibie) avaient bien utilisé l'île pendant de nombreuses années, ils l'avaient fait de façon intermittente, à des fins exclusivement agricoles, sans qu'il ait été

---

[947] *Ibid* au para 112.
[948] *Différend Frontalier (Burkina Faso c Niger) Opinion individuelle de M le juge Cançado-Trindade*, 2013 Cour internationale de justice au para 65.
[949] *Ibid* au para 69.
[950] *Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, 1999 Cour internationale de justice 1045.
[951] *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, 1994 Cour internationale de justice 6.
[952] *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, 2002 Cour internationale de justice 303.

établi qu'ils occupaient l'île « à titre de souverain », c'est-à-dire en y exerçant des attributs de la puissance publique au nom des autorités namibiennes[953]. Dans l'arrêt *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, la Cour a fondé sa décision en se référant exclusivement à des dispositions conventionnelles signées entre les deux pays ou leurs anciennes métropoles coloniales sans examiner ses effets sur les peuples autochtones présents dans la région[954]. Une approche similaire a été adoptée dans l'*Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, relative à la question de la souveraineté sur la presqu'île de Bakassi et dans la zone du lac Tchad, la Cour ayant confirmé le tracé de la frontière tel qu'établi dans les accords anglo-allemands ou anglo-français au début du XXe siècle.

Pour Eleni Polymenopoulou cette jurisprudence somme toute limitée s'expliquerait notamment par le fait que, bien que compétente pour entendre des litiges en matière culturelle, la CIJ reste un mécanisme centré sur les relations entre États. Or dans les litiges les opposant, ces derniers tendent à mettre de l'avant les arguments à l'appui de leur souveraineté et de leurs revendications (notamment territoriales). Dans ces circonstances :

> *It is therefore more likely to promote the right to a cultural identity when this cultural identity is the dominant cultural identity. This is particularly visible in the case of states that identify themselves as nation-states, or states, which benefit from a certain ethnic and cultural homogeneity. Cultural claims may then be brought forward as interests of a state in its whole* – […]*, underlining the association between cultural and national claims*.[955]

De fait, dans les trois affaires susmentionnées, la présence de peuples autochtones, et leur allégeance présumée aux autorités étatiques n'ont été invoquées que dans l'objectif de prouver une occupation souveraine sur les zones faisant l'objet d'un contentieux, et d'asseoir ainsi des revendications territoriales, et non dans l'intérêt des peuples en question.

---

[953] « Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie) », en ligne: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/98>.
[954] *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, *supra* note 951 au para 76.
[955] Polymenopoulou, *supra* note 936 à la p 457. Moncef Khadir souligne en outre que la Cour ne tient pas non plus compte du caractère culturel des litiges qui lui sont présentés, ni dans la procédure ni dans l'application de la règle quant au fond du litige, lui préférant la stricte application des normes juridiques. Kdhir, *supra* note 609 à la p 327.

Plus récemment par ailleurs, la Cour a manqué une occasion de se prononcer sur la question des minorités et de la diversité culturelle. Dans l'affaire sur *l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* de 2011[956], la Géorgie avait recouru au principe de non-discrimination raciale pour dénoncer les politiques russes en Abkhazie et en Ossétie du Sud. Pour les représentants de la Géorgie, ces mesures visaient en effet à créer « *an ethnically homogenous territorial entity* »[957] et à la « *destruction of Georgian culture and identity by discriminatory legislation and other means* »[958]. Ils avaient également plaidé que :

> *The destruction of culture and identity is equally impermissible and is prohibited by Articles2(1)(a), 2(1)(b) and 2(1)(d) [of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination], among others. It is also prohibited by Article 5. Although Article 5 does not specifically guarantee the equal enjoyment of the right to culture or identity as such, that right is embraced within a number of the other rights that are specifically mentioned, including: the right to freedom of thought, conscience and religion (Article5(d)(vii)); the right to freedom of opinion and expression (Article5(d)(viii)); and the right to equal participation in cultural activities (Article5(e)(vi)). It bears mention too that the list contained in Article 5 is not intended to be exhaustive*.[959]

Malheureusement pour le développement du droit relatif à la culture, la CIJ a décliné sa compétence au motif que des négociations avaient eu lieu entre les deux États et que sa saisine ne respectait donc pas les conditions prévues par l'article 22 de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. On rappelle également que quelques années plus tôt, dans l'*Affaire sur l'application de la Convention sur le crime de génocide*, la CIJ avait conclu que les actes de destruction culturelle, bien que pouvant constituer une preuve de *mens rea*, n'entraient pas dans la catégorie des actes de génocide prévus par la Convention[960]. Finalement, il convient également de souligner que la CIJ se préoccupant exclusivement des litiges entre États, elle ne serait pas, en tout

---

[956] *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Fédération de Russie)*, [2011] 2011 70.
[957] *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Fédération de Russie). Memorial of Georgia. Volume 1*, 2009 au para 6.35.
[958] *Ibid* au para 2.40.
[959] *Ibid* au para 2.41.
[960] *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *supra* note 901 au para 344.

état de cause, habilitée à offrir des mesures de réparation en faveur de victimes individuelles ou de communautés.

La CIJ n'étant pas le forum le plus approprié pour les revendications culturelles ou l'obtention de réparations, c'est surtout devant les organes de traités onusiens et les instances régionales de protection des droits humains que se joue la défense des droits et patrimoines culturels, avec toutefois des résultats variables.

2.2.2. Les droits culturels devant les organes de traités onusiens

De même que les instruments relatifs au droit des conflits armés, les instruments de droits humains ont été complétés par des mécanismes visant à en garantir la mise en œuvre, le respect et à assurer que les violations soient réparées par les États responsables. Ainsi, chacun des neuf principaux traités internationaux de protection des droits humains est doté d'un Comité d'experts chargés d'en surveiller la mise en œuvre, de réaliser des enquêtes et, sous certaines conditions, d'examiner les plaintes émanant de particuliers[961]. Or, comme vu dans le Chapitre précédent, les dispositions relatives aux droits culturels, et aux autres droits humains nécessaires à leur réalisation, ont fait l'objet d'une fragmentation importante entre différents instruments, et différentes catégories de sujets. En conséquence, les références à la culture et aux droits culturels se trouvent dispersées dans une multitude de décisions rendues par ces mécanismes internationaux.

Le Comité des droits de l'homme, chargé d'effectuer le suivi de la mise en œuvre du PIDCP et d'entendre les plaintes individuelles relatives aux violations du Pacte par les États parties, a ainsi à plusieurs reprises eu l'occasion d'examiner des affaires portant sur

---

[961] Les neufs comités sont : Comité des droits de l'homme, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Comité contre la torture, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits des personnes handicapées, Comité des disparitions forcées, Comité des travailleurs migrants, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, et le Comité des droits de l'enfant. Le mécanisme des plaintes émanant de particuliers du Comité des travailleurs migrants n'est pas encore entré en vigueur au moment où nous écrivons. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Les organes chargés des droits de l'homme », en ligne: <https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>.

des questions culturelles. En vertu de l'article 27 portant sur le droit des minorités d'avoir « leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue », le Comité a en effet été amené à formuler plusieurs constatations en lien avec la préservation de leurs modes de vie et activités traditionnelles[962].

Dans l'affaire *Lovelace c Canada*, évoquée précédemment, le Comité avait ainsi conclu à une violation de l'article 27 du PIDCP en raison de l'impossibilité pour la plaignante de recouvrer son statut d'Indienne inscrite en vertu de la *Loi sur les Indiens* en vigueur au Canada[963]. Une violation de l'article 27 par la Finlande a également été reconnue dans une affaire relative aux critères d'inscription sur la liste des électeurs du Parlement *sâme*[964]. Le Comité a également conclu à une violation de l'article 27 dans l'affaire *Ominayak (Lubicon Lake Band) c. Canada* dans la mesure où les autorités canadiennes n'avaient pas reconnu et protégé les droits de la Bande Cree du Lubicon sur leurs terres ancestrales et où l'exploitation intensive du pétrole et du gaz avait nuit à son économie et son mode de vie traditionnel[965].

De manière similaire en 2009, dans *Ángela Poma Poma c. Pérou*, une violation de l'article 27 a été reconnue dans la mesure où la communauté autochtone n'avait pas été consultée par les autorités péruviennes, et parce que l'activité de forage entreprise par ces dernières avait « considérablement compromis le mode de vie et la culture de l'auteur en tant que membre de sa communauté »[966] en l'empêchant d'exercer son activité d'élevage

---

[962] En raison des dispositions distinctes les concernant dans les instruments juridiques, le Comité a également examiné plusieurs affaires en lien avec la liberté de religion, en faisant référence à des aspects culturels. Voir par exemple *Sergey Geller c Kazakhstan*, 2019 CCPR/C/126/D/2417/2014 Comité des droits de l'homme; *Gareth Anver Prince c Afrique du sud*, 2007 CCPR/C/91/D/1474/2006 Comité des droits de l'homme; *Ben LeirvÂg et al c Norvège*, 2004 CCPR/C/82/D/1155/2003 Comité des droits de l'homme; *Bikramjit Singh c France*, 2012 CCPR/C/106/D/1852/2008 Comité des droits de l'homme. Le comité a également tenu compte des circonstances culturelles dans plusieurs affaires en matière de vie privée, ou encore d'immigration et de statut des réfugiés. Voir par exemple *RM et FM c Danemark*, 2019 CCPR/C/126/D/2685/2015 Comité des droits de l'homme; *X c Australie*, 1996 CCPR/C/57/D/557/1993 Comité des droits de l'homme. Une telle situation est évidemment symptomatique de la fragmentation des aspects culturels. Nous nous limiterons toutefois ici aux affaires portant explicitement sur des enjeux « culturels ».

[963] *Lovelace c. Canada*, *supra* note 644.

[964] *Tiina Sanila-Aikio c Finlande*, 2018 CCPR/C/124/D/2668/2015 Comité des droits de l'homme.

[965] *Chief Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band c Canada*, 1990 CCPR/C/38/D/167/1984 Comité des droits de l'homme.

[966] *Ángela Poma Poma c Pérou*, 2009 CCPR/C/95/D/1457/2006 Comité des droits de l'homme au para 7.7.

traditionnelle. La même année enfin, dans *Rakhim Mavlonov et Shansiy Sa'di c. Ouzbékistan*, le Comité a conclu que le refus de renouveler l'enregistrement d'un journal en langue tadjike constituait un « déni du droit de jouir de [cette] culture minoritaire »[967] compte tenu notamment de la rareté des publications disponibles dans cette langue en Ouzbékistan, et des visées éducatives du journal concerné.

Dans la majorité des cas cependant, le Comité a tranché en faveur de l'État défendeur[968] en rappelant que « les États parties au Pacte peuvent réglementer les activités qui constituent un élément essentiel de la culture d'une minorité pour autant que ces règlements ne reviennent pas, de fait, à refuser ce droit »[969] et que « des mesures qui n'ont que des effets restreints sur le mode de vie et les moyens de subsistance d'une personne appartenant à une minorité ne constituent pas nécessairement un déni du droit reconnu à l'article 27 »[970].

Par ailleurs, diverses plaintes n'ont pas abouti faute d'épuisement des voies de recours interne, ou faute d'éléments de preuve à l'appui de la plainte ou du dommage allégué[971]. D'autres plaintes n'ont pas abouti parce que les demandeurs ne pouvaient se

---

[967] *Rakhim Mavlonov et Shansiy Sa'di c Ouzbékistan*, 2009 CCPR/C/95/D/1334/2004 Comité des droits de l'homme au para 8.7.

[968] *Kitok c Suède*, 1988 97/1985 Comité des droits de l'homme; *Ilmari Länsman et consorts c Finlande*, 1994 CCPR/C/57/1 Comité des droits de l'homme; *Jouni E Länsman et consorts c Finlande*, 1996 CCPR/C/58/D/671/1995 Comité des droits de l'homme; *ibid*; *Anni Äärelä et M Jouni Näkkäläjärvi c Finlande*, 2001 CCPR/C/73/D/779/1997 Comité des droits de l'homme; *Apirana Mahuika et al c Nouvelle-Zélande*, 2000 CCPR/C/70/D/547/1993 Comité des droits de l'homme.

[969] *George Howard c Canada*, 2005 CCPR/C/84/D/879/1999 Comité des droits de l'homme au para 12.7.

[970] *Jouni Länsman, Eino Länsman et le Comité des éleveurs de Muotkatunturi c Finlande*, 2005 CCPR/C/83/D/1023/2001 Comité des droits de l'homme au para 10.1. Voir aussi *Leonid Raihman c Lettonie*, 2010 CCPR/C/100/D/1621/2007 Comité des droits de l'homme.

[971] *José Vicente et al c Colombie*, 1997 CCPR/C/60/D/612/1995 Comité des droits de l'homme; *Gerhard Malik c République tchèque*, 1998 CCPR/C/64/D/669/1995 Comité des droits de l'homme; *Ruediger Schlosser c République tchèque*, 1998 CCPR/C/64/D/670/1995 Comité des droits de l'homme; *A W P c Danemark*, 2013 CCPR/C/109/D/1879/2009 Comité des droits de l'homme; *Kalevi Paadar, Eero Paadar et sa famille, Veijo Paadar et Kari Alatorvinen et sa famille c Finlande*, 2014 CCPR/C/110/D/2102/2011 Comité des droits de l'homme; *O Sara et al c Finlande*, 1994 CCPR/C/50/D/431/1990 Comité des droits de l'homme; *AS et consorts c Albanie*, 2019 CCPR/C/127/D/2444/2014 Comité des droits de l'homme; *Basem Ahmed Issa Yassin et al c Canada*, 2017 CCPR/C/120/D/2285/2013 Comité des droits de l'homme; *G I c Grèce*, 2019 CCPR/C/126/D/2582/2015 Comité des droits de l'homme; *Klečkovski c Lituanie*, 2007 CCPR/C/90/D/1285/2004 Comité des droits de l'homme; *Fatima Andersen c Danemark*, 2010 CCPR/C/99/D/1868/2009 Comité des droits de l'homme; *Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast-Hylling c Norvège*, 2002 CCPR/C/76/D/942/2000 Comité des droits de l'homme.

prévaloir du statut de « minorité »[972] ou parce qu'ils n'avaient pas, selon les membres du Comité, de « culture spécifique »[973]. D'autres plaintes encore ont été jugées irrecevables en raison de la non-rétroactivité du Pacte et de son protocole[974], ou encore à cause des réserves formulées par les États lors de leur adhésion au PIDCP. Ainsi, dans l'affaire *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c France* relative à la construction d'un complexe hôtelier sur un site funéraire sacré[975], la violation alléguée de l'article 27 a été jugée irrecevable par le Comité en raison des réserves formulées par la France lors de son adhésion au Pacte, lesquelles stipulaient notamment que, compte tenu de ses propres dispositions constitutionnelles, « l'article 27 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République [française] »[976].

Du côté du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, entré en vigueur en 1976, le mécanisme de plainte permettant à des individus de faire valoir une atteinte à leurs droits en vertu du Pacte n'a été mis sur pied que tardivement, grâce à un protocole facultatif entré en vigueur en mai 2013[977]. En mai 2021, ce protocole ne comptait que 24 États parties[978] et le Comité ne s'était prononcé que sur une cinquantaine de cas[979]. Parmi ceux-ci, une seule affaire portant explicitement sur l'article 15 et le « droit

---

[972] *John Ballantyne et Elizabeth Davidson, et Gordon McIntyre c Canada*, 1993 CCPR/C/47/D/359/1989 et 385/1989 Comité des droits de l'homme. Dans cette affaire, le Comité avait conclu que les citoyens anglophones dans la province de Québec ne pouvaient se prévaloir du statut de minorité, au sens de l'article 27, dans la mesure où ils sont majoritaires à l'échelle du Canada.

[973] *Feu J G A Diergaardt (Captain de la Communauté des Basters de Réhoboth) et consorts c Namibie*, 2000 CCPR/C/69/D/760/1997 Comité des droits de l'homme. Ici, le Comité a considéré que « s'il est vrai que le lien qui rattache la Communauté de Réhoboth aux terres en question est vieux de quelque 125 ans, il n'est pas l'aboutissement d'une relation qui aurait donné naissance à une culture spécifique » (para 10.6).

[974] *Armand Anton c. Algérie*, *supra* note 644.

[975] *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c France*, 1994 CCPR/C/60/D/549/1993/Rev1 Comité des droits de l'homme. Cette décision du comité fera toutefois l'objet de plusieurs opinions dissidentes dans la mesure ou la Constitution française prévoit des régimes particuliers pour les territoires outre-mer. Plus récemment, dans l'affaire similaire *Mathieu Vakoumé et al c France*, les demandeurs ont invoqué l'atteinte à la vie privée et à la liberté de religion (articles 17-1 23-1 et 18 du PIDCP) suite à la construction d'un complexe hôtelier sur un site funéraire. L'affaire a toutefois été jugée irrecevable faute d'épuisement des voies de recours internes. *Mathieu Vakoumé et al c France*, 2000 CCPR/C/70/D/822/1998 Comité des droits de l'homme.

[976] Nations unies, « Collection des traités », en ligne: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=_fr> Réserves de la France au para 8.

[977] *Supra* note 642.

[978] Nations unies, *supra* note 976.

[979] Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Jurisprudence », en ligne: <https://juris.ohchr.org/search/results/1?typeOfDecisionFilter=0&countryFilter=0&treatyFilter=0>. Sur les 55 affaires présentées devant le Comité, seules 7 ont fait l'objet d'une adoption de vues au moment où nous écrivons.

de participer à la vie culturelle » avait été portée devant le Comité et jugée irrecevable faute d'épuisement des voies de recours interne[980].

Concernant les autres organes de traités, seul le Comité des droits de l'enfant s'est récemment intéressé aux questions culturelles, notamment dans le cadre de plaintes relatives à l'expulsion et au risque de déracinement culturel des enfants, et dans le cas d'une circoncision opérée sur un enfant, sans le consentement de ce dernier ni de sa mère. Dans ces deux affaires cependant, les plaintes ont été classées irrecevables, car les faits étaient survenus avant l'entrée en vigueur de la Convention sur les droits de l'enfant et de son Protocole pour les États parties concernés, et qu'ils ne relevaient pas de violations continues[981].

Il ressort de ces affaires que les organes de suivi et de mise en œuvre des traités n'ont encore jamais eu l'occasion d'examiner de plaintes portant sur des atteintes directes et délibérées à l'identité et aux pratiques culturelles des plaignants. Loin des questions de génocide culturel ou d'assimilation forcée, les dommages culturels n'ont été abordés qu'indirectement, comme résultant d'autres activités (essentiellement économiques) ou de législations et réglementations dont la portée restrictive ne permettait pas, le plus souvent, de conclure à une violation. Ce faisant, la jurisprudence du Comité des droits de l'homme confirme que les pratiques et activités culturelles des minorités et des peuples autochtones protégés en vertu de l'article 27 du PIDCP, et les droits afférents nécessaires à leur exercice ne sont pas absolus et peuvent faire l'objet de restriction, pour autant que ces droits ne soient pas rendus nuls.

Par ailleurs, il convient également de souligner que ces mécanismes onusiens n'ont pas le pouvoir d'infliger de sanctions aux États ni d'accorder de réparations aux victimes. En effet les décisions des comités ne sont pas juridiquement contraignantes. Leur mise en œuvre repose essentiellement sur le bon vouloir des États parties, et sur le principe que

---

[980] *CAPM c Équateur*, 2016 E/C12/58/D/3/2014 Comité des droits économiques, sociaux et culturels.
[981] *JA et EA c Suisse*, 2020 CRC/C/85/D/53/2018 Comité des droits de l'enfant; *M H c Finlande*, 2020 CRC/C/83/D/23/2017 Comité des droits de l'enfant.

ceux ayant accepté les mécanismes d'examen de plaintes ont par le fait même accepté de respecter les conclusions des comités associés. Dans ces conditions, si une violation est reconnue, l'État partie est simplement invité à fournir des renseignements sur les mesures prises pour donner effet aux recommandations du comité, lesquelles se limitent généralement à rappeler que :

> […] l'État partie est tenu d'offrir à l'auteur un recours utile et de prendre les dispositions voulues pour réparer adéquatement le préjudice subi. L'État partie est tenu de prendre des mesures pour que des violations analogues ne se reproduisent pas.[982]

Si aucune mesure n'est mise en œuvre, les pouvoirs des comités se bornent au maintien d'un dialogue avec l'État jusqu'à ce que des mesures satisfaisantes aient été adoptées[983], et on constate à ce jour que les États ne semblent consentir à suivre les décisions rendues par les organes onusiens que « de façon aléatoire, opportune, sans que l'absence de conformité à ces décisions ne fasse nécessairement l'objet de sanctions »[984]. Dans le même ordre d'idée, si la Rapporteuse spéciale sur les droits culturels est habilitée à recevoir des informations sur des violations présumées de droits culturels, ses pouvoirs se limitent à communiquer avec les autorités de l'État concerné, à leur demander d'apporter des éclaircissements, à leur rappeler leurs obligations et, le cas échéant, à leur demander quelles sont ou seront les mesures prises pour remédier à la situation[985].

Concernant l'Organisation internationale du travail, l'article 24 de sa Constitution stipule que les organisations professionnelles de travailleurs ou d'employeurs peuvent formuler des plaintes relatives à la non-exécution d'une Convention par un État[986]. À la

---

[982] *Ángela Poma Poma c. Pérou*, *supra* note 966 au para 9; *Rakhim Mavlonov et Shansiy Sa'di c. Ouzbékistan*, *supra* note 967 au para 10.

[983] *Procédures d'examen des requêtes soumises par des particuliers en vertu des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Fiche d'information no 7/Rev.2, New York, Genève, Organisation des Nations Unies, 2013 à la p 11.

[984] Olivier Delas, Manon Thouvenot & Valérie Bergeron-Boutin, « Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des droits de l'Homme » (2017) 30:2 Rev Québécoise Droit Int 1 à la p 3.

[985] Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Rapporteuse spéciales dans le domaine des droits culturels. Information sur le mandat », en ligne: <https://www.ohchr.org/FR/Issues/droitsculturels/Pages/MandateInfo.aspx>.

[986] « Constitution de l'OIT », (1919), en ligne: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#A26>.

réception d'une plainte, le Conseil d'administration nomme une commission d'enquête chargée de procéder à un examen et de formuler des recommandations quant aux mesures à prendre pour résoudre les problèmes soulevés. Dans cette optique, il serait donc possible de présenter des plaintes concernant des violations de la Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux, laquelle énonce de nombreux droits économiques, sociaux et culturels. À ce jour toutefois, aucune plainte concernant cette Convention n'a été déposée. Le faible nombre de ratifications (23), ajouté au droit de saisine réservé aux organisations professionnelles, rend actuellement peu probable le dépôt de plaintes relatives à cet instrument.

Quant à l'UNESCO enfin, comme indiqué dans le Chapitre précédent, la plupart des engagements prévus par ses instruments, à l'exemple de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* ou de ses conventions relatives aux patrimoines (matériels et immatériels), reposent sur la bonne foi des États parties et n'impliquent pas l'atteinte d'un résultat précis. Difficilement contraignables d'un point de vue juridique, sinon au titre d'un manque de diligence qui soulève de délicats problèmes de preuve, le suivi de leur mise en œuvre est assuré par des comités intergouvernementaux dépourvus de pouvoir de sanction[987], tandis que les mécanismes de règlement des différends reposent sur des moyens diplomatiques (négociation, bons offices, médiation ou conciliation)[988]. En 1978, une procédure confidentielle d'examen des plaintes individuelles ou collectives dénonçant des violations des droits humains dans les domaines relevant de sa compétence (éducation, science, culture et information) a toutefois été mise sur pied par le Conseil exécutif de l'organisation[989]. Dans la mesure où la procédure ne se fonde pas sur une Convention particulière, mais sur l'autorité constitutionnelle inhérente à l'UNESCO, tous les États parties de l'organisation peuvent y être soumis. En dépit de cette force

---

[987] *Supra* note 547 art. 23; Romainville, *supra* note 73 à la p 258.

[988] *Supra* note 547 art. 25. Garcia & Héritier, *supra* note 539 à la p 44. Voir par exemple UNESCO, « Règlement intérieur de la Commission de conciliation et de bons offices », (1971), en ligne: <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31332&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

[989] UNESCO, « Protection des droits de l'homme : Procédure 104 », en ligne: *UNESCO* <https://fr.unesco.org/about-us/procedure104>. Les victimes de violations peuvent être des professeurs, des étudiants, des chercheurs, des artistes, des écrivains, des journalistes ou toute personne dont la profession entre dans le champ de compétence de l'UNESCO, ainsi que toute personne ayant exercé les droits prévus aux articles 18,19, 20, 26, et 27 de la DUDH.

cependant, le Comité en charge de l'examen des plaintes n'a pas valeur de tribunal et n'a pas vocation à sanctionner les États. Les solutions doivent là encore être trouvées à l'amiable, par la « coopération, le dialogue et la compréhension mutuelle »[990]. Or, de l'avis de Mylène Bidault, « le caractère confidentiel des mesures adoptées et la composition politique du Comité ont transformé cette procédure en un mécanisme de médiocre qualité finalement peu utilisé »[991].

Cette absence de contrainte et de force des mécanismes de suivi s'expliquerait encore une fois par la conception selon laquelle les droits culturels seraient des droits « créances » dont la mise en œuvre exigerait des ressources financières importantes, et surtout dont le contenu serait trop incertain pour fonder concrètement des droits et des obligations. À titre d'exemple, il serait en effet nécessaire de déterminer ce que le concept de culture englobe et ce qui constitue un droit culturel. Or, comme nous l'avons vu, des notions telles que « modes de vie » ou « systèmes de valeurs » ne sont pas des concepts juridiquement établis. En raison de cette nature floue et de leur mise en œuvre conditionnelle aux ressources dont disposent les États, le caractère inadapté du contrôle judiciaire ou quasi judiciaire comme garantie de mise en œuvre des droits culturels, et plus largement des droits économiques, sociaux et culturels, a ainsi souvent été avancé. En 1975 par exemple, Marc Bossuyt écrivait :

> On peut douter de l'opportunité d'un règlement judiciaire pour les différends surgissant au sujet de la manière et du degré avec lesquels les autorités nationales décident de réaliser certains droits sociaux. Cette décision est conditionnée par les options politiques et par la situation économique de l'État concerné. Croire que les juges seraient particulièrement qualifiés pour trancher ces différends témoignerait donc d'une foi peu commune dans les possibilités du droit. Préconiser un contrôle judiciaire des droits sociaux au niveau international constituerait donc un manque de réalisme.[992]

---

[990] *Ibid*; *Étude des procédures qu'il conviendrait de suivre dans l'examen des cas et des questions dont l'UNESCO pourrait être saisie en ce qui concerne l'exercice des droits de l'homme dans les domaines relevant de compétence, afin de rendre son action plus efficace : Rapport du groupe de travail du Conseil exécutif*, 104 EX/3.3, UNESCO, 1978.

[991] Bidault, *supra* note 56 à la p 177. De 1978 à 2019, quelque 609 plaintes ont été déposées devant ce comité. UNESCO, « Procédure de l'UNESCO pour traiter des violations alléguées des droits de l'homme », (2020), en ligne: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000215402_fre/PDF/215402fre.pdf.multi>.

[992] Marc Bossuyt, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels » (1975) 8 Rev Droits Homme 783-820 à la p 793. Pour une étude plus détaillée de la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels par rapport aux droits civils et politiques, voir notamment Bidault, *supra* note 56 à la p 172 et suiv.

De fait, les dispositions contenues dans le PIDCP et le PIDESC ne bénéficient pas du même degré de protection. Alors qu'en vertu de l'article 2 du PIDCP, les États parties s'engagent à « garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile », à « développer les possibilités de recours juridictionnel » et à « garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié »[993], le PIDESC, de même que les autres instruments réunissant les différentes catégories de droits, ne contiennent aucune disposition équivalente.

Malgré ces limites et critiques, les droits économiques, sociaux et culturels, auxquels les droits culturels restent essentiellement rattachés, ainsi que les obligations afférentes des États, ont néanmoins été progressivement clarifiés. Les Observations générales et finales du CDESC et sa jurisprudence (certes timide), de même que les travaux des Rapporteurs spéciaux fournissent en effet des définitions de plus en plus précises de leur contenu et de leur portée, ainsi que des obligations minimales des États. En conséquence, une jurisprudence internationale en matière de DESC se développe, à mesure notamment que les tribunaux internationaux, régionaux et nationaux, se prononcent sur des affaires relatives à leur exercice. Il existe ainsi une jurisprudence de plus en plus abondante en matière de droit à une alimentation suffisante, au meilleur état de santé possible, ou encore au travail ou au logement[994]. En dépit de ces progrès, les droits culturels restent toutefois largement ignorés. Présentés comme des « aspirations politiques » ou des « utopies », plutôt que comme des droits à part entière, on considère souvent qu'ils sont encore trop vagues pour qu'il soit possible d'en imposer la mise en œuvre ou d'en réparer les violations à travers des mécanismes judiciaires. De fait, à l'exception des cinq décisions rendues par le Comité des droits de l'homme relatives à l'article 27 du PIDCP relatif aux minorités, il n'existe à ce jour aucune jurisprudence internationale ou régionale dans laquelle une « violation des droits culturels » a été directement alléguée avec succès.

---

[993] *Supra* note 9 art. 2.

[994] Voir par exemple Commission internationale de juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels : Étude comparative d'expériences en matière de justiciabilité*, Genève, 2010.

Cependant, en vertu du principe d'interdépendance et d'indivisibilité des droits, la dimension culturelle des autres droits humains est de plus en plus souvent prise en compte dans les jugements rendus par les différentes instances judiciaires, en particulier au niveau régional. Partant de là, différentes stratégies ont été élaborées en vue d'assurer la protection des droits et patrimoines culturels au travers d'autres dispositions mieux reconnues, telles que le « droit à la vie privée », le « droit à la vie », ou encore le « droit à l'identité culturelle ». En l'absence de ligne de conduite clairement établie au niveau international, ces stratégies rencontrent toutefois des succès inégaux.

2.2.3. Les mécanismes européens, une voie en dents de scie

Au niveau européen, le système juridictionnel de protection des droits humains institué par la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales* (Convention européenne) [995] reposait initialement sur un triple mécanisme avec la Commission européenne des droits de l'homme, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme (CtEDH).

De 1954 à 1999, le rôle de la Commission était de recevoir les requêtes de tout État et, pour la première fois, de tout individu, groupe d'individus ou d'ONG désirant porter plainte pour une violation des droits reconnus par la *Convention européenne*, après épuisement des voies de recours internes. Si la requête était considérée comme recevable, la Commission avait pour mission d'aboutir à un règlement à l'amiable entre les parties. À défaut d'un tel règlement, elle rédigeait un rapport constatant les faits et formulait un avis non obligatoire sur le fond de l'affaire. La Commission ou le gouvernement pouvait alors saisir la Cour. Si l'affaire n'était pas déférée à la Cour, c'était le Comité des ministres qui se prononçait[996]. Depuis que la CtEDH a été rendue permanente le 1er novembre 1998, la Commission a été supprimée, et tout requérant peut désormais saisir directement la Cour européenne. Depuis 1998, celle-ci réunit ainsi les mêmes compétences que la

[995] *Supra* note 614.
[996] *Commission européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe.

Commission[997] à la différence toutefois que ses arrêts sont définitifs et obligatoires pour les États concernés. Si la Cour constate une violation, elle renvoie l'affaire au Comité des ministres afin qu'il examine les mesures à prendre[998]. Ce dernier peut alors exiger que les États reconnus coupables de violations des droits prévus par la *Convention européenne* et ses protocoles modifient leur législation et leur pratique administratives, et/ou qu'ils versent des réparations aux victimes[999].

Or la *Convention européenne* et ses protocoles, contrairement à la DUDH ou aux Pactes internationaux, ne reconnaissent pas l'existence de droits culturels ni de droits spécifiques aux personnes appartenant à des minorités ou aux peuples autochtones, à l'exception de l'article 14 relatif à l'interdiction de la discrimination, disposant que :

> La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.[1000]

La *Convention européenne* contient en revanche des dispositions relatives au respect de la vie privée et familiale (art. 8), à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9), à la liberté d'expression (art. 10), ou encore au droit à la propriété (protocole 1 art. 1) et l'éducation (protocole 1 art. 2). C'est donc principalement par l'intermédiaire de ces droits que les droits et patrimoines culturels ont été défendus[1001].

Dans plusieurs affaires, la Commission européenne puis la Cour européenne ont en effet accepté que le « droit à la vie privée » puisse être invoqué pour la protection des modes de vie traditionnels. C'est le cas notamment dans les affaires *G. et E. c. Norvège*, *Buckley c. Royaume-Uni*, *Jane Smith c. Royaume-Uni*, ou encore *Noack et autres c.*

---

[997] *Supra* note 614 art. 32-35. La Cour peut également, sur demande du Comité des Ministres, donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses protocoles. *Ibid* art. 47.
[998] *Supra* note 614 art. 46.
[999] *Ibid*.
[1000] *Ibid* art. 14.
[1001] Nous laissons de côté les affaires portant sur des questions de censure en lien avec la création artistique dans la mesure où il s'agit généralement de cas très particuliers et récents dans lesquels on peut douter de l'existence de conséquences à long terme sur l'identité culturelle des artistes concernés.

Allemagne. Cependant, le problème d'une telle approche est que si les modes de vie traditionnels relèvent de la vie privée, les ingérences étatiques peuvent être justifiées lorsque l'« intérêt général » ou les droits d'autrui sont en jeu[1002]. De fait, les réclamations pour dommages culturels plaidés au nom du droit à la vie privée n'ont jamais été accueillies par les instances européennes.

En 1983 par exemple, dans l'affaire *G.* et *E. c Norvège*, les requérants (membres du peuple autochtone *Sami*[1003]) soutenaient que la décision du gouvernement norvégien de construire un barrage hydroélectrique et d'immerger une partie de leurs terres porterait atteinte à leur mode de vie traditionnel reposant sur l'élevage de rennes, la pêche et la chasse. Les requérants soutenaient notamment que :

> Si l'on enlève aux Lapons la base même de leur existence, cela signifie aussi qu'ils devront s'intégrer dans une société qu'ils ne comprennent pas et qui ne les comprend pas, une société où, selon les requérants, ils ont rencontré peu de compréhension et beaucoup de discrimination. Ils soutiennent qu'ils y perdront non seulement leurs terres, mais leur identité […].[1004]

Bien que la Commission ait reconnu que le mode de vie des *Samis* était garanti par l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée et familiale[1005], elle a conclu que l'inondation causée par l'implantation de la centrale hydroélectrique ne nuirait pas à leurs activités traditionnelles dans la mesure où la zone concernée était restreinte et où ils pourraient se déplacer pour les exercer[1006]. De surcroît, la Commission avait estimé que l'ingérence dans la vie privée était justifiée, la construction de la centrale hydroélectrique étant nécessaire pour assurer le « bien-être économique du pays »[1007].

[1002] L'article 8.2 de la Convention dispose en effet qu'« Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». *Supra* note 614 art. 8.2.
[1003] Il est à noter que dans le contexte européen, les *Samis* (ou *sames*) ne sont pas qualifiés de « peuple autochtone », mais uniquement de « minorité ».
[1004] *G et E c Norvège Décision sur la recevabilité*, 1983 Cour européenne des droits de l'homme à la p 42.
[1005] *Ibid* à la p 30.
[1006] *Ibid* à la p 43.
[1007] *Ibid.*

Plus de dix ans plus tard, la Cour européenne s'est prononcée dans le même sens dans l'affaire *Noack et autres c Allemagne*. Dans cette dernière, des membres de la communauté minoritaire Sorabes[1008] avaient saisi la CtEDH pour obtenir réparation à la suite d'une décision du gouvernement allemand d'étendre une carrière d'exploitation du lignite en 1977. Les requérants affirmaient que la destruction de leur village résultant de cette expansion avait conduit à la dissolution de leur communauté et à la suppression de leur culture. Le gouvernement allemand quant à lui, soutenait que l'exploitation du lignite était indispensable puisqu'elle garantissait l'approvisionnement en énergie et créait des emplois. Dans son raisonnement, la Cour européenne avait une nouvelle fois reconnu que « le mode de vie d'une minorité peut, en principe, bénéficier de la protection de la vie privée, de la vie familiale et du domicile »[1009], mais elle avait conclu que la réalisation de grands projets publics relevait de l'intérêt général. À ce titre, l'action du gouvernement allemand avait priorité et était justifiée au titre de l'article 8(2) de la Convention européenne[1010].

En 2001 enfin, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni,* la requérante issue de la communauté tsigane s'était vue refuser l'installation de son habitation mobile sur un terrain qu'elle venait d'acquérir. Elle mettait en avant l'ingérence des autorités britanniques dans son mode de vie nomade traditionnel et dans l'exercice de son droit à la vie privée. De leur côté, les autorités du ministère de l'Environnement britannique soutenaient que le terrain en question était situé sur une ceinture verte métropolitaine destinée à protéger la campagne environnante. Tout en reconnaissant l'importance du mode de vie nomade pour l'identité de la requérante[1011], la Cour a estimé que le fait d'appartenir à une minorité ne la dispensait pas de respecter les biens communs de la société[1012] et que la défense de l'environnement, d'intérêt général, justifiait l'ingérence de l'État dans le cadre d'une société démocratique[1013].

[1008] Les Sorabes sont un peuple slave vivant dans la région de la Lusace en Allemagne.
[1009] *Noack et autres c Allemagne*, 46346/99 à la p 10.
[1010] *Ibid* à la p 14.
[1011] *Chapman c Royaume-Uni*, [2001] 27238/95 au para 73.
[1012] *Ibid* au para 96.
[1013] *Ibid* aux para 80-81.

Des tentatives de protection des particularismes culturels par le biais du droit à la propriété se sont également soldées par des échecs dans les affaires *Könkäma et 38 autres villages sames c Suède*[1014], et *Johtti Sapmelaccat Ry et autres c Finlande*[1015]. En l'espèce les requérants, issus du peuple autochtone *Sami*, soutenaient que des modifications législatives visant à rendre les permis de chasse et de pêche plus accessibles au grand public portaient atteinte à leurs droits ancestraux sur certaines terres et qu'elles emportaient donc une violation des droits que leur reconnaît l'article 1 du Protocole 1 à la Convention stipulant que :

> Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.[1016]

Dans les deux affaires cependant, la Commission et la Cour ont souligné que si les droits exclusifs en matière de chasse et de pêche, et les territoires qui y sont associés, pourraient être considérés comme des biens au sens de l'article 1, la nature et la portée des droits et territoires ancestraux revendiqués relevaient d'enjeux juridiques, historiques et politiques complexes devant être réglés entre le gouvernement et les communautés *samies*[1017]. Dans *Könkäma et 38 autres c Suède*, la Commission a finalement établi que la requête était irrecevable dans la mesure où les demandeurs n'avaient pas épuisé les voies de recours internes. Quant à l'affaire *Johtti Sapmelaccat Ry et autres c Finlande*, la demande a été rejetée par la CtEDH au motif notamment que les demandeurs n'avaient pas démontré que l'élargissement des droits de pêche accordés à la population non *samie* avait affecté leurs propres droits.

En 2006 enfin, dans l'affaire *Hingitaq 53 et autres c. Danemark*, les requérants, membres de la tribu Inughuit du Groenland, soutenaient que leur relocalisation forcée suite à l'implantation d'une base aérienne américaine constituait une violation de leur droit d'utiliser, de profiter et de contrôler leurs territoires de chasse ancestraux. Compte tenu des

---

[1014] *Könkäma et 38 autres villages sames c Suède*, 1996 Commission européenne des droits de l'homme 78.
[1015] *Johtti Sapmelaccat Ry et autres c Finlande*, 2005 Cour européenne des droits de l'homme.
[1016] *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Protocole 1)*, STE n°9, Paris, Conseil de l'Europe, 1952 art. 1.
[1017] *Könkäma et 38 autres villages sames c. Suède*, *supra* note 1014 à la p 87; *Johtti Sapmelaccat Ry et autres c. Finlande*, *supra* note 1015 au para (ii).

mesures de compensation matérielle et financière accordées par les tribunaux danois pour l'expulsion et la perte des droits de chasse, la Cour a estimé que les autorités nationales avaient ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts patrimoniaux, et déclaré la plainte manifestement mal fondée[1018].

Si les droits à la vie privée ou à la propriété se sont jusqu'à présent révélés être des voies peu prometteuses pour assurer la protection de la culture, d'autres stratégies ont cependant rencontré davantage de succès. En effet, la Cour européenne a été amenée à examiner la question culturelle sous l'angle de la liberté de religion, de la liberté d'association ou encore du droit à l'éducation. Dans cette optique, elle a notamment reconnu que les restrictions imposées dans l'accès aux lieux de culte peuvent entraîner une violation des droits garantis par l'article 9[1019], de même que le refus d'accorder l'accès à des aliments provenant d'animaux abattus conformément à des prescriptions religieuses[1020]. Concernant la liberté d'association, elle a également reconnu que l'article 11 de la Convention protège le droit des personnes appartenant à des minorités de constituer des associations ayant pour but la promotion de leur culture et de leur conscience nationale[1021]. En matière linguistique — à travers le droit à l'éducation ou à la liberté d'expression —, si la CtEDH a longtemps manifesté une tendance conservatrice[1022], elle a conclu à une violation de l'article 2 du Protocole 1 dans l'affaire interétatique *Chypre c. Turquie* concernant les membres de la minorité grecque chypriote n'ayant aucune possibilité d'inscrire leurs enfants dans un établissement secondaire de langue grecque, une fois leur scolarité primaire en grec achevée[1023]. Dans l'affaire *Ulusoy et autres c. Turquie*, la Cour

---

[1018] *Hingitaq 53 et autres c Danemark*, 2006 Cour européenne des droits de l'homme.
[1019] *Chypre c Turquie*, [2001] 25781/94 aux para 241-247.
[1020] *Cha'are Shalom Ve Tsedek c France*, [2000] 27417/95 . Dans cet arrêt, la requérante n'a toutefois pas obtenu gain de cause.
[1021] *Sidiropoulos et autres c Grèce*, [1998] 26695/95.
[1022] En matière d'enseignement scolaire par exemple, la Cour a longtemps écarté le droit de bénéficier d'un enseignement dans la langue de son choix, dans la mesure où de telles dispositions représenteraient un fardeau trop important pour les États, et où le droit des parents de garantir l'éducation de leurs enfants en conformité avec leurs propres convictions religieuses et philosophiques, tel que consacré par l'article 2 du Protocole no 1, n'englobe pas la question des préférences linguistiques.
[1023] *Chypre c. Turquie*, *supra* note 1019 aux para 273-280.

avait également conclu que l'interdiction de la production d'un spectacle joué en kurde dans des locaux municipaux turcs entraînait violation de la liberté d'expression[1024].

Outre une jurisprudence en dents de scie selon les droits invoqués, le problème des jugements rendus par la Cour européenne, en particulier en matière culturelle, réside aussi dans la nature des réparations accordées lorsque les requérants obtiennent gain de cause. L'article 41 de la Convention européenne prévoit en effet que :

> Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.[1025]

Cette disposition est notamment justifiée par le fait que, tout comme les autres tribunaux internationaux, la Cour européenne est dépendante de la coopération de ses États membres, et par la répartition des compétences entre la Cour et le Comité des ministres – en charge de l'exécution des arrêts en vertu de l'article 46(2) de la Convention[1026]. En conséquence, les arrêts de la CtEDH n'apportent généralement aucune indication spécifique sur la manière de remédier à la violation ni sur les mesures qu'un État devrait prendre pour empêcher que des violations semblables ne se reproduisent. Comme le souligne l'article 41, ce n'est que dans les cas où le droit interne de l'État défendeur ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences d'une violation, que la CtEDH peut ordonner qu'une réparation pour le préjudice matériel ou moral, au nom du principe de « satisfaction équitable », soit accordée aux victimes. Or, au titre de cette « satisfaction équitable », elle tend à privilégier l'indemnisation pécuniaire au détriment de mesures de restitution, de mesures symboliques ou de garanties de non-répétition (dont elle ne serait pas en mesure d'imposer la mise en œuvre)[1027].

[1024] *Ulusoy et autres c Turquie*, [2007] 34797/03.
[1025] *Supra* note 614 art. 41.
[1026] *Ibid* art. 46(2).
[1027] Thomas Antkowiak, « Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond » (2008) 46 Columbia J Transnatl Law 351-419 aux pp 408-413; Shelton, *supra* note 6 aux pp 280-281.

En effet, si en cas de préjudice moral la Cour considère souvent que le seul constat de la violation est une réparation suffisante pour la partie lésée[1028], elle accorde parfois une satisfaction équitable sous la forme d'une indemnisation financière devant être versée par le gouvernement défendeur[1029]. Ce n'est que très exceptionnellement que la Cour invite les États à prendre des mesures pour mettre fin ou remédier aux violations en question. À titre d'exemple, la Cour européenne a ainsi accordé des réparations pécuniaires dans l'affaire de *l'Archidiocèse catholique d'Alba Iulia c. Roumanie* et dans celle de *l'Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et autres c. Turquie*, dans lesquelles le préjudice moral était en partie fondé sur l'incapacité des requérants de pratiquer pleinement leur religion[1030].

Il convient par ailleurs de souligner que les montants alloués recouvrent généralement divers types de préjudices moraux et incluent parfois des dommages matériels. La CtEDH ne révélant pas les fourchettes individuelles ni les paramètres appliqués, il est impossible de déterminer quel pourcentage des sommes correspond au préjudice moral lié à la perturbation culturelle. Pour Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss :

> En renonçant à individualiser les sommes attribuées au titre des différents dommages indemnisés et en se contentant au contraire de fixer en équité un montant global, la Cour [se dispense] d'établir, en toute clarté, une évaluation des divers chefs de préjudices réparés. Pour toute justification de cette façon de procéder, la Cour invoque des considérations d'opportunité qui confinent en réalité à l'argument d'autorité. La diversité des éléments devant être pris en compte en vue du calcul du préjudice ainsi que la nature de l'affaire l'empêcheraient d'établir un inventaire détaillé, poste par poste.[1031]

Non seulement une telle approche ne permet pas d'évaluer la « valeur » accordée aux dommages culturels par rapport aux autres préjudices, mais il est aussi généralement

---

[1028] *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, *supra* note 1021.
[1029] *Instructions pratiques. Demandes de satisfaction équitable*, Règlement de la Cour, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme.
[1030] *Archidiocèse catholique d'Alba Iulia c Roumanie*, [2012] 33003/03 ; *Témoins de Jéhovah et autres c Turquie*, [2016] 36915/10 et 8606/13.
[1031] Gérard Cohen-Jonathan & Jean-François Flauss, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général » (2002) 48:1 Annu Fr Droit Int 675-693 à la p 691. Voir aussi Shelton, *supra* note 6 aux pp 294-298.

admis que les seules réparations monétaires, qui plus est octroyées à titre individuel, ne constituent pas une solution pleinement satisfaisante ni adéquate pour réparer certains préjudices, dont les pertes culturelles subies par une communauté. Comme le résume par exemple Robert Snyder :

> *The concept of culture loss is problematic within western property rights. If the government decides it needs someone's land to build a highway that landowner is only entitled to fair market value. One's sense of place tied to the family homestead is not generally recognized as a property right. But this is part of the problem; things of salient value in an indigenous culture may not be recognized as things of monetary value within western culture and legal systems*.[1032]

Enfin, on constate que malgré le manque d'ambition des réparations ordonnées, celles-ci souffrent d'une faible mise en œuvre par les États condamnés. En l'an 2000 notamment, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'inquiétait de la situation, blâmant à la fois l'apathie des États membres dans le respect de leurs obligations, le manque de clarté des arrêts rendus par la Cour, et le Comité des ministres qui n'exerce pas suffisamment de pressions dans le contrôle de leur exécution[1033]. En vue d'une meilleure effectivité de ses jugements, la CtEDH tend désormais à préciser les diverses mesures et réformes, notamment législatives, qui devraient être prises par les États, notamment dans le cadre de la procédure des « arrêts pilotes » mise en place en 2004[1034]. Dans ces derniers cependant, la Cour européenne a rappelé qu'« il n'appartient pas à la Cour d'indiquer précisément quel serait le meilleur moyen de mettre en place de telles procédures de nature à remédier à la situation » et que « l'État demeure libre de choisir les moyens de s'acquitter des obligations qui découlent de l'exécution des arrêts de la Cour »[1035]. En conséquence, la détermination des mesures non monétaires continue d'incomber au Comité des ministres, qui ne peut émettre que des recommandations non contraignantes, toujours caractérisées par leurs dispositions vagues et laissant une importante marge d'appréciation aux États[1036].

[1032] Robert Snyder, Daniel R Williams & George Peterson, « Culture loss and sense of place in resource valuation: Economics, anthropology and indigenous cultures » dans *Indig Peoples Resour Manag Glob Rights*, Delft, Eburon Academic Publishers, 2003 107 à la p 109.
[1033] *Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Résolution 1226, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000 au para 6.
[1034] *Supra* note 1029.
[1035] Voir notamment *Hutten-Czapska c Pologne*, [2006] 35014/97 au para 239.
[1036] Antkowiak, « Remedial Approaches to Human Rights Violations », *supra* note 1027 aux pp 411-412; Shelton, *supra* note 6 aux pp 282-283.

2.2.4. Les audaces du système interaméricain

À l'instar du système européen originel, le système interaméricain de protection des droits humains repose sur deux principaux mécanismes : la Commission interaméricaine, et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CtIDH).

La Commission interaméricaine tout d'abord, est un organe autonome créé en vertu de la Charte de l'Organisation des États américains (OEA) avec pour mandat de promouvoir et de protéger les droits humains sur le continent américain[1037]. À ce titre, tous les États membres de l'OEA sont soumis à sa compétence (sans qu'ils aient à la reconnaître formellement) et elle est notamment habilitée à recevoir et traiter les plaintes (ou pétitions) émanant d'États membres de l'OEA ou de leurs ressortissants et d'ONG, alléguant de violations des droits prévus par la *Convention américaine sur les droits de l'homme* ou tout autre instrument applicable adopté par l'OEA[1038], incluant la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*[1039]. Si elle conclut à une violation et qu'aucune solution amiable n'a été trouvée, la Commission peut formuler des recommandations à l'intention de l'État fautif[1040]. Si ses recommandations ne sont pas mises en œuvre dans les délais

---

[1037] *Charte de l'Organisation des États Américains*, Bogota, Organisation des États américains, 1948 art. 106. Voir aussi note 578 art. 41; *Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, 116e période ordinaire de sessions, Commission interaméricaine des droits de l'homme, 2002 art, 1.
[1038] *Supra* note 1037 art. 23; note 578 art. 44.
[1039] *Supra* note 1037 art. 23, 41, 49. Il s'agit là d'une particularité de la Commission interaméricaine. Créée en 1959 en vertu de la Charte de l'OEA, la Commission est antérieure à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, et sa mission originale visait au suivi de la mise en œuvre et du suivi des droits énoncés dans la *Déclaration américaine* de 1948. En 1989, la Cour interaméricaine fut saisie d'une demande d'avis consultatif sur le statut juridique de la *Déclaration américaine*. Elle conclut que, bien que conçue initialement comme un instrument non contraignant, cette Déclaration renferme l'énoncé des droits fondamentaux dont il est question dans la Charte de l'OEA et qu'elle exprime les obligations internationales incombant aux États membres en matière de droits et libertés de la personne. Ces obligations leur sont opposables par la Commission en vertu des articles 1 (2)(b) et 20 de son Statut. Cette situation n'est toutefois pas sans soulever des objections et difficultés, notamment en ce qu'elle contrevient à la *Convention de Vienne sur le droit des traités* qui prévoit qu'un État n'est lié qu'aux instruments qu'il a dument ratifiés. *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights Advisory Opinion*, 1989 Cour interaméricaine des droits de l'homme aux para 35-45; Carol Hilling, « Le statut de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, reflet de l'évolution du système interaméricain de protection des droits de la personne » (1998) 11:1 Rev Québécoise Droit Int 47-80; Christina Cerna, « Reflections on the Normative Status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man » (2009) 30:4 Univ Pa J Int Law 1211-1237.
[1040] note 1037 art. 41; note 578 art. 50.

prescrits, la Commission renvoie l'affaire devant la Cour interaméricaine[1041], à condition toutefois que l'État concerné par la plainte en ait reconnu la compétence[1042].

La Cour interaméricaine quant à elle est également compétente pour entendre des plaintes en application de la *Convention américaine des droits de l'homme* ou tout autre texte relatif aux droits humains applicable adopté par l'OEA, et rendre des décisions contraignantes. À la différence du système européen toutefois, seuls les États en ayant reconnu la compétence et la Commission peuvent saisir la CtIDH[1043] ; les requérants individuels et les ONG doivent en premier lieu faire appel à la Commission. Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit protégé a été violé, la Cour peut ordonner à l'État de garantir la jouissance du droit ou de la liberté enfreints, de réparer des conséquences de la violation et de verser une juste indemnité à la partie lésée[1044].

La Commission et la Cour interaméricaine disposent ainsi d'une compétence plus étendue que la Cour européenne dans la mesure où elles peuvent mobiliser l'ensemble des instruments applicables élaborés par l'OEA. Or en matière de culture et de patrimoines, ces instruments n'offrent que peu de dispositions concrètes. En effet, de même que la *Convention européenne*, la *Convention américaine* ne reconnaît pas l'existence de droits culturels ni de droits spécifiques aux minorités et peuples autochtones, mais contient des dispositions relatives au droit à la vie privée (art. 11,2), à la liberté de conscience et de religion (art. 12) ou encore à la liberté d'expression (art. 13). Seuls l'article XIII de la *Déclaration américaine sur les droits et les devoirs de l'homme*, dont la portée contraignante reste sujette à caution, et l'article 14 du *Protocole de San Salvador* sur les DESC (ratifié par 16 États seulement), disposent que chacun a le droit de participer à la vie culturelle de la communauté (ou collectivité) ; le *Protocole de San Salvador* ajoutant que

---

[1041] *Supra* note 1037 art. 44; note 578 art. 51. Depuis 2001, tous les cas traités devant la Commission impliquant des États parties à la Convention américaine sont maintenant présentés à la Cour à moins d'une décision contraire de la majorité absolue des membres de la Commission.
[1042] *Supra* note 578 art. 62. Si l'État visé n'est pas partie à la Convention, le recours se termine avec les recommandations de la Commission, éventuellement publiées dans son rapport annuel si l'État refuse de leur donner suite.note 1037 art. 45.
[1043] *Supra* note 578 art. 61.
[1044] *Ibid* art. 63.

les États devront prendre les mesures nécessaires « pour assurer la préservation, le développement et la diffusion de la science, de la culture et de l'art »[1045]. Ces instruments n'apportent toutefois pas de précisions sur le contenu de ces droits. Malgré cette limite, la Commission, et surtout la Cour interaméricaine, sont réputées pour avoir adopté une approche beaucoup plus audacieuse que la Cour européenne dans l'interprétation des instruments internationaux[1046] et dans les modes de réparation octroyés, lorsque des affaires touchant les peuples autochtones, et par extension la culture, leur sont présentées.

Depuis sa création en 1959, la Commission interaméricaine a en effet eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur des enjeux relatifs aux identités culturelles autochtones, et à la préservation des coutumes et traditions ancestrales. À titre d'exemple, en 1984, dans la *Petition 7615, Edgardo Condeza Vaccaroe*, le peuple Yanomami (Brésil) était menacé par la construction d'une autoroute et l'exploitation des ressources minières à travers leur territoire traditionnel. Les requérants soutenaient notamment que :

> *The massive penetration of outsiders into the area has had devastating physical and psychological consequences for the Indians; it has caused the break-up of their age-old social organization; it has introduced prostitution among the women, something that was unknown; and it has resulted in many deaths, caused by epidemics of influenza, tuberculosis, measles, venereal diseases, and others*.[1047]

Au terme de son examen, la Commission a conclu que les autorités brésiliennes avaient failli à leur devoir de protection et s'étaient rendues coupables d'une violation du droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de la personne (art. I), du droit de résidence et de circulation (art. VIII) et du droit à la santé et aux soins médicaux (art. XI) tels que prévus par la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*. Faits intéressants, le raisonnement de la Commission s'était appuyé sur l'article 27 du PIDCP[1048].

[1045] *Supra* note 577 art. XIII; note 579 art. 14.
[1046] Pour les juges de la Cour interaméricaine, les instruments de droits humains sont « vivants » et leur interprétation doit être évolutive pour refléter les réalités actuelles. *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua*, [2001] Series C No 79 au para 146.
[1047] *Edgardo Condeza Vaccaroe*, 1985 Commission interaméricaine des droits de l'homme au para 3a).
[1048] *Ibid* au para 7.

Le Brésil n'étant alors pas encore partie au Pacte, la Commission avait présumé, déjà à l'époque, son caractère coutumier[1049].

En 2004, dans *Petition Maya indigenous community of the Toledo District v. Belize,* la Commission s'était une nouvelle fois référée à l'article 27 du PIDCP et avait notamment conclu à une violation du droit à la propriété, tel que prévu dans la *Déclaration américaine* [1050] . Dans son raisonnement, la Commission avait insisté sur les liens intrinsèques entre l'identité culturelle des peuples autochtones et leurs territoires :

> […] *the Commission has emphasized the distinct nature of the right to property as it applies to indigenous people, whereby the land traditionally used and occupied by these communities plays a central role in their physical, cultural and spiritual vitality. As the Commission has previously recognized in respect of the right to property and the right to equality, "[f]or indigenous people, the free exercise of such rights is essential to the enjoyment and perpetuation of their culture." Similarly, the concept of family and religion within the context of indigenous communities, including the Maya people, is intimately connected with their traditional land, where ancestral burial grounds, places of religious significance and kinship patterns are linked with the occupation and use of their physical territories* […].[1051]

Plus récemment encore, dans l'affaire *Grand Chief Michael Mitchell v. Canada*, les requérants, membre du peuple autochtone mohawk, soutenaient que l'imposition de taxes douanières par le Canada sur les marchandises en provenance d'une communauté mohawk implantée aux États-Unis constituait une violation de leur droit à la culture, lequel inclurait le droit de commercer entre communautés, tel que prévu à l'article XIII de la *Déclaration américaine*[1052]. La Commission s'est toutefois alignée sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, évoquée précédemment, et a conclu que les contrôles frontaliers et l'imposition de taxes douanières à l'ensemble de la population sont une mesure de restriction raisonnable ne portant pas atteinte de façon discriminatoire ou disproportionnée aux droits de la communauté mohawk[1053]. Elle a cependant souligné que l'article XIII de la

---

[1049] Le Brésil n'a adhéré au Pacte qu'en 1992. S James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2nd edition éd, Oxford ; New York, OUP USA, 2004 à la p 104; D'Addetta, *supra* note 481 à la p 606.
[1050] *Maya indigenous community of the Toledo District v Belize*, 2004 Commission interaméricaine des droits de l'homme aux para 141 et 154.
[1051] *Ibid* au para 155.
[1052] *Grand Chief Michael Mitchell v Canada*, 2008 Commission interaméricaine des droits de l'homme aux para 3-4.
[1053] *Ibid* aux para 81-83.

Déclaration américaine pourrait protéger « *those aspects of trade that can be said to be culturally significant in that they reflect a distinctive aspect of a culture, such as trade in a significant product or a culturally significant trading practice* »[1054].

Si la Commission, par son ancienneté, sa compétence étendue à l'ensemble des États membres de l'OEA et son rôle de « filtre » au sein du système interaméricain, joue un rôle crucial en matière de protection des identités et des droits culturels autochtones, ce sont toutefois les jugements rendus par la Cour qui retiennent le plus l'attention. Depuis sa création en 1979, la Cour interaméricaine a en effet été amenée à se prononcer sur plusieurs cas d'exactions commises contre les peuples autochtones en lien avec leurs terres ancestrales ou dans le contexte des guerres civiles qui ont ravagé la région au cours des dernières décennies.

En matière de modes de vie traditionnels tout d'abord, à la différence de la Cour européenne qui a essentiellement privilégié le « droit à la vie privée », les juges interaméricains ont opté pour une protection fondée sur l'article 4 de la *Convention américaine* relatif au « droit à la vie » qui, en tant que droit le plus fondamental, ne permet aucune exception[1055]. En 2005 notamment, dans l'affaire *Communauté indigène Yakye Axa v. Paraguay*[1056], des membres de la communauté revendiquaient des terres vendues au XIXe siècle à des entreprises britanniques. L'Église anglicane s'y était depuis installée et des bâtiments avaient été construits sur les cimetières des ancêtres de la communauté. Dans son jugement, la Cour interaméricaine a non seulement considéré que ces terres appartenaient effectivement aux requérants et qu'ils en étaient historiquement les véritables propriétaires, mais a également conclu à une violation de leur droit à la vie[1057]. D'après la Cour, ce droit est en effet le plus pertinent pour garantir le mode de vie traditionnel de la communauté :

> *The right to life is a basic human right, essential for enjoyment of the other human rights. This right encompasses not only the right of every human being not to be*

[1054] *Ibid* au para 79.
[1055] *Supra* note 578 art. 27(1).
[1056] *Yakye Axa Indigenous Community v Paraguay*, [2005] Series C No 125 .
[1057] *Ibid.*

> *arbitrarily deprived of his or her life, but also the right not to be denied the conditions required to ensure a decent existence*. (nous soulignons)[1058]

Dans son raisonnement, la Cour a ainsi considéré le fait que ces terres étaient non seulement celles où la communauté s'était historiquement établie, mais également celles avec lesquelles elle entretenait une relation particulière en lien avec ses modes de vie et ses traditions[1059]. Ce faisant, la Cour a également insisté sur le fait que la relation des autochtones avec ces terres était un élément central de leur identité culturelle :

> *The culture of the members of the indigenous communities directly relates to a specific way of being, seeing, and acting in the world, developed on the basis of their close relationship with their traditional territories and the resources therein, not only because they are their main means of subsistence, but also because they are part of their worldview, their religiosity, and therefore, of their cultural identity*.[1060]
> […] *The human, spiritual and cultural tie of the Yakye Axa Community and of its member with their ancestral land is deeply felt by them. The ancestral land of the Yakye Axa Community and the habitat that its members have humanized in this land, in which they have shifted around, molds their past, their present and their future. It defines the identity of the Community and of its members and it represents the place where it is possible for them to imagine the realization of life aspirations that respect their cosmogony and their cultural practices*.[1061]

En conclusion, la Cour a considéré que l'État paraguayen, en privant la communauté autochtone de ses moyens traditionnels de subsistance et en la forçant à survivre dans des conditions de vie précaires, avait porté atteinte à son droit à la vie. La CtIDH a confirmé cette position dans plusieurs affaires, parmi lesquelles *Sawhoyamaxa v. Paraguay*[1062], *Xákmok Kásek v. Paraguay*[1063] et *Saramaka v. Suriname*[1064]. Dans cette dernière, les juges ont notamment souligné que les dommages environnementaux causés aux terres ancestrales des Saramaka et les souffrances qui en ont découlé pour la communauté constituaient « *a denigration of their basic cultural and spiritual values* »[1065], et des *« alterations to the very fabric of their society* »[1066].

[1058] *Ibid* au para 157.
[1059] *Ibid* au para 120(h).
[1060] *Ibid* au para 135.
[1061] *Ibid* au para 158(j).
[1062] *Sawhoyamaxa Indigenous Community v Paraguay*, [2006] Series C No 146 .
[1063] *Xákmok Kásek Indigenous Community v Paraguay*, [2010] Series C No 214 .
[1064] *Saramaka People v Suriname*, [2007] Series C No 172 .
[1065] *Ibid* au para 200.
[1066] *Ibid.*

Finalement, dans l'affaire *Peuple indigène Kichwa de Sarayaku v. Équateur*, la Cour a poussé sa logique encore plus loin en affirmant que l'article 1.1 de la Convention américaine sur le droit à la non-discrimination contient un droit à « l'identité culturelle »[1067] qui lui est inhérent. Ce « droit synthèse » permet à la Cour d'y inclure ses différentes interprétations des droits culturels et des particularismes autochtones. Elle le qualifie de « *crosscutting means of interpretation to understand, respect and guarantee the enjoyment and exercise of the human rights of indigenous peoples and communities protected by the Convention and,* […] *also by domestic law* »[1068].

En matière de droit à la propriété, tel que prévu à l'article 21 de la *Convention américaine*, les juges interaméricains ont également fait preuve d'une interprétation souple, en reconnaissant encore une fois les liens privilégiés entre les peuples autochtones, leurs territoires et leur identité culturelle, et en soulignant la nécessité de prendre en considération leurs pratiques culturelles pour l'établissement de titres de propriété, qui plus est collectifs, sur les territoires revendiqués. En 2001 par exemple, dans l'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, les juges ont conclu à une violation des droits de propriété de la communauté autochtone résultant notamment de l'absence de démarcation de leur territoire ancestral par les autorités nicaraguayennes. Dans son raisonnement, la Cour avait alors rappelé l'importance du territoire pour la préservation et la transmission des cultures autochtones[1069], et le fait que l'usage ancestral du territoire conformément aux systèmes coutumiers autochtones peuvent fonder un titre foncier qui n'est pas tributaire d'une concession ou d'une reconnaissance formelle de l'État :

> *Indigenous peoples' customary law must be especially taken into account for the purpose of this analysis. As a result of customary practices, possession of the land should suffice for indigenous communities lacking real title to property of the land to obtain official recognition of that property, and for consequent registration*.[1070]

[1067] *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v Ecuador*, [2012] Series C No 245 au para 213.
[1068] *Ibid.*
[1069] *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, *supra* note 1046 au para 149.
[1070] *Ibid* au para 151. Voir aussi *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, *supra* note 1062; *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, *supra* note 1056. En 2014, dans l'affaire *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, la CtIDH a également conclu que l'octroi de concessions minière à des non-autochtones sans consultation de ces derniers constituait une violation de leur droit à la propriété, et qu'il « *has resulted in the harm to extremely representative values of the members of the Kaliña and Lokono peoples that have*

Concernant les exactions commises contre les peuples autochtones lors de conflits armés, la CtIDH a également privilégié une approche sensible à leurs spécificités culturelles et aux nombreuses conséquences des préjudices subis. Dans les affaires *Moiwana v. Suriname*[1071], *Plan de Sanchez v. Guatemala*[1072], *Río Negro Massacre v. Guatemala*[1073] et *El Mozote Massacre v. El Salvador*[1074] en particulier, les juges interaméricains ont mis l'accent sur les pertes culturelles subies par les peuples autochtones du fait de leur déplacement forcé ou des mesures discriminatoires à leur égard, et notamment sur leur incapacité d'accéder à leurs lieux sacrés et d'enterrer leurs proches en conformité avec leurs pratiques traditionnelles.

Dans l'affaire *Moiwana v. Suriname* par exemple, la Cour a conclu que le manque de garanties judiciaires offertes à cette communauté (à la suite d'une attaque de l'armée qui avait fait 40 morts) ne relevait pas seulement d'une violation du droit à un procès juste et équitable et à la protection judiciaire, mais constituait aussi un traitement inhumain dans la mesure où :

> […] *the ongoing impunity has a particularly severe impact upon the Moiwana villagers, as a N'djuka people. As indicated in the proven facts (supra paragraph 86(10)), justice and collective responsibility are central precepts within traditional N'djuka society. If a community member is wronged, the next of kin – which includes all members of his or her matrilineage – are obligated to avenge the offense committed. If that relative has been killed, the N'djuka believe that his or her spirit will not be able to rest until justice has been accomplished. While the offense goes unpunished, the affronted spirit – and perhaps other ancestral spirits – may torment their living next of kin*.[1075]

La Cour a également conclu que le déplacement forcé de cette communauté avait entraîné d'importantes restrictions dans sa capacité à exercer ses activités de subsistance traditionnelles[1076], et que l'impossibilité d'enterrer les morts était à l'origine de « *deep*

---

an impact on their cultural identity and on the cultural heritage to be transmitted to future generations ». *Kaliña and Lokono peoples v Suriname*, [2015] Case No 12639 au para 295.

[1071] *Moiwana Community v Suriname*, [2005] Series C No 124 .

[1072] *Plan de Sánchez Massacre v Guatemala*, [2004] Series C No 105 .

[1073] *Río Negro Massacres v Guatemala*, [2012] Series C No 250 .

[1074] *Massacres of El Mozote and nearby places v El Salvador*, [2012] Series C No 252 .

[1075] *Moiwana Community v. Suriname*, *supra* note 1071 aux para 95-96.

[1076] *Ibid* au para 186.

anguish [*and*] *spiritually-caused illnesses* »[1077]. Sur ce point, dans son opinion individuelle le juge Cançado-Trindade avait d'ailleurs innové en suggérant de prendre en considération « *the right to the project of after-life* » qui concernerait les relations entre les vivants et les défunts[1078]. Comme le résume Gina Donoso, il concevait ce nouveau droit comme : « […] *an aggravated form of moral damage which has a direct bearing on what is most intimate to the human person, namely, her inner self, her beliefs in human destiny, her relations with their dead* »[1079].

De même, dans le jugement de l'affaire *Plan de Sanchez v. Guatemala*, la Cour a tenu compte des rapports d'experts faisant état des conséquences du massacre sur la vie de la population, parmi lesquelles les dislocations familiales, les dommages sur l'identité culturelle, les ruptures des liens entre la communauté et ses terres ancestrales et l'impossibilité d'enterrer ses morts conformément aux rites sacrés[1080]. La Cour avait en outre souligné que le massacre avait affecté la reproduction et la transmission culturelle au sein de la communauté, et que « [*i*]*t has been proved that the death of the women and the elders, oral transmitters of the Maya-Achí culture, caused a cultural vacuum* »[1081], encourageant certains auteurs à voir dans ce jugement un pas vers la reconnaissance et la sanction du « génocide culturel »[1082].

La CtIDH n'a ainsi pas attendu l'adoption de la *Déclaration universelle sur les droits des peuples autochtones* en 2007 pour agir et reconnaître l'existence de droits aux membres des peuples autochtones en tant que tels. Ce faisant, elle prend en compte leurs cultures au lieu de les ignorer, et construit progressivement une jurisprudence à même de conjuguer l'universalité avec la diversité. Il s'agit d'une « position de principe », pour

---

[1077] *Ibid* au para 195(b).
[1078] *Ibid* à la p 89.
[1079] Gina Donoso, « Inter-American Court of Human Rights' reparation judgments. Strengths and challenges for a comprehensive approach » (2009) 49 Rev IIDH 29-68 à la p 51.
[1080] *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, *supra* note 1072. Voir aussi Thomas Antkowiak, « A dark side of virtue: the Inter-american Court and reparations for Indigenous Peoples » (2014) 25:1 Duke J Comp Int Law 81 aux pp 23-24.
[1081] *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, *supra* note 1072 au para 87.
[1082] D'Addetta, *supra* note 481 aux pp 599-600.

reprendre les termes de Laurence Burgorgue-Larsen, « dont les conséquences sont loin d'être négligeables au moment de déterminer le montant des réparations »[1083].

L'autre particularité de la Cour interaméricaine réside en effet dans son approche originale et dynamique retenue en matière de réparations. En effet, si au même titre que la Cour européenne la CtIDH est habilitée à octroyer des réparations pécuniaires[1084], elle accorde aussi une large place aux demandes et aux besoins des communautés victimes. Dans cette perspective, elle accorde fréquemment des réparations individuelles et collectives, ainsi que des mesures de compensation symboliques adaptées à la spécificité des pertes reconnues, notamment culturelles, tout en prenant en considération les spécificités culturelles des victimes.

Dans de nombreuses affaires, outre des compensations pécuniaires, et dépendamment des préjudices subis, la Cour a, par exemple, ordonné la mise en œuvre de mesures de restitutions des terres, l'ouverture d'établissements scolaires, des réformes législatives, la mise en place de programmes de santé physique et mentale, la publication du jugement (y compris sa traduction en langues autochtones), la formulation d'excuses publiques ou encore la construction d'un musée, d'un mémorial ou le financement d'initiatives culturelles[1085]. Dans l'affaire *Plan de Sanchez* par exemple, l'ordonnance stipulait que dans un délai de 5 ans, le gouvernement guatémaltèque devait réaliser :

> […] *maintenance and improvement of the community roads, sewage system, and potable water supply; establishment of a health center in the village; allocation of teachers "trained in intercultural and bilingual teaching for primary, secondary and comprehensive schooling"; and "study and dissemination of the*

[1083] Laurence Burgorgue-Larsen, « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » dans *Cursos Derecho Int Relac Int Vitoria-Gasteiz 2008*, Universidad del Pais Vasco, 2009 149 aux pp 163-164.

[1084] *Supra* note 578 art. 63.

[1085] Antkowiak, « A dark side of virtue », *supra* note 1080 aux pp 3, 24-25, 28, 33-36; Lenzerini, *supra* note 560 à la p 271; Alexandra Huneeust, « Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights » (2011) 44:3 Cornell Int Law J 493-533 aux pp 500-503; Éric Tardif, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme: particularités, percées et défis » (2014) 6 Rev Droits L'homme Rev Cent Rech D'études Sur Droits Fondam; Geneviève Lessard, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme: un levier utile de démocratisation dans les Amériques ? Le cas colombien* Université d'Ottawa, 2017) [unpublished] à la p 171 et suiv.; Ghislain Otis, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » (2010) 39:1-2 Rech Amérindiennes Au Qué 99-108.

> *Maya-Achi culture in the affected communities through the Guatemalan Academy of Mayan Languages*. […] *In addition to those programs, the judgment required the housing program mentioned above and improvements to the community's chapel. A broad medical and psychological treatment program was also mandated. Finally, because of the ongoing impunity in the case, the Court underscored Guatemala's obligation to investigate the facts and "identify, prosecute and punish the perpetrators and masterminds*.[1086]

La Cour est aussi souvent félicitée pour sa prise en compte des besoins exprimés par les victimes, et pour la participation de ces dernières dans l'élaboration et la mise en œuvre des réparations[1087]. Dans l'affaire *Moiwana*, ainsi que dans les affaires *Saramaka*, *Sawhoyamaxa* et *Xàkmok Kàsek*, la CtIDH a ainsi ordonné que la répartition des fonds alloués au titre de réparation soit supervisée par un comité composé de trois membres choisis respectivement par les victimes, par l'État guatémaltèque et par les victimes et l'État d'un commun accord[1088]. Dans l'affaire *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Équateur*, la CtIDH est allée encore plus loin en déclarant que les réparations allouées pourraient être investies comme les membres de la communauté l'entendent, conformément à leurs propres institutions et mécanismes de décision, pour la mise en œuvre de projets de développement éducatif, culturel, de sécurité alimentaire, de soins de santé et d'écotourisme ou tout autre projet d'infrastructures communautaires ou d'intérêt collectif qu'ils considèrent comme une priorité[1089].

Dans le même ordre d'idée, la Cour interaméricaine est également reconnue pour s'assurer de l'acceptabilité culturelle des réparations ordonnées[1090]. Dans l'affaire *Moiwana* notamment :

> *The Court also ordered the construction of a memorial, whose "design and location shall be decided upon in consultation with the victims' representatives.*

[1086] Tel que cité dans Antkowiak, « A dark side of virtue », *supra* note 1080 aux pp 24-25.
[1087] Antkowiak, « Remedial Approaches to Human Rights Violations », *supra* note 1027 à la p 406.
[1088] *Moiwana Community v. Suriname*, *supra* note 1071 aux para 214-215.Voir aussi *Saramaka People v. Suriname*, *supra* note 1064 au para 202; *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, *supra* note 1062 au para 224; *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, *supra* note 1063 au para 323.
[1089] *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, *supra* note 1067 au para 323. Voir aussi *Kaliña and Lokono peoples v. Suriname*, *supra* note 1070 aux para 292-299.
[1090] C'est en 1993 dans l'affaire Aloeboetoe et autres c. Suriname que la CtIDH a pour la première fois tenu compte des us et coutumes de la communauté victime pour élaborer ses mesures de réparation. C'est un élément qui est, depuis, systématiquement, rappelé dans la jurisprudence de la Cour. *Aloeboetoe et al v Suriname (Reparations and Costs)*, 1993 Cour interaméricaine des droits de l'homme au para 17 et suiv.

> *With respect to the community's traditional lands, the Court instructed the State to implement an effective mechanism for their delimitation, demarcation, and titling-all with the victims' participation and informed consent. Thus, various Moiwana remedies demanded the survivors' involvement, moving away from the "top-down approach* […].[1091]

Dans l'affaire *Río Negro*, la CtIDH avait notamment ordonné que le jugement soit publié et traduit dans la langue des Maya Achi et demandait la mise en place d'un programme pour la sauvegarde, la promotion, la diffusion et la conservation de leurs pratiques culturelles ancestrales, devant être préparé et exécuté avec la participation active de la communauté du Río Negro et de ses représentants[1092].

Pourtant, si les réparations originales offertes dans le cadre de la CtIDH sont indéniablement sur la bonne voie pour remédier aux préjudices culturels, elles souffrent, de manière générale, de deux faiblesses importantes : elles se révèlent très inégales selon les cas, et leur mise en œuvre par les États est généralement incomplète. Ainsi, l'octroi de réparations dans la pratique de la CtIDH est loin d'être uniforme, tant pour les dommages matériels que les dommages immatériels. Gina Donoso souligne ainsi que dans certains cas les dommages ont été présumés, tandis que dans d'autres des preuves ont été exigées[1093]. Quant à leur évaluation, Thomas Antkowiak relève que les préjudices subis sont souvent l'objet de calculs obscurs, ne prenant pas toujours en compte la totalité des pertes démontrées par les requérants ou leur évaluation par les experts[1094]. Dans l'affaire *Saramaka v. Suriname*, par exemple, le jugement initial de la Cour n'a accordé que 75 000 $ à la communauté pour la perte de ses terres (s'ajoutant à un programme communautaire évalué à 600 000 $), sans justifier son calcul, alors que l'exploitation de bois qui y avait été implantée était évaluée par des experts à plusieurs millions. Comme le résume Donoso :

> *In fact, if a complex analysis about the compensations granted by the I-ACourtHR for immaterial damage in cases with similar contexts would be prepared, we might probably find asymmetries in the pecuniary compensations granted, and probably in other measures that were ordered. It cannot be overseen that the*

[1091] Tel que résumé dans Antkowiak, « A dark side of virtue », *supra* note 1080 à la p 27.
[1092] *Río Negro Massacres v. Guatemala*, *supra* note 1073 au para 285.
[1093] Donoso, *supra* note 1079 à la p 46. Voir aussi Shelton, *supra* note 6 aux pp 299-301.
[1094] Antkowiak, « A dark side of virtue », *supra* note 1080 aux pp 3 et 64-70.

> *Court, as a legal tribunal, does not necessarily invoke the law in which the compensation to immaterial damage is based. On the contrary, it determines that this comes from the subjective and slippery notion of the equitable assessment, which can change according to the Court's spirit and composition.*[1095]

Si de telles variations s'expliquent évidemment par la diversité des préjudices subis et l'impossibilité d'accorder des réparations identiques pour tous les types de violations, elles peuvent parfois contribuer à nourrir chez les victimes un fort sentiment d'injustice ou d'iniquité. Comme le souligne Thomas Antkowiak, « *if the Court does not reasonably respond to the way victims want to be restored, it does not adequately redress them* »[1096]. Par ailleurs, à l'exemple de l'affaire *Plan Sanchez*, les ordonnances de la CtIDH sont parfois ambiguës et/ou n'établissent pas toujours de budget précis pour les mesures de réparation[1097]. Elles combinent aussi parfois les réparations pour les dommages matériels et moraux sans préciser leurs montants respectifs[1098], ou chargent les chefs des communautés de répartir individuellement les réparations financières[1099].

Pour ce qui de la mise en œuvre des ordonnances prononcées, Donoso souligne que l'action des États est finalement très inégale, et que les mesures de réparation prévues par la Cour ne sont souvent que partiellement accomplies :

> *For instance, the most successful are the monetary, press publications and symbolic reparations. On the other hand, the less successful are perpetrator's investigations and sanctions and the location of disappeared people or their remains. Reparations, as restitution, compensation and rehabilitation, may be more easily accepted by the State, but not without its problems. Restitution may not only be feasible in situations of epidemic violence. Rehabilitation is probably the most acceptable aspect of reparations, medical and psychosocial rehabilitation is probably within the financial and moral compass of most countries and could probably be done*. […] *An investigation made by Paz Rojas in Latin America and South Africa shows that all the people interviewed agreed in saying that most of the reparatory measures did not take place and when the violation happened, it was only in the economic scope and social welfare. Both*

[1095] Donoso, *supra* note 1079 à la p 44. Voir aussi Antkowiak, « A dark side of virtue », *supra* note 1080 à la p 19; Antkowiak, « Remedial Approaches to Human Rights Violations », *supra* note 1027 aux pp 392-402.
[1096] Antkowiak, « A dark side of virtue », *supra* note 1080 à la p 77. Voir aussi Shelton, *supra* note 6 à la p 353.
[1097] Antkowiak, « A dark side of virtue », *supra* note 1080 aux pp 26 et 49.
[1098] *Río Negro Massacres v. Guatemala*, *supra* note 1073 au para 309.
[1099] *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, *supra* note 1063 au para 325.

> *of them are absolutely insufficient. In that investigation, the victims agreed that the States did not fulfil the reparations in an integral sense*.[1100]

En matière de restitution de terres aux communautés autochtones par exemple, Thomas Antkowiak souligne que si les ordonnances de la Cour sont indéniablement encourageantes, elles peuvent manquer de réalisme. Pour cet auteur en effet, les juges tendent à négliger les coûts (politiques et financiers) associés à l'expropriation des entreprises ou des individus y résidant[1101]. De même, « [*w*]*hen requiring restitution or demarcation of land, the Court has at times neglected to account for the porousness of boundaries and the shared use of indigenous lands. Enforcement of some Court orders to strictly delimit borders has aggravated tensions among neighboring communities* »[1102]. Les mesures de réhabilitation, notamment en matière de soins de santé, sont quant à elle généralement compliquées par des difficultés d'accès du personnel et du matériel médical dans des régions reculées, ou par des obstacles linguistiques[1103]. Plus généralement, ni la Convention américaine ni le statut de la CtIADH ne prévoient de procédures concrètes pour assurer la mise en œuvre effective des ordonnances[1104].

Enfin, il convient de souligner que l'intégration de représentants des victimes dans les comités en charge de superviser la mise en œuvre des réparations n'est pas systématique. Dans l'affaire *Plan de Sanchez* notamment, la Cour n'a pas demandé à ce que des victimes soient consultées ni participent directement à l'élaboration des programmes de développement[1105]. De même, si les comités instaurés dans les affaires *Saramaka*, *Moiwana, Sawhoyamaxa* et *Xàkmok Kàsek* constituaient un progrès certain grâce à la représentation de chacune des parties, la Cour n'a pas pris en compte la demande de contrôle accru des communautés sur les mesures de réparation, et « *stopped short of fulfilling the petitioners' request; it did not require the community's 'prior informed consent' and their 'full cooperation' in any development initiative* »[1106].

[1100] Donoso, *supra* note 1079 aux pp 60-61. Voir aussi Huneeust, *supra* note 1085.
[1101] Antkowiak, « A dark side of virtue », *supra* note 1080 aux pp 53-54.
[1102] *Ibid* à la p 56.
[1103] *Ibid* à la p 60.
[1104] Shelton, *supra* note 6 à la p 382.
[1105] Antkowiak, « A dark side of virtue », *supra* note 1080 à la p 26.
[1106] *Ibid* aux pp 27 et 32-35.

2.2.5. Un entre-deux incertain : les positions de la Commission et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Il convient finalement de souligner que la Commission et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples se sont elles aussi prononcées sur les questions culturelles. Mise en place en 1986 en vertu de l'article 30 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, la Commission africaine a pour principal mandat de promouvoir les droits de l'homme et des peuples, d'assurer leur protection, et d'interpréter les dispositions de la Charte [1107] en s'inspirant des autres instruments pertinents du système régional et international[1108]. Dans cette optique, elle est notamment habilitée à recevoir les plaintes émanant de tout État, institution de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) ou de toute ONG, qui estiment que les droits énoncés dans la *Charte africaine* ont été violés. En cas de violation avérée, la Commission peut formuler des recommandations aux États ou, pour pallier son absence de pouvoir contraignant, renvoyer l'affaire devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (CtADHP).

À l'instar de son pendant européen et interaméricain, la Cour africaine, entrée en fonction en 2004, est également compétente pour rendre des avis consultatifs et trancher les litiges qui lui sont présentés par la Commission africaine, les États membres de l'OUA ayant reconnu sa compétence et leurs ressortissants individuels, ainsi que les ONG[1109], après épuisement des voies de recours internes[1110]. À la différence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine cependant, la compétence de la Cour africaine se veut beaucoup plus large dans la mesure où celle-ci peut se prononcer non seulement sur toute affaire ou question concernant l'interprétation et l'application instruments de l'OUA, mais également sur tout autre instrument international relatif aux droits humains ratifié par les États concernés[1111].

[1107] *Supra* note 587 art. 45.
[1108] *Ibid* art. 60.
[1109] *Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Organisation de l'Unité africaine art. 5.
[1110] *Ibid* art. 6; note 587 art. 56.
[1111] *Supra* note 1109 art. 3 et 7.

Les mécanismes africains se révèlent ainsi, en théorie, bien outillés pour se prononcer sur des questions culturelles. D'une part il leur est possible de mobiliser les différents instruments internationaux relatifs aux droits culturels, aux droits des minorités et des peuples autochtones, et d'autre part la *Charte africaine* contient en elle-même des dispositions pertinentes. En plus des principes de non-discrimination, de liberté de religion, ou encore de droit à la vie, celle-ci reconnaît en effet le droit de « participer à la vie culturelle de la communauté »[1112], le devoir des États de promouvoir et protéger la morale et les valeurs traditionnelles [1113], d'assister la famille pour protéger « les valeurs traditionnelles reconnues par la communauté »[1114], ainsi que le droit des peuples « 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 »[1115]. Bien que la Charte n'apporte pas de précisions sur le contenu ou les modalités concrètes de mise en œuvre de ces droits, la Commission et la Cour ont eu à deux reprises l'occasion d'en examiner la portée[1116].

En 2010, dans l'affaire *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council c. Kenya*, les membres de la Commission africaine ont adopté une approche similaire à celle de la Cour interaméricaine en retenant une compréhension large de la notion de culture, et en rappelant

---

[1112] À l'instar des dispositions de la DUDH, l'expression « la communauté » laisse planer des doutes sur la question du multiculturalisme dans les sociétés africaines. Une ambiguïté supplémentaire apparaît lorsque l'on regarde la version anglaise du texte qui fait référence à « sa » communauté (« *Every individual may freely, take part in the cultural life of his community* »). Toutefois, Mouloud Boumghar estime que « cette différence de rédaction ne devrait pas être préjudiciable à la mise en œuvre du droit. La communauté pouvant être aussi bien 'la famille, la tribu, le groupe ethnique que l'ensemble de la société' ».Maurice Kamto, dir, *La charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant Edition, 2011 *sub verbo* « Article 17 » à la p 368.
[1113] *Supra* note 587 art. 17.
[1114] *Ibid* art. 18.
[1115] *Ibid* art. 22.
[1116] En 2001, la Commission avait déjà eu l'occasion de conclure à des violations des droits économiques, sociaux et culturels dans l'affaire Ogoni. Elle s'était toutefois limitée, entre autres, à la question de la santé, du logement et de l'alimentation, sans examiner le statut de peuple autochtone ou les spécificités culturelles de la population Ogoni. *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) c Nigeria*, 2001 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples; Fons Coomans, « The Ogoni Case Before The African Commission on Human and Peoples' Rights » (2008) 52:3 Int Comp Law Q 749-760.

que les États doivent non seulement s'abstenir de porter atteinte aux droits des minorités et des peuples autochtones, mais qu'ils sont également titulaires d'obligations positives en vue de garantir la protection des patrimoines religieux et culturels essentiels à l'identité de ces groupes[1117]. Dans cette affaire, la communauté kényane Endorois soutenait qu'elle avait été expulsée de son territoire traditionnel illégalement et sans compensation par les autorités. En vertu de la *Charte africaine*, la communauté alléguait notamment une violation de son droit de pratiquer sa religion (art. 8), de son droit à la culture (art. 17), de son droit à la propriété (art. 14), ainsi que de son droit de disposer librement de ses ressources naturelles (art. 21) et de son droit au développement (art. 22)[1118]. Au terme de son examen, la Commission a non seulement reconnu pour la première fois que les Endorois étaient un peuple autochtone[1119], mais elle a également souligné que les droits culturels contenus dans la *Charte africaine* ne prévoient aucune limitation[1120], et que le droit pour la communauté Endorois de préserver son identité culturelle et religieuse était étroitement lié à la possibilité de vivre sur ses terres traditionnelles[1121].

Plus encore, faisant explicitement référence à la jurisprudence de la Cour interaméricaine, les membres de la Commission ont eux aussi souligné qu'une atteinte à la culture d'un groupe, par le biais de la dépossession de ses terres ancestrales, pourrait

---

[1117] *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, [2010] 276/2003 aux para 241 et 248.
[1118] *Ibid* au para 22.
[1119] *Ibid* aux para 150-162. Il convient ici de mentionner que l'applicabilité de la notion de « peuple autochtone », sur le continent africain continue de susciter critiques et débats. La notion « d'occupation antérieure du territoire » qui constitue souvent un élément caractéristique des peuples autochtones pose particulièrement problème. Sur cette question, voir notamment D'Addetta, *supra* note 481 à la p 610 et suiv.; Solomon Dersso, dir, *Perspectives on the rights of minorities and indigenous peoples in Africa*, Pretoria University Law Press, 2010; Elizabeth Ashamu, « Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v Kenya: A Landmark Decision from the African Commission » (2011) 55:2 J Afr Law 300-313. Dans l'affaire Endorois, la Commission a pris soin de s'éloigner de ce critère temporel en privilégiant celui de l'auto-identification et de l'attachement culturel de la communauté envers le territoire qu'elle occupait. La Commission a également fait référence aux jugements rendus par la CtIDH dans *Moiwana Village c Suriname* et *Saramaka People v. Suriname* dans lesquels le statut de peuple autochtone avait été reconnu à des communautés descendants d'esclaves arrivés au Suriname au XVIIe siècle.
[1120] *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, *supra* note 1117 au para 249.
[1121] *Ibid* aux para 239-251.

constituer une atteinte à leur « droit à la vie », bien que celui-ci n'ait pas été invoqué par les demandeurs :

> *The African Commission notes that the link to the right to life,* […] *is particularly notable, as it is a non-derogable right under international law. Incorporating the right to life into the threshold of the "public interest test" is further confirmed by jurisprudence of the IActHR. In Yakye Axa v Paraguay the Court found that the fallout from forcibly dispossessing indigenous peoples from their ancestral land could amount to an Article 4 violation (right to life) if the living conditions of the community are incompatible with the principles of human dignity*.[1122]

Si la Commission a finalement conclu à une violation par le Kenya de tous les droits invoqués[1123], elle s'était toutefois trouvée limitée, n'ayant pas valeur de tribunal, à recommander la restitution des terres ancestrales, la garantie d'accès aux sites religieux et spirituels et une compensation pour les préjudices subis[1124].

En 2017 ensuite, la complémentarité entre la Commission et la Cour africaine a été mobilisée dans l'affaire *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya*[1125]. Initialement introduite auprès de la Commission africaine, la particularité de cette affaire est double, puisqu'il s'agit de la première renvoyée devant la Cour par la Commission en raison de la gravité des violations alléguées et du non-respect par le Kenya des mesures conservatoires recommandée par la Commission[1126], et de la première affaire dans laquelle la CtADHP s'est prononcée sur les droits des peuples autochtones. En l'espèce, les Ogieks soutenaient que l'expulsion de leur territoire ancestral par les autorités kényanes, et ses conséquences sur leur mode de vie traditionnel emportaient une atteinte à leur droit à la vie (art. 4), à la propriété (art. 14), à la non-discrimination (art. 2), à la culture (art. 17), à la religion (art. 8), au développement et aux ressources naturelles (art. 21 et 22), tels que protégés par la *Charte africaine*. Après avoir

---

[1122] *Ibid* au para 216.
[1123] *Ibid* à la p 80.
[1124] *Ibid.*
[1125] *CADHP c Kenya (fond)*, 2017 Cour africaine des droits de l'homme et des peuples 9.
[1126] En l'occurrence, l'inexécution d'une ordonnance de mesures provisoires (23 novembre 2009) par le Kenya avait conduit la Commission, en juillet 2012, à saisir la Cour qui rendra par la suite, à son tour, une ordonnance en indication de mesures provisoires (15 mars 2013) et un arrêt sur le fond en 2017. Nous nous limiterons ici à examiner le contenu de ce dernier.

établi que les Ogieks réunissaient bien les caractéristiques d'un peuple autochtone[1127] et établi leur droit de propriété sur les terres revendiquées[1128], la Cour conclu à une violation du droit à la non-discrimination tel que garanti à l'article 2 de la Charte[1129], et de l'article 8 sur la liberté de religion[1130]. Dans son analyse du droit de participation à la vie culturelle ensuite, la Cour a rappelé les obligations positives des États en matière de protection des cultures minoritaires et autochtones, et opté pour une compréhension large du concept de culture, en soulignant que :

> […] la culture doit être appréhendée dans son sens le plus large qui recouvre le mode de vie d'un groupe particulier dans son ensemble, notamment ses langues, ses symboles comme les modes vestimentaires et de construction d'abris, les activités économiques qu'il mène, la production des moyens de subsistance, les rituels tels que la manière particulière dont le groupe règle les problèmes et pratique les cérémonies spirituelles, son identification à ses propres héros ou modèles et les valeurs communes à ses membres qui reflètent la singularité et la personnalité du groupe.[1131]

La Cour constata sans difficulté l'ingérence de l'État kényan dans le mode de vie traditionnel de la communauté du fait de leur éviction et des restrictions à l'accès à leurs terres[1132]. Ce faisant, elle rejeta les deux principaux arguments de la défense étatique, à savoir l'évolution à travers le temps des modes de vie de la communauté – qui aurait considérablement diminué leur spécificité culturelle, et l'atteinte à l'environnement découlant de la transformation de leur mode de vie qui justifierait leur éviction au titre de « l'intérêt commun »[1133]. Tout en rappelant que l'article 17 ne prévoyait pas de restriction aux droits culturels, la Cour admit que la justification de l'ingérence sur la base de « l'intérêt commun » pouvait être admissible, à condition toutefois que l'État soit en mesure d'en apporter la preuve[1134]. Au terme de son examen, la Cour condamna finalement le Kenya à l'unanimité pour la violation de la totalité des droits invoqués, à l'exception notable du droit à la vie[1135].

[1127] *CADHP c. Kenya (fond)*, *supra* note 1125 aux para 105-112.
[1128] *Ibid* aux para 122-131.
[1129] *Ibid* aux para 136-146.
[1130] *Ibid* aux para 162-169.
[1131] *Ibid* au para 179.
[1132] *Ibid* au para 183.
[1133] *Ibid* aux para 185-187.
[1134] *Ibid* aux para 187-189.
[1135] *Ibid* au para 227.

On constate en effet que la Cour africaine ne s'est que partiellement arrimée au standard interaméricain en matière de droits des peuples autochtones et qu'elle n'est pas allée jusqu'à emboîter le pas de la CtIDH concernant la violation du « droit à vie ». Tout en admettant que « la violation des droits économiques, sociaux et culturels (y compris par des expulsions forcées) est généralement susceptible de créer des conditions peu favorables à une vie décente »[1136], les juges africains ont opté pour une interprétation plus conservatrice en soulignant que :

> […] le seul fait de l'expulsion et de la privation des autres droits sociaux, économiques et culturels ne donne pas nécessairement lieu à la violation du droit à la vie aux termes de l'article 4 de la Charte.
> La Cour estime qu'il est nécessaire de faire une distinction entre le sens classique du droit à la vie et le droit à une existence décente d'un groupe. Le droit à la vie au sens de l'article 4 doit être compris dans son acception physique en non dans son sens existentiel.[1137]

Un tel constat se révèle toutefois problématique puisque la Cour africaine semble ainsi se séparer non seulement de la jurisprudence pionnière de la Cour interaméricaine sur la question des peuples autochtones, mais également de celle de la Commission africaine telle qu'établie dans l'affaire *Endorois* (à laquelle la Cour ne fait d'ailleurs aucune référence). Autrement dit, « la Cour africaine ne jouerait ni la carte de la cohérence entre les systèmes de protection, ni celle nécessaire au sein du système africain lui-même »[1138]. Enfin, en 2021, plus de trois ans après la décision de la Cour, on constate que les réparations ordonnées n'avaient toujours pas été mises en œuvre, malgré la création de deux groupes de travail au sein du gouvernement kényan[1139].

De fait, le système de réparation offert par la Cour africaine fait l'objet de plusieurs critiques. Malgré l'absence d'un droit explicite à la réparation dans la *Charte africaine*, et

---

[1136] *Ibid* au para 153.
[1137] *Ibid* aux para 153-154.
[1138] Laurence Burgorgue-Larsen & Guy-Fleury Ntwari, « Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2017) » (2017) Assoc Cours Const Francoph, en ligne: <https://accf-francophonie.org/chronique-de-jurisprudence-de-la-cour-africaine-des-droits-de-lhomme-et-des-peuples-2017/>.
[1139] « Malgré une victoire judiciaire, le peuple ogiek attend que justice lui soit rendue », (2018), en ligne: *Land Rights Now* <https://www.landrightsnow.org/fr/malgre-une-victoire-judiciaire-le-peuple-ogiek-attend-que-justice-lui-soit-rendue/>; « Land Rights campaign poster. #IstandWithTheOgiek », (2020), en ligne: <http://www.ogiekpeoples.org/index.php/blogs/108-land-rights-campaign-poster-2>.

une Commission dépourvue de force contraignante, l'article 27 du Protocole instituant la CtADHP, ne pose en théorie aucune limite à son pouvoir de réparation. Lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, la Cour peut en effet ordonner « les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes » et, si elle ne dispose pas de mécanisme lui permettant d'octroyer elle-même des réparations, peut ordonner « toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation, y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation »[1140]. Or, plusieurs auteurs soulignent que la Cour a fait preuve, à ce jour, d'une pratique timorée, notamment en concédant aux États une marge d'appréciation nuisible aux droits des victimes[1141]. À l'instar de la Cour interaméricaine, les juges africains feraient également preuve de certaines incohérences dans la détermination des réparations. Pour Sègnonna Horace Adjolohoun et Sylvain Oré notamment :

> […] c'est l'identification et le choix des facteurs applicables selon les circonstances des causes examinées qui posent problème. A cet égard, on note que la Cour n'a pas adopté une approche nécessairement constante quant à la technique d'évaluation du quantum de la réparation, à la devise utilisée, à la philosophie de sa finalité ou encore à l'égalité ou la similarité des victimes concernées.[1142]

Quant à la mise en œuvre des réparations ordonnées, la sanction du défaut d'exécution se limite à la dénonciation des États fautifs dans le rapport préparé par la Cour et présenté devant le Conseil exécutif de l'Union africaine. La dénonciation répétitive des États fautifs d'une année à l'autre était cependant telle que la Cour s'est finalement vue intimer l'ordre de ne plus les mentionner[1143]. À l'exception du Burkina Faso qui fait figure de bon élève, on observe aujourd'hui que « l'état d'inexécution des arrêts de la Cour est

---

[1140] *Supra* note 1109 art. 27.
[1141] Sènonna Horace Adjolohoun & Sylvain Oré, « Entre imperium illimité et decidendi timoré: la réparation devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples » (2019) 3 Annu Afr Droits L'homme 318-344 à la p 318.
[1142] *Ibid* à la p 321.
[1143] *Ibid* à la p 341; *Décision relative au rapport de 2017 de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples prises par le Conseil exécutif lors de sa 32ème Session ordinaire*, Doc. EX.CL/1057(XXXII), Organisation de l'Unité africaine, 2018; « Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2018) » (2018) Assoc Cours Const Francoph, en ligne: <https://accf-francophonie.org/chronique-de-jurisprudence-de-la-cour-africaine-des-droits-de-lhomme-et-des-peuples-2018/>.

malheureusement déplorable »[1144]. Il en va de même pour les recommandations de la Commission, fréquemment ignorées par les États. Celles formulées dans l'affaire Endorois sont ainsi restées lettre morte. En avril 2021, l'ONG International Service for Human Rights rapportait ainsi :

> *The Endorois' rights of ownership to their ancestral land have not been recognised nor have they been granted unrestricted access to Lake Bogoria and surrounding sites for religious and cultural rites and for grazing their cattle. Further, they have not been paid adequate compensation for all the loss suffered from their displacement yet. High levels of unemployment among the Endorois continue as they have not adequately benefited from the employment opportunities within the Lake Bogoria National Reserve. Furthermore, the Endorois have not been satisfactorily consulted over the implementation of the Commission's decision. Lastly, Kenyan Government did not report on the implementation of the Commission's recommendations within three months from the date of notification*.[1145]

Finalement, force est aussi de constater que la jeune Cour africaine est encore confrontée à de nombreux obstacles, tant théoriques que pratiques. Outre le nombre relativement faible de ratifications du Protocole l'instituant[1146], la CtADHP se révèle particulièrement exposée au problème des tensions entre le respect des pratiques religieuses et traditionnelles, prévues notamment aux articles 17 et 18 de la Charte africaine, et l'exigence de respect des droits humains. Leur universalisme, auquel la Charte a souscrit, se heurte en effet à des réalités sociales, culturelles et religieuses qui n'en respectent pas toujours les prescriptions. De fait, de nombreuses pratiques traditionnelles ou ancestrales, parmi lesquelles l'excision, la polygamie, les pratiques de veuvage ou encore le lévirat (ou sororat), souvent discriminatoires à l'égard des femmes et condamnées aussi bien au niveau

---

[1144] , « Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2018) », *supra* note 1143.

[1145] « Implementation of the African Commission's decision on the rights of the Endorois indigenous people of Kenya », (2021), en ligne: *Int Serv Hum Rgihts ISHR* <https://www.ishr.ch/news/ngo-forum-implementation-african-commissions-decision-rights-endorois-indigenous-people-kenya>.

[1146] En mai 2021, 30 États ont ratifié le Protocole, sur les 52 qui l'avaient signé.

international qu'à l'échelle du continent[1147], sont encore très répandues et bénéficient d'une importante légitimité religieuse, morale et sociale auprès des populations[1148].

En 2016 notamment, la Cour a été confrontée à une telle situation dans l'affaire *Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes et Institute for human rights and development in Africa c. République du Mali*[1149]. En l'espèce des organisations féministes s'opposaient à la promulgation du nouveau *Code des personnes et de la famille* au Mali qui établit des régimes différents selon que le mariage est célébré par des officiers d'état civil ou des ministres du culte. Elles alléguaient que la seconde version du Code, élaborée sous la pression de groupes religieux islamistes, était discriminatoire envers les femmes et qu'elle violait plusieurs dispositions des instruments des droits humains ratifiés par l'État défendeur, dont le *Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes* (Protocole de Maputo), la *Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant* et la *Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes*[1150]. Le nouveau code prévoyait en effet notamment d'abaisser à 15 ans l'âge légal du mariage, et reconnaissait

---

[1147] On rappelle que du côté de l'UNESCO, seules les pratiques conformes aux droits humains peuvent se prévaloir des protections prévues. Voir notamment *supra* note 64 art. 2. Plusieurs instruments universels de droits humains condamnent aussi les pratiques néfastes, notamment la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes* ou encore la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*. Au niveau africain, on peut mentionner la *Charte africaine* (article 61) qui fait référence aux « pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples », tandis que la *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant* engage les États parties à prendre toutes les mesures appropriées pour abolir les coutumes et les pratiques négatives, culturelles et sociales qui sont au détriment de l'enfant. *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant*, CAB/LEG/153/Rev.2, Organisation de l'Unité africaine, 1990. Enfin le *Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes* (Protocole de Maputo) contient une obligation pour les États d'interdire « toutes les formes de mutilations génitales féminines et toutes les autres pratiques néfastes », et d'encadrer le mariage qui doit être conclu avec le consentement libre des parties et pas avant l'âge de 18 ans pour les filles. *Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes (Protocole de Maputo)*, Maputo, Organisation de l'Unité africaine, 2003.

[1148] Alioune Badara Fall, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme » (2009) 129:2 Pouvoirs 77 aux pp 91-92; Lison Guignard, « La construction d'une norme juridique régionale : le cas des mutilations génitales féminines en Afrique » (2016) 70:1 Crit Int 87-100; Donders, *supra* note 530; Fatsah Ouguergouz, « Chapitre IV. Les droits de l'individu » dans *Charte Afr Droits L'homme Peuples Une Approche Jurid Droits L'homme Entre Tradit Mod* International, Genève, Graduate Institute Publications, 2015 83; Eva Landa, « L'excision imposée, l'excision choisie et la haine de soi » (2018) 232:1 Coq-Heron 63-74.

[1149] *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c Mali (fond)*, 2018 Cour africaine des droits de l'homme et des peuples 393.

[1150] *Ibid* aux para 8-9.

aux ministres de culte la compétence pour prononcer des mariages, sans qu'ils aient l'obligation de vérifier le consentement des époux, et sans qu'il soit nécessaire pour les deux époux d'être présents (contrairement aux mariages civils). Pour l'État malien en revanche, cette nouvelle version du code de la famille découlait de la menace pour la paix que représentaient les protestations massives et la mobilisation à l'encontre du texte de loi initial et « qu'il ne sert à rien d'adopter une législation qui ne sera jamais appliquée ou tout au moins difficilement ; que la loi doit être en harmonie avec les réalités socio culturelles »[1151]. La CtADHP donnera finalement raison à l'association féministe en soulignant que :

> […] toutes les dispositions précitées mettent l'accent sur l'obligation qui incombe à l'État de prendre toutes les mesures appropriées pour abolir les coutumes et pratiques négatives et les pratiques discriminatoires à l'égard de certains enfants pour des raisons de sexe […].[1152]

Si le jugement est généralement présenté comme une victoire pour les associations de défense des droits des femmes et des enfants en Afrique, l'approche « internationaliste » retenue par la Cour s'est néanmoins révélée insatisfaisante. Ngombo et Manzanza soulignent ainsi que la Cour africaine « exerce un simple contrôle de conventionalité sans prendre en compte les questions pertinentes soulevées par le contexte même de l'affaire »[1153]. Pour ces auteurs, la CtADHP s'est en effet contentée, par le biais d'un argumentaire économe – pour ne pas dire lapidaire, de conclure qu'au regard des textes de droit internationaux relatifs à la protection des femmes et des enfants, le Mali se doit d'éliminer toutes pratiques et coutumes néfastes, sans véritablement apporter de réponse « aux problématiques cruciales relevant du rapport entre droit et religion, mais aussi aux problématiques liées à l'exercice du droit à l'autodétermination des peuples »[1154].

[1151] *Ibid* aux para 64-67.
[1152] *Ibid* au para 75.
[1153] Yannick Miteo Ngombo & Grâce Muzinga Manzanza, « L'arrêt Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali en procès » (2020) 4 Annu Afr Droits L'homme 457-475 à la p 459.
[1154] *Ibid* à la p 475. Voir aussi , « Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2018) », *supra* note 1143.

De fait, en réponse au jugement de la Cour lui ordonnant d'amender son code de la famille[1155], le gouvernement malien a préparé un imprimé type à l'intention des ministres de culte, stipulant que le consentement des époux devra apparaître sur ce document officialisant le mariage. Bien qu'il soit encourageant de constater que le mariage religieux sera dorénavant encadré par le *Code de la famille*, la loi est encore insuffisante puisqu'elle ne prévoit pas de sanctions à l'encontre des ministres de culte qui ne vérifieraient pas le consentement des époux avant de prononcer le mariage, pas plus qu'elle n'exige la présence des deux conjoints dans les mariages religieux ni ne prévoit de recours pour les victimes[1156]. On peut ainsi douter de la mise en œuvre effective d'un jugement, qui plus est international, qui ne tient pas compte des réalités socioculturelles du pays dans lequel il doit être mis en œuvre et, encore une fois, douter de la pertinence des cours de justice pour se prononcer sur des questions culturelles.

2.3. La protection des patrimoines culturels en temps de paix : des obligations étatiques sans conséquence

Aux côtés des jurisprudences relatives aux droits humains, il convient finalement d'examiner celles portant sur les patrimoines culturels matériels et immatériels en temps de paix. Sur ce point, force est de rappeler, encore une fois, l'absence d'instruments efficaces. Comme le souligne Federico Lenzerini :

> *As regards reliance on cultural heritage-related treaties, while it could prima facie appear the most direct avenue to act against the offences in point—as they have been created with the specific purpose of safeguarding culture—in the real world they usually exhaust their utility in the context of the stage of prevention of the said offences, as they generally offer very little perspective in terms of ex-post suppression and remedying*.[1157]

[1155] *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali (fond)*, *supra* note 1149 aux para 130 et 135.
[1156] *Observations finales concernant les sixième et septième rapports périodiques du Mali*, CEDAW/C/MLI/CO/6-7, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 2016 aux para 23 et 44; Gonzague Dupas, « Le Mali devient premier État condamné devant la Cour africaine pour violation du protocole de Maputo », (2018), en ligne: <https://www.asfcanada.ca/medias/nouvelles/le-mali-premier-etat-condamne-pour-violation-du-protocole-de-maputo/>.
[1157] Lenzerini, *supra* note 560 à la p 254.

On reproche en effet aux instruments relatifs aux patrimoines culturels leur manque d'effectivité dans la mesure où ils sont largement tributaires d'une application floue et de la bonne volonté des Parties. Rappelons que la Convention de 1972 sur le patrimoine mondial ne contient aucune obligation de résultat pour les États, ni même d'interdiction formelle de porter atteinte aux patrimoines situés sur leur territoire national. De même, la Convention de 2006 sur le patrimoine immatériel se limite à indiquer que chaque État doit « s'efforcer » d'adopter des mesures de mise en valeur de son patrimoine, tandis que la *Convention sur la diversité des expressions culturelles* relève davantage d'un énoncé de droits des États que de leurs obligations. Ces différents instruments restent silencieux sur les difficultés qui pourraient survenir dans leur mise en œuvre et rien n'y évoque la question de la responsabilité des États parties en cas de non-respect de leurs obligations. Seule la *Déclaration de l'UNESCO concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel*, évoquée précédemment et qui n'a pas force contraignante, souligne qu'un État qui commet des actes de destruction intentionnels, ou qui s'abstient de prendre des mesures de protection et de sanction « porte la responsabilité de cette destruction, dans la mesure prévue par le droit international »[1158]. De cette absence de dispositions prévues dans les instruments internationaux, Roger O'Keefe conclu :

> *All States -whether singly, in regional fora, or in the context of UNESCO or of UN organs- may intervene diplomatically if another State fails in time of peace to protect, conserve and transmit to future generations cultural heritage situated on its territory* […]. *They may call on that State to care for this heritage, and protest if it fails to do so. They may not, however, compel preservation through judicial proceedings or countermeasures. The world's cultural heritage is the proper concern of the international community as a whole but it is not yet, in peacetime, the object of obligations owed to that community*.[1159]

En l'absence de normes juridiques véritablement contraignantes, on considère généralement que la protection des patrimoines culturels en dehors des situations de conflits armés ne dispose pas (encore) d'une force coutumière :

> *While the existence of the provision of customary law just described is reasonably undisputed* [*in time of war*]*, more controversy exists with respect to the actual*

[1158] *Supra* note 421 art. VI. Voir aussi Elisa Novic, « Remedies » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 642 à la p 643.

[1159] Roger O'Keefe, « World Cultural Heritage: Obligations to the International Community as a Whole » (2004) 53 Int Comp Law Q 189-209 à la p 207.

> *existence of another related principle, also of customary international law, that is the rule dictating the prohibition of intentional destruction of cultural heritage also in time of peace.*[1160]

Par ailleurs, les mécanismes internationaux de mise en œuvre et de suivi relatifs aux biens culturels se révèlent tout aussi peu contraignants que les instruments auxquels ils se rattachent. On doit en effet rappeler qu'en dépit de son arsenal normatif consacré aux patrimoines, les conventions de l'UNESCO ne disposent d'aucun mécanisme de suivi ayant force obligatoire pour les États ni d'aucun mécanisme contraignant consacré au règlement des litiges en matière culturelle[1161]. Les pouvoirs des Comités chargés de leur supervision se limitent, pour l'essentiel, à proposer des solutions de résolution à l'amiable aux différends qui leur sont présentés. Ils procèdent également à un examen des rapports périodiques soumis (irrégulièrement) par les États, mais ne sont pas en mesure d'exiger qu'ils se conforment à leurs obligations conventionnelles, ni même qu'ils fournissent des informations supplémentaires ou spécifiques[1162]. Dans le cas du patrimoine mondial de l'UNESCO, la principale mesure de « sanction » à laquelle l'organisation peut recourir consiste, par une décision unilatérale, au retrait de la liste des sites inscrits appartenant à l'État réfractaire. Or une telle procédure est pour le moins contre-productive. Comme le souligne Clémentine Bories :

> Si l'objectif de la convention est de s'assurer que le patrimoine mondial soit effectivement préservé, il est paradoxal de décider de retirer un bien ou site inscrit de la liste lorsqu'il n'est pas suffisamment conservé alors que la convention cherche précisément à garantir la protection de tous les éléments de la liste, et à assurer le contrôle de sa mise en œuvre. Lorsqu'un État ne remplit pas ses obligations, il se voit déchargé d'une bonne partie d'entre elles. La décision de retrait alors adoptée peut difficilement être qualifiée de sanction puisqu'elle n'oblige guère l'État à revenir à la légalité internationale : elle correspond plutôt au constat de l'échec du système.[1163]

[1160] Lenzerini, *supra* note 560 à la p 258. Voir aussi O'Keefe, « World Cultural Heritage », *supra* note 1159 à la p 205; Vigni, *supra* note 895 à la p 610.

[1161] Seul l'acte constitutif de l'UNESCO prévoit la possibilité de demander des avis consultatifs à la CIJ pour toutes les questions juridiques qui se poseraient dans le cadre des activités de l'Organisation, ou pour toutes questions et tous différends relatifs à l'interprétation de l'acte constitutif. *Acte constitutif de l'UNESCO*, 1945 art. V(12) et XIV.

[1162] Voir notamment note 408; Francioni, *supra* note 415 aux pp 265-267; Blake, *supra* note 173 aux pp 358-359; Donders, *supra* note 202 à la p 383; Renold, *supra* note 60 à la p 665.

[1163] Bories, *supra* note 415 aux pp 163-164.

Plus problématique encore, on constate parfois que ce sont les mécanismes de l'Organisation qui tendent à céder sous la pression des États. Au sujet du Comité sur le patrimoine mondial en charge du suivi de la Convention de 1972, l'inscription des sites sur les listes du patrimoine de l'humanité se fait ainsi parfois en réponse à des campagnes d'intense lobbying de la part des délégués étatiques, ou pour des motifs géopolitiques, et en dépit de l'avis négatif des organismes consultatifs[1164].

Un exemple qui illustre bien l'ineffectivité des instruments internationaux est celui de l'endommagement des Buddhas de Bâmiyân par les talibans en 1998 et 1999 puis de leur destruction en 2001[1165]. Ces actes, qui constituaient pourtant a priori une violation de l'esprit de la *Convention sur le patrimoine mondial*, ont été à l'origine de l'adoption de la *Déclaration concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel*[1166] et de plusieurs résolutions de l'UNESCO[1167], de l'ONU[1168] ou encore de l'Union européenne[1169]. Ils ont également suscité les réactions de nombreux États qui ont rappelé, par le biais de déclarations, l'existence des instruments internationaux, la nécessité de protéger les patrimoines culturels, et condamné les destructions. Or, aucune résolution et aucun État n'a rappelé, de quelque manière que ce soit, les obligations de l'Afghanistan au regard du

---

[1164] *Ibid* à la p 147.

[1165] Au courant de l'hiver 2001, à la faveur d'une *fatwa* édictée par le Mollah Omar, chef du mouvement taliban en Afghanistan, les patrimoines culturels du pays deviennent la cible d'une vaste campagne iconoclaste visant à faire disparaître toute représentation jugée contraire aux principes islamiques. Les 8 et 9 mars 2001, les monumentaux Buddhas de Bâmiyân, sculptés entre le IIIe et le Ve siècle, sont détruits au moyen d'explosifs et de tirs d'artillerie. Francioni & Lenzerini, « The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law », *supra* note 260; Manhart, *supra* note 420. Roger O'Keefe précise que la destruction des Buddhas ne s'inscrivait pas dans un contexte de conflit armé : *« the Taliban's treatment of the Buddhas was not governed by the laws of armed conflict. While sporadic warfare continued in the far north-east of Afghanistan, the Bamiyan valley and the rest of the country were, at all relevant times, free of hostilities and securely under the Taliban government's control-in other words, the Buddhas were not destroyed in the fighting. Nor is there a legal state of belligerent occupation in non-international armed conflict* ». O'Keefe, « World Cultural Heritage », *supra* note 1159 à la p 195.

[1166] *Supra* note 421.

[1167] *Resolution on the protection of the cultural heritage of Afghanistan*, 13th session, Paris, UNESCO, 2001; *Acts constituting crimes against the common heritage of humanity*, WHC.01/CONF.208/23, UNESCO, 2001.

[1168] *Situation of human rights in Afghanistan*, A/RES/53/165, ONU, 1999; *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security*, A/RES/53/203 A-B, ONU, 1999; *Question of human rights in Afghanistan*, A/RES/54/185, ONU, 2000; *The destruction of relics and monuments in Afghanistan*, A/RES/55/243, ONU, 2001.

[1169] *Declaration by the Presidency on behalf of the European Union on destruction of all statues in Afghanistan*, 6685/01, Bruxelles, European Union, 2001.

droit[1170], et aucune mesure de sanction n'a été mise en œuvre à l'encontre des talibans ou de l'Afghanistan. Comme le souligne Roger O'Keefe :

> *While an impressive array of States jointly and severally condemned the Taliban's actions, none of them unambiguously characterized it as a violation of a legal obligation, let alone a customary one.* […] *All in all, the relevant State practice attests to a remarkable universal consensus that the destruction of the Buddhas of Bamiyan was condemnable as a matter of policy, being harmful to the interests of the Afghan people and of humanity as a whole. But none of it supports the conclusion that a State is presently under a customary legal obligation, in time of peace, to protect, conserve and transmit to future generations cultural heritage situated on its territory, either straightforwardly or as a function of a human right.*[1171]

En définitive, aucune disposition internationale ne permet à la communauté internationale d'imposer une quelconque sanction aux États qui négligeraient, endommageraient ou détruiraient les patrimoines culturels se trouvant sur leur propre territoire national en dehors des situations de conflit armé. En l'absence d'obligations concrètes dans les instruments internationaux et de mécanismes contraignants, les jurisprudences internationales rappelant les obligations des États au regard des patrimoines culturels sont ainsi rares, les voies diplomatiques (essentiellement confidentielles) étant généralement préférées aux mécanismes juridictionnels[1172].

En 1992 notamment, un tribunal arbitral mis sur pied dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements[1173] avait considéré que la *Convention sur le patrimoine mondial* contenait des dispositions juridiquement contraignantes pour les États parties. Dans l'affaire *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, l'Égypte soutenait que l'annulation d'un projet industriel était justifiée par les exigences de la Convention de 1972 et l'inscription de la zone concernée sur la liste du patrimoine mondial. Dans leur raisonnement, les arbitres ont reconnu que la Convention de l'UNESCO s'imposait à

[1170] O'Keefe, « World Cultural Heritage », *supra* note 1159 aux pp 198 et 202; Gottlieb, *supra* note 419 à la p 872.
[1171] O'Keefe, « World Cultural Heritage », *supra* note 1159 à la p 204.
[1172] Bories, *supra* note 415 aux pp 160-163; Renold, *supra* note 60.
[1173] Pour un examen plus détaillé des rapports entre patrimoines culturels et investissements étrangers, et plusieurs exemples en lien notamment avec les peuples autochtones, voir Valentina Vadi, « Cultural Heritage in International Investment Law » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 483.

l'Égypte en tant qu'obligation internationale[1174], et que le calcul des dommages et intérêts devant être versés à *Southern Pacific Properties Ltd* devait être limité aux pertes survenues avant la date d'inscription du site sur la liste du patrimoine en 1979 :

> [*The Tribunal*] *could only award lucrum cessans until 1979, when the obligations resulting from the UNESCO Convention with respect to the Pyramids Plateau became binding on the Respondent. From that date forward, the Claimants' activities on the Pyramids Plateau would have been in conflict with the Convention and therefore in violation of international law, and any profits that might have resulted from such activities are consequently non-compensable*.[1175]

Cependant, si les arbitres ont reconnu que l'inscription du site sur la liste du patrimoine mondial faisait naître des obligations, il n'en va pas de même pour la seule ratification de la Convention. En l'absence de site inscrit, ils ont en effet considéré que l'Égypte n'était soumise à aucune obligation internationale :

> *It was only in 1979, after the Respondent nominated "the pyramid fields" and the World Heritage Committee accepted that nomination, that the relevant international obligations emanating from the Convention became binding on the Respondent. Consequently, it was only from the date on which the Respondent's nomination of the "pyramid fields" was accepted for inclusion in the inventory of property to be protected in the UNESCO Convention in 1979 that a hypothetical continuation of the Claimants' activities interfering with antiquities in the area could be considered as unlawful from the international point of view*.[1176]

La Cour européenne des droits de l'homme de son côté, a admis à plusieurs reprises que la protection du patrimoine culturel et naturel était un but légitime et d'intérêt public que l'État pouvait chercher à atteindre en limitant l'exercice de droits individuels, s'agissant plus particulièrement du droit de propriété consacré par l'article 1 du Protocole 1 de la *Convention européenne*. En 2002 notamment, dans l'affaire *Beyeler c. Italie*[1177], la Cour a considéré que « le contrôle du marché des œuvres d'art par l'État constitue un but

---

[1174] *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt*, 1984 International Centre for Settlement of Investment Disputes 329 à la p 338.
[1175] *Ibid* à la p 382.
[1176] *Ibid* aux pp 371-372.
[1177] Un marchand d'art bâlois accusait l'État italien d'avoir enfreint son droit à la propriété, en l'expropriant d'un tableau de Vincent Van Gogh (« Le Jardinier »). En 1988, les autorités italiennes avaient exercé leur droit de préemption alors que l'œuvre devait être vendue à la Fondation Guggenheim de Venise. Elles n'avaient toutefois remboursé à M. Beyeler que le prix d'achat payé par ce dernier en 1977, soit 600 millions de lires (environ 450 000 dollars US) alors que le galeriste s'apprêtait à revendre le tableau pour 8,5 millions de dollars US. *Beyeler c Italie*, [2002] 33202/96 .

légitime dans le cadre de la protection du patrimoine culturel et artistique d'un pays »[1178]. Elle a également souligné « le caractère légitime de l'action d'un État qui accueille de façon licite sur son territoire des œuvres appartenant au patrimoine culturel de toutes les nations et qui vise à privilégier la solution la plus apte à garantir une large accessibilité au bénéfice du public, dans l'intérêt général de la culture universelle »[1179]. En l'espèce, elle n'a pas conclu à l'illégalité de l'exercice du droit de préemption par le gouvernement italien en tant que tel. Cependant, compte tenu des délais écoulés entre l'identification du tableau et de son propriétaire et l'action des autorités italiennes[1180], elle a condamné ces dernières à verser au galeriste la somme de 1,3 million d'euros à titre de réparation du préjudice et pour couvrir les frais encourus devant les juridictions internes.

En 2005 dans l'affaire *SCEA Ferme de Fresnoy c. France*, les juges européens ont confirmé que l'ingérence du gouvernement avait pour objet d'assurer « un environnement de qualité aux éléments du patrimoine national protégés » et qu'il s'agissait donc d'un but légitime dans le cadre de la protection du patrimoine culturel d'un pays[1181] ; puis en 2007, dans l'affaire *Perinelli et autres c Italie*, ils ont rappelé que « la nécessité de protéger le patrimoine archéologique représente une exigence fondamentale, et ce particulièrement dans un pays accueillant une partie considérable du patrimoine archéologique mondial »[1182]. En 2008 ensuite, dans l'affaire *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis c Grèce* relative à l'interdiction de construction d'un complexe hôtelier à proximité d'un site archéologique protégé, la CtEDH avait une nouvelle fois souligné que la protection du patrimoine culturel et naturel était un but légitime, mais avait toutefois précisé qu'il « ne dispense pas l'État de son obligation d'indemniser les intéressés lorsque l'atteinte à leur droit de propriété est excessive »[1183]. Un raisonnement similaire a été retenu en 2009 dans l'affaire *Kozacioglu c. Turquie* relative à l'expropriation d'un immeuble patrimonial. La Cour avait une nouvelle fois rappelé que « la protection du patrimoine culturel d'un pays

---

[1178] *Ibid* au para 112.
[1179] *Ibid* au para 113.
[1180] *Ibid* aux para 121-122.
[1181] *SCEA Ferme de Fresnoy c France*, [2005] 61093/00.
[1182] *Perinelli et autres c Italie*, [2007] 7718/03.
[1183] *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis c Grèce*, [2008] 35332/05 au para 45. Voir aussi *Debelianovi c Bulgarie*, [2007] 61951/00 aux para 53-60.

constitue un but légitime propre à justifier l'expropriation par l'État d'un immeuble classé 'bien culturel' », et que :

> […] la conservation du patrimoine culturel et, le cas échéant, son utilisation durable ont pour but, outre le maintien d'une certaine qualité de vie, la préservation des racines historiques, culturelles et artistiques d'une région et de ses habitants. À ce titre, elles constituent une valeur essentielle dont la défense et la promotion incombent aux pouvoirs publics.[1184]

Encore une fois cependant, la Cour a conclu à une violation du droit de propriété du requérant dans la mesure où les autorités turques n'avaient pas ménagé « un 'juste équilibre' entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu »[1185].

Comme le résume Jeanne-Marie Panayotopoulos au regard de la jurisprudence internationale existante, « sur la balance des droits et obligations dans les relations privées, la protection du patrimoine culturel dans l'intérêt général l'emporte sur le droit de propriété »[1186]. Cependant, dans la mesure où la détermination de ce qui relève de « l'intérêt général » est laissée à l'appréciation des autorités gouvernementales, on peut douter que tous les éléments considérés par les communautés comme relevant de leurs patrimoines culturels bénéficient d'une égale protection, d'autant plus que l'efficacité des législations nationales reste dépendante du niveau de soutien fourni par les États pour leur administration[1187]. De fait, la pratique des États est souvent révélatrice d'une faible prise en compte des instruments internationaux par les autorités nationales, qui semblent profiter du flou de leurs dispositions – quand elles ne résistent pas simplement à l'intégration formelle des dispositions dans leur droit interne[1188].

On constate en effet que la plupart des États, qu'ils aient ratifié ou non les instruments internationaux, ont adopté des dispositions, en particulier en matière pénale,

---

[1184] *Kozacioglu c Turquie*, [2009] 2334/03 au para 54.
[1185] *Ibid* aux para 64-73.
[1186] Jeanne-Marie Panayotopoulos, *L'émergence de l'intérêt général à la protection du patrimoine culturel en Droit international* European University Institute, 2015) [unpublished] à la p 162.
[1187] Robert K Paterson, « The Protection of Cultural Property in Internal Law » (1997) 6:2 Int J Cult Prop 267-277 à la p 268.
[1188] Bories, *supra* note 415 aux pp 152-153.

en vue de protéger leurs patrimoines contre les actes de pillage ou de dégradation[1189]. En 2015 par exemple, deux touristes américaines ont été interpellées par la police italienne pour avoir gravé leurs initiales dans la pierre du Colisée, tandis qu'un touriste russe avait été condamné à 20 000 euros d'amende pour un délit similaire[1190]. Cependant, les attitudes législatives et politiques varient considérablement d'un pays à l'autre.

Certains États, à l'exemple de l'Espagne ou de l'Australie accordent ainsi un poids considérable aux instruments internationaux, et se montrent ouverts à une application directe de leurs dispositions en droit interne[1191]. En 1983 et 1989 par exemple, la Cour suprême australienne avait souligné que les États parties à la Convention de 1972 sur le patrimoine mondial ont l'obligation de protéger, de conserver et de transmettre le patrimoine mondial aux générations futures dès leur inscription sur la liste du patrimoine mondial, et que cette obligation émerge dès qu'ils accèdent à la qualité de partie à la Convention[1192]. À l'inverse cependant, pour les autorités françaises, les dispositions de la Convention pour la protection du patrimoine mondial « […] créent seulement des obligations entre les États parties à la Convention et ne produisent pas d'effet dans l'ordre juridique interne »[1193]. Une décision du Conseil d'État français en 1981 avait en outre considéré que la Convention n'obligeait pas les autorités à consulter les autres États parties avant de construire une centrale nucléaire à proximité d'un bien inscrit sur la liste du patrimoine mondial[1194], tandis qu'une autre décision adoptée en 1997 avait conclu que l'inscription d'un site n'impliquait pas la nécessité de consulter l'UNESCO avant

---

[1189] « Cultural Property Law », en ligne: *Cult Prop News* <https://culturalpropertynews.org/cultural-property-law/>.
[1190] Aurélia Vertaldi, « Rome : deux Américaines arrêtées après avoir vandalisé le Colisée », *Le Figaro.fr* (13 mars 2015), en ligne: <https://www.lefigaro.fr/culture/2015/03/12/03004-20150312ARTFIG00157-rome-deux-americaines-arretees-apres-avoir-vandalise-le-colisee.php>.
[1191] Bories, *supra* note 415 aux pp 154-155.
[1192] *Ibid* à la p 151.
[1193] *Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 26 novembre 2010, 331010*, Conseil d'État, 2010. Dans une affaire relative à la construction d'un stationnement à proximité des vignobles en terrasse de Lavaux (inscrits au patrimoine mondial), un tribunal fédéral suisse avait conclu de manière similaire que la Convention de 1970 crée uniquement une obligation pour les États d'identifier et de protéger les patrimoines sur leur territoire national, et qu'elle ne contient pas de disposition d'application immédiate pouvant être invoquée. Renold, *supra* note 60 à la p 668.
[1194] *Conseil d'État, 5 / 3 SSR, du 23 décembre 1981, 15309 15310 16107 16282, publié au recueil Lebon*, Conseil d'État, 1981.

d'entamer des projets d'aménagement[1195]. La France semble toutefois se considérer liée à l'esprit et aux principes de la Convention, même si elle ne se réfère pas directement à son texte, comme en atteste sa *Charte d'engagement sur la gestion des biens inscrits sur la liste du patrimoine mondial en France*[1196]. L'efficacité du système de protection internationale du patrimoine ne saurait toutefois être garantie sans un contrôle du respect par les États de ces obligations, et le droit du patrimoine reste peu outillé pour faire face à un non-respect persistant des dispositions conventionnelles.

Finalement, outre des postures nationales hétérogènes, on constate que les dispositions législatives restent souvent limitées aux patrimoines matériels. Les patrimoines immatériels ou traditionnels ne profitent généralement pas de protections équivalentes. En l'absence de garanties juridiques et judiciaires, les communautés doivent alors faire preuve d'inventivité pour défendre leurs savoir-faire et leurs traditions. En 2017 par exemple, les créateurs de la maison de couture Dior ont été soupçonnés d'avoir imité les motifs apparaissant sur les tenues traditionnelles de la communauté Bihor en Roumaine, sans mentionner l'origine de leur inspiration ni redistribuer les profits générés par la vente des vêtements. Ne pouvant pas intenter de recours au titre de la « propriété intellectuelle » (qui ne reconnaît actuellement pas les productions traditionnelles et collectives)[1197], les membres de la communauté Bihor ont alors mis sur pieds le projet « Bihor Couture » pour dénoncer l'appropriation culturelle dont leurs traditions étaient l'objet. En partenariat avec un magazine néerlandais qui avait relevé la forte ressemblance entre les vêtements de la communauté et ceux proposés par la maison Dior, les Bihors ont ainsi non seulement lancé une campagne proposant leurs tenues, conçues de façon traditionnelle et « authentique » et vendues pour une fraction du prix, mais ont également réinvesti les bénéfices tirés de la vente dans la réalisation de projets culturels et communautaires[1198].

[1195] *Conseil d'État, 10/ 7 SSR, du 3 novembre 1997, 160438, publié au recueil Lebon*, Conseil d'État, 1997.
[1196] Bories, *supra* note 415 à la p 154.
[1197] Burri, *supra* note 574.
[1198] « Dior s'inspire de la tradition roumaine, ils répliquent », *LExpress.fr* (juillet 2018), en ligne: <https://www.lexpress.fr/actualite/societe/appropriation-culturelle-les-roumains-se-rient-de-dior_2023114.html>.

2.4. Conclusion

Au terme de cette deuxième partie, il apparaît que les tribunaux, en règle générale, se révèlent mal outillés pour répondre adéquatement à la question des dommages culturels, aussi bien en situation de conflit armé qu'en temps de paix. Cette inadéquation tire en partie son origine de la fragmentation et de la faiblesse des instruments évoqués dans le Chapitre précédent, de l'absence de mesures véritablement contraignantes et de l'absence de mécanismes de suivi et de mise en œuvre des instruments conventionnels ayant force obligatoire. Elle s'explique également par la complexité des concepts de culture et de patrimoines culturels, par la diversité des moyens par lesquels ils peuvent être endommagés, par la diversité des acteurs impliqués et par la diversité des conséquences sur les individus et les populations victimes. En l'absence d'instruments juridiques à même de rendre compte de cette complexité, les tribunaux ont alors développé des approches pour le moins inégales.

En situation de conflit armé tout d'abord, on constate que les cours de justice pénale internationale n'ont pas été en mesure de développer une jurisprudence homogène. Alors que les jugements de Nuremberg, du TPIY ou des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont développé une approche fondée sur la notion de persécution au titre de « crime contre l'humanité », la jurisprudence de la Cour pénale internationale a marqué un recul important en ne retenant que la qualification de crime de guerre, considéré de gravité « moindre », et ce malgré la reconnaissance des préjudices moraux et spirituels subis par les habitants de Tombouctou, du Mali et par la communauté internationale tout entière, et malgré l'inscription des sites détruits par al Mahdi sur la liste du patrimoine mondial de l'humanité.

Un tel écart jurisprudentiel se retrouve également en situation de paix, qu'il s'agisse de dommages causés en violation des dispositions de « droits humains », ou de dommages causés aux patrimoines matériels et immatériels. Outre la nécessité de faire appel à diverses stratégies pour assurer la reconnaissance de leurs particularismes culturels et des préjudices subis, les victimes sont confrontées à des verdicts très différents selon qu'elles dépendent

de la juridiction de la Cour européenne, qui privilégie une approche conservatrice, de la Cour interaméricaine, réputée pour l'audace et l'originalité de ses jugements, ou encore de la jeune Cour africaine qui cherche encore sa voie. Quant aux dommages causés aux patrimoines en temps de paix, ils restent à ce jour exclus, *de facto*, de la compétence des institutions judiciaires. Une telle situation est particulièrement regrettable dans la mesure où, à l'exemple de la destruction des Buddhas de Bâmiyân, nombre d'atteintes culturelles surviennent hors des situations de conflits armés. Comme le souligne Federico Lenzerini :

> […] *in light of the relatively weak preventive force of international law in general, and international cultural heritage law in particular, the shield construed by international legal norms against offences against culture is inherently characterized by notable gaps and weaknesses, making the actual perpetration of such offences a daily reality all over the world*.[1199]

En dépit de leurs raisonnements et jugements variables, un élément est toutefois commun à l'ensemble des institutions judiciaires : le problème des réparations. En effet, tant au niveau des cours pénales internationales que des cours de droits humains, les réparations, lorsqu'elles sont prévues, soulèvent de nombreux problèmes et se voient opposer d'importantes limites dans leur mise en œuvre. Les cours pénales, tout d'abord, ne sont traditionnellement pas considérées comme des forums préoccupés par le sort des victimes et ces dernières ont pendant longtemps été exclues des procédures. Si des progrès ont été réalisés avec la CPI et des CETC, les réparations sont le plus souvent limitées à un nombre restreint de victimes, et leur mise en œuvre concrète, qui dépend largement de la volonté des États, reste à évaluer.

Quant aux cours de droits humains, on a pu constater qu'outre leur dépendance à l'égard des États, les réparations proposées par la Cour européenne se limitent essentiellement à des dédommagements pécuniaires individuels sans grands effets en termes de réparation des préjudices culturels, tandis que les ordonnances de la Cour interaméricaine et de la Cour africaine, si elles font indéniablement preuve d'innovation et tentent de s'adapter aux besoins et aux particularismes culturels des victimes, sont

---

[1199] Lenzerini, *supra* note 560 à la p 259.

critiquées pour leur manque de cohérence, parfois même de réalisme, et ne sont encore aujourd'hui, au mieux, que partiellement mises en œuvre.

3. Les restitutions de biens culturels

Pour terminer ce deuxième Chapitre, il convient finalement d'examiner le cas particulier des restitutions de biens culturels[1200]. En effet, alors que les revendications pour des dommages culturels peinent à trouver leur place devant les instances judiciaires faute de dispositions juridiques à même de prendre en compte leurs spécificités, les restitutions de biens culturels semblent quant à elles bénéficier d'une pratique historiquement bien ancrée et d'instruments juridiques bien établis. Or, en dépit de ces outils, on constate là encore d'importantes limites et l'inadaptation des tribunaux[1201].

3.1. Le cadre normatif international de la restitution et ses limites

D'un point de vue historique, on assiste à l'émergence d'une pratique de la restitution des biens culturels entre les États dès les XVIe et XVIIe siècles, bien que celle-ci n'apparaisse encore que ponctuellement dans les traités de paix signés au lendemain des conflits, et réponde essentiellement à des objectifs politiques et diplomatiques[1202]. En 1648 par exemple, le *Traité de Westphalie*, qui mettait un terme à la guerre de Trente Ans entre

---

[1200] La littérature sur le sujet est caractérisée par des nuances terminologiques. Ainsi, le terme « restitution » est utilisé pour les biens pillés en situation de conflit armé, ou les biens volés, caractérisant ainsi toujours une situation illicite. Le terme « retour » est généralement privilégié pour les biens déplacés durant la domination coloniale, ou dans les cas d'exportation illicite. La Convention UNIDROIT de 1995, par exemple, distingue la « restitution des biens culturels volés » de leur « retour en cas d'exportation illicite ». Le « retour » n'y réfère toutefois aucunement à la situation des États issus de la décolonisation souhaitant recouvrer leurs biens culturels. Enfin, le « rapatriement » est plus souvent utilisé pour désigner les revendications des peuples autochtones. Tout en gardant ces nuances à l'esprit, et à toutes fins pratiques, nous privilégierons le terme « restitution » généralement employé aussi bien dans la doctrine que dans les instruments juridiques. Voir notamment Marie Cornu & Marc-André Renold, « New Developments in the Restitution of Cultural Property: Alternative Means of Dispute Resolution » (2010) 17:1 Int J Cult Prop 1-31 à la p 2; Gil Desmoulins, « La restitution internationale des biens culturels » (2012) Carnet du séminaire carrières publiques de l'IEP de Rennes 1-24 à la p 2; Prott & Kowalski, *supra* note 242 aux pp xxi-xxiv.

[1201] Cette partie reprend divers éléments abordés plus en détail dans un article écrit en coopération avec le Pr. Bernard Duhaime sur les disputes juridiques encadrant la propriété des Manuscrits de la mer Morte. Voir Duhaime & Labadie, *supra* note 233.

[1202] Perrot, *supra* note 145 aux pp 45-46.

les puissances européennes, comprenait des dispositions relatives au retour des objets culturels pillés durant les hostilités[1203]. À partir du début du XIXe siècle ensuite, durant le Congrès de Vienne de 1815 après la chute de Napoléon, les puissances européennes victorieuses exigèrent que la France restitue l'ensemble des archives et objets culturels méthodiquement saisis par les armées napoléoniennes[1204] et la plupart des traités de paix de la fin du XIXe siècle contenaient des clauses de restitution[1205]. Ceux signés au terme de la Première Guerre mondiale contenaient également, de manière quasi systématique, des clauses de restitution des biens culturels entre États, ou de compensation par des biens de valeur équivalente [1206] . L'article 238 du *Traité de Versailles* prévoyait ainsi que l'Allemagne devra effectuer la restitution « en espèces des espèces enlevées, saisies ou séquestrées ainsi que la restitution des animaux, des objets de toutes sortes et des valeurs enlevés, saisis ou séquestrés, dans les cas où il sera possible de les identifier sur le territoire de l'Allemagne ou sur celui de ses alliés »[1207].

Dès 1943 ensuite, face à l'ampleur des pillages perpétrés par les nazis dans les pays occupés, dix-sept pays alliés signèrent une déclaration destinée à servir de fondement à l'organisation des restitutions dès la fin du conflit. Par cette *Déclaration solennelle de Londres*, les États signataires se réservaient le droit d'invalider toute transaction relative à la propriété effectuée sur un territoire occupé par les troupes du Reich, qu'elle soit le résultat d'un pillage ou d'une transaction en apparence légale[1208]. Enfin, la conférence du

---

[1203] Prott & Kowalski, *supra* note 242 à la p 2; Hershkovitch, *supra* note 231 à la p 107.
[1204] Perrot, *supra* note 145 aux pp 47-58; Toman, *supra* note 224 à la p 21; Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 13; Sandholtz, « Plunder, Restitution, and International Law », *supra* note 912 aux pp 150-152; Hershkovitch, *supra* note 231 à la p 107.
[1205] Perrot, *supra* note 145 à la p 55; Johannot Gradis, *supra* note 317 aux pp 58-59.
[1206] Perrot, *supra* note 145 aux pp 61-62; Francioni, *supra* note 225 aux pp 8-9; Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 13; Sandholtz, « Plunder, Restitution, and International Law », *supra* note 912 aux pp 155-161; Prott & Kowalski, *supra* note 242 aux pp 2-4; O'Keefe, *supra* note 245 aux pp 71-72.
[1207] *Supra* note 752 art. 238.
[1208] « Déclaration solennelle signée à Londres le 5 janvier 1943 et Ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi ou sous son contrôle », en ligne: <https://mjp.univ-perp.fr/france/fli4.htm#dec>. En France par exemple, les œuvres issues de la spoliation artistique durant l'occupation allemande et confiées aux musées de France (surnommés « Musées Nationaux Récupération » (MNR)) bénéficient d'une imprescriptibilité de fait jusque dans les années 1990. Elle est légalisée par une ordonnance de la cour d'appel de Paris le 2 juin 1999. Contrairement aux œuvres entrées dans les collections nationales, les œuvres dont l'origine spoliée est connue et qui sont conservées en France (aussi aujourd'hui appelées « œuvres MNR ») ne font pas l'objet d'un décret d'inaliénabilité. Elles peuvent être restituées à

21 décembre 1945 sur les réparations imposées à l'Allemagne prévoyait que les objets culturels spoliés par l'armée allemande, s'ils ne pouvaient être restitués, devaient dans la mesure du possible être remplacés par des objets équivalents[1209].

Ces « mécanismes empiriques » ont progressivement imposé le principe des restitutions de biens culturels en droit. Comme mentionné précédemment, au niveau du droit conventionnel, outre les dispositions relatives aux biens civils, l'interdiction de piller les biens culturels dans les territoires occupés est notamment reconnue par le *Règlement annexé à la IVe Convention de La Haye* de 1907 sur la guerre terrestre qui posait aussi une obligation pour les États parties de garantir des voies de recours contre la violation de cette interdiction[1210]. Ce principe a été confirmé dans la *Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* et son deuxième *Protocole facultatif* adopté en 1999 qui interdisent l'exportation de biens culturels d'un territoire occupé et exigent leur retour sur le territoire de l'État d'où ces biens ont été exportés[1211]. En 1970, le droit de la guerre est complété par la *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*[1212] qui engage l'ensemble de la communauté internationale à se mobiliser, en tout temps, contre les trafics illicites de biens culturels. En 1995, en l'absence de solution pour répondre aux litiges de droit international privé naissant des demandes de restitution, l'arsenal conventionnel est finalement complété par la *Convention UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*[1213].

Plus récemment encore, dans le cadre des conflits récents, plusieurs résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies (CSNU) ont explicitement abordé les obligations des États relativement à la protection et aux restitutions de biens culturels illicitement exportés

---

leurs propriétaires légitimes (ou à leurs ayants droit), sans qu'il soit nécessaire pour le gouvernement d'adopter une modification législative.

[1209] « Acte final de la Conférence de Paris sur les réparations (21 décembre 1945) », en ligne: <https://www.cvce.eu/obj/acte_final_de_la_conference_de_paris_sur_les_reparations_21_decembre_1945-fr-5c0dfcd9-2af2-431b-8cbf-e8e288aef30e.html>. Perrot, *supra* note 145 à la p 291.

[1210] *Supra* note 340 art. 46-47 et 56.

[1211] *Supra* note 61; note 382.

[1212] *Supra* note 61.

[1213] *Supra* note 61.

de leurs pays d'origine à la faveur notamment de conflits armés. Dans sa Résolution 1483 de 2003 notamment, le CSNU a rappelé que tous les États membres des Nations Unies devaient prendre les mesures appropriées pour assurer la restitution des biens culturels transférés illicitement du Musée National, de la Bibliothèque Nationale et d'autres sites en Iraq[1214]. Contraignante pour tous les États, cette résolution confirme une nouvelle fois l'obligation des puissances occupantes de faire en sorte que les biens culturels dans les territoires occupés ne soient pas transférés et qu'ils soient restitués en cas de transfert illicite ou non autorisé. Depuis 1970 par ailleurs, bien qu'elles n'aient pas force obligatoire, l'Assemblée générale des Nations Unies a également adopté plusieurs résolutions sur le retour des biens culturels[1215], tandis que depuis 2005 l'UNESCO élabore un projet de déclaration de principes concernant les objets culturels déplacés en relation avec la Seconde Guerre mondiale[1216].

En 2006 enfin, comme il a été vu précédemment, le Comité international de la Croix-Rouge a établi que l'interdiction du vol et du pillage des patrimoines culturels, ainsi que l'obligation de restituer les biens illicitement exportés d'un territoire occupé relèvent du droit international coutumier[1217].

Parallèlement à ces développements normatifs, trois mouvements de revendication sont successivement apparus. À partir de 1945, un premier mouvement s'inscrit dans la continuité des efforts développés à la suite de la Première Guerre mondiale. Les restitutions de biens culturels déplacés durant le conflit, ou les indemnisations lorsque ces biens ont disparu, sont ainsi organisées par les traités de paix signés entre les différents belligérants, bien que ceux-ci ne seront pas toujours respectés dans la pratique. Ce fut entre autres le cas

---

[1214] *Supra* note 919 au para 7. Voir aussi notamment les Résolutions 2199, 2249 et 2253 (2015), 2347 (2017).
[1215] Voir par exemple les Résolutions 3148 (1973), 3187 (1973), 3391 (1977), 32/18 (1977), 33/50 (1978), 34/64 (1979), 35/127 et 35/128 (1980), 36/64 (1981), 38/34 (1983), 40/19 (1985), 42/7 (1987), 44/18 (1989), 46/10 (1991), 48/15 (1993), 50/56 (1995), 52/24 (1997), 54/190 (1999), 56/97 (2001), 58/17 (2003), 61/52 (2006), 54/78 (2009), A.67/L.34 (2012), 70/76 (2015).
[1216] « Élaboration d'un projet de déclaration de principes concernant les objets culturels déplacés en relation avec la Seconde Guerre mondiale », en ligne: *UNESCO* <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=32665&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=208.html>.
[1217] Henckaerts & Doswald-Beck, *supra* note 14 Règles 40 et 41. Il existe également de nombreuses autres recommandations de l'UNESCO, de résolutions de l'ONU et d'organisations régionales ou encore d'avis d'ONG comme l'International Council of muséums (ICOM).

des traités de paix de 1947 en vertu desquels les anciens États européens de l'Axe (Italie, Hongrie, Roumanie, Bulgarie et Finlande) étaient dans l'obligation de restituer les biens enlevés du territoire de l'une quelconque des Nations Unies par leurs ressortissants, leurs autorités, ou leurs forces armées[1218]. Les biens déplacés, confisqués ou détruits par les nazis, en particulier, font alors l'objet de nombreuses plaintes et procédures de restitution, aussi bien de la part des États que d'institutions ou de particuliers, qui se poursuivent aujourd'hui à mesure notamment que les œuvres réapparaissent chez des collectionneurs privés ou sur le marché de l'art[1219], et sont présentées comme de justes tentatives de réparer les souffrances et les spoliations de la guerre.

Un deuxième mouvement a ensuite vu le jour en lien avec la décolonisation dans la mesure où les occupations coloniales avaient largement favorisé le déplacement de patrimoines culturels locaux vers les métropoles occidentales[1220]. Dès leur accession à l'indépendance, les nouveaux États se sont alors naturellement montrés désireux de récupérer leur patrimoine, dont nombre d'éléments importants se trouvaient, et se trouvent encore, éparpillés dans les musées des anciennes métropoles[1221], ou dans des pays voisins du fait des modifications frontalières[1222]. Ces États exigent notamment que des principes de restitution similaires à ceux mis en place après un conflit armé leur soient appliqués, dans la mesure où ils considèrent la colonisation comme une forme d'occupation étrangère.

Enfin, un troisième mouvement de revendication s'est développé avec la restitution des patrimoines autochtones. En effet, les peuples autochtones sont apparus ces dernières années comme de nouveaux sujets collectifs de droits et estiment devoir bénéficier de la même sensibilité éthique que celle manifestée dans les cas de spoliations de guerre. Les demandes de restitution autochtones se basent en outre sur la nécessité de rétablir les liens

---

[1218] Perrot, *supra* note 145 à la p 73; Johannot Gradis, *supra* note 317 aux pp 87-88; Sandholtz, « Plunder, Restitution, and International Law », *supra* note 912; Prott & Kowalski, *supra* note 242 aux pp 4-11.
[1219] Voir par exemple Philippe Dagen, « 1 500 trésors pillés par les nazis retrouvés à Munich », *Le Monde.fr* (2013), en ligne: <https://www.lemonde.fr/culture/article/2013/11/04/1-500-tresors-pilles-par-les-nazis-retrouves-a-munich_3507491_3246.html>.
[1220] Voir notamment Sarr & Savoy, *supra* note 225.
[1221] Prott & Kowalski, *supra* note 242 aux pp 12-13.
[1222] Par exemple, la majorité des pertes subies par le Bangladesh est directement liée à l'histoire du pays et particulièrement aux changements répétés de frontières politiques. *Ibid* à la p 201.

sacrés entre population, territoire et patrimoine culturel, et sur le développement d'une notion élargie du droit à l'autodétermination des peuples qui doivent pouvoir revitaliser et développer non seulement leur identité culturelle, mais aussi économique et sociale[1223].

Or, force est de constater qu'en dépit de l'arsenal conventionnel en matière d'interdiction de pillage et d'obligation de restitution des biens culturels, les instruments existants se révèlent souvent inadéquats pour résoudre les demandes formulées. Outre leur caractère non rétroactif, ils renferment en effet des dispositions qui en limitent le champ d'application.

À titre d'exemple, on rappelle que la Convention de 1954 est limitée aux situations de conflits armés entre États reconnues comme telles. Elle exclut de ce fait les conquêtes coloniales de même que les guerres de libération nationale[1224]. La Convention de 1970, par laquelle les États s'engagent à combattre les importations et exportations illicites de biens culturels, se caractérise quant à elle par un champ d'application extrêmement restreint. Selon son article 7 en effet, les seuls biens volés pris en considération sont ceux répondant à la double condition de provenir d'un musée (ou autres *institutions* similaires), et d'être inventoriés[1225]. Une telle disposition exclut ainsi non seulement les produits de fouilles archéologiques ayant fait l'objet d'une appropriation illégitime avant leur exposition et leur enregistrement, mais également les biens illicitement acquis appartenant à des particuliers ou à des communautés, notamment autochtones. Par ailleurs, si la Convention prévoit qu'une indemnité peut être versée par l'État requérant au possesseur de bonne foi (qui peut être un particulier), la procédure n'est régie que par le droit public et seuls les États sont habilités à intervenir[1226]. Concernant la Convention 1995, celle-ci exige des États parties qu'ils aménagent, dans leur droit interne, des dispositions permettant à leurs instances judiciaires de recevoir les actions en revendication émanant des propriétaires étrangers,

---

[1223] *Ibid* aux pp 208-209.
[1224] Le deuxième Protocole relatif à la Convention, adopté le 26 mars 1999 et entré en vigueur en 2004, étend les dispositions de la Convention de 1954 aux conflits armés non internationaux, mais n'est pas rétroactif.
[1225] *Supra* note 61 art. 7.
[1226] Johannot Gradis, *supra* note 317 aux pp 474-475; Pierre Lalive d'Epinay, « Une avancée du droit international: la Convention de Rome d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés » (1996) 1:1 Unif Law Rev 40-58 à la p 48.

privés ou publics, spoliés de leurs biens culturels. Si cette Convention permet dorénavant à un particulier de réclamer un bien directement auprès d'une juridiction nationale étrangère, et de bénéficier d'un traitement judiciaire uniforme, elle impose, comme vu précédemment, une limite temporelle aux demandes de restitution en prévoyant un délai de prescription de trois ans à compter du moment où le requérant dispose des informations nécessaires pour introduire l'action en justice, et de cinquante ans depuis la date du vol[1227]. De plus, comme le souligne Christiane Johannot-Gradis, la Convention, ratifiée par peu d'États, ne traite « que des biens ayant fait l'objet de vols ou d'exportations illicites, mais non des exportations revêtant formellement une apparence de légalité, à l'instar de celles évoquées dans le cadre des pillages des biens culturels effectués par les nazis dans les territoires qu'ils occupaient »[1228]. Enfin, concernant spécifiquement les patrimoines autochtones, si les déclarations sur les peuples autochtones adoptées respectivement par l'ONU et l'OEA invitent les États à : « accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces — qui peuvent comprendre la restitution »[1229], en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels dont ils ont été spoliés, elles restent dépourvues de force juridiquement contraignante[1230].

Les instruments relatifs aux restitutions de biens culturels souffrent ainsi de plusieurs limites, qu'il s'agisse de l'exigence de ratification des textes (l'existence de normes coutumières n'étant reconnue que dans les contextes de conflits armés) et des variations dans leur mise en œuvre par les États en droit interne, de leur non-rétroactivité, ou encore des limites fixées à leurs champs d'application respectifs. Même s'il est parfois possible de se référer à l'esprit des normes qu'ils contiennent, aux principes de justice qui ont présidé à leur élaboration ou encore à la nécessité d'une interprétation actualisée des

---

[1227] L'imprescriptibilité est toutefois reconnue pour les biens faisant partie intégrante d'un monument ou d'un site archéologique identifié, ou faisant partie d'une collection publique, ainsi que pour tout « bien culturel sacré ou revêtant une importance collective appartenant à, et utilisé par, une communauté autochtone ou tribale dans un Etat contractant pour l'usage traditionnel ou rituel ». *Supra* note 61 art. 3.
[1228] Johannot Gradis, *supra* note 317 aux pp 476-477.
[1229] *Supra* note 194 art. 11; note 196 art. XIII. Il n'y a pas d'obligation de restitution, sauf pour les restes humains pour lesquels est prévu un « droit à rapatriement » (art. 12 de la déclaration onusienne et art. 16 de la déclaration américaine).
[1230] La Convention 169 de l'OIT ne contient aucune disposition relative à la réparation ou aux restitutions en faveur des peuples autochtones.

instruments juridiques, ces arguments ne sont pas toujours pris en considération par les autorités judiciaires[1231]. Or, en plus de devoir surmonter ces diverses limitations, force est de constater que les disputes relatives aux biens culturels sont généralement particulièrement complexes.

En premier lieu, les demandes de restitution sont souvent compliquées par la diversité des biens et des entités juridiques concernées. En effet, il existe une très importante variété de situations non seulement en fonction de la nature du bien revendiqué, mais également selon que les revendications sont adressées d'État à État, d'État à particulier, de particulier à État, à une communauté, une institution ou à un autre particulier, ou toute autre combinaison de ces acteurs. Les demandes peuvent en outre porter sur un bien situé au sein de l'État du requérant ou dans un autre État, ou sur des biens qui, tout en étant entre les mains de propriétaires privés, sont soumis à une législation spécifique de la part de leur État de résidence, interdisant par exemple leur exportation[1232]. Certains biens peuvent en outre faire l'objet de plusieurs revendications concurrentes. C'est par exemple le cas du diamant Koh-i-Noor, actuellement serti sur la couronne britannique et dont la propriété est également revendiquée par l'Inde, le Pakistan et l'Afghanistan en raison de l'histoire géopolitique complexe du diamant et de cette région du monde[1233]. Ces rivalités peuvent également se retrouver au sein même des États. À titre d'exemple, la restitution des Bronzes du Bénin fait naître des disputes entre les autorités gouvernementales béninoises qui prévoient leur exposition dans un musée national, et des membres de la

---

[1231] En 2007 par exemple, dans l'affaire *Iran v. Barakat Galleries*, un tribunal britannique avait notamment reconnu que bien que plusieurs instruments internationaux (dont la Convention de l'UNESCO de 1970) n'étaient pas applicables à l'affaire, ils témoignaient d'une reconnaissance de la nécessité pour les États de protéger leurs patrimoines nationaux, et de la nécessité d'une coopération internationale pour y parvenir. *Government of the Islamic Republic of Iran v Barakat Galleries Limited*, 2007 High Court of Justice au para 163. Voir aussi Patty Gerstenblith, « Theft and Illegal Excavation. Legal Principles for Protection of the Archaeological Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 200 aux pp 213-214; Renold, *supra* note 60 aux pp 667-668.

[1232] Cornu & Renold, *supra* note 1200 à la p 4; Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 3; Hershkovitch, *supra* note 231 à la p 114.

[1233] William Dalrymple & Anita Anand, *Koh-i-Noor: The History of the World's Most Infamous Diamond*, Bloomsbury Publishing USA, 2017.

communauté Oba, dont ces bronzes proviennent, qui affirment être les seuls à pouvoir décider de l'endroit où ces sculptures seront présentées[1234].

En deuxième lieu, les parties concernées s'appuient sur une large gamme d'arguments pour justifier leur demande de restitution, ou au contraire s'y opposer[1235]. À titre d'illustration, dans le cas des Manuscrits de la mer Morte dont la propriété est revendiquée par Israël, l'Autorité palestinienne et le Royaume de Jordanie, les arguments sont de diverse nature. Ainsi, l'Autorité palestinienne et la Jordanie fondent leur revendication sur des aspects territoriaux (lieux de découverte des Manuscrits), humanitaires (dépossession illégale à la suite de la prise de Jérusalem Est par Israël) et juridiques (la Jordanie affirme détenir les preuves d'achat de plusieurs Manuscrits). De son côté, Israël revendique un statut de « gardien » des Manuscrits et s'appuie essentiellement sur des notions morales et religieuses, en invoquant l'histoire sacrée du peuple juif et en rappelant que les Manuscrits correspondent aux plus anciennes copies connues de textes bibliques et qu'ils sont d'une importance fondamentale pour le patrimoine historique et religieux du judaïsme[1236].

Or, à ce jour, la doctrine, tout comme la jurisprudence, n'apporte pas de réponse définitive à la question de la primauté entre les liens d'appartenance territoriaux et les « liens culturels privilégiés » noués entre un bien originaire d'un autre pays et une communauté[1237] ni à la question de la primauté entre des revendications fondées sur des

---

[1234] Ayodele 'Suyi, « Stolen artefacts: Benin Coalition takes on Obaseki », *Trib Online* (2021), en ligne: <https://tribuneonlineng.com/stolen-artefacts-benin-coalition-takes-on-obaseki/>.

[1235] En 2002 notamment, la *Déclaration sur l'importance et la valeur des musées universels* cosignée par une trentaine d'institutions muséales (dont le British Museum, le Louvre, le musée de l'Ermitage ou encore le Metropolitan museum de New York) est un manifeste rédigé en opposition au mouvement de revendication des biens culturels. Mettant en avant les notions de patrimoine commun de l'humanité, « d'universalisme culturel » ou encore la nécessité de préserver l'intégrité physique des biens revendiqués, les institutions signataires rejettent le principe d'une restitution généralisée des biens culturels et n'acceptent d'étudier les demandes qu'au cas par cas. Geoffrey Lewis, « Les musées universels » (2004) 1 Nouv ICOM.

[1236] Duhaime & Labadie, *supra* note 233.

[1237] Selon Prott, notamment, la possession et la conservation d'un bien pendant une période prolongée peuvent en créer des liens d'adoption, ou des « liens culturels privilégiés ». Des œuvres d'art peuvent ainsi être considérées comme faisant partie du patrimoine d'un État sans pour autant avoir de lien direct avec la culture de cet État. La Joconde par exemple, bien que n'ayant pas de lien avec la culture française est désormais pleinement assimilée au Louvre et au patrimoine français. Prott & Kowalski, *supra* note 242 à la p 353. Voir aussi Cornu & Renold, *supra* note 1200 aux pp 16 et 18; Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 20.

normes juridiques et celles fondées sur des considérations morales, éthiques, religieuses ou encore économiques concurrentes.

En troisième lieu enfin, d'un point de vue pratique, nombre de demandes de restitution portent sur des objets dont les acquisitions ont été faites il y a plusieurs décennies voire siècles. Outre l'inapplicabilité des instruments internationaux à de telles situations ou l'épuisement des délais de prescription [1238], les revendications peuvent ainsi être compliquées par la détermination du caractère illicite (ou immoral) de la dépossession elle-même[1239], ou par des difficultés matérielles relatives à la traçabilité des biens culturels dans la mesure où ces biens ont souvent fait l'objet de multiples transferts et changements de propriétaire qui peuvent obscurcir les chaines de titres[1240].

Afin de soutenir toute demande de restitution, la partie revendiquant un bien culturel doit en effet être en mesure de prouver l'existence d'un « droit de propriété » sur ce bien. Pour fonder ce droit et établir ainsi le lien d'appartenance avec leur patrimoine, certains États se basent sur la législation protectrice qu'ils ont adoptée[1241]. Or, si le pays d'origine ou de provenance d'un bien est défini dans les textes internationaux comme celui qui le désigne et le distingue comme relevant de son patrimoine culturel, les États ne s'entendent pas forcément sur la définition de ce qu'est un « objet culturel » et n'identifient pas toujours les biens auxquels ils accordent une importance particulière[1242]. De plus, comme mentionné précédemment, les critères qui déterminent le lien d'appartenance d'un

---

[1238] Ruth Redmond-Cooper, « Limitation of Actions in Art and Antiquity Claims: Part II » (2000) 5:2 Art Antiq Law 185-208.

[1239] Comme vu dans le premier Chapitre, les biens acquis durant la colonisation, par exemple, bien que résultant parfois de rapports de force inégaux, ne sont pas toujours le fruit de pillages *stricto sensu*. Un autre exemple de dépossession dont l'illicéité est contestée est celui des Marbres du Parthénon dont une partie se trouve au British Museum depuis le XIXe siècle. Le gouvernement grec conteste notamment l'interprétation d'un acte de 1801 par lequel les autorités ottomanes autorisaient l'ambassadeur britannique Lord Elgin, à « creuser et emmener » les sculptures. Cornu & Renold, *supra* note 1200 à la p 15; Desmoulins, *supra* note 1200 aux pp 12 et 20; Prott & Kowalski, *supra* note 242 aux pp 229-231.

[1240] Renold, *supra* note 60 aux pp 666-667.

[1241] Desmoulins, *supra* note 1200 aux pp 4-5; Prott & Kowalski, *supra* note 242 aux pp 350-366; Paterson, *supra* note 1187. Pour ce qui concerne les biens archéologiques, voir Gerstenblith, *supra* note 1231.

[1242] Dans plusieurs États, les collections publiques nationales sont par exemple protégées par un « principe d'inaliénabilité » en vertu duquel les biens qui les composent ne peuvent être vendus ou cédés, à moins de faire l'objet d'un déclassement, lequel requiert une modification de la loi. Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 20; Cornu & Renold, *supra* note 1200 à la p 9.

bien à un patrimoine national sont vastes et il peut être reconnu non d'un point de vue légal ou formel, mais plutôt au regard du lien réel noué entre une communauté et le bien concerné. Quant aux demandes présentées par des communautés (en particulier autochtones), non seulement il peut leur être difficile de démontrer l'existence d'un droit de « propriété » collectif[1243], mais plus la spoliation est ancienne, plus il leur sera évidemment difficile de présenter des preuves – à tout le moins matérielles, à l'appui de leur revendication. Leurs demandes devront alors souvent reposer sur de coûteux, et parfois controversés, rapports d'expertises anthropologiques, ethnographiques ou encore géotechniques attestant de l'origine géographique ou culturelle des biens revendiqués.

3.2. L'inaptitude des tribunaux en matière de restitution

Face à la complexité et à la diversité des situations, il apparaît que les tribunaux constituent souvent des forums peu aptes à assurer à trancher les demandes de restitutions de manière pleinement satisfaisante. En l'absence d'un régime juridique spécifique[1244], et

---

[1243] Pour Philippe Gout « Il est en effet notoire que les intérêts des peuples autochtones ne sont pas directement pris en considération par le contentieux judiciaire national. […] L'article 11 de la Déclaration sur les peuples autochtones […] met en exergue la nature du lien de rattachement qui s'établit entre ces peuples et leurs signifiants culturels : ce rattachement n'est pas ici synonyme de propriété. Le lien de rattachement se manifeste par un droit d'usage des signifiants culturels libre de toute interférence d'un tiers quelconque. Mais il n'est pas question de leur attribuer un titre réel sur les biens considérés. L'intérêt fondamental des peuples autochtones à la restitution des biens culturels volés ou illicitement exportés n'est juridiquement consacré qu'au sein de chaque ordre juridique national concerné. Mais ces peuples ne bénéficient aucunement des dispositions conventionnelles attribuant un droit d'action à tout propriétaire légitime dépossédé. Or, sans intérêt juridiquement établi, il ne peut y avoir de qualité à agir ». Gout, *supra* note 662 aux pp 142-143. Voir aussi Cornu & Renold, *supra* note 1200 à la p 10.

[1244] Une exception notable concerne les biens spoliés par les nazis durant la Seconde Guerre mondiale. Au lendemain du conflit, de nombreux États donnant suite à la *Déclaration Solennelle de Londres* ont mis en place un cadre législatif et des mécanismes de restitution particuliers pour ces biens. À titre d'exemple, l'ordonnance française du 21 avril 1945 dispose que les victimes et leurs ayants droit peuvent faire constater la nullité des actes de spoliation, de plein droit et sans que la prescription de droit commun (acquisitive ou extinctive) ne puisse jouer. L'acquéreur ou les acquéreurs successifs sont considérés comme possesseurs de mauvaise foi au regard du propriétaire dépossédé, les acquéreurs successifs bénéficiant toutefois de recours contre les vendeurs qui auraient dissimulé l'origine du bien. *Ordonnance no. 45-770 du 21 avril 1945 portant deuxième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi ou sous son contrôle et édictant la restitution aux victimes de ces actes de ceux de leurs biens qui ont fait l'objet d'actes de disposition*, 45-770 (1945). Plus récemment en 1998, les représentants de 44 pays se sont réunis lors de la Conférence de Washington, au terme de laquelle ils se sont accordés sur 11 principes directeurs devant guider la restitution des biens culturels spoliés aux juifs. Ces principes encouragent les recherches de provenance, cherchent à faciliter l'introduction des demandes des requérants et poussent à la mise en œuvre de solutions justes et équitables. Les Conférences de Vilnius (2000) et de Terezin (2009) avaient pour objectif de tirer un bilan et de réitérer les *Principes de Washington*. *Principes de*

bien que leurs propriétaires soient parfois soumis à des contraintes particulières de protection et de préservation en vertu des dispositions législatives nationales[1245], les biens culturels sont en effet généralement traités comme des biens matériels (publics ou privés) au même titre qu'une voiture ou un ordinateur. Ils sont de ce fait soumis aux dispositions qui encadrent la propriété privée, le droit des successions ou le droit des contrats[1246], et aux aléas du droit international privé lorsque les demandes de restitutions dépassent les frontières nationales.

Dans ces cas en effet, les tribunaux se heurtent souvent au problème des « conflits de lois » qui survient lorsque des lois émanant de différents pays ou ordres juridiques peuvent s'appliquer à un même litige. Dépendamment de la situation, les demandes de restitutions qui leur sont présentées peuvent, de fait, exiger de mêler l'étude du droit public et du droit privé, ou encore du droit international et du droit interne, aux règles parfois concurrentes, voire contradictoires[1247].

En matière de détermination du droit applicable aux demandes de restitution, c'est généralement la « loi de la situation du bien » (*lex rei sitae* ou *lex situs*) qui fait consensus[1248]. Or les juridictions ne s'accordent pas forcément sur le « moment » qui doit être pris en considération : est-ce la loi du pays où se trouve le bien au moment de la

---

la Conférence de Washington applicables aux œuvres d'art confisquées par les nazis. Communiqués à l'occasion de la Conférence de Washington sur les biens confisqués à l'époque de l'Holocauste, Washington DC, 1998. Pour des examens plus détaillés des différents processus – souvent complexes – propres à ces biens spoliés, voir notamment Jean Laloum, « La restitution des biens spoliés » (2002) 6:1 Cah Shoah 13-58; Rykner & Hershkovitch, *supra* note 846; Perrot, *supra* note 145; Lillteicher, *supra* note 845. Nous nous limiterons ici à souligner qu'en dépit de ce cadre et de ces mécanismes particuliers, les demandes de restitution de ces biens aujourd'hui présentées restent souvent confrontées à des problèmes similaires aux autres demandes, notamment en raison du temps écoulé (disparition des témoins et des preuves), en particulier lorsqu'elles ont une dimension internationale.

[1245] Amineddoleh, *supra* note 202 aux pp 337-338 et 342-346.

[1246] Kurt Siehr, « The Role of Domestic Courts » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 687.

[1247] *Ibid.*

[1248] Il s'agit là d'une règle classique de droit international privé. Elle découle du principe d'inapplicabilité du droit public étranger dans le territoire national de l'État de situation du bien. Ce principe, corollaire de celui de souveraineté étatique, a notamment été abordé dans le rapport explicatif de la Convention UNIDROIT qui souligne que : « la communauté des États continue de partager l'absence de principe d'une quelconque obligation pour le juge du *for* de prendre en compte les règles de droit public d'un État étranger […] ». *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, Rev. dr. unif. 2001-3, UNIDROIT, 2014 à la p 525. Voir aussi Gerstenblith, *supra* note 1231; Siehr, *supra* note 1246.

revendication ? Ou au moment où il se trouvait au moment de l'acquisition par le détenteur actuel (notamment dans le cas des biens qui ont été déplacés) ? Des États comme la France et la Suisse sont ainsi favorables à l'application de la loi de la situation du bien au jour de la revendication, alors que les tribunaux britanniques et américains privilégient l'application de la loi de la situation au jour de l'acquisition[1249]. En plus de ces deux possibilités, des solutions de « rattachement spécial » sont parfois proposées pour concilier les parties. Elles visent à identifier la juridiction ayant les liens les plus étroits avec la situation en litige et pourraient amener à reconnaître la législation du lieu d'origine d'un bien culturel volé (*lex originis* ou *lex loci delicti*) comme étant la plus appropriée pour résoudre un différend[1250].

En fonction du droit applicable retenu, les règles qui seront utilisées pour la résolution du différend peuvent alors considérablement varier. En effet, non seulement les États ont développé des règles différentes, mais il apparaît qu'au sein d'une même « famille juridique » (qu'elle soit de droit civil ou de *common law*) ils ont développé leurs propres traditions et techniques. Les demandes de restitution sont ainsi souvent compliquées par des règles de droit, telles que les délais de prescription, la protection des acquéreurs de bonne foi, les normes relatives au droit des contrats, au contrôle des exportations, ou encore au fardeau de preuve, dont les modalités diffèrent d'une juridiction nationale à une autre[1251]. Ces fluctuations et ces exceptions possibles dans l'identification du droit applicable sont une source importante d'incertitudes pour les requérants (tout comme pour les défendeurs) qui risquent alors de se retrouver soumis à des dispositions juridiques plus ou moins

---

[1249] Paul Lagarde, « La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l'UNESCO de 1970 et de la Convention d'UNIDROIT de 1995 » (2006) 11:1 Unif Law Rev - Rev Droit Unif 83-91 aux pp 84-87; Gerstenblith, *supra* note 1231; *Government of the Islamic Republic of Iran v Barakat Galleries Limited*, *supra* note 1231.

[1250] Lalive d'Epinay, *supra* note 1226 aux pp 45-46; Desmoulins, *supra* note 1200 aux pp 7-8; Siehr, *supra* note 1246.

[1251] C'est ainsi que dans certains pays, la propriété d'un bien meuble est transférée par la seule conclusion du contrat entre acheteur et vendeur alors que, dans d'autres pays, la propriété ne passe qu'avec la livraison de l'objet. Lalive d'Epinay, *supra* note 1226 aux pp 44-45; Gottlieb, *supra* note 419 à la p 878; Lagarde, *supra* note 1249. À ces difficultés qui surviennent durant le processus judiciaire, s'ajoutent des difficultés supplémentaires relatives notamment à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers une fois l'affaire tranchée.

favorables[1252]. Dans certains cas enfin, les décrets d'insaisissabilité des œuvres d'art et des biens culturels prêtés en provenance de l'étranger (ou « lois d'immunité de saisie »)[1253], ou encore le principe des immunités d'État prévu par le droit international et le droit interne de chaque pays (en vertu desquelles un État est protégé contre des poursuites intentées devant un tribunal étranger), entrent également en ligne de compte et peuvent être invoqués pour retarder, voire empêcher ce type de revendication[1254].

Considérées par beaucoup comme des procédures difficilement accessibles, trop longues, trop complexes, trop rigides et trop coûteuses, on estime qu'en dépit du nombre important d'affaires qui leurs sont malgré tout présentées, un petit nombre seulement de restitutions sont le résultat direct d'une injonction des tribunaux[1255]. En 1982 par exemple, dans l'affaire *République de l'Équateur c Danusso*, une revendication de l'Équateur devant le tribunal de Turin a abouti. Les biens revendiqués par l'Équateur provenaient de fouilles archéologiques menées sur son territoire. Ils avaient été achetés par un particulier (Danusso) sur place puis exportés illicitement vers l'Italie. Un droit de propriété était

---

[1252] La diversité des systèmes de droit rend en outre possible le « *forum shopping* » ou « *law shopping* » qui consistent, pour un demandeur ou un défendeur, à faire appel aux tribunaux situés dans des pays dont la législation lui est la plus favorable.

[1253] François Le Moine, « Noli me tangere : Affiner le régime québécois d'immunité de saisie pour les objets culturels » (2020) 65:4 McGill Law J — Rev Droit McGill 625-669; Siehr, *supra* note 1246 aux pp 688-689.

[1254] La plupart des systèmes de droit disposent en effet de lois mettant à l'abri les États étrangers de la juridiction de leurs tribunaux. Ces lois sont habituellement appelées *Lois sur l'Immunité des États*. Elles stipulent que les tribunaux nationaux n'ont pas juridiction pour traiter de poursuites dirigées contre des États étrangers. Voir notamment la *Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 2 décembre 2004 (elle entrera en vigueur après le dépôt du trentième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion), N/D, AG résolution A/59/38 (2 décembre 2004) et Riccardo Pavoni, « Cultural Heritage and State Immunity » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 551; Siehr, *supra* note 1246. Dans la désormais célèbre affaire du *Portrait d'Adèle Bloch-Bauer*, la Cour suprême des États-Unis avait statué que l'Autriche n'était pas à l'abri d'une plainte devant les tribunaux américains. Pour aboutir à ce verdict, la demanderesse avait notamment dû démontrer que ces œuvres avaient bien été spoliées en violation du droit international ; que l'État autrichien ou une de ses agences (la Galerie Belvédère) en était en possession ; et que l'État ou l'agence en question menait une activité commerciale aux États-Unis. La Cour ne s'est toutefois pas prononcée sur la propriété des tableaux en tant que telle, et l'affaire s'est finalement réglée grâce à un processus d'arbitrage en Autriche. *Republic of Austria v Altman*, 2004 Supreme Court of the United States. En 2021 en revanche, dans l'affaire *Federal Republic of Germany et al v. Philipp et al* évoquée précédemment, la Cour suprême a conclu qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur un litige entre le gouvernement allemand et ses propres ressortissants en matière de vente forcée de biens culturels pendant la Seconde Guerre mondiale. *Federal Republic of Germany et al v. Philipp et al*, *supra* note 794.

[1255] Prott & Kowalski, *supra* note 242 à la p 384; Renold, *supra* note 60 aux pp 669 et 680; Chechi, *supra* note 662 aux pp 718-719.

attribué *ex lege* à l'Équateur, c'est-à-dire que ce droit découlait directement de sa législation protectrice interne sur ces biens. Malgré l'absence d'un tel droit dans l'ordre juridique italien, le tribunal italien a été amené à reconnaître le titre de propriété équatorien, établi dans le territoire de l'État d'origine[1256]. Dans une autre affaire qui illustre bien la complexité du parcours de nombreux biens culturels, un tribunal américain avait statué dans les années 1990 que l'Église orthodoxe grecque pouvait récupérer des icônes pillées d'une église chypriote au motif que le négociant basé aux États-Unis, qui les avait achetées en Suisse à un vendeur turc, ne s'était pas assuré de leur provenance avec toute la diligence nécessaire, malgré leur origine douteuse[1257].

Les tribunaux internationaux, quant à eux, n'ont que rarement eu l'occasion d'examiner la question des restitutions de biens culturels. La Cour internationale de justice en particulier n'y a été confrontée que deux fois. Dans son arrêt rendu le 15 juin 1962 dans l'affaire du Temple de Préah Vihéar, opposant le Cambodge et la Thaïlande, la Cour était allée au-delà de la demande du Cambodge et avait statué *ultra petita* en ordonnant à la Thaïlande de lui restituer les sculptures, stèles, fragments des monuments, maquettes en grès et poteries anciennes qui auraient pu être retirées de la zone des temples au cours de la période d'occupation :

> […] la Thaïlande est tenue de restituer au Cambodge tous objets des catégories spécifiées dans la cinquième conclusion du Cambodge qui, depuis la date de l'occupation du temple par la Thaïlande en 1954, auraient pu être enlevés du temple ou de la zone du temple par les autorités thaïlandaises.[1258]

À la suite du prononcé de l'arrêt de 1962, la Thaïlande se retira des bâtiments du temple et érigea une clôture de barbelés séparant les ruines du temple du reste de l'éperon de Préah Vihéar. En juillet 2008, après une relative accalmie, l'inscription du temple au patrimoine mondial de l'humanité en tant que site cambodgien (qui excluait la zone en litige entre le Cambodge et la Thaïlande) relance les tensions. De nouveaux incidents ont

---

[1256] Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 6; Lagarde, *supra* note 1249 à la p 90. Voir aussi *Government of the Islamic Republic of Iran v Barakat Galleries Limited*, *supra* note 1231.
[1257] Prott & Kowalski, *supra* note 242 à la p 412; Amineddoleh, *supra* note 202 aux pp 359-361; Renold, *supra* note 60 à la p 667. *Autocephalous Greek-Orthodox Church v Goldberg & Feldman Fine Arts*, 1990 United States Court of Appeals, Seventh Circuit.
[1258] *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c Thaïlande)*, [1962] 1962 48 à la p 37.

lieu à la frontière et, le 28 avril 2011, le Cambodge a déposé une demande en interprétation de l'arrêt de 1962. Dans cet arrêt, si la Cour a confirmé que le Cambodge avait souveraineté sur l'intégralité du territoire de l'éperon de Préah Vihéar et que, en conséquence, la Thaïlande était tenue de retirer de ce territoire les forces armées thaïlandaises qui y étaient installées[1259], elle n'a pas réitéré l'obligation de restitution des biens culturels imposée précédemment à la Thaïlande et s'est contentée que rappeler l'obligation juridique générale et continue de respecter l'intégrité du territoire cambodgien, que le site revêtait une importance culturelle et religieuse pour les peuples de la région, et que :

> […] en application de l'article 6 de la convention du patrimoine mondial, à laquelle ils sont tous deux parties, le Cambodge et la Thaïlande ont le devoir de coopérer entre eux et avec la communauté internationale afin de protéger le site en tant qu'élément du patrimoine universel. En outre, les deux États ont l'obligation de ne « prendre délibérément aucune mesure susceptible d'endommager directement ou indirectement » ce patrimoine.[1260]

En 2005 ensuite, le litige qui opposait le Liechtenstein à l'Allemagne concernant la restitution de certaines œuvres d'art confisquées par la Tchécoslovaquie en 1945[1261], n'a pas dépassé le stade des objections préliminaires déposées par l'Allemagne et la Cour a décliné sa compétence *ratione temporis*[1262]. Concernant les tribunaux de droit pénal examinés précédemment, il convient finalement de rappeler que bien qu'ils aient, en vertu de leurs statuts respectifs, la compétence pour ordonner des restitutions, ni les tribunaux *ad hoc* (TPIY, Rwanda), ni la Cour pénale internationale, n'en ont fait usage[1263].

Si les différentes règles internationales et nationales fournissent un cadre juridique en matière de restitution de biens culturels, force est toutefois de constater que la diversité

[1259] *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c Thaïlande)*, [2013] 2013 281 au para 108.
[1260] *Ibid* au para 106.
[1261] En 1991, une des œuvres confisquées par la Tchécoslovaquie fut prêtée à un musée de Cologne (Allemagne). Ce tableau, propriété de la famille du prince régnant du Liechtenstein depuis le XVIIIe siècle, avait été confisqué en 1945 par la Tchécoslovaquie. Le prince Hans-Adam II de Liechtenstein, agissant à titre personnel, saisit alors les tribunaux allemands d'une action en restitution de la toile, mais cette action fut rejetée par quatre instances, ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme, au motif qu'aucune réclamation ou action ayant trait aux mesures prises contre des avoirs allemands à l'étranger au lendemain de la Seconde Guerre mondiale n'était recevable devant les tribunaux allemands. Renold, *supra* note 60 aux pp 671 et 673.
[1262] *Certains biens (Liechtenstein c Allemagne)*, [2005] 2005 6.
[1263] Elassal, *supra* note 844 aux pp 264 et 278; Vincent, *supra* note 39 aux pp 89-93.

des situations en empêche le plus souvent la seule application. Aussi, comme le souligne Corinne Hershkovitch, « la globalisation, la circulation de l'information, la complexification des situations et la diversité des enjeux historiques, politiques, diplomatiques, économiques ou spirituels sont autant de raisons de faire appel à d'autres types de règles, plus souples et souvent mieux partagées »[1264].

3.3. Les voies alternatives

De fait, bien qu'il n'existe, comme nous l'avons vu, virtuellement aucune obligation juridique internationale de rendre les objets culturels acquis durant la période coloniale ou antérieurement, leurs restitutions sont généralement perçues comme relevant d'un devoir moral et d'un sentiment d'obligation de réparation ou de compensation des dommages du passé[1265]. Aussi, pour contourner les obstacles et limites juridiques — ou en cas d'échec des procédures judiciaires (voire sure recommandation des juges) —, nombre de demandes de restitution sont résolues par des moyens alternatifs qui permettent d'éviter le recours aux tribunaux, et d'invoquer des principes moraux, éthiques ou déontologiques pertinents pour aboutir à un règlement satisfaisant. Comme le résume Robert Peters :

> *Recent developments in international cultural heritage law have shown that the return of cultural materials is often undertaken based on non-legal considerations, namely political commitment and diplomatic efforts, as well as the moral acknowledgment of claims by the returning party*.[1266]

Parmi les principales méthodes alternatives, il convient en premier lieu de mentionner les « restitutions volontaires ». Bien que cette situation soit relativement rare, quelques États, institutions ou particuliers procèdent à des donations ou des restitutions volontaires, spontanément ou en réponse à une demande[1267]. À titre d'exemple, après un

---

[1264] Hershkovitch, *supra* note 231 à la p 114.
[1265] Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 17.
[1266] Robert Peters, « "Remedying Historical Injustice": Ethical and Historical Considerations in Returning Cultural Materials » dans Silvia Borelli & Federico Lenzerini, dir, *Cult Herit Cult Rights Cult Divers New Dev Int Law* Studies in Intercultural Human Rights, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 141 à la p 141. Voir aussi Renold, *supra* note 60 aux pp 669 et 685-686; Chechi, *supra* note 662.
[1267] Pour Robert Peters : "*The term 'voluntary return' indicates that the restoration of cultural objects takes place under three premises: firstly, the return is made without the request of financial compensation (as*

refus initial, le musée Kelvingrove de Glasgow a restitué à la *Wounded Knee Survivors' Association* du Dakota du Sud une chemise ayant appartenu à une victime présumée du massacre de 1890. Robert Peters rapporte que « [*a*]*s part of the decision, the Council emphasized the fact that it did not act out of legal obligation, but rather on the basis of ethical and humanitarian considerations* »[1268]. Un processus similaire a également été utilisé en 2008 et 2010 par la collectionneuse d'art américaine Shelby White pour restituer à l'Italie des antiquités grecques et étrusques alors en sa possession[1269], et en 2011 par la France pour restituer à la Nouvelle-Zélande une tête Maori conservée au musée de la ville de Rouen depuis 1875[1270]. Plus récemment encore en mars 2021, le Musée parisien d'Orsay a entamé une procédure de restitution d'un tableau de Gustave Klimt aux ayants droit de la collectionneuse Nora Stiasny, qui en avait été spoliée à Vienne en août 1938[1271].

Toutefois, la majorité des différends est aujourd'hui réglée par le biais mécanismes alternatifs de règlement des conflits (MARC) reposant sur la négociation, la médiation, la conciliation ou l'arbitrage entre les parties[1272]. Bien que souvent eux aussi longs et coûteux,

---

provided for example in the case of bona fide purchase); secondly, the return is conducted without any formal (legal) procedure; and thirdly, the return was not facilitated by the mediation of a third party ». Peters, *supra* note 1266 à la p 152.

[1268] *Ibid* à la p 154; Prott & Kowalski, *supra* note 242 aux pp 256-258.

[1269] Peters, *supra* note 1266 à la p 152.

[1270] Une loi (n° 2010-501 du 18 mai 2010) avait été nécessaire pour déclasser ces têtes et ainsi permettre leur restitution. Cornu & Renold, *supra* note 1200 à la p 7; Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 16; Hershkovitch, *supra* note 231 aux pp 117-118.

[1271] A la fin des années 1990, une demande en restitution auprès de la galerie du Belvédère avait abouti à la restitution du tableau « Pommier II » de Gustav Klimt. En juillet 2017, les autorités autrichiennes avaient cependant conclu qu'il y avait eu erreur sur l'œuvre restituée. Une enquête réalisée par le musée d'Orsay, le ministère de la Culture, la galerie du Belvédère et les représentants des ayants droit de Nora Stiasny, a finalement permis de confirmer que le tableau de Klimt spolié à Nora Stiasny correspondait en réalité au tableau « Rosiers sous les arbres » exposé au musée d'Orsay. « Annonce du lancement de la procédure de restitution du G. Klimt, "Rosiers sous les arbres" (Inv. RF 1980-195), conservé au musée d'Orsay », (2021), en ligne: <https://www.culture.gouv.fr/Presse/Communiques-de-presse/Annonce-du-lancement-de-la-procedure-de-restitution-du-G.-Klimt-Rosiers-sous-les-arbres-Inv.-RF-1980-195-conserve-au-musee-d-Orsay>. Pour d'autres exemples, voir Vrdoljak, *supra* note 60 aux pp 216-217; « ArThemis », en ligne: *Cent Droit Art Univ Genève* <https://plone.unige.ch/art-adr>.

[1272] La négociation est un processus volontaire et non contraignant dans lequel les parties tentent d'aboutir à un règlement en l'absence de tiers neutres. Lorsque les négociations directes sont impossibles, la médiation permet de faire intervenir une tierce partie neutre (le médiateur), pour assister les parties et structurer leurs échanges. La conciliation est un processus similaire à la médiation, à la différence que le conciliateur peut enquêter sur l'affaire et proposer des solutions aux parties. Finalement, l'arbitrage fait également intervenir une tierce partie neutre (ou plusieurs). À la différence de la médiation et de la conciliation toutefois, les sentences arbitrales ont force contraignante et s'imposent aux parties de la même manière qu'une décision judiciaire. Renold, *supra* note 60 aux pp 679-680; Chechi, *supra* note 662 aux pp 720-726.

ces mécanismes présentent plusieurs avantages : ils ne sont pas contraints à l'application stricte des lois et permettent de faire appel à des normes et valeurs autres que purement juridiques ; ils sont davantage orientés vers la satisfaction des parties et la conciliation de leurs intérêts que vers la réparation pure et simple des torts, et ils permettent enfin de faire intervenir directement des acteurs tels que les musées (qui peuvent bénéficier d'une certaine liberté dans la gestion de leurs collections et ainsi d'une compétence discrétionnaire pour restituer), tout en leur offrant un degré de confidentialité permettant parfois de préserver leur image ou leur réputation[1273]. De fait, les solutions élaborées au terme de ces processus sont extrêmement variées.

La restitution peut, par exemple, être réalisée dans le cadre d'un échange. En 2007, le *British Museum of Natural History* a ainsi restitué les restes de 13 aborigènes à une communauté de Tasmanie, en échange de la conservation de prélèvements ADN effectués sur les dépouilles à des fins scientifiques[1274]. Dans le même ordre d'idée, un accord de 2006 entre les autorités italiennes et le *Metropolitan Museum of Art* de New York prévoyait qu'en échange de la restitution du Cratère d'Euphronios (vraisemblablement issu d'un pillage en Italie dans les années 1970), le musée se verrait prêter d'autres biens de beauté et d'importance historique et culturelle égales[1275]. Les accords adoptés lors de médiations peuvent également prévoir la reconnaissance formelle de l'importance des objets pour l'identité culturelle de l'une des parties. L'accord de février 2002 par exemple, entre la France et le Nigéria, reconnaît la propriété du Nigéria sur des œuvres Nok et Sokoto, en échange d'un prêt gratuit et renouvelable de 25 ans en faveur du Musée du Quai Branly[1276].

Les processus extrajudiciaires permettent également des montages pour aménager des régimes de propriété particuliers. En 1984 notamment, à la suite de l'échec d'une

---

[1273] Cornu & Renold, *supra* note 1200 à la p 4; Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 18; Renold, *supra* note 60 à la p 679; Chechi, *supra* note 662 à la p 721; Gout, *supra* note 662 à la p 152. Marc-André Renold et Alessandro Chechi rappellent toutefois que le recours à ces mécanismes reste conditionnel au bon vouloir des parties, et que l'exécution des arrangements conclus par les parties peut toujours soulever des difficultés. Renold, *supra* note 60 aux pp 685-686.
[1274] Cornu & Renold, *supra* note 1200 aux pp 13 et 19; Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 21.
[1275] Cornu & Renold, *supra* note 1200 aux pp 12 et 19; Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 21; Amineddoleh, *supra* note 202 aux pp 352-358.
[1276] Cornu & Renold, *supra* note 1200 aux pp 3 et 21; Renold, *supra* note 60 à la p 684.

procédure judiciaire, un accord de copropriété a été mis en place entre le *Fine Arts Museum* de San Francisco et le *National Institute of Anthropology and History* du Mexique concernant des fresques aztèques de Teotihuacán. Il prévoyait notamment un partage des fresques entre les deux institutions, ainsi que le partage des frais relatifs à leur exposition et préservation [1277]. Dans certains cas, les musées qui conservent les biens peuvent également accepter qu'ils soient utilisés par la communauté d'où ils proviennent pour un usage rituel[1278], ou présenter des copies d'œuvres ou de biens originaux restitués[1279]. Enfin, d'autres solutions telles que le rachat d'un bien par un État déjà en possession de ce bien, la mise en place de programmes de coopération culturelle ou encore le versement d'indemnités[1280], peuvent être adoptées par les parties.

C'est également dans cette logique visant à privilégier la médiation que l'UNESCO a mis en place le Comité intergouvernemental pour la promotion du retour de biens culturels dans leurs pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale. Instauré en 1978 pour tenter de pallier la non-rétroactivité de la Convention de 1970, il a pour fonction de faciliter les négociations bilatérales pour la restitution des biens culturels, en particulier lorsque les litiges se situent hors du champ d'application des conventions internationales existantes. Composé de 22 États membres de l'UNESCO, le comité dispose d'une fonction exclusivement consultative et offre un cadre de médiation ou de conciliation aux États sans chercher à trancher les litiges interétatiques par une décision contraignante. Depuis sa mise en place, le comité de l'UNESCO n'a cependant servi de lieu d'échange que pour la résolution de quelques litiges[1281]. À titre d'exemple, c'est sous ses auspices, et

---

[1277] *Supra* note 1271.

[1278] Suzanne Pringle, « Comment les musées contribuent à la réconciliation avec les peuples autochtones », *Radio-Can* (9 mars 2020), en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/premiere/emissions/penelope/segments/panel/158197/musees-conservateurs-autochtones-mccord-beaux-arts-montreal>. Ces « demi-restitutions » et plus généralement les restitutions assorties de conditions de conservation ou d'utilisation, ne sont cependant pas toujours bien reçues par les communautés qui y voient parfois une continuité du colonialisme ou du paternalisme occidental.

[1279] Cornu & Renold, *supra* note 1200 à la p 22; Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 21.

[1280] Cornu & Renold, *supra* note 1200 à la p 22.

[1281] Renold, *supra* note 60 à la p 681; Chechi, *supra* note 662 aux pp 726-729. En date du 21 avril 2020, le Comité n'avait été saisi que de six cas depuis sa création. « Cas de restitutions et de retours sous l'égide du Comité intergouvernemental », en ligne: *UNESCO* <http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/restitution-of-cultural-property/return-or-restitution-cases/>. Quelques affaires sont actuellement pendantes devant ce Comité. Les plus importantes étant celle relative

après plus de sept ans de négociations, qu'en 1983, l'Italie a restitué à l'Équateur plus de 12 000 objets précolombiens. L'appui moral du Comité avait alors été reconnu par les autorités équatoriennes comme un facteur important dans le succès de leur cause. Toutefois, la plupart des litiges semblent aujourd'hui se résoudre en dehors du cadre du Comité intergouvernemental[1282].

3.4. Conclusion

Il y a deux mille ans déjà, l'historien grec Polybe invitait les armées victorieuses à ne plus faire du malheur des autres peuples « l'ornement de leur patrie »[1283]. Si au regard de la multiplication des actes de restitution ces mots semblent enfin avoir été entendus, de nombreux litiges restent en suspens, parmi lesquels la restitution des trésors du Palais d'été, celle des Marbres du Parthénon, des Manuscrits de la mer Morte ou encore les nombreuses demandes de restitutions émanant d'États africains encouragés par la publication du Rapport Sarr-Savoy, auxquels le droit peine à apporter des solutions.

En effet, si les restitutions de biens culturels bénéficient *a priori* d'un vaste éventail d'instruments juridiques et d'une pratique historiquement bien ancrée, les demandes présentées aujourd'hui par les États anciennement colonisés ou les peuples autochtones, en particulier, font apparaître leurs nombreuses limites. Elles sont en effet confrontées au champ d'application restreint des conventions, à leur nature non rétroactive ou encore aux délais de prescription. Ainsi, les revendications portant sur des biens spoliés pendant la période coloniale, par exemple, échouent généralement aux portes même des tribunaux, aucune disposition juridique n'y étant applicable. Comme le résume Robert Peters : « *most historical events that have given rise to current restitution claims occurred before the*

---

aux Marbres du Parthénon qui oppose le Royaume-Uni à la Grèce, celle concernant le Sphinx de Bogasköy opposant l'Allemagne à la Turquie, et celle concernant les Manuscrits de la mer Morte opposant Israël, la Jordanie et la Palestine.

[1282] *Supra* note 1281.

[1283] Polybe, *Histoire générale. Livre IX*, traduit par Dom Thuillier Fragment III.

promulgation of (biding instruments). Consequently, enforceable legal action is often not an option – resulting in unsatisfying outcome both legally and ethically »[1284].

Quant aux demandes ayant surmonté ces obstacles, les tribunaux doivent alors se plier à des exercices pratiques et procéduraux complexes mêlant droit national et international, et relatifs à l'identification des parties, des normes applicables ou encore à l'évaluation d'une vaste gamme d'arguments historiques, légaux, éthiques ou encore religieux visant à justifier, à contester ou à conditionner la restitution, avec des résultats souvent imprévisibles. Bon nombre de demandes présentent en effet des caractéristiques si spécifiques qu'il est difficile de formuler des principes ou règles juridiques d'application générale. La diversité des biens culturels et la manière dont ils ont été acquis rendent toute généralisation sujette à caution [1285]. En conséquence, les instances judiciaires sont généralement considérées peu adéquates pour résoudre ces différends.

On observe cependant en matière de restitution de biens culturels, « l'émergence d'un usage fondé sur une *opinio necessitatis* qui relève d'un sentiment éthique de l'obligatoire »[1286] s'inscrivant dans une logique de réparation des crimes du passé. Aussi, pour contourner les obstacles juridiques, judiciaires et pratiques, de nombreuses procédures de restitutions, qu'elles soient spontanées ou en réponse à des demandes, prennent aujourd'hui place dans le cadre de mécanismes alternatifs. Ces derniers offrent de multiples avantages en ce qu'ils permettent aux parties d'invoquer un large éventail d'arguments, et d'élaborer des solutions originales et adaptées à chaque situation. On constate également que ces mécanismes alternatifs ont parfois entraîné des transformations institutionnelles ou structurelles plus profondes. En matière de restitution de biens culturels autochtones notamment, Roberts Peters souligne ainsi que :

> *The cooperative solutions approach* […] *has often fostered fundamental change in museums and art-holding institutions, even resulting in the reorganization of museum management and policies in order to include indigenous peoples in museum activities, including the presentation of displays, access and conservation of cultural items, and general museum policy matters*. […] *Such*

[1284] Peters, *supra* note 1266 à la p 142.
[1285] Prott & Kowalski, *supra* note 242 à la p 161.
[1286] Desmoulins, *supra* note 1200 à la p 22.

> *cooperative solutions have sometimes even boosted tribal morale and a sense of cultural identity of the requesting indigenous community that already seemed to have disappeared* […].[1287]

Il convient toutefois de souligner que les restitutions de biens culturels, si elles sont toujours bien accueillies par les communautés, ne permettent pas toujours de résoudre les autres dommages pouvant découler d'une perte matérielle. Ainsi, dans le cas des dépossessions de biens autochtones ayant une valeur sacrée, ou associés à des savoir-faire particuliers, la seule restitution ne contribue pas toujours à réparer les pertes de connaissances ou les perturbations sociales résultant de la disparition de l'objet en question pendant une période de temps prolongée[1288]. Comme le souligne Mamadou-Mahtar M'Bow :

> Les peuples victimes de ce pillage parfois séculaire n'ont pas seulement été dépouillés de chefs-d'œuvre irremplaçables : ils ont été dépossédés d'une mémoire qui les aurait sans doute aidés à mieux se connaître eux-mêmes, certainement à se faire mieux comprendre des autres.[1289]

Les MARC, en raison de leurs procédures souples et des solutions originales qu'ils permettent d'élaborer, semblent toutefois prometteurs. Dans le Chapitre suivant, il sera pertinent d'examiner comment ces mécanismes, associés à des principes de « justice restaurative », pourraient se révéler pertinents à l'ensemble des dommages culturels.

CONCLUSION

Malgré plus d'un siècle de développement et des progrès certains, il apparaît au terme de ce chapitre que la réparation des dommages culturels reste aujourd'hui confrontée à de nombreux obstacles. En ce qui concerne les préjudices les plus anciens tout d'abord, les demandes de réparation sont généralement compliquées par leur dimension historique qui soulève de nombreux problèmes pratiques, juridiques et procéduraux, tant pour

---

[1287] Peters, *supra* note 1266 à la p 155.
[1288] Le rapatriement d'objets sacrés soulève en effet des problèmes particuliers. Bien souvent, ces objets occupent une place centrale dans un système de croyances, ou servent au cours de rituels dans le cadre desquels ils doivent être traités avec une révérence toute particulière. Leur absence signifie que le système ne peut pas fonctionner correctement et que le lien entre l'assistance et le monde spirituel est déficient, sinon rompu. Prott & Kowalski, *supra* note 242 à la p 242.
[1289] Tel que cité dans *Ibid* à la p 31.

l'attribution des responsabilités, l'identification des bénéficiaires de la réparation, que pour l'évaluation des dommages ou la remise au jour des biens spoliés. En outre, la plupart de ces injustices se sont déroulées bien avant l'entrée en vigueur des principaux instruments internationaux relatifs à la culture et aux patrimoines culturels et sont de ce fait confrontées aux principes de non-rétroactivité ou de prescription, et soumises à l'application de « normes en vigueur à l'époque des faits », généralement peu favorables aux peuples victimes de ces injustices.

Quant aux victimes d'injustices plus récentes, loin de bénéficier de circonstances plus avantageuses, on constate qu'elles subissent les conséquences de la fragmentation et de la faiblesse des instruments relatifs à la culture et aux patrimoines culturels présentés dans le Chapitre précédent. En l'absence de dispositions claires sur la réparation des dommages culturels dans les instruments internationaux, les tribunaux confrontés à de telles demandes ont élaboré des jurisprudences pour le moins hétérogènes. On observe en effet une absence de dialogue entre les institutions judiciaires, tant au niveau des juridictions pénales internationales (permanentes ou *ad hoc*) qu'au niveau des mécanismes de droits humains. Les écarts entre leurs jurisprudences respectives sont particulièrement visibles dans le recul de la CPI sur la qualification des atteintes aux patrimoines, en rupture avec les tendances développées par Nuremberg et le TPIY. Ils sont également visibles entre les cours de droits humains, entre l'approche conservatrice de la Cour européenne d'un côté, et le dynamisme des cours interaméricaine et africaine de l'autre. Il ne faut bien entendu pas oublier la nature essentiellement complémentaire des instances judiciaires internationales. La mise en œuvre de la sanction pour les atteintes aux patrimoines culturels reste en effet avant tout du ressort des autorités nationales, et c'est à chaque État d'agir en tant que premier concerné et de sanctionner les auteurs de crimes. Toutefois, l'absence de dispositions contraignantes élaborées au niveau international et la diversité des régimes juridiques laissent à penser que les décisions rendues par les tribunaux au niveau national ne sont pas plus satisfaisantes. L'exemple des peuples autochtones au Canada, présenté dans le Chapitre suivant, permettra d'ailleurs d'en fournir une illustration.

Or, même lorsque les revendications parviennent à surmonter les différents obstacles pratiques et procéduraux, on constate que les tribunaux peinent également à accorder des réparations satisfaisantes. Concernant les instances internationales, qu'il s'agisse de la CIJ, de la CPI ou des tribunaux *ad hoc*, et malgré des progrès récents, la réparation des victimes est généralement dans l'angle mort des institutions en raison de leurs champs de compétence et/ou de leurs ressources limitées. Ainsi, tandis que la CIJ se préoccupe exclusivement des relations entre États, ce n'est que récemment que les cours pénales ont mis en place des mécanismes de réparation aux moyens financiers et logistiques limités, et dont le fonctionnement est soumis au bon vouloir des États parties. Quant aux cours de droits humains, il apparaît que les réparations pécuniaires généralement octroyées par la Cour européenne sont mal adaptées aux spécificités des dommages culturels, tandis que les réparations ambitieuses de la Cour interaméricaine et de la Cour africaine souffrent toujours d'un manque de mise en œuvre concrète de la part des États condamnés.

Par ailleurs, malgré le développement de stratégies originales fondées notamment sur le droit à la vie ou le droit à la vie privée, les atteintes aux patrimoines culturels restent encore souvent abordées sous l'angle de la destruction de biens matériels ou des dépossessions de terres, c'est-à-dire comme des conséquences d'atteintes aux biens ou à la propriété, et non comme des crimes en eux-mêmes ou comme des violations des droits humains. Or, en se limitant à une telle approche, le droit international ignore les objectifs sous-jacents de ces crimes qui visent le plus souvent l'identité culturelle, voire l'existence même des communautés visées, ainsi que les nombreux dommages qui en découlent. La restitution des biens culturels elle-même, si elle contribue à alléger les souffrances des individus ou des communautés, ne permet pas toujours de remédier aux préjudices moraux et aux pertes culturelles et sociales découlant de l'absence des objets pendant une période prolongée, par exemple en matière de savoir-faire ancestraux ou de pratiques religieuses et spirituelles.

Bien évidemment, la recherche et les débats académiques se poursuivent. De nombreux auteur-e-s continuent de réfléchir à des moyens de mieux rendre justice à la culture. C'est notamment le cas d'Élisa Novic, Yaron Gottlieb ou encore d'Ann Marie

Thake, Micaela Frulli et Patty Gerstenblith qui plaident pour une reconsidération de la notion de génocide culturel, l'élargissement de la notion de crime contre l'humanité (notamment dans le cadre du *Projet de Conventions sur les crimes contre l'humanité*[1290]), ou encore le développement du concept de « nettoyage culturel » ou de « culturecide »[1291]. C'est également le cas de Lucas Lixinski ou d'Aurélie Arnaud qui s'intéressent aux avantages et limites de la propriété intellectuelle en vue d'une meilleure protection des patrimoines immatériels, en particulier pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles [1292] . Dans l'attente de tels développements juridiques toutefois, les institutions judiciaires restent des forums peu adaptés aux demandes de réparation concernant des pertes culturelles. L'histoire et l'actualité montrent d'ailleurs qu'en matière de restitution de biens culturels, face à la complexité des situations et à l'inadéquation des instruments juridiques, les différends trouvent généralement leur solution en dehors des tribunaux.

Comme le soulignait Ronald Dworkin : « nous héritons d'une culture sociétale et nous avons le devoir, par simple justice, de faire en sorte que cette culture soit au moins aussi riche lorsque nous la transmettons que lorsque nous l'avons reçue »[1293]. À cette fin, l'approche défendue par des auteurs comme Janna Thompson, qui insiste sur l'importance de la signification historique et psychologique des pertes historiques plutôt que sur la seule dimension matérielle, combinée à celle d'Amy Sepinwall, ou Dinah Shelton ou Abdel-Nour qui plaident en faveur d'une responsabilité institutionnelle, ou encore à celle de Charles Ogletree qui privilégie des modes de réparation collectifs, sont autant de piliers convaincants pour poser les bases d'une réflexion sur l'obligation et les moyens de réparer

---

[1290] En 2017, la Commission du droit international des Nations unies a déposé les premiers chapitres de son avant-projet de *Convention sur les crimes contre l'humanité* qui viendrait compléter le Statut de Rome. Les États restent toutefois divisés sur l'idée d'élaborer une convention spécifique sur ce thème. « Sixième Commission: l'idée d'une convention internationale sur la question des crimes contre l'humanité divise les délégations », (2017), en ligne: *N U - Couv La Réun Commun Presse* <https://www.un.org/press/fr/2017/agj3555.doc.htm>.

[1291] Elisa Novic, *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*, Cultural Heritage Law and Policy, Oxford, New York, Oxford University Press, 2016; Thake, *supra* note 264; Gottlieb, *supra* note 419; Gerstenblith, « The Destruction of Cultural Heritage », *supra* note 384; Frulli, « The Quest for Consistency », *supra* note 770; Frulli, *supra* note 797; Nafzinger, *supra* note 271.

[1292] Lixinski, *supra* note 159; Aurélie Arnaud, « Droits Culturels : une proposition normative » (2002) (Centre d'études sur le droit international et la mondialisation) 27.

[1293] Dworkin, *supra* note 116 à la p 230. tel que cité et traduit dans Kymlicka, *supra* note 116 à la p 124.

les dommages causés aux patrimoines culturels. Dans cette perspective, compte tenu de l'inadéquation actuelle des tribunaux, et à la lumière des mécanismes mis en place dans le cadre des restitutions de biens culturels, le Chapitre suivant se propose d'examiner la pertinence d'un recours à des mécanismes alternatifs inspirés du concept de « justice restaurative ».

CHAPITRE III – RENDRE JUSTICE HORS DES TRIBUNAUX ; LA JUSTICE RESTAURATIVE ET SA MISE EN ŒUVRE

INTRODUCTION

Les Chapitres précédents ont permis de mettre en lumière le fait qu'en raison de leur complexité et de leur dimension holistique et subjective, les phénomènes et patrimoines culturels échappent désormais à toute tentative de définition consensuelle, et plus encore à toute tentative de définition juridique unique. Le morcellement normatif qui a découlé de cette situation au niveau international, associé à des définitions à géométrie variable, à la marge d'appréciation considérable laissée aux États dans l'exécution de leurs obligations et au manque de mécanismes de suivi contraignants consacrés aux droits et patrimoines culturels, a notamment eu pour conséquence le développement d'une jurisprudence éparse, et pour le moins hétérogène. On constate en effet que les demandes de réparation portant sur des dommages culturels anciens échouent le plus souvent aux portes des tribunaux, aucune disposition juridique n'y étant applicable malgré leurs conséquences sur les populations victimes, et plus largement sur la richesse culturelle mondiale. Quant aux instances judiciaires présentées avec des demandes portant sur des dommages culturels récents, elles peinent à y appliquer des dispositions juridiques à même de refléter la nature et l'étendue des préjudices subis, et à proposer des modes de réparations adéquats ou effectifs. En matière de restitution des biens culturels cependant, on observe que pour contourner les multiples obstacles juridiques et judiciaires, les parties impliquées dans ces processus (qu'il s'agisse d'individus, de communautés, d'institutions ou d'États) se tournent de plus en plus systématiquement vers des mécanismes de règlement alternatifs qui leur permettent de s'éloigner de la stricte application du droit et des procédures judiciaires, d'invoquer des arguments historiques, moraux ou éthiques, et d'élaborer des solutions originales et réalistes, adaptées à chaque situation et aux besoins exprimés par les parties.

À partir de ces observations, ce troisième et dernier chapitre propose tout d'abord une piste de réflexion pour une réparation des dommages culturels, au-delà des seules restitutions de biens culturels, par le biais de mécanismes alternatifs ou extrajudiciaires. En

l'espèce, face à l'inadéquation des instruments juridiques et des tribunaux pour apporter des solutions aux dommages culturels — anciens ou plus récents — il s'attache, dans une première partie, à examiner la pertinence d'un recours à des mécanismes inspirés des principes de la « justice restaurative » qui propose de remettre les protagonistes d'un crime au cœur des processus de justice et de chercher en premier lieu à répondre à leurs besoins. Cette partie présentera notamment l'origine et les principaux éléments philosophiques et procéduraux de cette approche de la justice, sa mise en œuvre dans différents contextes, et enfin soulignera son utilité pour la reconnaissance et la réparation les dommages culturels.

Dans une seconde partie ensuite, le chapitre examine la situation des peuples autochtones au Canada. Cette étude de cas permettra d'illustrer l'ensemble des éléments présentés tout au long de cette thèse, à savoir les divers dommages culturels matériels et immatériels soufferts par ces peuples du fait de la colonisation et leurs conséquences ; les obstacles qu'ils rencontrent devant les tribunaux dans leur quête de reconnaissance et de réparation des préjudices subis ; et enfin la mise en œuvre d'un processus de réparation et de réconciliation inspiré des principes de justice restaurative avec ses avantages et ses limites.

1. La justice restaurative : théories et pratiques

Dans le discours public, il est généralement pris pour acquis qu'un crime se définit principalement comme une violation de la loi, et que la réponse à y apporter devrait prendre la forme, à chaque fois que cela est possible, d'un procès suivi du châtiment de l'auteur du crime[1294]. Depuis de nombreuses années cependant, théoriciens et praticiens du droit — en particulier pénal — s'interrogent sur la philosophie et les principes sous-jacents du système judiciaire, sur ses évolutions ou encore sur les objectifs ou la finalité des sanctions (ou des peines) ainsi qu'à leurs résultats[1295]. Leurs réflexions et les expérimentations qu'elles ont

[1294] Gerry Johnstone, *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*, 2nd edition éd, Abingdon, Oxon ; New York, Routledge, 2001 à la p 1; Mylène Jaccoud, « Innovations pénales et justice réparatrice » (2007) Champ Pénal (Séminaire Innovations Pénales) .

[1295] Voir par exemple Carbasse & Vielfaure, *supra* note 2; Nils Christie, *Limits to Pain: The Role of Punishment in Penal Policy*, Eugene, Wipf and Stock, 2007.

encouragées, ont mené à d'importantes transformations du système judiciaire, parmi lesquelles l'abolition de la peine de mort dans de nombreux pays, la mise en place des libertés surveillées, ou encore diverses réformes du système carcéral en vue d'une meilleure réintégration des détenus. En dépit de ces progrès cependant, les processus judiciaires pénaux, et la logique essentiellement punitive qu'ils incarnent continuent d'être considérés par de nombreux penseurs et praticiens comme une solution insatisfaisante pour répondre aux conséquences de la criminalité et aux besoins de ses protagonistes, qu'il s'agisse des victimes ou des malfaiteurs.

C'est dans une optique de réforme en profondeur du système judiciaire pénal anglo-saxon que la justice restaurative – aussi parfois appelée justice réparatrice, positive, relationnelle, communautaire, reconstructive ou encore transformatrice [1296], a été progressivement théorisée dans sa forme actuelle à partir des années 1970. C'est notamment dans un ouvrage fondateur, *Changing Lenses ; Restorative Justice for Our Times*[1297], publié pour la première fois en 1990, qu'Howard Zehr expose ce qu'il présente alors comme un nouveau paradigme judiciaire : la justice restaurative est une nouvelle manière de considérer les crimes et d'y répondre[1298]. Inspirée des modes de résolution des différends en vigueur jusqu'au XIIe siècle en Occident et encore pratiqués par de nombreux peuples autochtones et dans diverses communautés traditionnelles à travers le monde[1299], la justice restaurative propose, au lieu de mettre l'accent sur le châtiment, de privilégier les

---

[1296] Marine Crémière, « Justice restauratrice : une voie trop ignorée » (2014) 334:4 J Droit Jeunes 9 à la p 9; Sandrine Lefranc, « Le mouvement pour la justice restauratrice:"An idea whose time has come" » (2006) 2 Droit Société 393. Dans ce chapitre, nous utiliserons indifféremment les termes « réparatrice » et « restaurative » qui sont les plus répandus dans la littérature sur le sujet.

[1297] Zehr, *supra* note 27.

[1298] *Ibid* aux pp 182-183; Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, « The meaning of restorative justice » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handb Restor Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 5.

[1299] Si la vengeance ou les sanctions violentes n'étaient pas exclues, plusieurs auteurs soutiennent que les modèles traditionnels de règlement des différends reposaient, ou reposent encore, essentiellement sur la médiation et la négociation en vue de préserver la paix et l'harmonie sociale. Voir par exemple Office des Nations unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice reparatrice*, Vienne, United Nations publication, 2008 aux pp 30-31; *La justice réparatrice ; Cadre de réflexion*, by Jennifer Llewellyn & Robert Howse, Ottawa, Commission du droit du Canada, 1999 aux pp 5-10; Steve Mulligan, « From retribution to repair: Juvenile justice and the history of restorative justice » (2009) 31 U Verne Rev 139 aux pp 142-144; Chris Cunneen, « Reviving restorative justice traditions? » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handb Restor Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 113; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 30-50; John Braithwaite, « Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts » (1999) 25 Crime Justice 1-127 aux pp 1-3.

besoins des victimes tout en s'assurant que les malfaiteurs prennent conscience des dommages qu'ils ont causés et de leur responsabilité de les réparer.

Afin de mieux comprendre l'intérêt de la justice restaurative pour assurer une reconnaissance et une réparation adéquates des dommages culturels, il convient d'en présenter les principales caractéristiques. Plus spécifiquement, cette première partie propose tout d'abord de revenir sur la critique du modèle anglo-saxon de justice pénale qui est à l'origine de la conception moderne de la justice restaurative, avant d'examiner les principaux éléments ontologiques et procéduraux de ce nouveau paradigme judiciaire. Une deuxième section sera ensuite l'occasion de souligner que la justice restaurative, bien que traversée par de nombreux débats internes, bénéficie depuis plusieurs décennies d'une solide mise en œuvre dans différents contextes. Il s'agira, plus spécifiquement, de montrer qu'en association avec des mécanismes extrajudiciaires de règlement des conflits, elle s'est notamment développée comme une alternative à privilégier dans divers processus de justice, dans le cadre de la justice transitionnelle au lendemain de conflits armés et, plus récemment, en lien avec le concept de justice intergénérationnelle par le biais de programmes de réparation pour les injustices historiques. Enfin, une troisième section examinera plus spécifiquement la pertinence du recours à la justice restaurative pour les revendications en matière de dommages culturels et leur réparation.

1.1. La justice restaurative : éléments philosophiques et procéduraux

La section suivante présente les principales caractéristiques de la justice restaurative telle qu'elles ont été développées dans la littérature. Pour ce faire, il s'agira tout d'abord de revenir sur la critique du modèle pénal anglo-saxon qui sert de fondement au mouvement pour la justice restaurative. Une fois que les éléments les plus problématiques de ce système judiciaire, tels qu'identifiés par les promoteurs de la justice restaurative, auront été présentés, il sera possible d'examiner les différentes propositions formulées par ces derniers en vue de sa transformation, et de mettre en lumière quelques-uns des débats qui animent le mouvement pour la justice restaurative, ainsi que les principaux obstacles et limites qui le grèvent.

1.1.1. La critique du modèle pénal

Comme point de départ du développement de ce nouveau paradigme judiciaire, les tenants de la justice restaurative, parmi lesquels Howard Zehr bien évidemment, mais aussi Gerry Johnstone, John Braithwaite, Lode Walgrave ou encore Gordon Bazemore, tiennent un discours critique sur le modèle de justice, en particulier pénal, en vigueur dans plusieurs pays anglo-saxons, qu'ils considèrent inapte à répondre de manière pleinement satisfaisante aux besoins des individus et, plus largement, aux besoins des communautés, concernés par un crime.

Comme mentionné précédemment, depuis que les pouvoirs législatifs et judiciaires sont devenus des prérogatives royales puis étatiques centralisées à partir du XIIe siècle, ces auteurs observent que dans plusieurs systèmes juridiques une infraction pénale (ou un crime) est avant tout considérée comme une transgression de la loi, et c'est cette transgression, et non les souffrances des victimes, qui déclenche le processus judiciaire[1300]. Or, cet accent mis sur la transgression d'une loi « abstraite », plutôt que sur les dommages réellement causés va aboutir à une certaine déshumanisation de la justice[1301]. Dans un tel système en effet, les promoteurs de la justice restaurative soulignent que la justice pénale est devenue un champ dominé (voire monopolisé) par des professionnels qui en maitrisent le langage [1302]: les crimes sont définis en termes techniques, déconnectés de l'expérience réelle vécue par les protagonistes, tandis que les éléments matériels, sociaux, psychologiques ou émotionnels liés au crime ne sont considérés comme pertinents que lorsqu'ils sont juridiquement identifiés comme tels[1303]. Comme le résume Nils Christie :

[1300] Zehr, *supra* note 27 à la p 83; Llewellyn & Howse, *supra* note 1299 à la p 7; Lode Walgrave, « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme » (1999) 32:1 Criminologie 7 à la p 20; John Braithwaite, « A future where punishment is marginalized: Realistic or utopian? » (1999) 46:6 UCLA Law Rev 1727-1750 à la p 1730.
[1301] Zehr, *supra* note 27 à la p 83.
[1302] *Ibid*; Jennifer Larson Sawin & Howard Zehr, « The ideas of engagement and empowerment » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handb Restor Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 41 à la p 44; Jaccoud, « Innovations pénales et justice réparatrice », *supra* note 1294 à la p 3; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 112-113; Nils Christie, « Conflicts as property » (1977) 17:1 Br J Criminol 1-15.
[1303] Zehr, *supra* note 27 à la p 83; Christie, « Conflicts as property », *supra* note 1302 à la p 4.

> *Training in Law is training in simplifications. It is a trained incapacity to look at all values in a situation, and instead to select only the legally relevant ones, that is, those defined by the high priests within the system to be the relevant ones.*[1304]

La justice pénale ne rechercherait donc pas la réconciliation sociale, car la relation humaine entre le malfaiteur et sa victime n'est pas perçue comme un élément important du problème[1305]. Seuls importeraient l'identification de l'auteur du crime et son châtiment, imposé par une tierce partie (le juge), proportionnel à la gravité de la transgression de la loi[1306]. Finalement, le succès du processus judiciaire y est également mesuré en termes procéduraux : si les règles et les procédures judiciaires ont été respectées, on considère que justice a été rendue, indépendamment du verdict ou de la satisfaction des parties[1307]. Or un tel mode de fonctionnement serait un échec à plusieurs niveaux, tant pour les victimes que pour les auteurs de crimes, qui sont relégués au rang de spectateurs de leur propre affaire[1308].

Concernant les victimes tout d'abord, s'appuyant sur les nombreux travaux issus de la recherche en criminologie et victimologie, les tenants de la justice restaurative soulignent qu'outre les éventuels dommages physiques ou matériels, les conséquences les plus préjudiciables d'une infraction (qu'il s'agisse d'une agression violente ou d'un cambriolage[1309]) sont ses effets psychologiques et relationnels sur les victimes. Howard Zehr décrit en effet les crimes comme une attaque directe contre le « soi » d'une personne qui doit alors réapprendre à vivre et réajuster sa vision du monde et d'elle-même : « *Crime is devastating because it upsets two fundamental assumptions on which we base our lives :*

[1304] Christie, *supra* note 1295 à la p 57.
[1305] Zehr, *supra* note 27 à la p 85.
[1306] *Ibid* aux pp 78-80; Jaccoud, « Innovations pénales et justice réparatrice », *supra* note 1294 à la p 3.
[1307] Zehr, *supra* note 27 aux pp 82-83.
[1308] *Ibid* à la p 83; Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302 aux pp 44-45; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 113; Allison Morris & Warren Young, « Reforming criminal justice: the potential of restorative justice » dans Heather Strang & John Braithwaite, dir, *Restor Justice Philos Pract*, Routledge, 2001 11 aux pp 17-18.
[1309] En rupture avec la terminologie juridique technique ou « abstraite », les promoteurs de la justice réparatrice ne font généralement pas de distinction entre les différentes atteintes qui peuvent être commises. Les termes « crime », « infraction » ou « offense » souvent employés dans la littérature peuvent servir à qualifier tout type d'acte, qu'il s'agisse d'un meurtre, d'une agression physique ou verbale, de harcèlement, de cambriolage, etc. Ces auteurs soulignent par ailleurs que si leur intensité peut varier en fonction de la nature du crime, les émotions exprimées par les victimes sont généralement les mêmes, et les crimes sont toujours ressentis comme une atteinte contre la « personne », y compris lorsqu'ils ne portent *a priori* que sur des biens matériels. Walgrave, « À la recherche d'une théorie et d'un programme », *supra* note 1300 à la p 10; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 53-54; Zehr, *supra* note 27 à la p 35.

ou belief that the world is an orderly meaningful place, and our belief in personal autonomy »[1310]. Pour surmonter ce traumatisme, les victimes traversent généralement plusieurs phases émotionnelles devant idéalement s'achever par une phase de guérison ou de « reconstruction de soi »[1311]. Pour y parvenir, les besoins des victimes doivent toutefois avoir été satisfaits. Si chaque individu a des besoins qui lui sont propres, certains éléments récurrents sont néanmoins identifiés : le besoin de reconnaissance de leur statut de victime, le besoin d'exprimer leurs émotions, le besoin d'obtenir une réparation ou une compensation pour les dommages subis et, surtout, le besoin d'avoir une expérience de justice et de reprendre le contrôle de leur vie et, pour ce faire, d'être impliqué dans le déroulement des évènements[1312]. Or pour Howard Zehr, « [*i*]*n the legal process, victims represent footnotes to the crime* »[1313].

Le système judiciaire pénal échouerait en effet à prendre en compte les besoins des victimes qui n'occupent qu'une place secondaire dans les procédures[1314]. Puisque le crime est défini comme la violation d'une norme juridique, il est avant tout considéré comme un acte commis contre l'État en tant qu'incarnation de la loi, garant de l'ordre public et défenseur de l'intérêt collectif. C'est donc l'État (représenté par un procureur) qui est

---

[1310]Zehr, *supra* note 27 aux pp 30 et 31-34; Schiff, *supra* note 27 aux pp 229-233; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 53-54; Peter Walker, « Repairing the breach: a personal motivation » dans Jonathan Burnside & Nicola Baker, dir, *Relational Justice Repair Breach*, Winchester, England, Waterside Press, 1994 147 aux pp 147-148.

[1311] Zehr, *supra* note 27 aux pp 31-34; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 53.

[1312] Wemmers, *supra* note 25; Shelton, *supra* note 6 à la p 11; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 52-54.

[1313] Zehr, *supra* note 27 à la p 37.

[1314] Il est important à ce stade de préciser que la place et les droits des victimes varient considérablement d'un système juridique à l'autre. Les promoteurs de la justice restaurative sont en majeure partie issus du monde anglo-saxon, et leurs critiques portent donc principalement sur les systèmes judiciaires pénaux de *common law* (notamment aux États-Unis et en Grande-Bretagne). Dans les pays civilistes, notamment en Europe (France, Belgique, Pays-Bas, Italie, Espagne, etc.), les victimes bénéficient traditionnellement de droits et de protections plus importants dans les procédures criminelles. Elles peuvent par exemple se porter « partie civile » pour demander la réparation de leurs préjudices et le paiement de dommages et intérêts par l'auteur des faits s'il est condamné. Cependant, le développement de mécanismes de justice réparatrice dans ces pays est révélateur du fait que les garanties offertes par ces systèmes sont, elles aussi, jugées insuffisantes ou inadaptées. Jan van Dijk, « Ideological trends within the victims' movements: An international perspective » dans Mike Maguire & John Pointing, dir, *Vict Crime New Deal*, Milton Keynes, Open University Press, 1988 115 à la p 124; Ewa Bienkowska, « Victims in the Polish Criminal Justice System: Law and Reality » (1991) 15:1-2 Int J Comp Appl Crim Justice 217-225; Robert Cario, *Justice restaurative. Principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2010.

considéré comme la victime de l'infraction, tandis que la véritable victime individuelle est reléguée au rang de simple témoin[1315].

Dans ces circonstances il n'est ainsi pas rare que les victimes soient fréquemment négligées et que leurs besoins soient considérés comme périphériques ou, à tort, comme se confondant entièrement avec ceux de l'intérêt collectif[1316]. Malgré la reconnaissance de leurs droits à l'information, à la protection ou encore à la participation[1317], elles ne sont souvent pas tenues informées des procédures en cours, et elles n'ont généralement que très peu de poids dans les prises de décisions relatives aux arguments ou stratégies juridiques, aux verdicts ou aux peines infligées, ce qui contribue souvent à renforcer leur sentiment de perte d'autonomie et les prive de l'expérience de justice dont elles ont besoin[1318]. Howard Zehr rapporte par exemple les propos d'une participante lors d'un séminaire sur la justice réparatrice :

> *"On one occasion my house was burglarized. On another I was assaulted in a dark street. In neither case was I informed or consulted until the case was through or nearly through the courts. And do you know what? I am the prosecutor! My own staff did not keep me informed". You can imagine, then, what the rest of us can expect. This realization often comes to victims soon after they report an offense. They are frequently astonished to find that charges can be either pursued or dropped without regard to victims' wishes and that they are provided little information about the case*.[1319]

Dans certains cas le processus judiciaire, avec son fonctionnement inquisitorial et contradictoire, associé aux stratégies de la défense et au désintérêt pour leurs besoins, entraînerait même une « victimisation secondaire » des demandeurs qui se sentiraient une nouvelle fois privés de tout contrôle sur les évènements, voire sont parfois présentés comme responsables du crime qu'ils ont subi[1320].

[1315] Zehr, *supra* note 27 à la p 85; Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302. Carbasse & Vielfaure, *supra* note 2 à la p 279; Walgrave, « À la recherche d'une théorie et d'un programme », *supra* note 1300 à la p 20.
[1316] Johnstone, *supra* note 1294 à la p 55.
[1317] *Supra* note 10; note 15.
[1318] Zehr, *supra* note 27 à la p 37; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 51.
[1319] Zehr, *supra* note 27 à la p 36.
[1320] *Ibid* aux pp 36-37; Martin Wright, *Restoring Respect for Justice: A Symposium*, Waterside Press, 1999 aux pp 104-105.

Si un tel fonctionnement est fréquent dans les systèmes judiciaires internes, il convient par ailleurs de rappeler qu'il se retrouve également au sein des instances judiciaires pénales internationales. Comme abordé dans le Chapitre précédent, les victimes se trouvent généralement dans l'angle mort de ces institutions, soit en raison de leurs dispositions statutaires, soit en raison de leurs moyens limités. Ainsi, on rappelle qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, devant les tribunaux de Nuremberg ou Tokyo, les victimes n'ont été appelées à témoigner qu'occasionnellement, et aucune d'entre elles n'a pu demander de dédommagement pour les préjudices subis[1321]. De même, devant les tribunaux pénaux *ad hoc*, en particulier le TPIY et le TPIR, les victimes n'étaient d'aucune façon parties prenantes dans la procédure pénale. Elles étaient habilitées à agir à titre de témoins, mais ne pouvaient ni saisir la Cour ni obtenir directement réparation pour les préjudices subis. Quant à la CPI, si des efforts accrus ont été déployés pour accorder aux victimes un rôle et des protections plus importantes, les moyens limités de la Cour obligent fréquemment les avocats et procureurs à ne sélectionner qu'un « échantillon » de victimes représentatives.

Pour ce qui est des malfaiteurs, les tenants de la justice restaurative soulignent que le fonctionnement procédural du système pénal, et l'accent mis sur l'attribution de la culpabilité se révèlent également problématiques pour plusieurs raisons. En premier lieu, les verdicts de culpabilité s'accompagnent d'une importante stigmatisation sociale qui se prolonge souvent bien au-delà de la peine purgée. La gravité de ces conséquences encouragerait alors de nombreux malfaiteurs à faire tout leur possible pour éviter une sanction judiciaire, soit en essayant d'échapper à la justice, soit en exploitant les diverses mesures de sauvegarde destinées à protéger les accusés[1322]. Ils sont ainsi souvent incités à recourir à des plaidoyers de non-culpabilité à des fins purement stratégiques et indépendamment de leur implication réelle dans la commission du crime[1323]. Ce faisant, ils sont alors amenés à se concentrer exclusivement sur les éléments qui leur permettent d'atténuer ou d'évacuer entièrement leur responsabilité :

[1321] Guillaumé, *supra* note 20 à la p 54; Elassal, *supra* note 844 à la p 263.
[1322] Wright, *supra* note 1320 aux pp 102-104; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 56.
[1323] Zehr, *supra* note 27 à la p 71; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 74.

> *Where this strategy of "going not guilty" succeeds, and even where it fails, perpetrators of criminal harm are thereby encouraged to see themselves as not guilty in an experiential and moral sense. Their minds become focused on the circumstances which mitigate their blame, and not on their moral responsibility for harming another person. In their efforts to avoid a finding of legal guilt, and the serious consequences of such a finding, they come to see themselves as having no accountability for the crime they have committed. Nor are they encouraged to acknowledge and deal with any subjective moral guilt which they may feel, guilt feelings that can leave them emotionally damaged*.[1324]

Cette situation serait en outre aggravée par le fait qu'aucun rôle actif ne leur est accordé dans le déroulement du procès. De même que l'État, ils sont généralement représentés tout au long des procédures par un professionnel du droit (leur avocat), chargé de s'exprimer en leur nom et de défendre leurs intérêts. Cette absence d'inclusion et de participation directe des contrevenants dans le processus judiciaire, associé à une terminologie juridique abstraite, les encouragerait alors, consciemment ou non, à rationaliser leurs actes, à déshumaniser leur victime et à ne s'intéresser qu'à leur propre situation[1325].

En second lieu, la sanction du malfaiteur ne permettrait pas, à elle seule, de guérir les préjudices subis par la victime. Si le châtiment est parfois présenté comme la preuve que la société considère, collectivement, le crime commis comme une infraction sérieuse et inacceptable, il ne démontrerait pas que la société se préoccupe des dommages matériels ou psychologiques effectivement subis par la victime ni de ses revendications. La sanction du malfaiteur peut évidemment *contribuer* au processus de guérison de la victime, mais elle ne doit pas être perçue comme une forme de guérison en elle-même. De plus, puisque c'est encore une fois l'État qui est considéré comme la victime, c'est souvent à lui seul que les coupables doivent « rendre des comptes »[1326]. Les malfaiteurs peuvent ainsi être amenés à penser qu'en ayant purgé leur peine ils ont payé leur dette envers l'État et la société, et qu'ils n'ont donc plus aucune responsabilité de réparer les dommages causés à la

---

[1324] Johnstone, *supra* note 1294 à la p 74. Voir aussi Wright, *supra* note 1320 à la p 104 et suiv.
[1325] Zehr, *supra* note 27 aux pp 39-49; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 81; Braithwaite, « Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts », *supra* note 1299 à la p 47; Walker, *supra* note 1310 à la p 148; Morris & Young, *supra* note 1308 à la p 13.
[1326] Zehr, *supra* note 27 à la p 84.

victime[1327]. La culpabilité reconnue au terme des procédures judiciaires ne devrait donc pas être confondue avec la responsabilisation des criminels. Ces derniers n'auraient en effet que rarement la possibilité de se sentir véritablement responsables de leur geste, puisqu'ils n'y sont pas encouragés et qu'ils n'ont pratiquement jamais l'occasion d'entrer en contact avec leurs victimes et donc de mesurer l'ampleur des dommages matériels, psychologiques ou encore moraux qu'ils leur ont effectivement causés[1328]. Plus généralement, Jennifer Llewellyn souligne qu'en adoptant un fonctionnement bipartisan et axé sur la confrontation des parties, le système judiciaire :

> […] *pits plaintiffs against defendants (note that even the language invokes the idea that one side is being attacked by the other and thus must defend itself). The adversarial system sets up a dichotomy of winners and losers in which there is little or no room for compromise*. […] *it focuses the parties' attention on winning rather than on ascertaining what happened and what ought to be done about it. It locks parties into their positions as plaintiffs or defendants and into the behaviour expected of each. It thus fails to explore the ways in which the plaintiffs and defendants might share common goal or share common interests in how the dispute is resolved. To function, the system must have a winner and a loser, and it is ill equipped to envision other outcomes*.[1329]

L'emprisonnement, au lieu d'être une mesure d'exception, serait par ailleurs devenu une sanction normale pour un large éventail d'infractions. Or, un tel châtiment, en plus d'encourager les criminels à vouloir l'éviter, entraverait la réparation des préjudices subis par leurs victimes. Comme le souligne Gerry Johnstone :

> *For example, a crown prosecutor might argue that a particular offender should go to prison in the public interest. If the offender's victims had a voice in the process, they might well point out that by sending the offender to prison and thereby preventing them from earning money, the court prevents them from compensating the victims, where compensation may be of more value to them than any satisfaction or sense of security which they might receive from knowing that the person who caused them pain is suffering in return*.[1330]

Au lieu de contribuer à améliorer les comportements indésirables, la prison représenterait en outre une « école du crime » et tendrait, au contraire, à les exacerber. Un

---

[1327] *Ibid* à la p 78; *La Justice restaurative; Rapport du groupe de travail*, Paris, Conseil national de l'aide aux victimes, 2007 à la p 6; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 56-57.
[1328] Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 81-82.
[1329] Jennifer J Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School Abuse in Canada: Litigation, ADR, and Restorative Justice » (2002) 52:3 Univ Tor Law J 253-300 aux pp 271-272.
[1330] Johnstone, *supra* note 1294 à la p 55.

contrevenant en milieu carcéral aurait en effet de bonnes chances de devenir à son tour victime d'agressions, d'apprendre que le conflit est une situation relationnelle normale et que la violence est une manière acceptable de résoudre les problèmes[1331]. Force est en outre de constater que la plupart des systèmes carcéraux n'encouragent pas les détenus à devenir des membres responsables et respectables capables de fonctionner en société. Au lieu de favoriser leur réintégration, l'emprisonnement ne leur apprend pas à garder un emploi ni à payer des factures et empêcherait finalement toute autonomisation des détenus qui, une fois sortis, se retrouvent souvent livrés à eux-mêmes[1332]. Ils peuvent alors être amenés à chercher refuge auprès d'autres individus frappés du même stigma et à commettre de nouvelles offenses afin de prouver ou de maintenir leur appartenance à cette nouvelle communauté d'adoption[1333]. Pour les promoteurs de la justice réparatrice, les malfaiteurs doivent non seulement être responsabilisés envers leurs victimes, mais ont également besoin d'apprendre qu'ils ont la capacité de prendre les bonnes décisions et d'être dignes de confiance et de respect[1334].

Enfin, alors que les systèmes judiciaires ne laissent souvent que peu de place aux protagonistes du crime, ils reposent paradoxalement sur des principes hautement individualistes. Comme il a été vu précédemment, on considère généralement qu'un individu ne peut être tenu responsable que des actes qu'il a lui-même commis, tandis que seule la victime ou ses ayants droit immédiats peuvent être dédommagés. Les notions de responsabilités ou de réparations collectives sont encore très controversées. De même, le caractère bipartisan de nombreuses procédures judiciaires pénales ne laisserait que peu de place aux besoins de tierces parties pouvant avoir un intérêt dans l'affaire, mais n'ayant pas le statut juridique de responsable ou de victime[1335]. Ce faisant, le système judiciaire classique opère traditionnellement dans une logique « distributive » ou « correctrice » :

[1331] Zehr, *supra* note 27 aux pp 40-44 et 60-62; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 75; Walker, *supra* note 1310 à la p 147; Braithwaite, « A future where punishment is marginalized », *supra* note 1300 aux pp 1738-1739.
[1332] Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 73-74.
[1333] Braithwaite, « A future where punishment is marginalized », *supra* note 1300 aux pp 138-139; John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989 à la p 18.
[1334] Zehr, *supra* note 27 à la p 45.
[1335] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 aux pp 271-272.

dans une perspective distributive, il veille au maintien d'une distribution équitable des droits et des responsabilités, des bénéfices et des fardeaux, ainsi que des ressources et des obligations dans une société « juste » ; dans une perspective « correctrice », il vise à restaurer l'équilibre distributif lorsque celui-ci a été perturbé par un crime[1336]. Dans ces conditions, les crimes sont considérés comme de simples interférences dans un système juridique et social autrement « juste » et « équilibré », et les tribunaux ont pour objectif – par le biais de la sanction du malfaiteur et de la compensation des victimes, de permettre un retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire à la situation qui prévalait avant les faits. À moins que ces éléments ne soient considérés comme pertinents dans le cadre des affaires qui leur sont présentées, les tribunaux se préoccupent donc rarement des origines socio-économiques ou politiques des violences qu'ils condamnent, et de leurs éventuelles conséquences ou ramifications sociétales[1337].

1.1.2. La justice restaurative comme solution

Au cours des dernières décennies, sous l'impulsion d'organisations de défense des droits des victimes, diverses réformes ont été mises en œuvre en leur faveur. On peut par exemple évoquer la mise en place des déclarations des victimes sur les conséquences du crime, leur participation dans les audiences en vue de la remise en liberté anticipée des condamnés, ou encore leur consultation en vue de connaître leur opinion sur la sentence qui devrait être prononcée[1338]. De nombreux États ont également mis en place des mécanismes visant à octroyer automatiquement des compensations aux victimes d'actes criminels[1339]. Plusieurs auteurs soulignent cependant que ces réformes sont parfois

---

[1336] Encinas de Munagorri, *supra* note 20 à la p 213 et suiv.; Shelton, *supra* note 6 aux pp 10-11; Margaret Urban Walker, « Restorative Justice and Reparations » (2006) 37:3 J Soc Philos 377 à la p 378; Jeppe von Platz & David A Reidy, « The Structural Diversity of Historical Injustices » (2006) 37:3 J Soc Philos 360-376 à la p 361. Pour Margaret Urban Walker : « *There is no canonical formal characterization of the kind of justice that sets right wrongful or undue losses and injuries any more than there is a single accepted terminology*. […] *common function of corrective justice in numerous accounts, however, is that there is a standard of moral acceptability for the impact we have on each other through our actions and interactions, and that corrective justice responds to correct those impacts of action and interaction that fall outside of that standard of moral acceptability, however it is characterized* ».

[1337] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 281.

[1338] van Dijk, *supra* note 1314 aux pp 124-126.

[1339] *Supra* note 10 au para 12.

problématiques. Martin Wright souligne par exemple que la participation des victimes devant les tribunaux pénaux peut se révéler contre-productive :

> *Victims might then be exposed to hostile cross-examination, to make sur they had not exaggerated* […] *victims might fear retaliation because the offender may see the statement* […] *some victims are disillusioned if they expect it to influence the outcome and it doesn't.*[1340]

Pour ces auteurs, la participation directe des victimes ne peut être bénéfique qu'à condition que la justice soit orientée vers la réparation de leurs souffrances, plutôt que vers la punition du malfaiteur. Quant aux compensations forfaitaires versées aux victimes par les gouvernements, elles sont présentées comme ayant des bienfaits limités dans la mesure où elles ne sont généralement accordées qu'aux victimes de crimes violents, sans égard aux besoins exprimés par ces dernières ; elles ne reflètent pas une quelconque prise de responsabilité par le malfaiteur puisqu'elles n'émanent pas de lui, et elles contribuent de ce fait rarement à réparer les dommages non matériels subis par les victimes[1341].

Si elles restent néanmoins bien accueillies, les promoteurs de la justice restaurative maintiennent que ces réformes n'altèrent pas fondamentalement la place des victimes dans le système judiciaire pénal qui continue de négliger leurs besoins[1342]. Pour ces auteurs, tant que les crimes seront avant tout perçus comme une transgression de la loi et que le processus judiciaire recherchera principalement la sanction du coupable, les besoins et intérêts des victimes resteront relégués au second plan, derrière ceux de l'État et de la société dans son ensemble. Face à cette situation, les tenants de la justice restaurative soulignent alors la nécessité d'une véritable réforme systémique et de sortir du paradigme judiciaire punitif dominant, c'est-à-dire de modifier la manière de considérer les crimes et d'y répondre.

[1340] Wright, *supra* note 1320 à la p 100; van Dijk, *supra* note 1314 à la p 126.

[1341] Comme il a déjà été mentionné, de nombreuses victimes peuvent en outre se sentir « offensées » par la présomption voulant qu'une quelconque somme d'argent puisse réparer l'intégralité des préjudices qu'elles ont subis. Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 60-61; Randy E Barnett, « Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice » (1977) 87:4 Ethics 279-301 à la p 287; Jan van Dijk, *Compensation by the state or by the offender: the victim's perspective* , Cambridge, 1984; Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 aux pp 274-275.

[1342] Zehr, *supra* note 27 à la p 97; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 52; David Cayley, *The Expanding Prison: The Crisis in Crime and Punishment and the Search for Alternatives*, Pilgrim Press, 1998 à la p 290.

Bien que des conceptions parfois très différentes de la justice restaurative aient été progressivement développées, au point que l'on considère aujourd'hui qu'il y a autant de définitions que de théoriciens et de praticiens[1343], tous sont unis par une même idée fondamentale : un crime doit être considéré comme une atteinte envers une *personne*[1344] ; il entraîne donc l'obligation de reconnaître et de réparer les préjudices subis par cette dernière[1345], et ainsi d'œuvrer en vue de réparer le tissu social endommagé[1346]. Pour y parvenir, il est essentiel que les protagonistes du crime, victimes et malfaiteurs, retrouvent leur place au cœur du processus de justice[1347]. Il faut agir *avec* les principaux concernés plutôt qu'*envers* eux afin de répondre adéquatement aux besoins des victimes et tenir les malfaiteurs responsables de leurs actes[1348]. Partant de là, plusieurs caractéristiques fondamentales de la justice restaurative peuvent être identifiées.

En premier lieu, il est indispensable de ne plus faire du crime une abstraction : avant d'être une atteinte à la loi et à l'intérêt public, un crime est une atteinte envers une autre *personne*[1349]. Un crime n'est pas non plus une simple atteinte envers des droits abstraits dont les individus sont titulaires, il est aussi la cause de traumatismes et de dommages concrets (matériels, psychologiques et relationnels) qui doivent impérativement être réparés[1350]. Cela étant, il semble alors normal que les besoins, les intérêts et les revendications des victimes retrouvent leur place au cœur du processus de justice[1351] et, pour ce faire, la parole doit leur être donnée[1352]. Les premières questions qui doivent être

---

[1343] Johnstone & Ness, *supra* note 1298 à la p 6; Margarita Zernova & Martin Wright, « Alternative Visions of Restorative Justice » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handb Restor Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 91 à la p 92.
[1344] Zehr, *supra* note 27 aux pp 183-189; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 54; Kay Pranis, « Restorative Values » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handb Restor Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 59 aux pp 60-72.
[1345] Zehr, *supra* note 27 à la p 189.
[1346] Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302 aux pp 44 et 51; note 1327 à la p 3.
[1347] Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302.
[1348] *Ibid.*
[1349] Zehr, *supra* note 27 aux pp 183-185; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 53-54.
[1350] Zehr, *supra* note 27 à la p 189; Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 290; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 53; Jacques Lecomte, « La justice restauratrice » dans Jacques Lecomte, dir, *Psychol Posit Instrum Chang Soc*, Malakoff, Dunod, 2014 259 à la p 265.
[1351] Christopher Bennett, « Satisfying the Needs and Interests of Victims » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handb Restor Justice*, Londres, Willan Publishing, 2011.
[1352] Zehr, *supra* note 27 à la p 192; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 54.

posées aux victimes pour que justice soit rendue sont : « quels ont été les préjudices subis ? » et « que peut-on faire pour les réparer ? »[1353]. L'attention se focalise ainsi non pas sur la transgression de la loi, mais sur les conséquences concrètes de l'acte délictueux. Pour guérir et retrouver leur autonomie, les victimes doivent se sentir soutenues, écoutées, et savoir qu'elles ont un rôle central dans le processus et les prises de décisions concernant le crime[1354].

La guérison des victimes passe ensuite par la réparation effective des dommages matériels et psychiques ou émotionnels ainsi identifiés. Dépendamment de la situation, celle-ci peut être directe ou indirecte, totale ou partielle, matérielle ou symbolique, ou toute combinaison de ces modes de réparation[1355]. Contrairement au modèle de justice punitif, la réparation vise ici en premier lieu à réduire la souffrance de la victime et non à infliger au coupable une souffrance égale[1356]. Si la réparation n'est qu'un des éléments permettant à la victime de surmonter les conséquences du crime, on s'accorde toutefois à dire qu'elle permet d'atteindre quatre objectifs : elle répare les dommages, contribue à la reconnaissance du statut de victime, identifie les responsabilités, et aide à rétablir l'équilibre. La réparation doit répondre aux besoins de la victime, et elle doit donc être idéalement adaptée à chaque cas[1357].

En deuxième lieu, la justice restaurative propose de modifier le traitement réservé aux malfaiteurs. Au lieu de mettre l'accent sur leur culpabilité, la justice restaurative se concentre sur leur réintégration. Pour ce faire, elle s'assure qu'ils sont responsabilisés, qu'ils prennent conscience de la portée de leurs actes et de l'ensemble de leurs conséquences pour les victimes, et leur donne l'opportunité d'entreprendre les démarches

---

[1353] Zehr, *supra* note 27 aux pp 189-193.
[1354] *Ibid* aux pp 195-196; Schiff, *supra* note 27; Christophe Béal, « Justice restaurative et justice pénale » (2018) N° 93:1 Collège Int Philos Rue Descartes 58-71 à la p 60.
[1355] Le terme « réparation » est généralement compris dans un sens très large qui englobe les concepts de « restitution » et de « compensation ». Lorsqu'elle est matérielle, la réparation prend souvent la forme d'une restitution/remplacement ou d'une compensation financière. Susan Sharpe, « The Idea of Reparation » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handb Restor Justice*, Cullompton; Portland, Willan, 2011 24.
[1356] Zehr, *supra* note 27 à la p 195; Sharpe, *supra* note 1355.
[1357] Sharpe, *supra* note 1355.

nécessaires pour réparer les préjudices causés[1358]. S'ils ont toujours l'obligation de rendre des comptes, c'est donc désormais envers la victime et non envers l'État ou la société. C'est en premier lieu à eux (et non à l'État) que revient le devoir d'offrir réparation à la victime par le biais d'une restitution ou d'une compensation (financière, matérielle ou symbolique), laquelle doit répondre aux besoins de la victime et être autant que possible en rapport avec les conséquences de leur crime. À titre d'illustration, un individu qui serait condamné à nettoyer la bordure de l'autoroute après avoir incendié la boîte aux lettres de son voisin percevrait cette solution comme une simple punition et non comme une mesure de réparation constructive ou logique[1359].

Bien qu'ils ne soient souvent pas en mesure de réparer l'intégralité des dommages causés, les promoteurs de la justice restaurative soutiennent que les actes de restitution ou de compensation réalisés personnellement par les malfaiteurs ont des effets bénéfiques en ce qu'ils témoignent de leur prise de responsabilité, ce qui contribue au processus de guérison psychologique et relationnel des victimes[1360]. Idéalement, et pour répondre aussi à certains besoins des auteurs de crime (apprendre à avoir un comportement responsable, développer de meilleures aptitudes relationnelles, etc.), ces derniers doivent participer activement aux discussions et à la prise de décision concernant la réparation à effectuer[1361]. Comme le résume Mark Umbreit :

> [*I*]*n the restorative justice paradigm the meaning of accountability shifts the focus from incurring a debt to society to that of incurring a responsibility for making amends to the victimized person; from passively taking punishment to actively making things right. Rather than emphasizing punishment of past criminal behavior, accountability in the restorative justice paradigm taps into the*

[1358] Johnstone, *supra* note 1294 à la p 82.
[1359] Zehr, *supra* note 27 à la p 202; Sharpe, *supra* note 1355.
[1360] Une réparation partielle est parfois considérée comme une réparation symbolique en ce qu'elle témoigne de la volonté de l'auteur de réparer les torts causés et d'une reconnaissance par ce dernier de sa responsabilité. Sharpe, *supra* note 1355 à la p 27; Walgrave, « À la recherche d'une théorie et d'un programme », *supra* note 1300 à la p 10; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 54 et 63; van Dijk, *supra* note 1341; Suzanne Retzinger & Thomas Scheff, « Strategy for Community Conferences: Emotions and Social Bonds » dans Burt Galaway & Joe Hudson, dir, *Restor Justice Int Perspect*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1996 315 à la p 316.
[1361] Susan Sharpe parle ainsi de « *responsible sentencing* ». Sharpe, *supra* note 1355; Llewellyn & Howse, *supra* note 1299 à la p 39; Zehr, *supra* note 27 aux pp 202-203.

> *offender's strengths and competencies to take direct and active responsibility to compensate the victim for material or emotional losses.*[1362]

Finalement, les mesures de restitution ou de compensation n'étant pas toujours suffisantes malgré leur valeur symbolique, les coupables sont aussi fortement encouragés à exprimer leurs remords, à présenter des excuses, à expliquer les raisons de leur geste à leurs victimes et à répondre à leurs questions[1363]. Ce faisant, la justice restaurative entend prévenir la récidive en brisant les schémas de reproduction de la violence, et en empêchant la rationalisation du crime et la déshumanisation de la victime par le malfaiteur[1364]. Loin d'être une alternative « douce » au système pénal, la justice restaurative confronte les contrevenants à leurs victimes et à l'opprobre de leurs proches et de la communauté, les oblige à assumer leurs responsabilités et à participer activement à la réparation des dommages causés[1365].

En troisième lieu, pour identifier et répondre aux besoins des victimes, et responsabiliser les criminels, les tenants de la justice restaurative proposent un modèle de fonctionnement procédural dans lequel la justice doit être activement expérimentée par les protagonistes, et pas seulement observée[1366]. Les parties doivent pouvoir exprimer librement leurs émotions, et invoquer tous les faits et arguments qu'elles estiment nécessaires ou pertinents[1367]. Des interactions sécuritaires, directes et relativement informelles entre le malfaiteur, la victime et leurs proches, ainsi que les membres concernés de leur communauté, sont ainsi suggérées[1368]. Pour les promoteurs de la justice restaurative, ces rencontres se révèleraient bien plus bénéfiques que les procédures formelles devant les tribunaux, dans lesquelles victimes et malfaiteurs sont placés en position d'observation et de confrontation indirecte par le biais de leurs avocats :

[1362] Mark S Umbreit, « Holding juvenile offenders accountable: A restorative justice perspective » (1995) 46:2 Juv Fam Court J 31 à la p 31.
[1363] Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 86-87; Retzinger & Scheff, *supra* note 1360 aux pp 316-319.
[1364] Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 75-91.
[1365] Llewellyn & Howse, *supra* note 1299 à la p 39. Ce faisant, la justice réparatrice s'oppose aussi bien au modèle de justice « punitif » qu'au modèle de justice « réhabilitatif » (ou « thérapeutique ») qui met davantage l'accent sur les besoins du criminel. Lefranc, « Le mouvement pour la justice restauratrice », *supra* note 1296 à la p 394; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 77-78.
[1366] Zehr, *supra* note 27 à la p 204; Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302 aux pp 45-47.
[1367] Johnstone, *supra* note 1294 à la p 82; Cayley, *supra* note 1342 aux pp 172-174.
[1368] Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 113-114. Voir aussi Walker, *supra* note 1336 à la p 384.

> *A mediation meeting with offenders can also play a role in reducing the victim's fear and sense of powerlessness, since it allows them to see the offender as an ordinary vulnerable person rather than the threatening, all-powerful figure which, in line with public stereotypes, they often imagine criminals to be*. […] *Meetings between victims and offenders focusing on restitution and reparation can also help victims to recover a sense of personal power. By discussing and negotiating with the offender and others about what would be a suitable form and amount of restitution, victims can take part in the justice process and gain control over the outcomes to their conflicts*.[1369]

Ces rencontres se déroulent généralement dans un lieu choisi par les parties, et sous les auspices d'un facilitateur chargé de structurer les échanges, mais ne détenant pas de pouvoir décisionnel[1370]. Les parties concernées sont également invitées à décider, ensemble et de manière souple, de ce qui doit être fait pour réparer les torts causés. À la différence du système judiciaire dans lequel les sentences sont généralement encadrées par des dispositions normatives (qu'il s'agisse de règles juridiques, de précédents ou de guides relatifs à la détermination des peines), la réparation des dommages causés peut prendre n'importe quelle forme jugée acceptable par les parties :

> *For example, if the victim of an assault wants an apology and £100 compensation, the community thinks the perpetrator should also agree to being "curfewed" at night and to meet regularly with a circle of support and accountability, and the offender finds these proposals acceptable, then from a restorative justice perspective, this is what should happen. The fact that, in a similar case, the offender was sent to prison for one year is immaterial*.[1371]

On considère en outre qu'une réparation élaborée conjointement par les parties sera plus efficace que si elle est imposée par un juge, et qu'elle favorisera la réhabilitation du contrevenant[1372].

[1369] Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 63-64. Voir aussi Robert A Baruch Bush & Joseph P Folger, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2004. Pour ces auteurs, le processus et la participation active des parties seraient même plus importants que l'accord de réparation auquel elles peuvent aboutir.

[1370] Le terme « facilitateur » est parfois préféré à celui de « médiateur » ou de « conciliateur » qui pourraient impliquer que les torts sont partagés entre la victime et l'auteur du crime.

[1371] Certains programmes de justice réparatrice prévoient toutefois que l'entente à laquelle les parties aboutissent doit être approuvée par un juge ayant un pouvoir de véto si celle-ci s'éloigne trop des standards de justice généralement reconnus. Afin de préserver les objectifs de la justice réparatrice, les ententes sont cependant rarement modifiées ou rejetées. Johnstone, *supra* note 1294 à la p 114.

[1372] Sharpe, *supra* note 1355; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 85.

Sur les modalités procédurales de la justice restaurative, ses promoteurs sont cependant divisés entre partisans d'une approche « minimaliste » et partisans d'une approche « maximaliste »[1373]. Pour les « minimalistes », le processus tient une place primordiale. Victimes et malfaiteurs doivent interagir directement et volontairement pour résoudre leur conflit et aboutir à une solution réparatrice. Toute forme de coercition doit être rejetée, et la présence de professionnels de la justice doit être évitée au maximum[1374]. Ainsi, une mesure réparatrice décidée et imposée par un juge n'est considérée, au mieux, que comme « partiellement restaurative »[1375]. Pour les « maximalistes » en revanche, le résultat est primordial et un large éventail de processus et mécanismes peut être utilisé. Certains maximalistes considèrent ainsi que tout mécanisme alternatif au système judiciaire classique peut avoir une portée restaurative[1376]. Ils incluent donc dans leur conception de la justice restaurative les processus de négociation, de conciliation, de médiation, la médiation/arbitrage, ou encore l'arbitrage pouvant être utilisés pour résoudre des litiges[1377]. Comme vu précédemment en matière de restitution de biens culturels, ces MARC ne sont pas contraints à l'application stricte du droit ou de règles de procédures standard préétablies. Ils opèrent généralement suivant un mode de fonctionnement souple permettant de faire appel à des normes et valeurs autres que purement juridiques et sont davantage orientés vers la satisfaction des parties et la conciliation de leurs intérêts que vers l'attribution pure et simple des torts. L'approche maximaliste présente ainsi l'avantage de considérer comme « restauratives » des mesures prises en vue de reconnaître et réparer les torts subis par la victime lorsque l'identité du malfaiteur n'est pas connue, lorsqu'il a

---

[1373] Jaccoud, « Innovations pénales et justice réparatrice », *supra* note 1294 aux pp 5-8.
[1374] Walgrave, « À la recherche d'une théorie et d'un programme », *supra* note 1300 à la p 12.
[1375] Il n'est pas rare, dans le système judiciaire pénal, que les contrevenants soient condamnés à des sentences autres que la prison. Ils peuvent par exemple être contraints à la réalisation de travaux d'intérêt général, au versement de compensations à la victime, à la restitution des biens, etc. Au Royaume-Uni par exemple, le terme « justice restaurative » est souvent employé pour qualifier tout type de procédures dans lesquelles l'accent a été mis sur la réparation des dommages, quand bien même les procédures judiciaires ayant permis d'y aboutir n'avaient rien de « restauratives ». En conséquence, ces mesures ne sont pas perçues par les « minimalistes » comme ayant beaucoup d'effets positifs sur les victimes, les contrevenants ou leur communauté. Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 116-118.
[1376] Walgrave, « À la recherche d'une théorie et d'un programme », *supra* note 1300 aux pp 9 et 11.
[1377] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 277; Llewellyn & Howse, *supra* note 1299 à la p 100.

disparu ou lorsqu'il est impossible d'aboutir à un arrangement consenti entre les parties[1378]. Par exemple, lorsque les rencontres directes entre victime et malfaiteur ne sont pas possibles ou recommandées, d'autres options sont envisageables comme des rencontres avec des victimes ou auteurs de « substitution », impliqués dans des crimes similaires[1379]. Si les maximalistes n'excluent pas le recours à la contrainte ou à des décideurs externes, ils reconnaissent toutefois que la participation volontaire de l'ensemble des protagonistes donne généralement de meilleurs résultats[1380].

Enfin, la justice restaurative se préoccupe autant du crime que de l'environnement dans lequel il s'est déroulé, a trouvé son origine, et sur lequel il peut avoir des conséquences. Elle accorde donc une place fondamentale au contexte et aux communautés (ou collectivités)[1381]. L'ontologie restaurative met en effet l'accent sur la nécessité de réparer les relations sociales[1382] et repose sur l'idée que les êtres humains ont besoin d'appartenir à une communauté. Or, un crime a pour conséquence de mettre à mal cette communauté en perturbant les relations sociales qui la composent : la victime se sent trahie par la communauté qui a échoué à la protéger ; l'auteur du crime fait l'objet d'une exclusion à cause de son geste et doit agir pour regagner la confiance de ses pairs ; enfin, la communauté elle-même est concernée dans la mesure où elle n'a pas su prévenir le crime, et où ses valeurs ont été perturbées par le crime[1383]. L'infraction est en outre généralement perçue comme le résultat d'une iniquité préexistante. La communauté dans son ensemble

---

[1378] Walgrave, « À la recherche d'une théorie et d'un programme », *supra* note 1300 aux pp 10, 12 et 21-24; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 64-66.
[1379] Zehr, *supra* note 27 aux pp 205-207; Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302.
[1380] Zernova & Wright, *supra* note 1343; Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302 aux pp 49-54.
[1381] Cette notion, centrale à la justice restaurative, peut être difficile à définir. Une communauté ou collectivité peut désigner une famille, un quartier, une équipe sportive, un établissement scolaire ou encore être fondée sur le domaine professionnel, un intérêt commun, ou la société dans son ensemble. Chacun de ces types de collectivité peut subir des préjudices différents et à divers degrés. L'idée de collectivité doit donc être flexible et contextualisée pour chaque situation. Llewellyn & Howse, *supra* note 1299 aux pp 56-58; note 1327 à la p 6; Walgrave, « À la recherche d'une théorie et d'un programme », *supra* note 1300 à la p 14 et suiv.; Walker, *supra* note 1336 aux pp 386-387.
[1382] Il est important ici de préciser qu'il ne s'agit pas nécessairement ici de restaurer des relations personnelles entre victime et malfaiteur, mais de restaurer des relations sociales équitables. Comme le souligne Jennifer Llewellyn : « *For example, a restorative process dealing with spousal violence would not generally entail, and certainly would not require, the reconstruction of an intimate relationship between the individuals involved, but it would entail their coexistence with security and equal respect within the same community* ». Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 aux pp 289-290.
[1383] Bennett, *supra* note 1351 aux pp 248-256.

doit donc aller au-delà de la résolution du conflit qui lui est présenté et s'interroger sur le contexte et sur les causes politiques ou socio-économiques sous-jacentes au crime et les traiter[1384].

Dans cette perspective, la justice restaurative adopte une approche participative et accorde un rôle clef aux proches des parties (famille, amis), et plus largement aux collectivités qui doivent soutenir les victimes et leur permettre de se sentir en sécurité, favoriser la réintégration du malfaiteur en reconnaissant ses efforts de responsabilisation et en évitant sa stigmatisation, tout en condamnant publiquement les abus commis et en recherchant activement des solutions aux racines de la violence[1385]. Ce faisant, la résolution du conflit et la restauration de l'harmonie sociale deviennent aussi pour la communauté une occasion de renforcer ses liens et une opportunité de redéfinir ou d'améliorer ses normes et ses règles de vie en société[1386]. En ce sens, la justice restaurative ne vise pas simplement un retour au « *statu quo ante* », mais constitue aussi une occasion d'établir un nouvel équilibre plus sain, et des relations sociales moralement acceptables.

1.1.3. Débats internes et critiques de la justice restaurative

Partant d'une idée relativement simple qui consiste à remettre les protagonistes au cœur du processus judiciaire, le mouvement pour la justice restaurative est aujourd'hui traversé de très nombreux débats et se révèle avoir des prolongements complexes[1387]. Parmi les nombreux questionnements qui l'animent, quelques-uns des plus importants peuvent être brièvement présentés.

[1384] *Ibid*; Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302 aux pp 44 et 51; Paul McCold, « Restorative Justice and the Role of Community » dans Burt Galaway & Joe Hudson, dir, *Restor Justice Int Perspect*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1996 à la p 96.
[1385] Zehr, *supra* note 27 aux pp 196-197; Schiff, *supra* note 27 aux pp 236-237; Bennett, *supra* note 1351; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 79-80 et 87-88.
[1386] Christie, *supra* note 1295; Christie, « Conflicts as property », *supra* note 1302; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 120-125.
[1387] Johnstone & Ness, *supra* note 1298; Zernova & Wright, *supra* note 1343.

Outre le débat opposant les « minimalistes » aux « maximalistes » évoqué ci-dessus, plusieurs promoteurs de la justice restaurative s'interrogent quant au fait de savoir si le châtiment à sa place dans la justice restaurative[1388]. Si certains, comme Susan Sharpe, considèrent que le châtiment du malfaiteur, sous quelque forme que ce soit, est tout simplement contraire à l'idée que la justice restaurative représente un nouveau paradigme[1389], la majorité des auteurs reconnaît toutefois que s'il doit être évité autant que possible, le châtiment ne peut pas être aboli. Pour John Braithwaite notamment, la sanction punitive peut être un dernier recours nécessaire en cas d'échecs répétés de processus restauratifs, et la menace indirecte et implicite de la sanction peut représenter un incitatif à y participer[1390]. Par ailleurs, le processus de justice restaurative, en ce qu'il fait souvent naître des sentiments de honte ou de malaise voire d'humiliation chez les criminels, est parfois présenté en lui-même comme une forme de châtiment (quoique, pour certains auteurs, il ne s'agit pas d'une souffrance qui leur serait *délibérément* infligée, contrairement à une sentence judiciaire)[1391].

Selon la même logique, se pose également la question de la proportionnalité, et de ce qu'il est acceptable, ou non, de demander en guise de réparation : quel degré de difficulté la réparation doit-elle avoir ? Est-il plus important que le dommage soit réparé ou que l'auteur du crime ait à « souffrir » pour réparer ? La littérature sur le sujet est ainsi partagée sur l'acceptation, ou non, des « réparations punitives » et sur la question de la nécessaire proportionnalité entre les dommages subis, la gravité du crime, et ce qu'il est raisonnablement possible d'attendre de la part du malfaiteur[1392]. De manière générale, il est admis que la réparation peut représenter un fardeau pour l'auteur du crime, et qu'elle peut être pénible ou inconfortable, mais qu'elle doit rester acceptable et ne pas être conçue dans

---

[1388] Zehr, *supra* note 27 aux pp 209-211.
[1389] Sharpe, *supra* note 1355.
[1390] Braithwaite, « A future where punishment is marginalized », *supra* note 1300 à la p 63.
[1391] Johnstone, *supra* note 1294 à la p 91; Lode Walgrave, « Restorative justice and the republican theory of criminal justice: an exercise in normative theorizing on restorative justice » dans John Braithwaite & Heather Strang, dir, *Restor Justice Philos Pract*, Routledge, 2001 165.
[1392] Sharpe, *supra* note 1355; Walgrave, « À la recherche d'une théorie et d'un programme », *supra* note 1300 à la p 24.

le seul but de le faire souffrir[1393]. La réparation et la guérison de la victime, ainsi que la restauration des relations sociales, doivent toujours rester les objectifs.

La place et le rôle des communautés (et de l'intérêt collectif) dans les mécanismes de justice restaurative soulèvent également des interrogations dans la mesure où celles-ci détiennent à la fois une part de responsabilité, et un intérêt légitime à s'assurer que le crime ne se reproduira pas[1394]. Faut-il limiter la participation des tiers pour ne pas accentuer à nouveau l'aspect public du crime ? Les communautés devraient-elles posséder et gérer leur propre processus de justice ? Leur participation ne risque-t-elle pas d'aboutir à un renforcement des inégalités ou des hiérarchies, en particulier lorsque la communauté en question n'est pas « saine » ?[1395] D'un point de vue culturel, il convient en effet de mentionner que, dans certaines communautés, la hiérarchisation des rapports sociaux pourrait limiter les possibilités de dialogues entre les sexes, les classes ou les générations[1396]. Dans cette perspective, le facilitateur, en tant que gardien de l'équilibre du processus, doit détenir des qualifications requises pour l'exercice de cette fonction[1397] et doit, si nécessaire, disposer de bonnes connaissances des cultures et des communautés impliquées.

L'un des principaux débats au sein du mouvement pour la justice restaurative concerne également la place que ce modèle devrait occuper vis-à-vis du système de justice pénale classique[1398]. La justice restaurative devrait-elle n'être qu'une alternative volontairement choisie par les parties, et ainsi fonctionner en parallèle du système judiciaire, de manière autonome (c'est généralement le modèle privilégié par les « minimalistes ») ? Ou, au contraire, le système pénal doit-il se transformer pour se

---

[1393] Johnstone, *supra* note 1294 à la p 77.
[1394] Zehr, *supra* note 27 à la p 234; Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302; Schiff, *supra* note 27; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 62.
[1395] Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302.
[1396] Laura Stovel & Marta Valinas, *Restorative Justice after Mass Violence: Opportunities and Risks for Children and Youth* UNICEF Innocenti Research Centre, 2010) [unpublished] à la p 10.
[1397] Gaudreault, *supra* note 1402 à la p 5.
[1398] Zehr, *supra* note 27 aux pp 218-227; Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302; Zernova & Wright, *supra* note 1343; Johnstone, *supra* note 1294 aux pp 134-139; Véronique Strimelle, « La justice restaurative : une innovation du pénal ? » (2007) Champ PénalPenal Field (Séminaire Innovations Pénales) .

rapprocher des procédures civiles, plus axées sur la réparation, et intégrer davantage d'éléments de justice restaurative (approche « maximaliste ») ? Lode Walgrave, par exemple, plaide en faveur d'une transformation du système pénal plutôt que son remplacement par le modèle de justice restaurative qu'il conçoit davantage comme une « philosophie judiciaire » que comme un nouveau paradigme[1399]. Pour Walgrave, il est possible de jumeler le modèle pénal et restauratif, en favorisant le développement de mesures informelles au sein du système pénal traditionnel, sans nécessairement remettre en question les fondements du système lui-même. De même, Gerry Johnstone voit davantage les processus de justice restaurative comme un moyen de désengorger le système pénal en y référant des affaires, soit durant les phases préliminaires du procès, soit au moment de la sentence[1400].

Il convient par ailleurs, sur ce point, de souligner que « la justice réparatrice contient en elle-même des limites objectives »[1401]. D'une part, le recours à un mécanisme de justice restaurative, et en particulier l'organisation d'une rencontre directe entre l'auteur du crime et la victime, est en principe soumis à l'accord des parties. Or, dans de nombreuses situations, notamment dans les cas d'atteinte à l'intégrité sexuelle ou physique, il est fréquent que les victimes refusent d'être mises en présence de leur agresseur[1402]. Il ne serait aussi guère souhaitable d'organiser ce type de rencontre dans les cas de crimes commis en bande, à la fois en raison du nombre de malfaiteurs et en raison de la réticence des victimes qui pourraient se sentir une nouvelle fois en situation d'infériorité[1403]. D'autre part, la participation du malfaiteur devrait non seulement être volontaire pour que le processus soit plus efficace, mais elle exige également qu'il reconnaisse, au moins partiellement, les faits

---

[1399] Lode Walgrave, « Integrating criminal justice and restorative justice » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handb Restor Justice*, willan éd, Cullompton ; Portland, 2011; Kathleen Daly, « Revisiting the relationship between retributive and restorative justice » dans Heather Strang & John Braithwaite, dir, *Restor Justice Philos Pract*, Routledge, 2001 33.
[1400] Johnstone, *supra* note 1294 à la p 112.
[1401] Jean Zermatten, « La prise en charge des mineurs délinquants : quelques éclairages à partir des grands textes internationaux et d'exemples européens » (2004) 34:1 RDUS 3 à la p 14.
[1402] Arlène Gaudreault, *Les limites de la justice réparatrice*, Paris, Dalloz, 2005 aux pp 6-7.
[1403] Zermatten, *supra* note 1401 à la p 10.

qui lui sont reprochés, à défaut de quoi un recours au système pénal classique semble incontournable[1404].

Enfin, la justice restaurative n'est pas exempte de critiques, bien que ces dernières portent plus souvent sur les *discours* que sur la justice réparatrice elle-même[1405]. Elle est ainsi fréquemment présentée comme un mouvement vague et incohérent, dépourvu de clarté dans ses principes et dans ses objectifs, aussi bien que dans sa mise en œuvre procédurale[1406]. Il est également mis en avant que la justice restaurative est dépourvue de force dissuasive[1407], et qu'elle ne peut être applicable à tous les types de crimes (notamment les récidives ou les crimes commis avec préméditation)[1408]. Certains auteurs la soupçonnent également d'être un mécanisme de réhabilitation des contrevenants, et de ne porter en réalité qu'une attention superficielle aux besoins et à la parole des victimes, ou au contraire de privilégier les revendications des victimes au détriment des droits des accusés[1409]. Dans le même ordre d'idée enfin, plusieurs critiques soutiennent que la justice restaurative relève davantage d'un châtiment alternatif que d'une alternative au châtiment ou d'un nouveau paradigme judiciaire. Ils dénoncent ses revendications exagérées par rapport à ce qu'elle peut en réalité accomplir et soulignent l'absence de mécanismes d'évaluation objective[1410]. De fait, si diverses études révèlent que les participants sont généralement satisfaits[1411], beaucoup de questions restent en suspens pour évaluer l'efficacité réelle de la justice restaurative : quel type de processus a été utilisé ? Sur quelle(s) étape(s) du processus les participants ont-ils été interrogés ? Quels facteurs étaient importants pour les victimes ? Quel est le niveau de satisfaction des besoins et intérêts des victimes à long terme ?[1412]

[1404] Johnstone, *supra* note 1294 à la p 113.
[1405] Gerry Johnstone, « Critical perspectives on restorative justice » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handb Restor Justice*, willan éd, Cullompton ; Portland, 2011.
[1406] *Ibid*; Jaccoud, « Innovations pénales et justice réparatrice », *supra* note 1294 à la p 395.
[1407] Johnstone, *supra* note 1405.
[1408] *Ibid*.
[1409] Zernova & Wright, *supra* note 1343; Larson Sawin & Zehr, *supra* note 1302; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 67.
[1410] Johnstone, *supra* note 1405; Johnstone, *supra* note 1294 à la p 91; Daly, *supra* note 1399.
[1411] Zernova & Wright, *supra* note 1343; Braithwaite, « Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts », *supra* note 1299.
[1412] Schiff, *supra* note 27.

Confrontés à ces débats et critiques, théoriciens et praticiens de la justice restaurative s'accordent à dire qu'il convient donc de continuer de définir et de clarifier ses concepts, ses valeurs, et ses objectifs[1413]. Cependant, malgré un manque de consensus, tant au niveau de sa théorie que de sa pratique, on ne peut que constater que la justice restaurative propose aujourd'hui un « cadre » philosophique et procédural qui bénéficie d'une mise en œuvre de plus en plus importante à travers le monde et qui s'est révélé prometteur dans divers contextes.

1.2. La mise en œuvre de la justice restaurative

En dépit des nombreux débats et critiques qui l'animent, et considérant l'intérêt croissant du public et des autorités judiciaires pour la justice restaurative, divers instruments de droit international universels ou régionaux ont en effet commencé à en promouvoir la mise en œuvre, soit en invitant explicitement les États à recourir à cette approche, soit en les encourageant à mettre en place des mécanismes alternatifs au système judiciaire classique inspiré des principes restauratifs. À titre d'exemple, les *Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté*[1414] suggèrent d'éviter autant que possible le recours aux procédures pénales, et de privilégier des mesures telles que la restitution à la victime ou son indemnisation. De même, la résolution 2002/12 du Conseil économique et social des Nations unies, intitulée *Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale*, invite les États à :

> […] élaborer des stratégies et des politiques nationales visant à développer la justice réparatrice et à promouvoir une culture propice à l'utilisation de cette forme de justice auprès des services de répression, des autorités judiciaires et des services sociaux ainsi que des communautés locales.[1415]

[1413] Johnstone & Ness, *supra* note 1298; Pranis, *supra* note 1344.

[1414] *Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté*, Doc off AG NU, 45e sess, Doc NU N45/110, Doc off AG NU, 45e sess, Doc NU N45/110 Res 45/110, Organisation des Nations Unies, 1990.

[1415] *Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale*, Doc off NU, E/2002/30, Doc off NU, E/2002/30 Res 2002/12, Conseil économique et social et Nations unies au para 20.

En 2005, lors de la 26e Conférence des ministres européens de la Justice, ceux-ci ont également souligné « la nécessité de promouvoir l'application de la justice réparatrice dans leurs systèmes de justice pénale », en soulignant notamment que :

> […] une démarche fondée sur la justice réparatrice permet souvent de mieux servir les intérêts des victimes d'infractions, ainsi que d'accroître les possibilités de réinsertion sociale réussie des auteurs d'infractions et, par là même, la confiance des citoyens dans le système de justice pénale.[1416]

En 2008 enfin, l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime a publié un *Manuel sur les programmes de justice réparatrice* présentant notamment l'intérêt de cette approche et différents mécanismes de mise en œuvre, en affirmant que la justice restaurative constitue « une alternative viable au système de justice pénale officiel et à ses effets stigmatisants »[1417].

Forts de ces encouragements, de nombreux programmes inspirés des principes de justice restaurative ont ainsi été implantés dans différents contextes, et suivant différents modèles, à travers le monde. Au-delà du seul système pénal, elle est ainsi de plus en plus souvent mobilisée dans des domaines tels que la justice juvénile[1418], le droit du travail, le droit de la famille ou encore en matière de crimes économiques[1419], aussi bien dans les pays de *common law* que de droit civil[1420]. Elle s'est aussi, et surtout, révélée particulièrement utile dans le cadre de la justice transitionnelle en situation post-conflit.

[1416] *Résolution N° 2 relative à la mission sociale du système de justice pénale – Justice réparatrice*, MJU-26 (2005) Resol. 2 Final, Helsinki, Conférence des Ministres européens de la Justice, 2005.
[1417] Office des Nations unies contre la drogue et le crime, *supra* note 1299 à la p 8.
[1418] C'est d'ailleurs dans le cadre d'une affaire relevant de la justice juvénile au Canada, plus connue sous le nom de « *Elmira case* » (Ontario), que s'est tenue en 1974 la première initiative moderne qualifiée de justice restaurative. Zehr, *supra* note 27.
[1419] Llewellyn & Howse, *supra* note 1299 aux pp 80-85; Braithwaite, « Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts », *supra* note 1299 aux pp 7-15; Lecomte, *supra* note 1350 aux pp 261-262.
[1420] Depuis 2014 par exemple, sous réserve que les faits aient été reconnus, le *Code de procédure pénale* français permet à tout citoyen qui le souhaite de recourir à une mesure de justice réparatrice à tous les stades de la procédure. *Sous-titre II : De la justice restaurative (Article 10-1). Modifié par LOI n°2014-896 du 15 août 2014 - art. 18*.

1.2.1. Dans le cadre de la justice transitionnelle

En même temps que se précise le concept de justice restaurative dans la pensée et le droit interne de plusieurs États, des approches fondées sur des principes similaires se sont également développées au lendemain de conflits armés ou dans des pays au sortir de régimes autoritaires, dans le cadre de ce qui est aujourd'hui communément appelé la « justice transitionnelle ». Dans ce contexte, la justice restaurative apparaît comme un processus permettant de faire la lumière sur les violences de masse, d'établir les responsabilités et de trouver un cadre de réconciliation pour parvenir à une paix durable.

Traditionnellement, l'approche dominante au lendemain d'un conflit armé ou de crimes de masse reposait sur un « pacte de l'oubli fondé sur l'amnistie et l'amnésie, autrement dit, sur l'oubli juridique et sur l'oubli social »[1421]. Ces deux paramètres répondaient à des considérations tant pratiques (impossibilité matérielle de poursuivre tous les auteurs de crimes) que philosophiques, les deux étant tournés vers l'objectif de la paix et de la réconciliation internationale[1422]. À partir de la Guerre froide cependant, avec la multiplication des conflits armés non internationaux[1423], les sorties de crises (qu'il s'agisse de la fin d'un régime autoritaire ou d'un conflit opposant des populations au sein d'un même pays) doivent désormais s'accompagner de vastes processus de réconciliation nationale. Dans cette perspective, une approche fondée sur « l'oubli » apparaît de plus en plus inacceptable pour les victimes qui doivent non seulement surmonter les conséquences physiques, psychologiques et matérielles des crimes subis, mais qui doivent également réapprendre à vivre à proximité de leurs bourreaux. Comme le souligne par exemple Pierre Hazan :

[1421] Pierre Hazan, « Les dilemmes de la justice transitionnelle » (2008) n° 53:1 Mouvements 41-47 à la p 42.
[1422] *Ibid*; Mégret, « Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle », *supra* note 677.
[1423] Alors que jusque dans les années 1950 les guerres relevaient principalement de conflits entre États, elles sont plutôt désormais le fait de factions (religieuses, politiques, ethniques…) qui se disputent entre elles au sein d'un État, ou qui contestent les autorités étatiques. À ce changement qui s'est opéré dans la nature des conflits, s'ajoute l'arrivée de nouveaux acteurs, tels que les entreprises militaires privées, les sociétés multinationales, les groupes armés transnationaux (par exemple l'organisation terroriste Al-Qaïda) ou encore les cartels de la drogue dont les stratégies et tactiques de combat varient considérablement et affectent souvent les populations civiles. Voir notamment « Uppsala Conflict Data Program », en ligne: *Upps Confl Data Program* <https://ucdp.uu.se/>.

> En Argentine, au Chili, en Uruguay et ailleurs, les juntes militaires ont caché leurs forfaits. Les 'disparus' se comptent par milliers et parfois par dizaines de milliers comme en Argentine. Les familles ne savent pas si leurs proches sont vivants ou s'ils sont morts ; elles ignorent également, dans cette éventualité, où les corps ont été ensevelis et encore moins l'identité des bourreaux. Dans ces conditions, le deuil est impossible.[1424]

Pour répondre aux besoins complexes et multiples de ces sociétés, divers mécanismes ont alors été progressivement développés pour tenter de faire face aux « exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation »[1425]. C'est cet ensemble de mécanismes que recouvre aujourd'hui le concept de « justice transitionnelle » dont *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity* propose une définition qui nous semble être la plus complète :

> [*T*]*ransitional justice refers to a field of activity and inquiry focused on how societies address legacies of past human rights abuses, mass atrocity, or other forms of severe social trauma, including genocide or civil war, in order to build a more democratic, just, or peaceful future. The concept is commonly understood as a framework for confronting past abuse as a component of a major political transformation. This generally involves a combination of complementary judicial and nonjudicial strategies, such as prosecuting perpetrators; establishing truth commission and other forms of investigation about the past; forging efforts toward reconciliation in fractured societies; developing reparations packages for those most affected by the violence or abuse; memorializing and remembering victims; and reforming a wide spectrum of abusive state institutions (such as security services, police, or military) in an attempt to prevent future violations*.[1426]

Depuis la fin des années 1980, la justice transitionnelle est ainsi apparue comme un concept (ou paradigme) englobant l'éventail des mécanismes judiciaires (tribunaux pénaux internationaux et étatiques) et non judiciaires mis en place par une société à l'issue d'un conflit ou à la fin d'un régime autoritaire pour faire la lumière sur les évènements, répondre aux violations des droits humains, réparer les dommages causés, prévenir leur répétition et,

---

[1424] Hazan, *supra* note 1421 à la p 43.

[1425] *Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, SG/SM/9519 SC/8210, New York, Organisation des Nations Unies, 2004.

[1426] Dinah Shelton, *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Detroit, Macmillan Library Reference, 2004 *sub verbo* « Transitional Justice ». Voir aussi *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit: Les commissions de vérité*, New York, Genève, Haut-Commissariat des Nations unies aux Droits de l'homme, 2008.

surtout, tenter de réconcilier les populations[1427]. Pour mener à bien ces objectifs, la justice transitionnelle repose sur quatre piliers indissociables et interdépendants : le droit à la vérité, la justice, les réparations et les garanties de non-répétition[1428].

Considéré comme le premier pilier de la justice transitionnelle, le droit à la vérité a progressivement émergé en tant que norme conventionnelle et coutumière internationale reconnaissant le droit imprescriptible et inaliénable qu'ont les victimes de violations des droits humains, leurs familles, et la société en général, de connaître la vérité au sujet des évènements entourant ces violations, ainsi que sur le sort des personnes portées disparues[1429]. Présenté comme un moyen de faciliter le processus de guérison des victimes et de restaurer leur dignité tout en permettant d'éviter l'impunité et le déni public[1430], le droit à la vérité est également considéré dans la littérature comme un élément facilitant la réconciliation sociale, surtout au lendemain de conflits qui voient s'affronter des communautés partageant un même territoire[1431].

La justice, ensuite, concerne essentiellement les poursuites pénales. Elles sont souvent engagées au niveau national, et on assiste de plus en plus souvent à la création de mécanismes internationaux ou internationalisés *ad hoc*, à l'exemple du TPIY ou des Chambres spéciales au sein des tribunaux cambodgiens évoqués dans le Chapitre

---

[1427] Shelton, *supra* note 1426 *sub verbo* « Transitional Justice ». Le 29 septembre 2011, le Conseil des droits de l'homme a adopté la résolution 18/7, dans laquelle il a décidé de nommer un Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition. *Resolution 18/7*, A/HRC/RES/18/7, New York, Conseil des droits de l'homme.

[1428] Mottet & Pout, *supra* note 37.

[1429] Bien qu'il ne fasse pas l'objet d'un traité spécifique, le droit à la vérité est reconnu dans de très nombreux instruments internationaux contraignants ou non, en particulier aux articles 32 et 33 du *Protocole I additionnel aux Conventions de Genève*, ainsi qu'à l'article 24 de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* de 2006. Plusieurs cours de justice régionales et nationales ont également confirmé l'existence de ce droit dans leurs jurisprudences respectives en concluant que l'État a l'obligation de fournir aux familles des victimes et à la société la vérité au sujet des circonstances entourant les crimes. Eduardo González & Howard Varney, dir, *Truth Seeking. Elements of Creating an Effective Truth Commission*, New York, International Center for Transitional Justice, 2013 aux pp 4-5. Enfin, le Comité international de la Croix Rouge a conclu que le droit à la vérité concernant le sort des défunts, des personnes portées disparues et des personnes privées de liberté était une norme de droit international coutumier applicable à la fois aux conflits armés internationaux et internes. Henckaerts & Doswald-Beck, *supra* note 14 Règles 112-128.

[1430] González & Varney, *supra* note 1429 à la p 4.

[1431] *Ibid*; Shelton, *supra* note 6 aux pp 392-393; Greiff, *supra* note 39 aux pp 460-461.

précédent. Compte tenu du nombre de suspects, ces instances se limitent généralement aux individus considérés comme ayant la plus grande responsabilité (politique et militaire) d'un point de vue hiérarchique[1432]. Afin de satisfaire le besoin de justice de l'ensemble des victimes et de désengorger les tribunaux nationaux cependant, des mécanismes extrajudiciaires sont aussi fréquemment mis en place pour prendre en charge les accusés de moindre envergure. C'est notamment le cas des commissions vérité qui seront présentées ci-après.

Concernant les mesures de réparation, elles sont considérées comme un élément crucial dans la reconnaissance des torts causés, et pour répondre aux besoins des victimes après un conflit[1433]. Ces réparations peuvent prendre la forme de restitutions et de compensations, de mesures de satisfaction symboliques (excuses publiques, cérémonies commémoratives), ou combiner différents modèles. Elles peuvent en outre être individuelles et/ou collectives[1434].

Enfin, les garanties de non-répétition renvoient à l'obligation qu'ont les États de veiller à ce que les violations des droits humains perpétrées durant le conflit ne puissent se reproduire. Devant aller au-delà d'un retour au *statu quo ante*, elles impliquent généralement un vaste ensemble de réformes politiques et législatives visant à garantir le respect de l'état de droit, à entretenir une culture du respect des droits humains, et à restaurer la confiance de la population dans les institutions publiques[1435].

On peut alors constater que ces piliers de la justice transitionnelle, font directement écho aux principes fondamentaux de la justice restaurative, en particulier l'importance accordée à la parole et à la réparation des victimes, ainsi que la réforme du tissu social afin de résoudre les problèmes systémiques à l'origine des violences et prévenir leur répétition. Dès les années 1990, dans le contexte sud-africain postapartheid, l'archevêque Desmond

---

[1432] Shelton, *supra* note 6 aux pp 394-399.
[1433] « Reparations », (2011), en ligne: *Int Cent Transitional Justice* <https://www.ictj.org/our-work/transitional-justice-issues/reparations>.
[1434] *Ibid.*
[1435] Mottet & Pout, *supra* note 37 à la p 22.

Tutu soulignait en effet la nécessité de dépasser les logiques rétributrices pour aboutir à une réconciliation nationale :

> Les gens pensent selon les termes d'une justice 'rétributrice' qui est la justice du châtiment ou de la récompense. […] nous avons été amenés à réfléchir aux moyens de dépasser les conflits du passé : comment guérit-on ? Si bien que nous préférons parler de justice 'restauratrice' plutôt que de justice 'rétributrice'. Cela ne signifie pas pour autant que les coupables s'en tirent sans qu'il leur en coûte. Ils sont contraints de se montrer au grand jour, dans leur ville, et de dire 'voilà ce que j'ai fait, et ce n'est pas tout'. Si la réparation n'est pas une compensation, c'est du moins devenu une réalité que des gens qu'on traitait auparavant comme des chiens ont désormais une histoire reconnue par le pays entier.[1436]

De même, pour Antoine Garapon, la justice restaurative est adaptée aux situations de sorties de crise, car elle se trouve « au cœur des nouvelles utopies pénales qui veulent substituer à la négativité de la peine la perspective d'une reconstruction »[1437].

De fait, les objectifs et le fonctionnement de divers mécanismes de justice transitionnelle sont directement inspirés des principes de justice restaurative. Afin notamment de permettre aux États d'éviter le recours à des institutions judiciaires parfois débordées, défaillantes, voire inexistantes[1438], la justice transitionnelle a en particulier appuyé le développement de mécanismes complémentaires, ou alternatifs, ayant des objectifs similaires de rétablissement de la paix et de la cohésion sociale. En Afrique du Sud par exemple :

> [*T*]*he Ex-Combatants Reintegration and Restorative Justice Project* [...]*, brought together ex-combatants and victims in a series of mediation and dialogue meetings.* [...] *Even though some of these cases are not concerned with 'justice' in the strict sense, as they may not involve the resolution of a crime between the direct victims and perpetrators, they deal with the consequences of the crimes of the past and work on repairing the relationships between former enemies*.[1439]

De même en Colombie Virginie Ladisch rapporte que :

> [*F*]*ormer child combatants have expressed an interest in supporting initiatives that would help identify mass grave sites or prevent future recruitment. One boy*

[1436] Frank Ferrarri & Christophe Reffait, « Pas d'amnistie sans vérité: Entretien avec l'archevêque Desmond Tutu » (1997) 12:238 Esprit 63.
[1437] Antoine Garapon, *Et ce sera justice ; Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001 à la p 247.
[1438] Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, 1st edition éd, New York, Cambridge University Press, 2006 aux pp 10-11.
[1439] Stovel & Valinas, *supra* note 1396 à la p 15; Émilie Matignon, « Approches restauratives et justice transitionnelle : au--delà des seules CVR », (19 mars 2018), en ligne: *Blog Inst Fr Pour Justice Restaur*.

> *who worked with a local community group was given the space to provide information to a family about where their relatives were buried. According to him, this was important in that it helped ease the family's pain, but it also helped ease his own pain*.[1440]

Parmi les différents programmes qui peuvent être instaurés, la justice transitionnelle a surtout encouragé la mise en place d'un mécanisme sur lequel il est particulièrement intéressant de s'attarder en raison de son objectif restauratif et de sa popularité : les Commissions de vérité (CV)[1441].

Mises en place pour la première fois dans les années 1980 en Amérique latine avant d'être exportées en Afrique, en Europe, en Asie ou en Amérique du Nord, les commissions de vérité sont l'un des mécanismes privilégiés établis dans le cadre de la justice transitionnelle[1442]. S'inspirant de leurs quatre caractéristiques communes dégagées par Priscilla Hayner[1443], Mark Freeman définit les CV comme :

> [...] *an* ad hoc*, autonomous, and victim-centered commission of inquiry set up in and authorized by a state for the primary purposes of (1) investigating and reporting on the principal causes and consequences of broad and relatively recent patterns of severe violence or repression that occurred in the state during determinate periods of abusive rule or conflict, and (2) making recommendations for their redress and future prevention*.[1444]

Habilitées à traiter les cas de plusieurs centaines voire milliers de victimes, ces commissions ont connu un succès rapide auprès de gouvernements souhaitant garantir une reconstruction non seulement matérielle, mais aussi psychologique et sociale de leurs pays

---

[1440] Virginie Ladisch, « In Reintegration Programs, Seeing Former Child Soldiers as More Than Just Victims | ICTJ », (2013), en ligne: *Int Cent Transitional Justice* <https://www.ictj.org/news/more-than-just-victims>.
[1441] Elles sont aussi parfois appelées « Commission vérité et réconciliation » ou « Commission justice et réconciliation ».
[1442] La première CV fonctionnelle aurait été mise en place en 1983 en Argentine et était consacrée aux victimes disparues pendant la dictature militaire. Sandrine Lefranc, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? » (2008) 2:56 Droit Cult Rev Int Interdiscip 129 à la p 129; Matignon, *supra* note 1439.
[1443] Pour Priscilla Hayner les CV partagent quatre caractéristiques : (1) elles examinent exclusivement les évènements passés, (2) elles enquêtent sur des types d'abus commis sur une période de temps définie plutôt que sur un évènement en particulier, (3) elles sont des organes temporaires finissant leurs travaux par la présentation d'un rapport contenant des conclusions et des recommandations, et (4) elles sont officiellement sanctionnées, autorisées ou habilitées par l'État, voire par l'armée à la suite d'un accord de paix. Priscilla B Hayner, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2nd edition éd, New York, Routledge, 2010 à la p 20.
[1444] Freeman, *supra* note 1438 à la p 18.

après plusieurs années de conflit. Ainsi, au cours des deux dernières décennies, près d'une trentaine de commissions ont été implantées à travers le monde[1445].

Généralement établis par décret ou par un texte de loi[1446], les mandats des commissions définissent plusieurs aspects essentiels de leur fonctionnement, en particulier leur durée d'existence, les types de violations et/ou la période couverte par leurs enquêtes et leurs pouvoirs (en matière de planification des réparations ou d'octroi d'amnistie ou de réduction de peine par exemple). Le plus souvent, ces mandats privilégient des formulations relativement souples afin notamment de laisser une certaine marge de manœuvre aux commissaires dans l'organisation de leur travail et l'étendue de leurs recherches[1447]. Contrairement aux tribunaux dont le fonctionnement et les règles de procédure font généralement l'objet de normes claires, la structure et les pouvoirs des CV diffèrent d'un pays à l'autre afin de s'assurer que le travail de chaque commission puisse s'adapter aux besoins des populations[1448]. Bien que chacune soit unique, la plupart des commissions ont toutefois adopté un mode de fonctionnement axé sur la conduite d'enquêtes, la collecte et la compilation de témoignages, la tenue d'audiences privées et publiques, et la publication d'un rapport final comprenant diverses conclusions et recommandations[1449].

[1445] Un suivi est effectué par le Centre international pour la justice transitionnelle. Voir *Truth Commissions*, New-York, International Center for Transitional Justice, 2008.

[1446] Sur ce point, il est intéressant de souligner que la CV canadienne diffère des autres commissions dans la mesure où sa création découle d'un processus judiciaire, et non législatif. Nous y reviendrons dans la partie suivante. Matt James, « A Carnival of Truth? Knowledge, Ignorance and the Canadian Truth and Reconciliation Commission » (2012) 6:2 Int J Transitional Justice 182-204 à la p 189. Par ailleurs, en l'absence de volonté ou de capacité politique au niveau de l'État, la société civile, les gouvernements locaux et d'autres institutions ont parfois mis sur pied leurs propres mécanismes de type commission vérité. Ces mécanismes officieux ont généralement moins de moyens et de pouvoirs que les CV financées par l'État. Cependant, en mobilisant les victimes et les survivants, en documentant les abus et en publiant des conclusions, ces enquêtes ont parfois généré le soutien du public et conduit à l'instauration de programmes officiels. Voir International Center for Transitional Justice, « What are Truth Commissions? » dans Eduardo González & Howard Varney, dir, *Truth Seek Elem Creat Eff Truth Comm*, New York, International Center for Transitional Justice, 2013.

[1447] *Supra* note 1426 à la p 9; *La dignité retrouvée. La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens*, Commission du droit du Canada, 2000 à la p 294.

[1448] *Supra* note 1426 à la p 9; note 1447 à la p 295.

[1449] *Supra* note 1426 à la p 10; note 1447 à la p 295.

Présentées, selon les cas, comme un complément ou une alternative aux procédures judiciaires pénales[1450], les commissions-vérité apparaissent comme une manière de dépasser les logiques punitives inadéquates ou irréalistes en situation post-conflit (engorgement ou absence de moyens du système judiciaire, impossibilité d'identifier les malfaiteurs, etc.). Bien qu'il soit souvent difficile d'apprécier le travail effectué par ces mécanismes tant leur effet peut être ressenti de manières différentes selon les individus, les lieux, ou les époques, les commissions-vérité ont été reconnues comme un outil important permettant de rendre justice et de contribuer à réparer les torts subis par les victimes, tout en permettant de comprendre l'impact des guerres et de la violence sur les sociétés dans la lignée des principes de justice restaurative.

En premier lieu en effet, les commissions confèrent une place centrale aux victimes par la reconnaissance de leur vécu. Elles leur offrent la possibilité d'exprimer leurs souffrances et de porter à la connaissance du public les témoignages et les récits de nombreux individus, souvent ignorés des instances judiciaires traditionnelles[1451]. Par ailleurs, les recommandations formulées par les CV, à défaut de pouvoir répondre spécifiquement aux besoins exprimés par chaque victime individuelle, encouragent les autorités à mettre en place divers programmes en matière de réparation englobant non seulement des compensations individuelles destinées à couvrir les principales pertes matérielles, mais également des réparations collectives et symboliques, incluant par exemple les restitutions de terres à des communautés ou encore la tenue de cérémonies de commémoration.

En deuxième lieu, concernant les auteurs de crimes, les CV sont des instances à vocation non punitive, et non judiciaire. Dans cette perspective, si elles peuvent parfois

---

[1450] Cette complémentarité entre les commissions-vérité et le système judiciaire pénal peut prendre une variété de formes. Au Sierra Leone par exemple, un Tribunal spécial était mandaté pour juger les principaux responsables politiques et militaires, tandis que la commission vérité a entendu les cas moins graves ainsi que les enfants-soldats. Au Pérou, la commission vérité possédait une unité spéciale chargée de recueillir les preuves concernant les auteurs des crimes les plus graves, et de les transmettre pour instruction à des juges. Hazan, *supra* note 1421 à la p 45; Shelton, *supra* note 6 aux pp 391-392.
[1451] Shelton, *supra* note 6 aux pp 392-393.

recommander des poursuites pénales à l'encontre de certains individus [1452], les commissions mettent surtout en pratique la politique du repentir et de l'examen de conscience. En leur offrant un espace public dans lequel ils sont encouragés à partager leurs expériences et confesser leurs crimes, elles placent symboliquement les malfaiteurs face à leurs victimes (individuelles et collectives)[1453], aux conséquences de leurs actes et à leurs responsabilités. Au lieu de mettre l'accent sur le châtiment des coupables, les commissions-vérité insistent sur le besoin des bourreaux de partager leurs expériences avec le reste de la société et d'assumer la responsabilité de leurs actes[1454]. Proposant une forme de verdict de substitution et soumettant les auteurs de crime à l'opprobre public, les CV sont ainsi bien l'incarnation d'une forme de justice restaurative[1455] puisque « la justice y prend forme sans procès, émanant de l'idée commune de la nécessité d'aller de l'avant et d'ouvrir une période de paix et de cohésion sociale après des années de conflit »[1456].

En troisième lieu enfin, on considère généralement que les CV contribuent au processus de guérison sociale par l'instauration d'un espace de dialogue ouvert à tous qui offre une possibilité d'explication du passé[1457]. Ce faisant, elles suscitent le débat public sur les responsabilités et la nécessité de réformes politiques et sociales. Elles peuvent en outre aider les sociétés à instaurer une citoyenneté active, à adopter un processus démocratique[1458] et encouragent les autorités à effectuer les changements institutionnels nécessaires pour éviter la reproduction des situations de conflits et de violations des droits humains[1459].

[1452] Lefranc, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? », *supra* note 1442 à la p 123. Le plus souvent, les CV peuvent recommander des poursuites, l'amnistie ou encourager une levée partielle et conditionnelle de la responsabilité pénale auprès des autorités compétentes. note 1426 aux pp 11-13. À ce jour, seule la CV mise en place en Afrique du Sud avait juridiction pour accorder l'amnistie aux criminels en échange de témoignages révélant tous les faits pertinents concernant les délits commis.

[1453] En ce sens, les CV s'inscrivent davantage dans une approche « maximaliste » de la justice réparatrice puisque le dialogue direct entre victimes et malfaiteurs est généralement peu présent, voire absent.

[1454] *Supra* note 1447 à la p 295.

[1455] Lefranc, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? », *supra* note 1442 à la p 129.

[1456] Timothée Labelle & Jean-Nicholas Trudel, « Au cœur de la reconstruction ivoirienne : la réconciliation » (2012) 25:1 Rev Québécoise Droit Int 91-118 à la p 96.

[1457] Lefranc, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? », *supra* note 1442 à la p 135.

[1458] UNESCO & Innocenti Research Centre, *Enfants et commissions vérité*, Florence, UNICEF Centre de recherche Innocenti, 2011 à la p 10.

[1459] Lefranc, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? », *supra* note 1442 à la p 135.

Par ailleurs, comme le souligne le Centre pour la justice transitionnelle : « *Truth commissions are evolving institutions: their focus is expanding to cover more types of violations, going beyond crimes against physical integrity to examine violations of economic, social, and cultural rights* »[1460]. De fait, alors que les premières CV se concentraient essentiellement sur les crimes violents, celles mises sur pied au cours des dernières années ont également eu pour mandat de faire la lumière sur des injustices portant sur une plus grande variété de droits. C'est le cas, notamment, des commissions instaurées au Timor-Leste, au Kenya, au Pérou ou encore en Sierra Leone qui se sont notamment intéressées aux inégalités systémiques en matière de droits économiques et sociaux[1461]. Plus récemment encore, la CV mise sur pied au Canada, présentée dans la partie suivante, a quant à elle eu le mandat de documenter les injustices commises contre les peuples autochtones sur son territoire à travers le système des pensionnats indiens tout au long des XIXe et XXe siècles, tandis que la Commission pour l'éclaircissement historique du Guatemala avait notamment examiné les conséquences culturelles du génocide perpétré dans les années 1980 contre les populations mayas.

Sur ce point, en prélude à la suite de ce Chapitre, il est par ailleurs intéressant de souligner que les CV, et plus largement les mécanismes de justice transitionnelle, accordent souvent une place fondamentale à la culture et aux patrimoines. On rappelle en effet que les conflits armés donnent souvent lieu à d'importantes dépossessions et destructions patrimoniales, dont l'objectif véritable est généralement d'effacer l'identité de l'adversaire, son histoire, sa culture et sa foi ou sa spiritualité, afin de faire disparaître toute trace de sa présence et, parfois, jusqu'à son existence même. De tels actes sont aujourd'hui particulièrement visibles dans le cas des conflits armés non internationaux qui trouvent leurs origines dans des tensions entre groupes ethniques ou religieux. Dans cette perspective, la réparation des victimes et la réconciliation nationale, passent donc par une prise en compte des aspects culturels. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'en plus de la criminalisation des atteintes aux patrimoines, les instruments normatifs pertinents

---

[1460] « Truth Commissions », (2012), en ligne: *Int Cent Transitional Justice* <https://www.ictj.org/gallery-items/truth-commissions>.

[1461] Evelyne Schmid & Aoife Nolan, « 'Do No Harm'? Exploring the Scope of Economic and Social Rights in Transitional Justice » (2014) 8 Int J Transitional Justice 362-382 à la p 370.

soulignent que les patrimoines et la diversité culturelle sont des « gages de paix », et qu'ils insistent sur le rôle de la culture dans les processus de reconstruction nationale[1462].

De fait, d'un point de vue procédural, on observe qu'au sortir d'une situation de crise, les initiatives locales de justice et de réconciliation ont souvent recours à des formes traditionnelles de justice communautaire (qui ont d'ailleurs souvent servi d'inspiration à la version « moderne » de la justice restaurative), ou tentent « de raviver des valeurs traditionnelles de solidarité et s'appuient sur divers leviers tels que le football, le partage du vin de banane ou les danses coutumières »[1463] qui sont culturellement adaptées et acceptées par les populations. L'exemple le plus célèbre d'un tel retour à des formes traditionnelles de justice est sans doute celui des *Gaçaças* rwandais. Ces tribunaux communautaires villageois, qui servaient initialement à résoudre des différends de voisinage ou familiaux grâce à la discussion et la négociation entre les parties[1464], ont été formellement réactivés, sous une forme hybride, au lendemain du génocide de 1994 pour désengorger le système judiciaire[1465]. Devant ces instances populaires participatives, les individus accusés d'avoir participé au génocide étaient invités à assurer leur propre défense en l'absence d'avocat, et tous les villageois pouvaient intervenir, à charge, ou à décharge. En échange de leur pleine collaboration et de la révélation de tous les faits pertinents, les

---

[1462] À titre d'exemple, l'Acte constitutif de l'UNESCO souligne ainsi « [q]u'une paix fondée sur les seuls accords économiques et politiques des gouvernements ne saurait entraîner l'adhésion unanime, durable et sincère des peuples et que, par conséquent, cette paix doit être établie sur le fondement de la solidarité intellectuelle et morale de l'humanité ». De même, la Déclaration de 1966 sur les Principes de coopération culturelle internationale réaffirme de son côté que « l'ignorance du mode de vie et des usages des peuples fait encore obstacle à l'amitié entre les nations, à leur coopération pacifique et au progrès de l'humanité ». *Supra* note 1161 Préambule; note 535.

[1463] Matignon, *supra* note 1439.

[1464] Ces sessions informelles étaient présidées par les anciens de la communauté (*inyangamugayo*). Leur objectif prioritaire était de restaurer l'ordre social par la condamnation de la violation des valeurs communes, et la réintégration des contrevenants dans la communauté. Les *Gacacas* n'étaient cependant pas appelées à statuer sur des crimes de sang. Benoît Guillou, « Dix ans après, la gacaca rwandaise », *Rev Proj* (2004), en ligne: <https://www.revue-projet.com/articles/2004-4-dix-ans-apres-la-gacaca-rwandaise/7277>.

[1465] Lors de la période coloniale, un système juridique occidental est introduit, mais les *gacacas* demeurent une pratique coutumière. Avec l'indépendance, celles-ci s'institutionnalisent davantage : les autorités locales jouent parfois le rôle d'*inyangamugayo* et les sessions traitent de questions administratives locales. Après le génocide, les *gaçaças* mises en place conservent certaines caractéristiques du système coutumier, en particulier leurs liens avec la communauté locale et leur caractère participatif, mais elles se voient confier le soin de juger des personnes poursuivies pour génocide et crimes contre l'humanité. *Ibid*; Valérie Rosoux & Aggée Shyaka Mugabe, « Le cas des gacaca au Rwanda. Jusqu'où négocier la réconciliation ? » (2008) 9:1 Negociations 29-40; « Rwanda: Gacaca : une question de justice » (2002) Amnesty Int 53 aux pp 21-22.

accusés pouvaient bénéficier d'une réduction de moitié des sentences prévues par la loi, la purger sous forme de travaux d'intérêt général, et demander le pardon des victimes et de la communauté[1466].

Dans d'autres cas, les activités culturelles et artistiques en elles-mêmes se sont révélées être des outils de réconciliation pertinents. Au Burundi, au Rwanda et en République démocratique du Congo par exemple, le « théâtre participatif » a parfois été utilisé comme un moyen de dénoncer les injustices et les inégalités, et comme un moyen d'échange entre les membres de groupe en conflit « en utilisant le symbolisme, la participation des spectateurs au jeu de scène, la catharsis et les récits de vie des artistes »[1467]. Pour Émilie Matignon :

> Au départ, une intuition préside au recours à la forme théâtrale pour contribuer à la transition politique et à la pacification civile : échappant aux contraintes des institutions formelles, fonctionnant sur un principe de représentation et d'analogie, le théâtre permet l'expression de points de vue multiples et la confrontation sereine des récits et des identités. Il permet d'éclairer les causes profondes du conflit et de jeter le doute sur des vérités figées. Associé à la mise en œuvre de 'groupes de parole' avec les spectateurs, il favorise une libération de parole qui peut se révéler à la fois cathartique et émancipatrice.[1468]

Enfin, les mesures de réparation mettent souvent l'accent sur la nécessité de revitaliser les langues et pratiques culturelles traditionnelles des communautés affectées, sur les restitutions de terres ou de biens culturels spoliés et le rapatriement des dépouilles, ainsi que sur le respect des droits culturels des minorités[1469]. En 2014 par exemple, dans le cadre de la *Yemen's National Dialogue Conference*, le groupe de travail sur la justice transitionnelle et la réconciliation recommandait notamment au gouvernement d'indemniser toutes les institutions et bibliothèques touchées par la guerre civile, et de leur

---

[1466] Le système des *gaçaças* a toutefois fait l'objet d'importantes critiques en raison notamment de l'absence de garanties procédurales et de droits des accusés. *Supra* note 1465 aux pp 21-42; Rosoux & Mugabe, *supra* note 1465.
[1467] Matignon, *supra* note 1439.
[1468] *Ibid.*
[1469] Ana Filipa Vrdoljak, « Cultural Heritage, Transitional Justice and Rule of Law » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 169 aux pp 193-194.

restituer les livres, manuscrits et autres biens qui leur ont été pris[1470]. Il recommandait également de déployer les efforts nécessaires pour recouvrer les biens culturels sortis clandestinement du pays, de durcir les sanctions à l'encontre des pilleurs[1471], d'adopter des mesures de préservation et de restauration du patrimoine, et de mettre en place des mécanismes de réparation collectifs qui tiennent compte des spécificités et des patrimoines culturels des différentes régions du pays[1472]. De même, l'Accord de paix signé en 2016 entre le gouvernement colombien et les FARC prévoit la création d'une commission de vérité chargée d'examiner les conséquences humaines, économiques, sociales et culturelles du conflit[1473], ainsi que la création d'une unité spéciale chargée d'enquêter sur le sort des personnes portées disparues et dont le mandat stipule qu'elle doit, à chaque fois que possible, assurer le retour des dépouilles des personnes portées disparues en veillant à respecter les différentes traditions ethniques et culturelles[1474]. Plus généralement, l'Accord prévoit que :

> *Whereas the ethnic peoples need to have control of the events that affect them and their land, territories and resources, maintaining their own institutions, cultures and traditions, it is fundamental to incorporate the ethnic and cultural perspective in interpreting and implementing the* Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace in Colombia.[1475]

Les réparations recommandées par les divers mécanismes extrajudiciaires mettent aussi généralement l'accent sur les mesures de réhabilitation ou de satisfaction en lien avec la culture. Les « processus de mémorialisation » du conflit occupent ainsi une place centrale dans la mesure où les discours historiques sont des éléments importants du patrimoine culturel et permettent aux communautés de se réapproprier et de faire connaître leur histoire et leur identité collective. Dans cette optique, les processus de réconciliation incluent souvent des mesures symboliques telles que l'ouverture des archives au public, la

---

[1470] *National Dialogue Conference. Outcomes Document*, Sana'a, National Dialogue Conference, 2014 à la p 21.
[1471] *Ibid* à la p 30.
[1472] *Ibid* aux pp 31-32.
[1473] *Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace*, Havana, 2016 à la p 143.
[1474] *Ibid* à la p 150.
[1475] *Ibid* à la p 217.

création de « musées de réparation », de « musées de mémoire », ou encore la construction de monuments ou l'organisation de cérémonies commémoratives[1476].

1.2.2. Au-delà du système pénal : justice restaurative et injustices historiques

Dans la veine de la justice transitionnelle enfin, la philosophie restaurative s'est également révélée être une piste intéressante pour répondre aux besoins des victimes d'injustices historiques. Depuis une trentaine d'années, on assiste en effet à un essor des mouvements de revendication pour les injustices telles que l'esclavage, la colonisation, la ségrégation et les politiques discriminatoires, ou encore les mesures génocidaires. Si ces revendications portent sur une très grande diversité de situations[1477], Eric Posner et Adrian Vermeule identifient plusieurs caractéristiques qui leur sont souvent communes, en particulier le fait qu'elles portent sur des injustices à grande échelle (comme l'esclavage ou les politiques discriminatoires) et concernent donc un nombre élevé de victimes ; qu'elles portent sur des actes qui étaient licites au moment de leur commission et dans lesquels les autorités étaient souvent complices ; et le fait que les lois actuellement en

---

[1476] Comme vu dans le Chapitre précédent, la CtIADH, la CPI et les Chambres cambodgiennes ont également ordonné à plusieurs reprises la construction de monuments commémoratifs pour les victimes. Bien que cette question dépasse le cadre de la présente recherche, il convient cependant de souligner que dépendamment de l'issue du conflit, de telles activités s'inscrivent souvent dans une logique – souvent problématique, de consolidation ou de réécriture du récit national. Cet objectif soulève des enjeux complexes en lien par exemple avec la légitimation des structures et des inégalités de pouvoir, qui peuvent affecter la représentation des parties, ou encore la « véracité » historique des faits commémorés, et ainsi freiner ou empêcher une véritable réconciliation. Sur cette question, voir notamment Nour Benghellab, « Des mythes aux réalités de la justice transitionnelle: Catharsis thérapeutique, (re)constructions nationales et légitimation politique » (2016) XIII Champ Pénal; Rachel Hatcher, *The Power of Memory and Violence in Central America*, Palgrave Macmillan, 2018; Patrick Daly & Benjamin Chan, « "Putting Broken Pieces Back Together": Reconciliation, Justice, and Heritage in Post-Conflict Situations » dans William Logan, Máiréad Nic Craith & Ullrich Kockel, dir, *Companion Herit Stud*, John Wiley & Sons, 2016 491; Ana Guglielmucci, « Musées et mémoriaux comme mécanismes de réparation symbolique. Débats sur l'institutionnalisation de la mémoire en Colombie » (2017) 104:1 Problèmes Am Lat 13-29; Frédéric Mégret, « Of Shrines, Memorials and Museums: Using the International Criminal Court's Victim Reparation and Assistance Regime to Promote Transitional Justice » (2009) 40. Cette question a également été abordée par la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels : *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed. Les processus mémoriels*, A/HRC/25/49, Conseil des droits de l'homme, 2014; Pok Yin S Chow, *Memory Denied: A Commentary on the Reports of the UN Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights on Historical and Memorial Narratives in Divided Societies* , Washington D.C., Association for the Study of Law, Culture and the Humanities, 2015.

[1477] John Torpey, « "Making Whole What Has Been Smashed": Reflections on Reparations » (2001) 73:2 J Mod Hist 333-358 aux pp 335-338; Thompson, *supra* note 723 aux pp 8-9; von Platz & Reidy, *supra* note 1336 à la p 363.

vigueur ne prévoient généralement aucun recours ni obligation juridique de réparation pour ces injustices[1478].

De fait, comme vu dans le Chapitre précédent, les demandes de réparation portant sur ce type d'enjeu sont généralement confrontées à d'importantes difficultés lorsqu'elles sont abordées dans une perspective strictement juridique et judiciaire. En plus des évidents problèmes liés à la disparition de certaines preuves matérielles, à la longueur et aux coûts des processus judiciaires, elles doivent notamment faire face au problème de l'identification d'une norme juridique applicable qui aurait été transgressée, au problème de l'identification des débiteurs et des bénéficiaires de la réparation, et finalement au problème de l'évaluation des dommages compte tenu du temps écoulé et du nombre de victimes. Dans ces conditions, la plupart des revendications en matière d'injustices historiques échouent devant les tribunaux en raison de leur présentation tardive, ou plus généralement de l'absence de base légale sur laquelle fonder les demandes, et il est généralement admis que la recherche de solution devant les instances judiciaires est une voie peu prometteuse et souvent insatisfaisante[1479].

Malgré ces importants obstacles théoriques et pratiques, la réparation des injustices historiques est de plus en plus souvent perçue comme une obligation morale au sein de la population et parmi les décideurs politiques et législatifs. Comme le résume Dinah Shelton : « [*t*]*he fact that lawsuits do not produce a judgment favourable to reparations does not mean that they lack value in bringing attention to the legitimacy or moral dimensions of the claims at issue* »[1480]. Aussi, face aux différents obstacles rencontrés dans le système judiciaire, la justice restaurative apparaît alors là aussi comme disposant de plusieurs avantages.

Le premier avantage le plus évident de la justice restaurative est bien entendu que celle-ci, au travers des mécanismes alternatifs de résolution des conflits, permet justement

---

[1478] Posner & Vermeule, *supra* note 50 à la p 691.
[1479] Shelton, *supra* note 6 à la p 455.
[1480] *Ibid* aux pp 455-456.

d'éviter un recours aux institutions judiciaires dont les normes de référence sont inapplicables aux revendications historiques. Elle permet ainsi de contourner les obstacles juridiques et procéduraux liés à la temporalité (non-rétroactivité, principe de prescription) et de prendre en considération l'ensemble des arguments historiques, moraux ou éthiques jugés pertinents par les parties. Ce faisant, et en remettant les victimes au cœur du processus de justice, elle permet également de dresser un portrait complet de la nature et de l'ampleur des préjudices qu'elles ont subis, indispensable pour établir des modes de réparation adéquats :

> *As injustices grow in magnitude, violence, and historical duration, the reality, nature, intent, and seriousness of violations become predictably contested, and the need for a careful and detailed articulation of the full story of violence, oppression, terror, or subjugation becomes both a reparative activity and a measure of the adequacy of other measures of repair.*[1481]

Par ailleurs, le système judiciaire repose en grande partie sur l'identification et l'attribution des responsabilités pour déterminer quelle sera la partie qui devra être châtiée et/ou qui devra payer pour les préjudices subis. Comme vu précédemment dans les affaires de droit commun, les stigmas associés à cette attribution de la responsabilité encourageraient les malfaiteurs à rationaliser ou à minimiser leur rôle dans les évènements concernés. Or une telle approche en matière d'injustices historiques ou de crimes de masse tend à produire des effets similaires. Comme le souligne Margaret Urban Walker :

> *Ironically, this almost guarantees that the "bigger" the injustice the more contested will be the antecedent premises of responsibility. The more massive, collectively supported or tolerated, or historically extended an injustice is, the easier it will be to argue that assignments of responsibility are unclear, incoherent, or unfair, and so that arguments for large-scale redress cannot get started, or measures of redress are narrowly targeted to a few parties*.[1482]

En mettant l'accent sur la réparation des victimes plutôt que sur l'attribution du blâme, la justice restaurative encouragerait les individus et leurs communautés, de même que les gouvernements ou institutions à reconnaître non seulement leur implication dans les évènements, mais aussi à participer activement à la réparation des torts causés. Dans une perspective maximaliste, les processus participatifs de justice restaurative, que ce soit

---

[1481] Walker, *supra* note 1336 à la p 386.
[1482] *Ibid* à la p 385.

par l'entremise de commissions vérités ou d'autres programmes, peuvent en outre être un moyen de mettre en lumière des responsabilités jusque-là passées inaperçues, ainsi que la dimension collective ou institutionnelle de certaines responsabilités qui ont été assignées à nombre restreint d'individus, ou qui ne peuvent plus être exhaustivement établies en raison du nombre de personnes concernées ou du temps écoulé :

> […] *the emphasis in restorative justice on catalyzing and strengthening the capacity of individuals and communities to do justice in the wake of wrongdoing suggests that official actors in the legal system or government are by no means the only actors and should not always be the principal actors in attempting to bring justice to bear. Restorative justice encourages "bottom-up" efforts at justice, while not excluding official roles or responsibilities*.[1483]

Dans le même ordre d'idée, les logiques « distributrices » ou « correctrices » qui guident traditionnellement le système judiciaire ne permettent pas de résoudre adéquatement les injustices historiques qui reposaient généralement sur des systèmes « distributifs » injustes. La plupart d'entre elles ont en effet souvent pris pour cibles des groupes spécifiques[1484] et se manifestaient par un déni systématique ou systémique de l'existence, de l'identité ou des droits des membres de ces groupes pour des motifs raciaux, ethniques, religieux ou encore sexuels, et ainsi par des traitements discriminatoires au niveau social, politique, économique et juridique. On pense notamment aux *Lois de Nuremberg* qui transposaient l'antisémitisme nazi dans l'appareil législatif du Troisième Reich et légalisaient l'exclusion politique, économique et sociale des populations juives ; ou encore aux lois « Jim Crow » qui, après plusieurs siècles d'esclavage, instauraient un système ségrégationniste dans plusieurs États américains et dépouillaient parfois *de facto* les Afro-Américains de leurs droits civiques et politiques. Dans de telles situations, il est entendu que les crimes commis contre ces groupes ne constituaient pas une simple perturbation ponctuelle d'un équilibre antérieur autrement « juste », et que l'objectif de la justice et de la réparation ne saurait être le simple rétablissement de cet équilibre[1485].

[1483] *Ibid* à la p 386.
[1484] Par exemple, l'esclavage ciblait les populations afro-américaines, les politiques d'internement en Amérique du Nord durant la Seconde Guerre mondiale visaient les citoyens d'ascendance japonaise ou germanique, et bien évidemment les mesures mises en œuvre par les nazis ciblaient divers groupes parmi lesquels les Juifs, les populations tsiganes ou encore les homosexuels.
[1485] von Platz & Reidy, *supra* note 1336 aux pp 364-367; Walker, *supra* note 1336.

Ainsi, d'un point de vue philosophique ou moral, l'avantage de la justice restaurative est que son objectif n'est pas simplement le « retour au *statu quo ante* ». En matière d'injustices trouvant leur origine dans des systèmes déséquilibrés, elle vise à la guérison du tissu social ou, dans certains cas, à l'établissement de relations sociales, et ainsi à l'émergence d'un nouvel équilibre sain[1486]. Comme le souligne Jennifer Llewellyn, la justice restaurative :

> *takes as its starting point the fact that a wrong has disturbed the relationship between the wrongdoer and victim; however, its* endpoint *may be, and often is, quite different from the* status quo ante*. The objective of restorative justice is not, then, the restoration of the relationship to the state it was before the wrongdoing, because often the wrongdoing itself is the result of an existing inequality. Instead, its goal is the restoration of the relationship to the ideal of social equality* [*one in which each person's right to equal dignity, concern, and respect are satisfied*].[1487]

Par ailleurs, nombre de ces injustices historiques, sinon leurs conséquences, perdurent encore parfois sous la forme de profondes inégalités politiques ou socio-économiques entre les différents groupes au sein des États[1488]. En ce sens, la réparation des préjudices dans une perspective restaurative constituerait à la fois un moyen de reconnaître et de remédier aux torts causés dans le passé, et un moyen d'identifier et de mettre un terme aux inégalités persistantes[1489].

Enfin, les réparations présentées exclusivement sous forme de compensations monétaires, lesquelles sont généralement privilégiées par les tribunaux, sont souvent perçues comme irréalistes compte tenu du temps écoulé ou du nombre de victimes, inadaptées à la nature des pertes subies, et surtout insuffisantes en elles-mêmes. Par exemple, lorsque le Japon offrit des compensations monétaires aux anciennes « femmes de réconfort » pour les abus subis durant la Seconde Guerre mondiale, sans toutefois leur présenter les excuses attendues, cette offre fut jugée offensante et rejetée par de nombreuses victimes[1490]. Pour être adéquats, les mécanismes doivent en effet intégrer deux

---

[1486] Walker, *supra* note 1336 à la p 379.
[1487] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 290.
[1488] Thompson, *supra* note 723 à la p 52 et suiv.
[1489] von Platz & Reidy, *supra* note 1336 à la p 361.
[1490] Les crimes commis par l'armée japonaise contre les « femmes de réconfort », font toujours l'objet de poursuites judiciaires intentées par les survivantes dans la mesure où le gouvernement japonais ne reconnaît pas les violations des droits humains commises ni sa responsabilité pénale. À ce jour, les autorités japonaises

composantes essentielles de la justice restaurative que sont la reconnaissance des faits, et leur réparation. Comme le résume Pablo de Greiff :

> *Truth-telling in the absence of reparations can be seen by victims as an empty gesture, as cheap talk. The relation holds in the opposite direction as well: reparations in the absence of truth-telling can be seen by beneficiaries as the attempt, on the part of the state, to buy the silence or acquiescence of victims and their families, turning the benefits into 'blood money'.*[1491]

Les revendications en matière de dommages historiques sont en effet souvent, et avant tout, des demandes de reconnaissance officielle et publique des crimes perpétrés et de restauration des relations. Dans le cas des peuples autochtones par exemple, les revendications en matière de réparation ne visent pas simplement à la restitution de biens tangibles, ou à l'obtention de compensations financières pour les préjudices matériels et moraux subis, mais visent également souvent à dénoncer les politiques coloniales et les injustices systémiques à l'origine de ces pertes et dont certaines se poursuivent encore aujourd'hui. Dans ces conditions, si les restitutions ou compensations financières jouent un rôle important dans le processus de guérison des victimes, elles doivent s'accompagner d'autres mesures reflétant une reconnaissance des préjudices causés, et une véritable prise de responsabilité. Les mesures de réparation doivent être réalistes, mais elles ne peuvent se passer de valider les expériences et les souffrances des victimes, sous peine d'ajouter une nouvelle injure aux préjudices moraux et matériels déjà subis[1492].

---

apportent un financement à l'*Asian Women's Fund*, mais refusent toujours de présenter des excuses officielles. Seules quelques personnalités politiques, parmi lesquelles l'ancien premier ministre Tomiichi Murayama, ont exprimé publiquement – mais à titre individuel, des regrets pour les préjudices causés. Amnesty International, « Corée du Sud. Poursuites contre le gouvernement japonais : une dernière chance de justice pour les "femmes de réconfort" », (2020), en ligne: *Amnesty Int* <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2020/08/south-korea-lawsuits-against-the-japanese-government-last-chance-for-justice-for-comfort-women/>; « Tokyo condamné à dédommager d'anciennes esclaves sexuelles sud-coréennes des militaires japonais », *Le Monde.fr* (8 janvier 2021), en ligne: <https://www.lemonde.fr/international/article/2021/01/08/tokyo-condamne-a-dedommager-d-anciennes-esclaves-sexuelles-sud-coreennes-des-militaires-japonais_6065574_3210.html>; von Platz & Reidy, *supra* note 1336 à la p 362; Shelton, *supra* note 6 aux pp 436-437; Hicks, *supra* note 49.

[1491] Greiff, *supra* note 39 à la p 461. Roy L. Brook distingue également les processus de « réparation » dans lesquels les autorités expriment leurs remords et cherchent à obtenir une forme de rédemption (*atonement*), des processus de « règlement » (*settlement*) qui visent à offrir compensation aux victimes sans toutefois admettre une quelconque faute. Roy L Brooks, « German Compensation for National Socialist Crimes » dans Roy L Brooks, dir, *Sorry Isnt Enough Controv Apol Repar Hum Injustice*, New York, NYU Press, 1999 61 aux pp 8-9. Voir aussi Tsosie, *supra* note 712 à la p 51.

[1492] Walker, *supra* note 1336 à la p 380.

Malgré les nombreux dilemmes et obstacles qui surviennent en matière de justice intergénérationnelle, la gravité des crimes commis, et l'ampleur de leurs conséquences, amènent ainsi de plus en plus souvent les décideurs politiques, de même que certains acteurs privés, à faire fi des standards juridiques (et parfois des décisions judiciaires), à reconnaître les préjudices causés et à s'engager dans des processus de réparations[1493]. À défaut d'une mise en œuvre systématique, on constate en effet que la justice restaurative est de plus en plus souvent mobilisée *de facto* par le biais d'initiatives spontanées, ou en réponse aux demandes de réparation présentées par les survivants de ces injustices ou leurs descendants. Comme le souligne Robert Peters :

> […] *governments, commercial companies, and even individuals have been seen to take on the burden of remedying past wrongs themselves, by compensating for past injustice as well as present inequity and discrimination. This growing public awareness has given rise to restitution and reconciliation programs, governmental apologies, and compensation funds.*[1494]

Les mesures ainsi mises en place ont pris diverses formes incluant la présentation d'excuses officielles, des restitutions de biens ou de terres, des compensations financières individuelles ou encore des mesures de réhabilitation ou de satisfaction collectives. De nombreux exemples de processus se voulant restauratifs mériteraient d'être présentés, parmi lesquels les excuses et les réparations présentées aux Maoris en Nouvelle-Zélande, les restitutions de terres aux peuples autochtones australiens, les excuses présentées aux peuples *samis* par le roi et le gouvernement de Norvège, le *Restitution of Land Rights Act* de 1994, qui prévoyait la restitution de leurs terres aux ressortissants sud-africains qui en avaient été dépossédés, ou encore la demande de pardon présentée par le Pape Jean-Paul II au nom de l'Église catholique pour les injustices commises par cette dernière à travers l'histoire[1495]. Nous nous limiterons toutefois ici à présenter brièvement trois exemples.

Le premier, et sans doute le plus célèbre, est bien entendu celui des divers mécanismes mis en place par les autorités allemandes en vue de redresser les torts causés

---

[1493] Voir notamment Barkan, *supra* note 49; Hicks, *supra* note 49; Shelton, *supra* note 6 aux pp 429-455. Voir aussi Posner & Vermeule, *supra* note 50; Yamamoto, *supra* note 50; Hicks, *supra* note 49; Shelton, *supra* note 6 aux pp 428-464.
[1494] Peters, *supra* note 1266 à la p 151.
[1495] Shelton, *supra* note 6 aux pp 428-450; Brooks, *supra* note 1491 aux pp 511-513.

durant la Seconde Guerre mondiale. Pour John Torpey notamment : « *the Holocaust is regarded as a standard for judging the seriousness of past injustices and as a template for claiming compensation for them* [*and*] *has become the central metaphor for all politics concerned with "making whole what has been smashed"* »[1496]. Si les premiers mécanismes mis en place immédiatement au lendemain du conflit l'ont été sous la pression des gouvernements alliés (qu'il s'agisse des tribunaux militaires ou encore de la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts), l'Allemagne s'est en effet engagée volontairement et de bonne foi dans un vaste processus de réparation incluant des compensations financières individuelles et collectives (notamment en relation avec l'État israélien) dont le montant s'élève aujourd'hui à plusieurs centaines de milliards de dollars, la présentation d'excuses publiques et officielles, et a témoigné d'une réelle volonté, au plan interne, de lutter contre l'antisémitisme et de se confronter aux périodes les plus sombres de sa propre histoire[1497].

Aux États-Unis, quoique le processus fut plus tardif, des mesures de réparation sans précédent pour le pays ont également été mises en œuvre à partir des années 1980 à l'intention des quelques 120 000 ressortissants japonais-américains internés durant la Seconde Guerre mondiale[1498]. Elles ont notamment pris la forme de la mise sur pied d'une *Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians* par le Congrès américain. Habilitée à enquêter sur les faits et à entendre des témoignages des survivants, la Commission avait conclu que les politiques d'internement relevaient d'une injustice basée sur des considérations racistes, non justifiées par les nécessités militaires, et avait formulé 5 recommandations à l'intention du gouvernement fédéral : la reconnaissance officielle des faits et la présentation d'excuses nationales publiques, le pardon présidentiel des individus

---

[1496] Torpey, *supra* note 1477 aux pp 337-338. Voir aussi Posner & Vermeule, *supra* note 50 à la p 694; Shelton, *supra* note 6 aux pp 401-404, 428-430 et 432-435.

[1497] En plus des programmes publics de réparations, des initiatives privées (ou conjointes publiques/privées) ont également été mises en place, notamment par des entreprises allemandes en vue de compenser les victimes de travaux forcés ou leurs ayants droit. Brooks, *supra* note 1491. Si l'Allemagne s'est engagée dans des processus de réparation envers les populations juives, d'autres groupes victimes du nazisme, parmi lesquels les communautés tsiganes, estiment cependant n'avoir pas bénéficié d'un traitement équivalent. Leslie T Hatamiya, « Institutional and Interest Groups. Understanding the Passage of the Japanese American Redress Bill » dans Roy L Brooks, dir, *Sorry Isnt Enough Controv Apol Repar Hum Injustice*, New York, NYU Press, 1999 190.

[1498] Shelton, *supra* note 6 à la p 430.

accusés d'avoir résisté à l'application des mesures d'internement, la restitution du statut et des avoirs pris aux victimes, le financement de mesures éducatives auprès de la population et le paiement d'une indemnité compensatoire de 20 000 $US à chaque survivant des camps[1499]. Ces cinq recommandations furent adoptées par le Congrès et mises en œuvre avec l'adoption du *Civil Liberties Act* de 1988[1500]. Pour Leslie T. Hatamiya : « *In terms of its impact on the direct beneficiaries and its reaffirmation of all citizens' constitutional rights, the historical significance of the Civil Liberties Act's passage is self-evident* »[1501].

Au Canada enfin, un processus similaire a été mis en œuvre à l'intention des 22 000 ressortissants japonais-canadiens qui avaient également fait l'objet d'internement ou de déportation entre 1942 et 1945, et dont les biens avaient été détruits ou confisqués. En réponse à cette injustice historique, le 22 septembre 1988, le gouvernement canadien (en la personne du Premier ministre de l'époque, Brian Mulroney) a présenté des excuses pour les torts causés à la population d'origine japonaise pendant la Seconde Guerre mondiale. En plus de ces excuses, et en vertu de l'entente de redressement conclue entre le gouvernement et les associations de survivants, des compensations financières furent versées à quelques 18 000 survivants et la Fondation canadienne des relations raciales fut mise sur pied. La citoyenneté fut également restituée aux Canadiens japonais qui l'avaient perdue en raison de leur déportation ou d'une révocation, et les condamnations pour des infractions en vertu de décrets du conseil en temps de guerre furent annulées. Enfin, la *Loi sur les mesures de guerre*, qui avait servi de base juridique à la détention et à la déportation des Japonais et des Canadiens d'origine japonaise fut abolie[1502].

Ces trois exemples de processus de réparation pour des injustices historiques peuvent ainsi être considérés comme étant parmi les plus complets d'un point de vue

---

[1499] *Personal Justice Denied: Report of the Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians*, Washington D.C, University of Washington Press, 1997.
[1500] Hatamiya, *supra* note 1497; Shelton, *supra* note 6 aux pp 448-449.
[1501] Hatamiya, *supra* note 1497 à la p 190.
[1502] « Les Canadiens japonais : campagne pour le redressement », (2018), en ligne: <https://www.bac-lac.gc.ca/fra/decouvrez/immigration/histoire-ethniques-culturels/Pages/Campagne-redressement.aspx>; James H Marsh, « Internement des Canadiens d'origine japonaise : prisonniers dans leur propre pays » dans *Encycl Can*, 2020.

restauratif dans la mesure où ils comprenaient à la fois une reconnaissance des faits et des préjudices causés, la présentation d'excuses officielles et publiques attestant d'une prise de responsabilité, et enfin différentes mesures de réparations à l'intention des victimes et/ou de leurs descendants et communautés.

Bien évidemment, la mise en place de tels mécanismes, de même que leurs motivations, leurs objectifs, leur contenu et leurs résultats, restent pour le moins aléatoires, pour ne pas dire arbitraires. La réparation des injustices historiques reste étroitement liée à des dynamiques et à des enjeux politiques, sociaux et économiques, nationaux et internationaux, complexes. En conséquence, nombre d'entre elles ne bénéficient toujours pas de mécanismes officiels de réparation, voire de reconnaissance [1503]. D'autres programmes quant à eux, se révèlent incomplets ou inadéquats, et se soldent par des échecs. C'est le cas, par exemple, des indemnités versées aux anciennes « femmes de réconfort », qui ont été rejetées faute d'excuses publiques et officielles. C'est aussi le cas de *l'Indian Claims Commission* aux États-Unis. Instaurée à partir de 1946 afin de répondre aux revendications des peuples autochtones en matière d'interprétation des traités et de restitution de leurs terres ancestrales, cette instance était initialement mandatée pour entendre les témoignages de communautés autochtones, adopter une approche « coopérative » (plutôt que contradictoire) avec les demandeurs, et avait notamment compétence pour recevoir des demandes « *based upon fair and honorable dealings that are not recognized by any existing rule of law or equity* »[1504]. En dépit de ce mandat ayant

---

[1503] À titre d'exemple, les victimes du génocide arménien ou du génocide des Herero, et bien évidemment les descendants d'esclaves ne bénéficient d'aucun programme officiel national (ou international) de réparation. Voir Howard-Hassmann & Lombardo, *supra* note 52; Miller & Kumar, *supra* note 52; Shelton, *supra* note 6 aux pp 439-440 et 450-454. En l'absence de mécanismes nationaux, des initiatives locales – certes fragmentaires, ont néanmoins parfois été prises. Aux États-Unis par exemple, la *Greensboro Truth and Reconciliation Commission* établie en 2004 était une initiative privée visant à faire la lumière sur le meurtre de 5 activistes antiracistes en 1979, tandis qu'en 1994 l'État de Floride a mis en place un programme de compensation pour les survivants d'une émeute raciste en 1923 au cours de laquelle 5 ressortissants afro-américains de la commune de Rosewood avaient été assassinés et la quasi-totalité de la ville pillée. Plusieurs villes, dont Chicago, Philadelphie et Los Angeles ont adopté des ordonnances exigeant que les entreprises faisant affaire avec la ville divulguent leurs éventuels liens avec l'esclavage. En 2007 la ville de Charleston en Caroline du Sud a quant à elle ouvert le *Old Slave Mart Museum* dans le bâtiment qui accueillait autrefois les ventes aux enchères d'esclaves et qui vise aujourd'hui à faire la lumière sur le rôle de la ville dans la traite nationale des esclaves entre 1856 et 1863. Voir Walker, *supra* note 1336 à la p 390; Posner & Vermeule, *supra* note 50 à la p 696.

[1504] *Indian Claims Commission Act of 1946, Pub. L. No. 79-726, ch. 959* au para 2(5), 60 statue 1049.

une visée restaurative cependant, la Commission adoptera une approche procédurale antagoniste, proposera des mesures de réparation conservatrices se limitant à des compensations financières sans restitution, et suscitera en conséquence d'importantes déceptions auprès des communautés autochtones[1505]. Les communautés Lakotas (Sioux) par exemple, continuent de réclamer la restitution des territoires ancestraux qui leur ont été pris en violation des traités signés avec les autorités coloniales au XIXe siècle et refusent de toucher aux compensations financières qui leur ont été allouées par l'*Indian Claims Commission* (estimées aujourd'hui à plus de 500 millions de dollars)[1506].

Force est aussi de constater que la recherche de solutions pour les injustices historiques continue de faire l'objet de nombreux débats. Comme le résume Amy Sepinwall en matière de réparation pour les Afro-Américains descendant d'esclaves :

> *the recent reparations literature is rife with internal debates regarding whether legal claims should be framed in the language of compensation or restitution; whether they should be pursued as matters of public or private law; whether the legal claims can withstand procedural barriers like statutes of limitations and standing requirements;* […] *whether reparations should be premised upon distributive or corrective conceptions of justice; whether a reparations campaign should seek to appeal to taxpayers' moral sense rather than their sense of self-interest; whether the goal of reparations should be retribution rather than reconciliation; whether reparationists should seek money or a more symbolic form of repair; whether a reparations program should be mandated by government or instead voluntarily adopted by private entities; whether the nation has already repaid its debt* […] *in the form of affirmative action and welfare; whether a reparations program can be implemented feasibly; and whether a reparations campaign will indeed achieve reconciliation rather than racial division*.[1507]

Malgré ces débats et les obstacles persistants rencontrés par les programmes de réparation, ces derniers témoignent néanmoins d'une reconnaissance des préjudices passés, ainsi que de l'émergence d'un sentiment de responsabilité collective ou institutionnelle morale, à défaut de juridique, dont découle, au moins partiellement, une obligation de réparation. Dans cette optique, alors que les tribunaux se révèlent souvent être des

---

[1505] Nell Jessup Newton, « Indian Claims for Reparations, Compensation, and Restitution in the United States Legal System » dans Roy L Brooks, dir, *Sorry Isnt Enough Controv Apol Repar Hum Injustice*, New York, NYU Press, 1999 261; Tsosie, *supra* note 712 aux pp 53-54.
[1506] Tsosie, *supra* note 712 aux pp 45 et 63.
[1507] Sepinwall, *supra* note 668 aux pp 186-187.

impasses[1508], la philosophie restaurative et les modes alternatifs de résolution des conflits, incluant les voies politiques et législatives, offrent des pistes de solutions intéressantes.

Or on constate aujourd'hui que nombre de revendications formulées en matière d'injustices historiques ou dans le cadre de la justice transitionnelle concernent également les pertes culturelles provoquées intentionnellement ou résultant de crimes tels que l'esclavage, le génocide ou la discrimination raciale. Ces revendications portent ainsi non seulement sur les besoins de réparation en matière culturelle, qu'il s'agisse de patrimoine matériel (restitution d'œuvres d'art, de restes humains ou encore de terres ancestrales), ou des dommages causés à la dimension immatérielle du patrimoine, c'est-à-dire aux pertes en matière de langage, d'us et coutumes traditionnels, ou encore de spiritualité. À la lumière des avantages de la justice restaurative dans le cadre de la justice transitionnelle et pour la réparation des injustices historiques, on peut considérer qu'elle présenterait aussi un intérêt indéniable en vue de la reconnaissance et de la réparation des dommages culturels.

1.3. La pertinence d'un cadre restauratif pour les dommages culturels

Comme vu dans les Chapitres précédents en effet, le développement des instruments de protection et de promotion des droits et patrimoines culturels n'a pas entraîné le développement d'une doctrine ni d'une jurisprudence s'intéressant de manière holistique aux dommages culturels ni à l'obligation de réparation qui devrait en découler. La fragmentation des concepts de « patrimoines matériels » et « patrimoines immatériels » dans des instruments imposant peu d'obligations concrètes, associée au recours à des concepts juridiques abstraits ou cloisonnés, tels que la « propriété privée » ou la « vie privée », ne permettent en effet généralement pas de rendre compte de la nature, de l'ampleur ni de la complexité des pertes culturelles, ni de refléter adéquatement les compréhensions holistiques et collectives de la culture partagée par de nombreuses communautés, tandis que la justiciabilité des « droits culturels » reste sujette à caution. D'autre part, les modes de réparation privilégiés par les tribunaux se révèlent souvent peu

[1508] Shelton, *supra* note 6 à la p 455.

adéquats – en particulier lorsqu'ils se limitent à des compensations financières individuelles. Enfin les règles et procédures judiciaires empêchent le plus souvent les tribunaux d'accéder aux demandes de réparation pour des injustices historiques dont découlent la plupart des pertes culturelles. Dans ces conditions, la réparation des dommages culturels exige de faire appel à des solutions alternatives. Tirant les conclusions des sections précédentes, il est possible d'affirmer que l'adoption d'un « cadre restauratif » présenterait des avantages philosophiques et procéduraux permettant d'aboutir à une meilleure compréhension, reconnaissance et réparation des dommages culturels.

En premier lieu, la justice restaurative prend pour postulat de départ qu'un crime constitue avant tout une atteinte contre le « soi » des individus. Or, peu de crimes illustrent aussi bien ce principe que ceux commis contre les droits ou patrimoines culturels. En effet, non seulement ces crimes ont généralement pour objectif (explicite ou implicite) d'effacer l'identité des communautés ciblées, mais leurs conséquences vont souvent bien au-delà de simples pertes patrimoniales. Comme vu dans le premier Chapitre de la présente thèse, les pertes culturelles, en particulier lorsqu'elles sont brutales et le fruit de mesures intentionnelles, peuvent avoir des répercussions sur les structures sociales, politiques et économiques des communautés, voire sur la santé et le bien-être physique, émotionnel et psychologique des individus. En plus de constituer des injustices sur le plan historique, leurs effets sont en outre souvent ressentis sur les victimes immédiates, mais également sur leurs descendants à long terme et peuvent se manifester par l'apparition de pathologies mentales ou de conduites délinquantes généralement associées à des syndromes de stress post-traumatique[1509]. Dans cette perspective, il est donc indispensable de remettre les victimes au cœur du processus de justice afin qu'elles puissent, dans leurs propres mots, partager leurs expériences et articuler leurs besoins en termes de réparation, au nom du principe que les individus qui ont subi des pertes culturelles sont les seuls à même de déterminer ce qui pourrait, en tout ou en partie, contribuer à les réparer. Une approche respectueuse des droits et des besoins des victimes est en outre d'autant plus essentielle

[1509] Cuche, *supra* note 58 à la p 71; Stamm et al, *supra* note 299; Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 aux pp 56-64 et 111-112.

que leurs revendications sont généralement fondées sur le fait même que leurs droits et intérêts ont été ignorés dans le passé.

Suivant la même logique, le second avantage de la justice restaurative et qu'elle est suffisamment flexible pour traiter des dommages culturels. À la différence du modèle judiciaire pénal occidental axé sur l'identification d'une loi transgressée et sur la sanction des criminels, la justice restaurative met l'accent sur la dimension relationnelle des préjudices subis. Dans cette perspective, elle met l'accent sur la notion de « responsabilité », sans effectuer de distinction artificielle entre les « crimes » proprement dits et les autres formes d'injustice[1510]. Ainsi, tout type de préjudice peut relever de la justice restaurative, qu'il s'agisse de dommages matériels, de blessures physiques, de souffrances psychologiques ou, pour ce qui nous concerne, de pertes culturelles[1511]. Sortir du carcan juridique et judiciaire permet en outre aux victimes d'invoquer l'ensemble des arguments historiques, moraux, ou spirituels jugés pertinents. Ce faisant, la justice restaurative permet non seulement d'aborder les dommages culturels en tant que tels, mais elle permet également d'aborder les aspects culturels dans le cadre d'autres injustices. Concernant les peuples autochtones en particulier, on constate en effet que les préjudices subis par ces derniers du fait de la colonisation sont souvent présentés comme étant de nature essentiellement économique ou politique. Or la culture y occupe en réalité toujours une place centrale :

> *In the context of redress for colonial injustices against Indigenous peoples, the question of culture must be considered in relation to the colonial suppression and attempted extinguishment of Indigenous cultures and epistemologies. The centrality of cultural loss to Indigenous demands for reparations is part of what makes these demands unique in the global context of claims for redress in the post–civil rights era.* […] *The culture that is at stake in these political struggles is not synonymous with representation or self-expression; rather, it is conceived in "holistic, symbiotic, collective and intergenerational" terms, as intrinsically connected to land and resources and, furthermore, to a right to self-determination that continues to be constrained or denied.*[1512]

[1510] Zehr, *supra* note 27 à la p 188; Walgrave, « À la recherche d'une théorie et d'un programme », *supra* note 1300 à la p 10.
[1511] Tinneke Van Camp & Jo-Anne Wemmers, « La justice réparatrice et les crimes graves » (2011) 44:2 Criminologie 171.
[1512] Jennifer Henderson & Pauline Wakeham, « Colonial Reckoning, National Reconciliation?: Aboriginal Peoples and the Culture of Redress in Canada » (2009) 35:1 ESC Engl Stud Can 1-26 aux pp 18-19.

Si les pertes culturelles constituent une des blessures les plus profondes du colonialisme, leur prise en compte et leur réparation doivent donc être partie intégrante de tout processus de réparation ou de réconciliation.

Troisièmement, la justice restaurative favorise l'intervention d'un large éventail d'acteurs et encourage la participation de l'ensemble du corps social. En matière de dommages culturels, une participation globale de la société civile serait particulièrement pertinente, car ces derniers découlent généralement de processus qui ont impliqué divers acteurs individuels ou institutionnels, publics ou privés, dont bon nombre bénéficient encore aujourd'hui des dommages causés. Comme le souligne Patrice Meyer Bisch :

> Les violations de droits culturels sont souvent les conséquences de situations qui remontent loin dans l'histoire. C'est pourquoi, le premier devoir est celui de la recherche de mémoire, afin d'identifier les processus et la complexité des responsabilités présentes. S'il est essentiel de rappeler le rôle primordial de l'État, il ne serait pas juste non plus de lui imputer toutes les violations présentes : ce sont tous les acteurs, civils, privés et publics qui sont concernés par la richesse culturelle commune […].[1513]

La justice restaurative, notamment par le biais de mécanismes tels que les Commissions vérité, permettrait ainsi de faire la lumière sur ces multiples responsabilités, de faire intervenir de nombreux protagonistes, qu'ils soient parties prenantes au préjudice, ou à titre de « membres de la communauté », et de leur donner l'opportunité de reconnaître leur rôle dans la commission des dommages culturels, de présenter les excuses nécessaires, et de participer activement aux mesures de réparation élaborées. Parmi ces acteurs, il serait ainsi pertinent de permettre non seulement la participation des autorités gouvernementales, mais également des institutions muséales dont les collections sont encore en grande partie constituées de biens spoliés, des Églises dont les missionnaires ont joué un rôle central dans les processus d'assimilation et de destruction culturelle, des représentants des institutions militaires ou policières impliquées dans la répression des pratiques traditionnelles ainsi que dans les destructions ou confiscations de patrimoines, ou encore des entreprises (publiques et privées) implantées sur des terres ancestrales prises aux peuples autochtones et qui en exploitent les ressources. Les dommages culturels découlant

---

[1513] Meyer-Bisch, « Analyse des droits culturels », *supra* note 465 à la p 35.

de processus holistiques complexes mêlant enjeux politiques, religieux ou encore économiques, c'est également de manière holistique que des solutions doivent être élaborées. Or, comme le souligne Federico Lenzerini :

> *Once an offence against culture has been perpetrated, the main quest is represented by the need of finding a remedy capable of removing—to the extent possible—the effects produced by such an offence. Available remedies vary depending on the characteristics of the offence, particularly on the identity of the affected entity. While no remedy is usually granted when the offence is only directed towards the international community as a whole, in the event that the affected body is a state (for instance in the case of a cultural property destroyed as a consequence of a bombing carried out during an armed conflict) it will be possible to rely on the usual methods for the resolution of international disputes, ranging from diplomatic means to the recourse to arbitration. However, certainly the most interesting cases—as well as those with respect to which a remedy is most needed—are those in the context of which an offence against culture hits the value of individual and/or collective human rights.*[1514]

Sur ce point, un autre avantage de la justice restaurative est que les solutions envisagées au terme des processus permettent non seulement d'aller au-delà de simples compensations financières, considérées comme inadaptées aux pertes culturelles[1515], mais elles permettent également d'aller au-delà du retour au *statu quo ante*[1516]. En matière de dommages culturels, revenir simplement à la situation antérieure risquerait en effet de mener à des définitions caricaturales des cultures[1517], à leur cristallisation ou fossilisation, ou encore à la résurgence artificielle de pratiques désormais dépourvues de réelle signification. En plus des éventuelles compensations financières pour les pertes matérielles et les préjudices moraux[1518], la réparation des dommages culturels pourrait en revanche bénéficier de mesures tournées vers l'avenir et ainsi porter sur une révision des programmes éducatifs pour une inclusion des injustices historiques et une meilleure représentation de la diversité culturelle dans l'enseignement, la mise en place de

---

[1514] Lenzerini, *supra* note 560 à la p 261.
[1515] Snyder, Williams & Peterson, *supra* note 1032 à la p 109.
[1516] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 290.
[1517] On soulignera par exemple les tentatives du gouvernement brésilien de restreindre l'interprétation des droits territoriaux en les limitants aux « vrais Indiens », c'est-à-dire à ceux n'ayant adopté aucun des moyens ou produits du monde industriel. Kymlicka, *supra* note 116 à la p 153.
[1518] La question des compensations financières et de leur adéquation reste du ressort des victimes. Certaines communautés, en particulier autochtones, s'opposent à l'idée que les compensations financières constituent une forme de réparation satisfaisante. Dans tous les cas, elles ne peuvent à elles seules réparer des pertes culturelles.

programmes de promotion et de revitalisation culturelle, artistique et linguistique, ou encore l'élaboration de protocoles de restitution des biens culturels au sein des musées et une meilleure inclusion, représentation et participation des communautés dans ces institutions. Une telle approche s'inscrirait dans une logique reconnaissant aux communautés le droit, comme l'affirme Will Kymlicka, de « préserver une appartenance à une culture particulière et de continuer de développer [cette] culture de la même façon (impure) que le font les membres des cultures majoritaires »[1519]. En conformité avec les principes de justice restaurative, ces réparations doivent répondre aux besoins et aux demandes formulées par les victimes.

Il convient cependant de ne pas tomber dans un excès inverse réduisant les réparations culturelles à des gestes purement symboliques. Non seulement les dommages culturels trouvent souvent leur origine dans des systèmes sociopolitiques et juridiques déséquilibrés et « injustes », mais leurs conséquences ont également des ramifications sociétales profondes et complexes qui doivent être prises en compte. Les processus de réparation doivent donc également répondre à ces enjeux et inclure des réformes substantielles en vue d'une véritable guérison des relations sociales et d'une juste distribution des richesses, des pouvoirs, des droits et des obligations. Pour y parvenir, le processus exige tout d'abord que l'ensemble des parties aient une compréhension partagée des concepts mêmes de « réparation », de « guérison », de « pardon » ou de « réconciliation » et de ce qu'ils impliquent. Concernant les peuples autochtones par exemple, Rebecca Tsosie souligne que :

> *The framework for understanding the role of 'reparations' for Native nations necessarily must be intercultural. It must account for the different historical experiences of Native nations with the Europeans that colonized these lands, and it must address Native epistemologies. There is no 'uniform' theory of reparations that fits all cultures, all nations, and all peoples.*[1520]

[1519] Kymlicka, *supra* note 116 à la p 154.
[1520] Tsosie, *supra* note 712 à la p 43.

La participation de l'ensemble des parties est ainsi nécessaire non seulement au sein des mécanismes de justice et de réparation, mais également dans la création, et le développement de ces mécanismes pour s'assurer de leur succès[1521].

D'autre part, les processus de réparation doivent dans certains cas inclure des transformations constitutionnelles ou structurelles profondes avec, par exemple, une redéfinition consensuelle des droits culturels des minorités et des peuples autochtones et de leurs implications, une réforme des institutions juridiques, judiciaires et politiques, des restitutions de terres, voire dans certains cas la reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples, ou toute combinaison de mesures jugées nécessaires et appropriées par les victimes :

> *Native peoples* […] *continue to suffer from a profound legacy of historical injustice that has political, legal, social, economic, moral, and spiritual dimensions. These are integrated in such a way that the concept of reparations, for Native people, must simultaneously address the dispossession of their lands, natural resources, ancestral remains, and cultural property, as well as the suppression of their political autonomy and their cultures*.[1522]

Pour que justice soit rendue, la reconnaissance et la réparation des dommages culturels doivent ainsi parfois s'accompagner de changements structurels ; la nature et l'étendue de ces changements dépendant de la nature des injustices commises et subies.

Enfin, il est également intéressant de souligner que la justice restaurative dispose d'un atout supplémentaire en raison de l'importance accordée à la culture dans ses mécanismes de mise en œuvre. En effet, comme il a été mentionné précédemment, la justice restaurative trouve son origine dans des philosophies et des mécanismes de justice utilisés par de nombreux peuples autochtones ou communautés traditionnelles à travers le

---

[1521] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 294.

[1522] Tsosie, *supra* note 712 à la p 52. Voir aussi Jennifer Henderson & Pauline Wakeham, « Colonial Reckoning, National Reconciliation? », *supra* note 1512 à la p 19. Le concept de réparations a ainsi été utilisé dans le cadre des *Critical Race Theories* pour défendre des arguments en faveur de changements structurels, en vertu de la théorie selon laquelle les institutions existantes (politiques, judiciaires, éducatives, etc.) sont fondamentalement inégales parce qu'elles ont été créées dans le but de maintenir la domination des élites (blanches) qui ont fondé le pays.

monde, et bénéficie de ce fait d'un solide ancrage culturel. Rupert Ross évoque en effet la conviction, partagée par divers peuples autochtones, que :

> *The best way to respond to the ups and downs of life, whether defined as 'criminal' or not, is not by punishing solitary offenders. The focus must be shifted instead towards the teaching and healing of all the parties involved, with an eye on the past to understand how things have come to be, and an eye on the future to design measures that show the greatest promise of making it healthier for all concerned*.[1523]

Au Canada par exemple, les « cercles autochtones », aussi appelés « cercles de guérison » ou encore « conseils de détermination de la peine », représentent un des principaux programmes de justice restaurative mis en œuvre[1524]. Pratiqués par de nombreuses communautés avant d'être supplantés par le système judiciaire occidental, ces mécanismes traditionnels reposent sur une volonté commune de restauration de l'équilibre et de l'harmonie sociale, grâce à la réparation des dommages causés, à la guérison (physique, affective, psychologique, etc.) des personnes lésées, et grâce surtout à l'implication dans le processus de l'ensemble des protagonistes et de la collectivité[1525]. À Hawaii, les excuses présentées par le Congrès américain et les tentatives de réconciliation ont également été rapprochées du concept *ho'oponopono* (« rectifier les choses ») utilisé par les populations autochtones pour résoudre les conflits interpersonnels. Comme l'explique Rebecca Tsosie :

> *Within the tradition of 'ho'oponopono', the healing process is both emotional and spiritual and is premised on the idea that the perpetrator and the person wronged are bound together in a relationship of negative entanglement called 'hihia'. The healing process must 'untangle' these negative emotions to facilitate a mutual understanding of the 'emotional truth' of what happened, a sincere appreciation of the effects of the bad behavior, a confession of the wrongdoing and seeking of forgiveness by the perpetrator, the act of granting forgiveness and, ultimately, the 'release' of all negative emotions. The final phase of 'kala', which*

[1523] Tel que cité dans Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 292.

[1524] C'est surtout à partir des années 1990, face notamment à la surreprésentation quasi endémique des PNMI dans le système de justice et carcéral, et à l'essor des mouvements de revendication autochtones que ces pratiques traditionnelles ont été revivifiées, d'abord par les communautés elles-mêmes, puis avec la reconnaissance progressive des autorités gouvernementales. Voir notamment *Repenser l'accès à la justice pénale au Canada : examen critique des besoins, des réponses et des initiatives de justice réparatrice*, Ottawa, Ministère de la Justice, 2004; Mylène Jaccoud, « Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada » (1999) 32:1 Criminologie 7 aux pp 81-84; note 1327 aux pp 12-13.

[1525] Jaccoud, « Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada », *supra* note 1524.

> *means to 'release, untie, free each other completely' follows the phase of forgiveness*.[1526]

De manière plus générale, on considère que la souplesse des mécanismes de justice restaurative facilite leur mise en œuvre dans des contextes culturels très variés en permettant, par exemple, l'inclusion de rituels de purification, ou encore en prenant en considération d'autres éléments que les seules preuves matérielles ou témoignages oraux, tels que les créations artistiques, le chant ou encore la mise en récit. Ainsi, la justice restaurative, avec ses différents mécanismes, pourrait être considérée non seulement comme un moyen d'obtenir réparation pour les dommages culturels grâce à la formulation de demandes adaptées à chaque situation, mais également comme une forme de réparation du patrimoine lui-même par le recours à des pratiques traditionnelles qu'elle contribuerait, de fait, à préserver, voire à revitaliser.

1.4. Conclusion

Initialement présentée comme un nouveau paradigme visant à modifier notre regard sur les infractions et sur la façon de les traiter, la justice restaurative est devenue, à tout le moins, un cadre philosophique et procédural dont chacun s'accorde à dire qu'il devrait aujourd'hui guider les processus judiciaires. Ayant notamment pour caractéristique de s'adapter à chaque situation, il serait contraire à la définition même de la justice restaurative de tenter d'en proposer un modèle de mise en œuvre unique. Néanmoins, il est possible de dégager les trois grands principes qui en constituent le socle : la réparation des préjudices, la responsabilisation des malfaiteurs et la participation des communautés en vue de l'établissement de relations sociales saines et équilibrées.

Dans cette approche de la justice, les crimes ne sont en effet plus considérés uniquement comme des transgressions de la loi devant faire l'objet d'une répression au nom de l'intérêt collectif, mais plutôt comme des conflits entre personnes ayant des répercussions matérielles, physiques et émotionnelles devant être réparées en prenant en

---

[1526] Tsosie, *supra* note 712 à la p 65.

considération les besoins et les intérêts des parties concernées. La priorité n'est plus de punir, mais de remédier aux dommages effectivement subis par les victimes et identifiés par ces dernières. Comme le résume Christophe Béal :

> La réparation porte sur les dommages matériels, mais elle prend aussi en considération toutes les répercussions qu'a pu avoir l'infraction sur la vie des victimes et de leur entourage. Au-delà de la restitution ou de la compensation financière, la réparation inclut une composante relationnelle, psychique, sociale et symbolique. Restaurer, c'est permettre aux victimes de reconstruire leur existence, de soigner les traumatismes, de surmonter leur vulnérabilité, de reconquérir leur autonomie et leur pouvoir d'agir ; c'est reconstituer tout ce qui a été affecté à l'occasion du délit, tant au niveau individuel que collectif, c'est rétablir un tissu relationnel, un équilibre ou un ordre social.[1527]

Ce déplacement de la punition vers la réparation encouragerait ensuite la responsabilisation des contrevenants. Libérés des stigmas généralement associés aux sentences judiciaires (et en particulier à l'incarcération) ils sont incités à prendre pleinement conscience de la portée de leurs actes et de leurs conséquences sur les victimes. Au lieu de subir passivement un châtiment, ils sont en outre invités non seulement à apporter un éclairage sur les circonstances de l'infraction, mais également à présenter des excuses et à s'engager activement et personnellement dans les mesures de réparations destinées à leurs victimes.

Enfin, la justice restaurative inclut une composante procédurale. Elle repose sur la participation de toutes les personnes impliquées par une infraction, ainsi que sur la participation de leurs proches et plus largement de leurs communautés, à toutes les étapes du processus ainsi que dans la formulation des mesures restauratives. Loin du formalisme des procédures pénales classiques au sein desquelles les personnes concernées par un crime demeurent généralement en position d'observation, les dispositifs de justice restaurative ont un caractère inclusif et participatif. Cette caractéristique procédurale de la justice restaurative contribue d'une part à la guérison des victimes (en leur offrant un espace de parole qui leur permet d'exprimer leurs émotions et de faire connaître leurs besoins) et à la responsabilisation des malfaiteurs en rendant visibles toutes les incidences matérielles, affectives et sociales que peut avoir un délit. D'autre part, la justice restaurative est

---

[1527] Béal, *supra* note 1354 à la p 60.

l'occasion pour les communautés d'aller au-delà du retour au *statu quo ante*. En leur donnant les moyens de se réapproprier le traitement des infractions, elle incite les communautés à examiner et à remédier aux causes socio-économiques ou politiques sous-jacentes aux crimes afin de s'assurer qu'ils ne se reproduiront plus. Comme le souligne Jennifer Llewellyn :

> *Underlying the varied forms restorative justice processes might take is a common commitment to restoring relationships, to re-integration over isolation; a commitment to understanding community as an integral part in the creation and solution of social conflict, with an acknowledgement that whether it is focusing on restoring the sufferer of wrongdoing, the wrongdoer or the community, the focus is always broader than the individual unit; a commitment to attend to the discrete wrong and its context and causes; a commitment to be forward-looking, to look at the outcome or implications of a wrong for the future; and a commitment to bring together all those with a stake in the development of that future*.[1528]

Grâce à sa dimension flexible et axée sur les relations humaines, la justice restaurative est désormais mise en œuvre dans des contextes variés. On la retrouve ainsi principalement dans le domaine de la justice juvénile à travers le monde où elle rencontre un succès difficilement contestable, et de plus en plus dans le système pénal pour adultes avec la mise en place de divers mécanismes tels que les médiations entre victimes et auteurs d'infraction, les conférences familiales, les cercles de sentence, les rencontres victimes-condamnés au stade post-sentenciel, ou encore les cercles de soutien ou d'accompagnement. Depuis une quarantaine d'années cependant, elle intéresse également les universitaires et les praticiens pour ses bienfaits dans le cadre de la justice transitionnelle pour la réconciliation et la reconstruction nationale, et pour apporter des solutions à l'épineux problème des dommages historiques.

Dans ces contextes particuliers, la mise en œuvre de solutions restauratives apparaît comme un complément ou une alternative indispensable aux processus judiciaires classiques. Elles contribuent à faire la lumière sur des crimes de masse et/ou ayant pris place sur plusieurs décennies en permettant à de nombreuses victimes, à leurs descendants ou plus largement à leurs communautés de partager leurs expériences et d'exposer

---

[1528] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 292.

l'étendue des préjudices matériels, psychiques, moraux ou émotionnels subis, tout en évitant les obstacles juridiques et procéduraux rencontrés devant les tribunaux. Elles contribuent également à identifier les responsables individuels ou institutionnels et les encouragent à reconnaître leur implication dans ces crimes, ou les bénéfices qu'ils en retirent encore aujourd'hui, à présenter des excuses et à fournir les réparations nécessaires. Enfin, en mobilisant l'ensemble du corps social, elles apportent un éclairage sur les réformes structurelles et systémiques nécessaires en vue de garantir la non-répétition des injustices. C'est ainsi par le biais d'initiatives restauratives que les survivants de l'Holocauste ont été en mesure de retrouver l'équivalent de 8 milliards de dollars d'actifs bancaires gelés ou dérobés par les nazis et de nombreuses œuvres d'art, et que les ressortissants japonais internés aux États-Unis et au Canada durant la Seconde Guerre mondiale ont pu recevoir des indemnités pour les préjudices subis[1529]. Ces restitutions ou compensations, se sont en outre accompagnées d'excuses publiques et officielles, témoignant à la fois d'une reconnaissance des injustices passées et de la reconnaissance de responsabilités institutionnelles, de mesures de réhabilitation et de satisfaction collectives et symboliques, ainsi que de l'abolition des lois et règlements qui avaient rendu possible la commission de ces injustices.

À partir de ces expériences dans le contexte de la justice transitionnelle et intergénérationnelle il est possible d'affirmer qu'un cadre de justice restaurative présenterait également des avantages en matière de dommages culturels en ce qu'elle permettrait de contourner les obstacles généralement rencontrés devant les tribunaux, et découlant à la fois de l'insaisissabilité du concept de culture et de la nature historique de la plupart des dommages aujourd'hui ressentis, d'apporter des éclairages sur l'envergure et la complexité des dommages culturels et de leurs conséquences, d'identifier les nombreuses responsabilités et complicités dans la destruction des patrimoines culturels, et d'élaborer des mesures de réparation holistiques et adaptées à chaque situation.

[1529] Voir par exemple Posner & Vermeule, *supra* note 50; Yamamoto, *supra* note 50; Holocaust victim assets litigation, *supra* note 50; Hicks, *supra* note 49; Shelton, *supra* note 6 aux pp 428-464.

Si en matière de dommages culturels de tels mécanismes restauratifs restent encore essentiellement limités aux restitutions de patrimoines matériels évoquées dans le Chapitre précédent, ces dernières années ont néanmoins été témoins d'une plus grande sensibilité aux dommages culturels découlant des conflits armés, de la colonisation ou de l'esclavage, comme en attestent les recommandations formulées en matière culturelle dans les accords de paix au lendemain des conflits armés, ainsi que les conclusions — quoique limitées aux excuses — de la Conférence de Durban sur le racisme, ou encore les nombreuses tentatives de préservation et de revitalisation des patrimoines immatériels encouragées par la *Convention sur le patrimoine immatériel*. Il semblerait ainsi aujourd'hui opportun de recourir plus systématiquement à des mécanismes de justice restaurative pour répondre aux réclamations relatives aux dommages culturels. Une telle approche exige toutefois de prendre en considération non seulement l'ensemble des principes fondamentaux de la justice restaurative (réparation, responsabilisation et participation), mais également les éléments propres aux dommages culturels, leurs origines, leurs formes et leurs diverses conséquences, sous peine d'échouer à répondre de manière adéquate aux demandes des victimes.

À cet effet, l'action des gouvernements canadiens vis-à-vis des revendications autochtones fournit un exemple particulièrement emblématique permettant d'observer l'essor des revendications en matière de dommages culturels et leur complexité, les nombreux obstacles survenant au moment de prendre en compte et de réparer ces dommages dans le système judiciaire classique au niveau interne, ainsi que la mise en œuvre de mécanismes inspirés des principes de justice restaurative.

2. Étude de cas : la réparation des dommages culturels subis par les peuples autochtones au Canada

À la lumière des Chapitres et de la partie précédente, il nous semble finalement pertinent d'examiner un cas concret illustrant à la fois les dommages culturels et leurs conséquences, les obstacles rencontrés par les demandes de réparation dans un système judiciaire classique, et le recours complémentaire à des mécanismes inspirés des principes

de justice restaurative. À cette fin, nous avons choisi de prendre le cas des Premières Nations, des Métis et des Inuit au Canada, qui semble réunir l'ensemble de ces éléments. Quatre précisions préalables doivent toutefois être apportées.

Il convient tout d'abord de rappeler qu'il existe encore aujourd'hui près d'une centaine de Premières Nations, et de communautés inuites et métisses[1530] réparties sur l'ensemble du territoire canadien[1531]. Elles informaient, et informent encore, des systèmes sociaux, politiques, économiques et, bien évidemment, culturels extrêmement complexes et divers, et elles ont historiquement entretenu des rapports variés avec les colons français et britanniques[1532]. De fait, ces communautés ont été et sont aujourd'hui encore affectées différemment par les diverses mesures de destruction culturelle qui ont été mises en œuvre. Devant l'impossibilité de dresser un tableau exhaustif de la situation de chacune d'elles, les sections suivantes seront fondées sur certaines généralisations nécessaires aux fins de la présentation.

En second lieu, il ne s'agira évidemment pas non plus d'effectuer un retour exhaustif et détaillé sur plusieurs siècles de relations complexes entre les peuples

---

[1530] Au Canada, selon la définition donnée au paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'expression « peuples autochtones » (« *aboriginal peoples* ») sert à désigner « des Indiens, des Inuit et des Métis ». Elle est ainsi souvent employée pour les désigner conjointement. Depuis les années 1970, l'expression « Premières Nations » s'est généralisée afin de remplacer le terme « Indiens », géographiquement erroné, et péjorativement connoté. Elle est utilisée de manière générique pour désigner les premiers occupants des territoires qui constituent aujourd'hui le Canada. S'il est aujourd'hui considéré comme désuet, le terme « Indien » conserve néanmoins un sens juridique précis selon la *Loi sur les Indiens*, et peut être utilisé dans certaines circonstances. Par ailleurs, nombre de communautés préfèrent l'appellation « Première Nation » à celle de « bande ». Toutefois, « bande » est également le terme utilisé par le gouvernement fédéral pour décrire « un groupe d'Indiens » vivant en communauté sur une ou plusieurs réserves. Le terme « Métis » désigne une personne descendant à la fois des Européens et des peuples autochtones, donc née du métissage. Le terme est également utilisé pour désigner une communauté spécifique – définie comme la « Nation métisse ». Bien qu'il s'agisse de l'un des 3 peuples autochtones reconnus au Canada, l'utilisation du terme « Métis » reste toutefois complexe et parfois sujette à controverse. Le terme « Inuit » désigne quant à lui les peuples autochtones vivant dans les régions arctiques (Territoires du Nord-Ouest, Yukon, Nunavut, Québec, Labrador). Enfin, il convient de préciser que les membres des PNMI se subdivisent en différents groupes : les membres d'un même groupe (Première nation, métis ou inuit) se définissent généralement comme appartenant à une nation particulière, ou à une communauté (« clan ») à l'intérieur de cette nation. Minnie Aodla Freeman, « Inuits » dans *Encycl Can*, 2020; Adam Gaudy, « Métis » dans *Encycl Can*, 2019; René R Gadacz, « Premières Nations » dans *Encycl Can*, 2019.

[1531] Zach Parrott, « Peuples autochtones au Canada » dans *Encycl Can*, 2018.

[1532] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 16.

autochtones et les colons depuis leurs premiers contacts[1533]. Seront seulement évoquées les principales mesures de destruction culturelle et sociale intentionnellement mises en œuvre par les gouvernements canadiens : la colonisation et la création du système des réserves, les mesures de discrimination et de criminalisation des pratiques culturelles autochtones ainsi que le système des pensionnats indiens, et leurs conséquences sur les PNMI. Les nombreuses inégalités et discriminations systémiques dont les peuples autochtones sont encore victimes aujourd'hui au niveau politique, social, économique et culturel seront essentiellement présentées comme héritées de ces injustices historiques, mais ne seront pas analysées plus en détail.

En troisième lieu, il convient de rappeler que la présente thèse porte avant tout sur les dommages culturels, et non sur les peuples autochtones en tant que tels. Les revendications autochtones (dans le contexte canadien et ailleurs) en matière culturelle, s'inscrivent en effet souvent dans le cadre plus large de revendications politiques et territoriales. De là découlent d'importants enjeux, aussi bien nationaux qu'internationaux, touchant à des domaines aussi divers et variés que le droit à l'autodétermination des peuples, l'environnement, les théories du droit, ou encore le constitutionnalisme. Dans cette optique, l'étude de cas proposée ne prétend pas analyser par le détail la complexité et la diversité des enjeux autochtones et encore moins y offrir une solution globale. Par ailleurs, si les peuples autochtones sont bien évidemment aujourd'hui les principales victimes des mesures les plus flagrantes de destructions matérielles et immatérielles en raison notamment de leur conception holistique de la culture, d'autres groupes sont également toujours concernés par les pertes culturelles parmi lesquels les minorités ethniques, linguistiques ou religieuses. On pense notamment à la minorité ouïghoure en Chine, évoquée précédemment, aux communautés tsiganes dont le mode de vie nomade s'articule mal avec les institutions étatiques modernes, ou encore aux particularismes régionaux perçus comme incompatibles avec le principe d'unité nationale. Les destructions dont ces groupes ont été ou sont encore victimes découlent de contextes, de logiques, et

[1533] Pour un retour plus détaillé sur les premiers contacts, y compris la question des chocs viraux et leurs conséquences sur les communautés autochtones, voir notamment Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223; Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305.

ont des effets, extrêmement variés. Cette étude de cas se veut donc uniquement être un exemple concret des préjudices culturels qui peuvent être subis par une communauté, des différents obstacles qui peuvent survenir en matière de reconnaissance et de réparation de ces préjudices dans le système judiciaire, et de la mise en œuvre de solutions alternatives ou complémentaires qui pourraient se révéler utiles dans d'autres situations de pertes culturelles. La situation des peuples autochtones au Canada constituait à cette fin un cas emblématique et bien documenté.

En quatrième lieu enfin, les dernières modifications apportées à cette recherche l'ont été au printemps 2021 alors que plusieurs procédures juridiciaires et extrajudiciaires, de même que divers projets politiques et culturels, étaient en cours ou à l'état de discussion. Le lecteur est donc invité à considérer cette limite chronologique et à tenir compte des éventuels changements ou innovations qui ont pu ou pourront survenir depuis la remise de ce travail.

Gardant à l'esprit ces précisions, il s'agira dans un premier temps de revenir sur les différents moyens mis en œuvre par les autorités canadiennes pour saper les assises culturelles autochtones, et leurs conséquences sur les PNMI. Cette partie permettra de souligner les différentes mesures de discrimination, de vexation ou de destruction culturelle dont ces peuples ont été victimes, et leurs nombreuses conséquences. Une deuxième section permettra ensuite d'examiner quelques-uns des obstacles juridiques et judiciaires auxquels sont confrontées les demandes de réparation des PNMI, qu'il s'agisse de la reconnaissance des droits ancestraux autochtones ou des pertes culturelles et linguistiques découlant du système des pensionnats indiens. Dans une troisième partie enfin, il s'agira de montrer comment les gouvernements canadiens successifs ont tenté de remédier à ces obstacles en recourant à des mécanismes complémentaires extrajudiciaires de réparation et de présenter les succès et les limites de ces mécanismes dans le contexte canadien.

2.1. L'offensive contre les cultures autochtones

À compter de la fin du XVIIIe siècle et tout au long des XIXe et XXe siècles, l'expansion coloniale vers l'Ouest et le Nord du Canada, sur des territoires majoritairement occupés par des peuples autochtones, s'est accompagnée d'un vaste processus de conclusion de traités entre la Couronne britannique et les Premières Nations[1534]. Or, s'ils prétendaient initialement permettre un partage équitable des ressources entre les communautés, la Couronne a rapidement vu dans ces traités un moyen de garantir sa mainmise sur les terres. De fait, après avoir obtenu les espaces convoités, les gouvernements successifs ont mis en place une politique d'assimilation intensive, essentiellement afin de se dégager des engagements juridiques, économiques et sociaux qui leur incombaient en vertu desdits traités : s'il n'y a plus d'autochtones au Canada, les obligations contractées envers eux devaient, selon cette logique, disparaître[1535]. L'objectif était alors clair et il s'agissait pour y parvenir de mettre en place toutes les politiques d'assimilation nécessaires « […] jusqu'à ce qu'il n'y ait plus un seul Indien au Canada qui n'ait pas été intégré à la société et qu'il n'y ait plus de question indienne ni de ministère des Affaires indiennes »[1536].

2.1.1. La création des réserves autochtones

À l'origine même de la signature des traités entre la Couronne britannique et les peuples autochtones, la première étape du processus d'assimilation, et aujourd'hui l'une des principales sources de leurs revendications, a consisté en la colonisation progressive des terres ancestrales autochtones et la création du système des réserves.

[1534] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ; L'histoire, de 1939 à 2000*, Montreal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2016 aux pp 57-64.

[1535] *Ibid* à la p 4. Voir aussi Roland Chrisjohn, Sherri Young & Michael Maraun, *The Circle Game: Shadows and Substance in the Indian Residential School Experience in Canada*, revised edition éd, Penticton, Theytus Books, 2006.

[1536] Cette citation de 1920 est attribuée à Duncan Campbell Scott, alors surintendant général des affaires indiennes du Canada, lors de son témoignage devant le Comité spécial de la Chambre des communes sur les modifications à la *Loi sur les Indiens* de 1920. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Ils sont venus pour les enfants : le Canada, les peuples autochtones et les pensionnats*, Winnipeg, Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2012 à la p 10.

En Nouvelle-France, les premières réserves semblent avoir été établies dès le milieu du XVIIe siècle à l'initiative des ordres missionnaires religieux. L'objectif était alors de contraindre les peuples autochtones à vivre comme les colons, dans l'espoir d'entraîner leur conversion au christianisme[1537]. Des réserves, comme celle de Sillery créée en 1637 sur le modèle des « réductions » d'Amérique latine, représentaient alors un moyen efficace d'imposer un mode de vie sédentaire à des peuples nomades et semi-nomades afin de les convertir[1538].

Au cours du siècle suivant, les colons britanniques se sont montrés quant à eux moins intéressés par l'établissement de réserves et ont plutôt privilégié des alliances militaires, politiques et économiques afin de renforcer leurs positions dans le commerce des fourrures alors en plein essor. À partir du XVIIIe siècle toutefois, l'expansion rapide des établissements coloniaux vers l'Ouest et le Nord exacerbe les tensions entre les populations[1539]. Le roi George III qui souhaitait les atténuer reconnaît alors par la *Proclamation royale* de 1763 l'existence d'un titre foncier autochtone sur certaines de leurs terres ancestrales[1540], en stipulant que tout territoire à l'ouest des Appalaches devait être strictement réservé à l'usage des autochtones. La Proclamation interdisait à toute entité autre que la Couronne l'achat de leurs terres aux autochtones, et exigeait la négociation de traités « entre nations souveraines » par les représentants de la Couronne lors de telles acquisitions[1541]. L'expansion accélérée des colons, et le désintérêt général pour le processus de négociation des traités par les agents du gouvernement, conduisent cependant à une appropriation rapide et frauduleuse des terres par les colons et à la ségrégation des peuples autochtones sur des territoires de plus en plus restreints, dont les limites étaient fréquemment modifiées unilatéralement par les administrateurs coloniaux[1542].

[1537] Harvey A Mccue, « Réserves » dans *Encycl Can*, 2018; Aude Maltais-Landry, « Un territoire de cent pas de côté : récits de la création d'une réserve indienne en territoire innu au milieu du XX siècle » (2015) 69:1-2 Rev Hist Am Fr 19 à la p 39.
[1538] Maltais-Landry, *supra* note 1537 à la p 39.
[1539] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 57-59.
[1540] Il s'agit d'un droit foncier communautaire dont bénéficient les communautés autochtones, mais qui n'est pas détenu par une personne en particulier au sein de ces communautés. Les procès instruits par la Cour suprême, tels que les affaires Calder (1973), Delgamuukw (1997) et Tsilhqot'in (2014) ont permis, non sans critique, de préciser la notion de titre autochtone et d'en fixer certaines limites.
[1541] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 60-61.
[1542] *Ibid* aux pp 61-62.

Dans la seconde moitié du XIXe siècle, une nouvelle série de traités est signée entre le gouvernement canadien et les peuples autochtones après la création de la Confédération canadienne. Entre 1871 et 1921 notamment, onze « Traités numérotés » sont conclus, couvrant une zone située entre le lac des Bois (nord de l'Ontario, sud du Manitoba), les montagnes Rocheuses (nord-est de la Colombie-Britannique et plaines intérieures de l'Alberta) et la mer de Beaufort (nord du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest). Ces traités procuraient au gouvernement canadien les terres dont il avait besoin pour établir des colonies et assurer leur développement économique et industriel. En échange de la cession de leurs territoires à la Couronne, les administrateurs gouvernementaux promettaient aux PNMI, par écrit ou verbalement, diverses formes de compensations telles que le versement de paiements, la distribution de fournitures agricoles, des droits spéciaux de chasse et de pêche sur les terres inoccupées, le respect de leurs modes de vie traditionnels ainsi que la création de terres de réserve[1543]. Or les modalités et le respect effectif de ces différents traités par les autorités coloniales soulèvent aujourd'hui des controverses importantes et donnent lieu à de nombreuses contestations et revendications parmi les communautés PNMI[1544].

En effet, la mise en œuvre des « Traités numérotés » va surtout servir à l'assimilation des peuples autochtones dans la société et la culture coloniales. Comme le soulignent Wendy Moss et Elaine Gardner-O'Toole, aux yeux des administrateurs de l'époque :

> […] le meilleur moyen d'assimiler les Indiens était de les isoler dans des réserves où des agents gouvernementaux les préparaient graduellement à s'intégrer à la société dominante. (Par ailleurs, pour d'autres, l'isolement n'était qu'une mesure de protection qu'on devait prendre en attendant l'extinction des peuples indiens.)[1545]

[1543] Michelle Filice, « Traités numérotés » dans *Encycl Can*, 2016; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 69.

[1544] Pour obtenir l'accord des Premières Nations, les agents fédéraux n'expliquent pas toujours les traités et leurs répercussions de manière exhaustive ; de plus, ils n'inscrivent pas toujours dans la version écrite du traité tous les engagements pris pendant les négociations. Les engagements verbaux différents des textes écrits des traités numérotés font encore aujourd'hui l'objet de conflits et de discussions. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 134-135.

[1545] *Les Autochtones : historiques des lois discriminatoires à leur endroit*, BP-175F, Division du droit et du gouvernement, 1991. Voir aussi McNab, *supra* note 223 à la p 280; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 64.

En premier lieu, les réserves créées en vertu des Traités étaient et sont encore souvent de taille réduite, ne représentant qu'une infime partie des territoires traditionnels des peuples autochtones qui ne disposaient donc pas des ressources ni de l'espace indispensables au maintien de leurs modes de subsistance traditionnels. Pour Aude Maltais-Landry, la délimitation des réserves se faisait en outre sans que les PNMI aient une véritable compréhension des enjeux. Dans son article « Un territoire de cent pas de côté » sur la création d'une réserve pour la communauté inuite de Nutashkuan dans les années 1950, elle rapporte ainsi :

> Un aspect important du récit de la rencontre, sur lequel tous mes interlocuteurs ont insisté, c'est que jamais les aînés n'auraient voulu dire par là qu'ils cédaient le reste du territoire. Pour ceux qui m'ont raconté l'histoire, la conclusion était la même : le chef et les Anciens n'avaient pas compris ce qui était en train de se passer ; qu'en désignant un territoire ou en mesurant un carré sur le sol pour signifier où ils souhaitaient s'installer, ils étaient en train de créer une « réserve indienne » où ils devraient désormais vivre à l'année, régis par des mesures contraignantes enchâssées dans la *Loi sur les Indiens*.[1546]

Les modes de vie autochtones, en particulier ceux fondés sur les déplacements nomades et semi-nomades, étaient en effet considérés comme un obstacle à la colonisation ainsi qu'au développement et à la mise en valeur du territoire à des fins économiques et agricoles, et plus largement à l'assimilation des PNMI dans la société coloniale. Contraintes à la sédentarisation, les communautés autochtones doivent alors progressivement renoncer à leurs modes de vie traditionnels. La réduction substantielle de leurs territoires de chasse et de pêche, les restrictions administratives et juridiques, la diminution brutale du gibier et la dégradation de l'environnement (en raison notamment de la concurrence des colons en matière de chasse et de pêche puis en raison des développements urbains) les rendent en outre dépendants de sources de subsistance non traditionnelles et du soutien des gouvernements fédéraux et provinciaux[1547].

[1546] Maltais-Landry, *supra* note 1537 à la p 39. Ce phénomène des réserves trop petites se retrouve partout au Canada.

[1547] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 137-138; Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 à la p 39. Concernant la communauté inuite de Nutashkuan, Aude Maltais-Landry explique ainsi qu'en 1857 et 1858, des lois émanant du ministère des Pêcheries du gouvernement de l'Union interdisent aux autochtones de pêcher le saumon sur les rivières louées à des particuliers. En 1882, les rivières à saumon passèrent sous contrôle provincial, et le gouvernement réitéra la législation mise en place. Dès lors, il devint illégal pour les Inuit de pêcher le saumon sur toutes les rivières de la Côte-Nord, sauf sur la rivière Bersimis. Devant la famine causée par cette interdiction et à suite de nombreuses lettres de

En second lieu en effet, si la Couronne s'engage à respecter les modes de vie autochtones, elle ne respecte pas les terres auxquelles ces modes de vie, et les identités culturelles autochtones de manière générale, sont fondamentalement rattachés. L'augmentation du nombre des colons, et les développements urbains et industriels qui en découlent amènent fréquemment à empiéter sur les réserves et à profaner les lieux sacrés des PNMI. Au cours de l'année 1990 par exemple, le projet d'agrandissement d'un terrain de golf sur un cimetière et des terres ancestrales autochtones — dont la construction avait déjà suscité des tensions dans les années 1960 — provoque des affrontements entre la population coloniale et les membres des communautés mohawks Kanesatake et Kahnawake. Ces évènements, connus sous le nom de « Crise d'Oka » sont notamment marqués par des manifestations autochtones à travers tout le Canada en signe de solidarité, ainsi que par des blocages routiers, l'intervention de la Sûreté du Québec — la mort du caporal Marcel Lemay —, et finalement de l'armée canadienne[1548]. Enfin, la mise en œuvre des Traités et le système des réserves ainsi créées vont également servir à imposer diverses mesures discriminatoires et d'acculturation.

2.1.2. Discrimination raciale et criminalisation des pratiques culturelles

En effet, afin de pouvoir résider en permanence sur le territoire d'une réserve, les PNMI devaient être reconnus comme « Indiens »[1549], au sens de la loi. *L'Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada* de 1850 fournit la première définition officielle d'un Indien selon le droit canadien : « Tous sauvages pur-sang, réputés appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans ladite terre, et leurs descendants »[1550]. Cette loi identifie également comme Indien toute personne ayant épousé un membre d'une tribu indienne et vivant dans cette tribu, les

---

protestation envoyées par les Inuit et par les missionnaires religieux, les Affaires indiennes réagirent par la distribution de « bons » échangeables dans les postes de la Compagnie de la Baie d'Hudson, qui étaient en réalité des rations d'urgence. En plus des lois sur la pêche au saumon, d'autres lois sur la chasse au gibier sont venues limiter les droits des Innus sur les ressources alimentaires de leur territoire, notamment la création des réserves à castors. Maltais-Landry, *supra* note 1537 aux pp 43-44.

[1548] Tabitha Marshall, « La crise d'Oka » dans *Encycl Can*, 2014.

[1549] *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada*, 1850 au para V. Voir aussi Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 69.

[1550] *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada*, *supra* note 1549.

enfants issus de parents indiens et vivants sur leurs terres, y compris les personnes adoptées durant l'enfance par des parents indiens. En 1851, la loi est modifiée de façon à exclure les hommes non indiens mariés à des femmes indiennes. Or, de ce statut d'Indien, découlaient diverses mesures discriminatoires.

En 1885 par exemple, l'*Acte du cens électoral* sur le droit de vote aux élections fédérales prévoyait que le terme « personne » désignait une personne du sexe masculin, y compris un « Indien », mais excluant :

> Les sauvages dans le Manitoba, la Colombie-Britannique, Kéwatin et les territoires du Nord-Ouest, et tout sauvage résidant sur une réserve située ailleurs en Canada, qui n'est pas en possession et occupation d'un lopin de terre séparé et distinct dans cette réserve, et dont les améliorations sur ce lopin séparé n'ont pas une valeur d'au moins cent cinquante piastres, et ne possède pas d'ailleurs les qualités qui lui permettraient d'être inscrit sur les listes d'électeurs en vertu du présent acte.[1551]

En liant le droit de vote à la propriété d'un bien d'une certaine valeur, la loi excluait ainsi, de fait, la grande majorité des PNMI vivant dans des réserves. En effet, leurs terres ancestrales ayant été cédées à la Couronne en fiducie, on considérait alors que les autochtones résidant sur ces terres pouvaient en revendiquer la jouissance et le profit (usufruit), mais non la propriété[1552].

À partir de 1876 également, le gouvernement du Canada promulgue *l'Acte des Sauvages* (dont le titre officiel était *Acte pour modifier et refondre les lois concernant les Sauvages*, plus connu aujourd'hui sous le nom de *Loi sur les Indiens*)[1553], synthèse de plusieurs ordonnances coloniales antérieures et dont l'objectif vise clairement à miner l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones et à encourager leur assimilation. En vertu de cette loi, en effet, les autorités gouvernementales placent sous tutelle les

---

[1551] Tel que cité dans note 1545.

[1552] L'absence du droit de vote ne privait cependant pas les autochtones de certains privilèges ou droits accessibles aux sujets britanniques, par exemple d'être nommés au Sénat ou d'être élus à la Chambre des communes. *Ibid*.

[1553] *Loi sur les Indiens*, 1876. En 1876, le gouvernement rassemble dans cette seule loi *l'Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette province* et *l'Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages*. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 10; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 119-120.

peuples autochtones et réglementent la plupart des aspects de leur vie quotidienne dans les réserves. Ses nombreuses dispositions permettent notamment aux autorités coloniales de régir les structures politiques et de gouvernance des bandes, et stipulent que le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien est chargé d'administrer les terres indiennes ainsi que certains fonds appartenant aux Premières nations, et qu'il a le pouvoir d'approuver ou de révoquer les règlements établis par ces dernières[1554].

À partir des années 1880, le gouvernement fédéral adopte également diverses mesures pour emprisonner les dirigeants des Premières Nations, désarmer les autochtones, limiter l'autorité de leurs gouvernements, ou encore contrôler leurs déplacements et leurs activités économiques[1555]. En 1927, une modification de la Loi interdit également aux membres et aux communautés des Premières Nations de s'organiser politiquement, d'être représentées par un avocat ou de présenter des revendications territoriales contre le gouvernement, sans l'autorisation préalable de ce dernier[1556].

Par ailleurs, dans la mesure où cette loi visait à homogénéiser et à assimiler les Premières nations dans la société non autochtone, elle va également permettre aux autorités coloniales de régir leurs identités et leurs pratiques culturelles traditionnelles. Les *Potlatchs* (en Colombie-Britannique)[1557] et la *Danse de la Soif* (dans les Prairies)[1558], par exemple, avaient notamment pour fonctions de permettre la redistribution des richesses et des surplus entre les communautés, d'établir le statut de leurs membres, de revendiquer des territoires

---

[1554] William B Henderson, « Loi sur les Indiens » dans *Encycl Can*, 2018.
[1555] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 146.
[1556] Henderson, *supra* note 1554.
[1557] La cérémonie du *potlatch* fait partie intégrante de la gouvernance, de la culture et des traditions spirituelles de diverses Premières Nations vivant sur la côte nord-ouest et dans certaines régions de l'intérieur de la région subarctique de l'Ouest. La cérémonie diffère dans ses pratiques et son degré de formalité d'une Première Nation à l'autre. Elle dure parfois plusieurs jours et peut inclure des festins, des danses spirituelles, des chants ou encore des représentations théâtrales. René R Gadacz, « Potlatch » dans *Encycl Can*, 2018; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 145-146; Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 aux pp 25-26.
[1558] La danse du soleil est une cérémonie culturelle célébrée chaque année par les Premières Nations des Plaines en l'honneur du soleil. Au cours de cette cérémonie, les participants démontrent leur bravoure en surmontant la douleur, notamment en dansant pendant des périodes prolongées en faisant face au soleil. Historiquement, la cérémonie se tient au milieu de l'été, à un endroit choisi d'avance, où les bandes se rassemblent. René R Gadacz, « Danse du soleil » dans *Encycl Can*, 2021.

de chasse et de pêche, de cimenter de nouvelles alliances ou encore de souligner des évènements sociaux importants. Or ces cérémonies sont à l'époque considérées comme païennes et anti-chrétiennes par les missionnaires, en plus de représenter un gaspillage de propriété privée et de favoriser le rapprochement des communautés que les agents du gouvernement tentent alors de dissoudre[1559]. Aussi, en 1884, une modification de la *Loi sur les Indiens* interdit la tenue de *Potlatchs* sous peine de sanctions[1560] puis, en 1895, les « danses des présents », comme les appellent alors les agents du gouvernement, sont interdites[1561]. En 1914 les danses sont interdites en dehors des réserves et, en 1925 finalement, interdites partout jusqu'en 1951[1562].

Plus récemment encore, les autorités fédérales ont été accusées d'avoir organisé l'abattage systématique des chiens de traîneau des populations inuites du Nunavik pour les pousser à la sédentarisation[1563]. En effet, alors que jusque dans les années 1950 le nomadisme de ces communautés était encouragé en raison notamment des importants revenus liés au commerce des fourrures et aux faibles investissements requis de la part des autorités par ces modes de vie, le gouvernement canadien modifie ses politiques après la Seconde Guerre mondiale, commence à administrer l'Arctique et ses habitants et, surtout, encourage les Inuit à s'intégrer dans les communautés coloniales.

[1559] Gadacz, *supra* note 1557; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 145-146.

[1560] Le dernier grand *potlatch*, en Colombie-Britannique, a lieu en 1921 à l'occasion d'un mariage et à l'initiative du Chef Dan Cranmer. Des accusations sont portées contre une cinquantaine de participants. Une vingtaine d'entre eux sera condamnée à deux mois de prison, leur peine ayant été réduite contre la confiscation des biens échangés durant la cérémonie. U'mista Cultural Society, « La prohibition du potlatch », (1 novembre 2015), en ligne: <https://umistapotlatch.ca/potlatch_interdire-potlatch_ban-fra.php>. Voir aussi Gadacz, *supra* note 1557.

[1561] Les agents du gouvernement ont pour instruction de n'engager de poursuites judiciaires qu'en dernier recours. Mais ils subissent souvent la pression des missionnaires. En 1897, cinq personnes sont arrêtées à la réserve Thunderchild pour avoir organisé une « danse des présents ». Trois d'entre elles sont condamnées à deux mois de prison. Certaines dispositions de la Loi interdisent également spécifiquement certains rituels qui se déroulaient au cours de ces cérémonies, comme le perçage corporel rituel, ou exigent que les langues du bétail abattu soient retirées ou coupées afin qu'elles ne puissent être consommées pendant les cérémonies, considérées comme immorales et barbares. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 146.

[1562] Henderson, *supra* note 1554.

[1563] « Massacre de chiens de traîneaux: Québec et les Inuits tournent la page », *La Presse.ca* (août 2011), en ligne: <https://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201108/08/01-4424445-massacre-de-chiens-de-traineaux-quebec-et-les-inuits-tournent-la-page.php>.

La sédentarisation des Inuit entraîne alors la présence de chiens en très grand nombre dans les communautés. Toujours utilisés pour chasser et se déplacer[1564], ces chiens occupent une place importante dans la société et la culture inuite. Ils y vivent traditionnellement en semi-liberté[1565], mais se révèlent parfois destructeurs ou dangereux, tandis que leur concentration favorise la propagation de diverses maladies[1566]. Dans les années 1950-1960, face au « problème des chiens », les autorités fédérales et provinciales adoptent alors différents règlements autorisant les représentants du gouvernement à abattre les chiens errants. Si ces mesures sont présentées comme découlant d'impératifs sécuritaires et de santé publique, nombre d'associations PNMI accusent les autorités d'avoir abusé de leurs pouvoirs et d'avoir procédé à un abattage systématique de leurs chiens pour les priver de leur mode de subsistance et de déplacement traditionnel[1567].

Jusqu'à la fin du XXe siècle, le seul moyen pour les peuples autochtones d'échapper à certaines mesures discriminatoires mises en œuvre est alors d'opter pour une « émancipation volontaire ». Le préambule de l'*Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette Province* de 1857 stipulait en effet :

> il est désirable d'encourager le progrès de la civilisation parmi les tribus sauvages en cette province, et de faire disparaître graduellement toutes distinctions légales qui existent entre eux et les autres sujets canadiens de Sa Majesté, et de donner aux membres individuels de ces tribus qui désireraient rencontrer un pareil

---

[1564] La motoneige fera son apparition dans l'Arctique dans les années 1960. Elle coûtait alors près de 900 $, une somme importante pour les Inuit dont les sources de revenus se limitaient à des emplois journaliers, à la traite et à l'allocation familiale. En 1964 en effet, l'allocation familiale pour les Inuit du Nunavik se limitait en moyenne à 146 $ annuellement. Francis Lévesque, « Le contrôle des chiens dans trois communautés du Nunavik au milieu du 20 siècle » (2010) 34:2 Études/Inuit/Studies 149 à la p 152.

[1565] Dans la culture inuite, les chiens sont les seuls animaux à posséder un « *atiq* ». L'*atiq* est une entité autonome et immortelle véhiculant un ensemble de qualités, de capacités et de désirs et confère à celui qui le porte un statut social. Parce qu'il porte un *atiq*, le chien fait donc partie intégrante de la société inuite. *Ibid* à la p 161.

[1566] Entre 1957 et 1964, quatre enfants sont tués et plusieurs adultes attaqués par des chiens errants au Nunavik. Le nombre élevé de chiens errants favorise aussi la transmission de maladies canines comme la rage, la maladie de Carré et l'hépatite canine infectieuse, et plusieurs épidémies sont recensées dans les années 1960. *Ibid* à la p 152.

[1567] En 2010, un rapport présidé par le juge Jean-Jacques Croteau au terme d'une commission d'enquête, conclut que les gouvernements du Québec et du Canada ont manqué à leurs obligations fiduciaires envers les Inuit, entre autres parce que la *Loi sur les abus préjudiciables à l'agriculture*, utilisée par les autorités pour justifier l'élimination de chiens errants, n'aurait pas dû être appliquée dans l'Arctique, et leur reproche notamment de ne pas avoir tenu compte de ce que les chiens représentaient pour les Inuit : leur premier moyen de transport et de subsistance. *Final Report of the Honorable Jean-Jacques Croteau, Retired Judge of the Superior Court, Regarding the Allegations Concerning the Slaughter of Inuit Sled Dogs in Nunavik (1950 – 1970)*, Montréal, Gouvernement du Québec, 2010; Lévesque, *supra* note 1564 à la p 150.

> encouragement et qui l'auraient mérité, plus de facilité pour acquérir des propriétés et les droits qui s'y rattachent.[1568]

Cette loi prévoyait ainsi qu'un autochtone de sexe masculin pouvait obtenir le droit de vote en demandant son émancipation et en se faisant attribuer une terre de 20,2 hectares, assujettie à l'impôt foncier[1569], prise sur celles de la réserve. Un autochtone ne pouvait toutefois s'émanciper de son statut d'« Indien » qu'à condition d'abandonner les droits spéciaux acquis dans la réserve et de renoncer à vivre avec sa famille et selon sa culture. Il devait en outre apporter la preuve de son alphabétisation, de son instruction, de sa moralité et de sa solvabilité[1570]. L*'Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages* de 1869 était également presque exclusivement axé sur l'élimination des droits et des distinctions accordées aux membres des Premières Nations, sur leur assimilation à la population des colons, et sur le démantèlement progressif des réserves[1571]. Ce n'est qu'à partir des années 1950 avec l'adoption de lois sur les droits de la personne que des recours juridiques sont enfin prévus contre les mesures discriminatoires et les gouvernements fédéraux et provinciaux commencent alors très progressivement à modifier leurs lois de manière à les rendre plus conformes à la philosophie et aux principes des droits humains[1572].

2.1.3. L'assimilation culturelle par l'éducation : les « Pensionnats indiens »

Jusqu'à la fin du XIXe siècle, toutefois, les politiques d'émancipation « volontaire » mises en œuvre par les gouvernements successifs rencontrent une forte résistance chez les PNMI. Ainsi, entre 1857 et 1920, à l'exception des femmes qui perdaient automatiquement leur statut en cas de mariage avec un non-autochtone, seuls 250 « Sauvages » optent pour

---

[1568] *Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette Province*, 1857.
[1569] L'émancipation en tant que telle n'accordait pas le droit de vote, qui, pendant la majeure partie de cette période, est régi par les lois provinciales. Elle se contente d'éliminer toute distinction entre les droits et les responsabilités juridiques des « Indiens » et ceux des autres sujets britanniques. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 69 et 121.
[1570] *Supra* note 1545.
[1571] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 121.
[1572] Le suffrage universel des adultes aux élections fédérales n'est toutefois accordé qu'en 1960. Le suffrage universel aux élections provinciales n'a, quant à lui, été octroyé dans toutes les provinces qu'en 1969. La version contemporaine de la *Loi sur les Indiens* contient toujours des règles relatives à de nombreux aspects de la vie dans les réserves, telles que la tutelle financière des mineurs et des adultes inaptes, la gestion des ressources appartenant à la bande, ou encore les élections internes. Henderson, *supra* note 1554.

une émancipation volontaire en vertu de l'*Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette Province*[1573] de 1857.

Devant l'échec de cette Loi, puis celui de l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages*[1574] de 1869 et de la première *Loi sur les Indiens* de 1876 qui visaient essentiellement à la suppression du statut d'Indien, c'est l'éducation qui va alors apparaître comme un moyen privilégié pour saper définitivement les assises culturelles et identitaires autochtones[1575]. C'est l'éducation, affirmait-on alors, qui devait permettre de « civiliser » les peuples autochtones dont les enfants, en plus d'être protégés de l'influence culturelle néfaste de leurs parents, seraient nourris, logés, et bénéficieraient de l'éducation et de la formation professionnelle occidentale nécessaires pour s'intégrer à la société « civilisée » et pour subvenir à leurs besoins futurs, et à ceux de leur famille[1576]. C'est ainsi qu'à partir de 1879, en partenariat avec les Églises du Canada et suivant un modèle instauré aux États-Unis notamment[1577], le gouvernement canadien a commencé à mettre sur pied un vaste système de pensionnats[1578]. Dans les faits, à partir de la fin du XIXe siècle, près de 150 000

[1573] *Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette Province*, *supra* note 1568. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 11; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 à la p 69.

[1574] *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, LC 1869 C 6 1869. En vertu de cette loi, un Indien de sexe masculin pouvait sous certaines conditions être reconnu comme un citoyen et se voir attribuer une terre de 50 acres dans une réserve, ainsi qu'une part des fonds de la bande. Ce processus, bien que qualifié d'« émancipation » avait seulement pour effet de supprimer toute distinction entre les droits et les obligations juridiques des Indiens et ceux des autres sujets britanniques. Cette politique n'obtient cependant jamais la faveur des Premières Nations. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 119-121.

[1575] Le lien entre la politique d'émancipation et les pensionnats indiens fut clairement établi en 1920, lorsque le gouvernement modifia la *Loi sur les Indiens* pour obliger les enfants âgés de 7 à 15 ans à fréquenter les pensionnats. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 11 et 16; note 1447 à la p 62.

[1576] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 10; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 à la p 70; Hutchinson, *supra* note 67 aux pp 439-440.

[1577] En 1879, le gouvernement fédéral confie à Nicholas Flood Davin le mandat d'étudier le système de pensionnats des États-Unis en vue de procéder à l'établissement d'écoles similaires dans les territoires du Nord-Ouest. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 9; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 173-177.

[1578] Le système des pensionnats n'était pas une idée nouvelle puisque dès les années 1620, puis tout au long du XVIIIe et XIXe siècle, divers établissements (pensionnats ou écoles industrielles) administrés par les missionnaires catholiques, protestants et jésuites avaient déjà vu le jour, sans toutefois rencontrer le succès escompté, en raison notamment des résistances autochtones. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 45-54; 71-116 et 162-166; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 5.

enfants autochtones, inuit et métis ont été envoyés dans quelque 139 « pensionnats indiens » répartis sur le territoire canadien[1579].

La première étape du processus d'assimilation commençait ainsi par la rupture, le plus souvent forcée, des liens familiaux[1580]. Dès l'âge de 5 ou 6 ans, les enfants étaient en effet séparés de leurs familles, parfois sous la contrainte, et envoyés dans des pensionnats éloignés de plusieurs centaines voire plusieurs milliers de kilomètres. Si certaines institutions autorisaient les visites familiales, il n'était pas rare que la distance et les frais de déplacement soient trop importants pour permettre de telles visites, et les enfants pouvaient ainsi rester plusieurs mois sans voir leurs proches[1581]. Ainsi privés de leurs repères familiaux et culturels, l'assaut contre l'identité des jeunes était ensuite lancé sitôt arrivés au pensionnat.

Dès le premier jour, les enfants se voyaient en effet confisquer leurs tenues traditionnelles, remplacées par des uniformes plus conformes aux standards occidentaux, tandis que leurs cheveux nattés, qui pouvaient avoir une signification spirituelle particulière, étaient coupés sans ménagement[1582]. Une fois disparus les attributs visibles de l'appartenance autochtone, l'offensive se poursuivait contre la pensée, les traditions et l'histoire des PNMI. Le processus d'acculturation passait en effet par la répression des pratiques traditionnelles et le dénigrement systématique des cultures autochtones,

---

[1579] Daniel Tremblay, *L'éveil des survivants : récits des abus sexuels dans les pensionnats amérindiens du Québec*, michel brulé éd, Québec, 2008 aux pp 11-12. Aujourd'hui, La Fondation autochtone de guérison définit les pensionnats comme « un système [pouvant] inclure les écoles industrielles, les pensionnats, les foyers scolaires, les maisons d'hébergement, les logements chez un particulier, les écoles résidentielles dont la majorité des élèves sont externes ou une combinaison des systèmes scolaires décrits ci-dessus ». Gilles Ottawa, *Les pensionnats indiens au Québec : un double regard*, Québec, Comac, 2010 à la p 14. Le nombre 139 généralement retenu ne tiendrait cependant pas compte des pensionnats mis sur pied par les provinces ni des établissements privés. Nicolas Bérubé, « Découverte de sépultures anonymes. « Le nombre de dépouilles trouvées est effarant » », *La Presse* (2021), en ligne: <https://www.lapresse.ca/actualites/national/2021-06-30/decouverte-de-sepultures-anonymes/le-nombre-de-depouilles-trouvees-est-effarant.php>.

[1580] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 à la p 670 et s.; Tremblay, *supra* note 1579 aux pp 89 et 143.

[1581] Ottawa, *supra* note 1579 à la p 41; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 670-685; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 62.

[1582] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 194 et 669; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 22; Tremblay, *supra* note 1579 aux pp 24-25 et 87; note 1447 à la p 63.

présentées comme celles de « sauvages primitifs et cruels »[1583]. Dans le même ordre d'idée, il était strictement interdit aux élèves de s'exprimer dans leur langue maternelle au profit de l'usage exclusif de l'anglais ou du français[1584]. Pour compléter ce processus « totalitaire »[1585], l'acquisition d'une identité chrétienne et occidentale était sanctionnée par l'imposition de pratiques religieuses chrétiennes[1586] et de nouveaux noms[1587].

Outre les mécanismes délibérés de l'administration destinés à faire disparaître les cultures autochtones, il convient également de mentionner que les élèves des pensionnaires étaient soumis à des conditions de vie dégradantes et inhumaines[1588]. D'un point de vue sanitaire tout d'abord, faute de financement suffisant octroyé aux pensionnats, nombre d'élèves étaient contraints de vivre dans des conditions insalubres entraînant souvent un important taux de mortalité (pouvant atteindre 25 %) lié à une nourriture insuffisante ou de mauvaise qualité, aux installations délabrées et inadaptées, aux chocs viraux entre les populations, ou encore à l'environnement confiné des pensionnats qui favorisait la propagation des maladies[1589]. Les pensionnaires étaient également souvent victimes de sévices physiques et psychologiques. En effet, si les châtiments corporels en milieu scolaire étaient fréquents durant la majeure partie des XIXe et XXe siècles, les résidents des pensionnats étaient régulièrement l'objet de sanctions particulièrement violentes ou

---

[1583] Ottawa, *supra* note 1579 à la p 72; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 708-718.
[1584] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 24 et 69; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 687-701; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ; Les séquelles*, Montreal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2016 à la p 119; Tremblay, *supra* note 1579 à la p 72.
[1585] *Supra* note 1447 à la p 61.
[1586] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 703-708.
[1587] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 22; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 à la p 670.
[1588] La Commission de vérité et réconciliation du Canada consacre plusieurs centaines de pages de son rapport final, ainsi qu'un volume complet à la retranscription de divers témoignages d'anciens élèves sur la vie dans les différents pensionnats. Voir par exemple Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 189-218; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ; Les survivants s'expriment*, Montreal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2016. Voir aussi James R Miller, *Shingwauk's Vision: A History of Native Residential Schools*, Toronto ; Buffalo, University of Toronto Press, 1996.
[1589] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 28-32; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 181-182 et 421-578; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 195-371.

humiliantes[1590]. Parmi les punitions utilisées pour les dissuader de s'exprimer dans leur langue maternelle par exemple, les enfants étaient soumis à l'isolement forcé, la privation de repas ou encore au lavage de leur bouche avec du savon. Dans des cas extrêmes, d'anciens pensionnaires rapportent que les enseignants donnaient des décharges électriques aux élèves ou leur enfonçaient des aiguilles dans la langue pour associer l'usage de leur langue maternelle à une douleur intense[1591]. Enfin, dans un tel contexte d'isolement de nombreux élèves sont devenus les proies de prédateurs sexuels issus du corps enseignant, voire d'autres élèves plus âgés dont certains avaient eux-mêmes été victimes d'agressions[1592]. Si l'ampleur des crimes commis dans les pensionnats reste difficile à évaluer[1593], on estime à plusieurs dizaines, voire centaines de milliers les cas de violences sexuelles dans ces établissements[1594], tandis qu'à la lumière des nombreuses tombes non identifiées découvertes ces dernières sur les terrains appartenant aux pensionnats, on estime aujourd'hui que plus de 6000 enfants y seraient décédés des suites de maladies ou des mauvais traitements leur étant infligés[1595].

[1590] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 38-41; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 579-63; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 405-501.

[1591] Kitigan Zibi, « These schools are our schools », *The Economist* (2013), en ligne: <https://www.economist.com/the-americas/2013/10/19/these-schools-are-our-schools>.

[1592] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 44; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 aux pp 625-643; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 aux pp 501-509; Tremblay, *supra* note 1579.

[1593] Outre le décès de nombreux anciens pensionnaires, dans la plupart des communautés la loi du silence règne encore sur les expériences subies dans les pensionnats. Tremblay, *supra* note 1579 à la p 47.

[1594] En 1995, la Gendarmerie royale du Canada lança une enquête portant sur l'ensemble des pensionnats indiens de Colombie-Britannique. En 2003, elle avait examiné plus de 900 plaintes concernant des cas de violence sexuelle pour la seule province. Nombre de cas ne purent toutefois être traduits devant les tribunaux parce que les agresseurs présumés étaient décédés ou parce que les procureurs avaient conclu qu'il n'existait plus suffisamment de preuves. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 44.

[1595] L'existence de cimetières à proximité des pensionnats n'était pas inconnue. Ces derniers servaient aussi à accueillir les dépouilles du personnel des pensionnats, ainsi que celles des paroissiens vivant aux alentours. En l'absence de registres des décès (non partagés ou détruits par les autorités administratives ou religieuses), des recherches supplémentaires seront nécessaires pour déterminer plus précisément le nombre d'enfants autochtones enterrés et les causes de leur décès. Geneviève Lasalle, « 182 sépultures non marquées découvertes près d'un pensionnat en C.-B. | Pensionnats pour Autochtones : macabre découverte à Kamloops », *Radio-Can* (2021), en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1805662/pensionnats-autochtones-decouverte-enfants>.

2.2. Les conséquences des destructions culturelles sur les PNMI

Bien qu'antérieures à la colonisation, et bien qu'ayant prêté assistance aux premiers Européens sur le sol nord-américain, les communautés autochtones sont aujourd'hui minoritaires, voire marginales, dans le paysage canadien. Or, loin de découler d'un processus « naturel » d'acculturation asymétrique, on ne peut que constater que le déclin relatif de leurs cultures est dû en grande partie aux mesures brutales et intentionnellement déployées par les institutions et gouvernements coloniaux successifs, dans l'objectif clairement avoué de les assimiler. Et si on observe aujourd'hui que les réserves ont souvent eu pour résultat « involontaire » de préserver l'unité des communautés PNMI et leurs identités culturelles, leur conscience et leur ressenti des dommages subis n'en demeurent pas moins.

En effet, s'il est aujourd'hui admis que la culture joue un rôle fondamental pour tous les individus et les communautés, elle occupe une place particulièrement importante pour les peuples autochtones qui en ont encore aujourd'hui la conception la plus holistique. Un des éléments « caractéristiques » des peuples autochtones réside notamment dans le fait que les éléments humains, patrimoniaux (mobiles et immobiles), naturels (terres, territoires et ressources), spirituels et sociaux sont intrinsèquement et inextricablement liés. Comme le souligne Federico Lenzerini :

> […] *cultural heritage represents an essential part of the cultural identity of most indigenous peoples, who hold with their heritage a spiritual more than material-relationship. Given the holistic perspective characterizing indigenous peoples' conception of life-according to which cosmic order is guaranteed through living in harmony with nature and all other existing beings their cultural heritage defines their distinctive identities as peoples*.[1596]

C'est notamment afin de refléter cette particularité que la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* opte pour une définition très large de la notion de « patrimoine

---

[1596] Lenzerini, « Cultural Identity, Human Rights, and Repatriation of Cultural Heritage of Indigenous Peoples », *supra* note 60 à la p 128. Voir aussi Dalee Sambo Dorough & Siegfried Wiessner, « Indigenous People and Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *Oxf Handb Int Cult Herit Law* Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 407 aux pp 412-413; Vrdoljak, *supra* note 60 aux pp 199-202.

culturel », incluant les savoirs et expressions culturelles traditionnels, les sciences naturelles et techniques, y compris les ressources humaines et génétiques, les semences et la pharmacopée, les traditions orales, la littérature, les sports et jeux traditionnels et les arts visuels et du spectacle. Elle contient également plusieurs dispositions qui soulignent la dimension collective du patrimoine culturel et la place centrale de la culture dans tous les aspects de la vie des communautés autochtones, parmi lesquelles l'article 25 qui souligne que « [l]es peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement […] »[1597].

En raison de cette dimension culturelle holistique, les traités, les dépossessions de terres, la mise sous tutelle des structures de gouvernance autochtones, ainsi que les diverses mesures discriminatoires et de destruction culturelle ont eu des effets socio-économiques et juridiques particulièrement dévastateurs et durables sur les PNMI. La création de réserves, loin des terres ancestrales, les pensionnats et les divers instruments d'assimilation mis en œuvre intentionnellement par les gouvernements successifs ont en effet bouleversé les cultures, les coutumes et les modes de vie traditionnels, jusque dans les perceptions du monde et les relations que les peuples autochtones entretenaient avec leur environnement[1598]. Dans une étude menée en 2016, Elisabeth Fast rapporte ainsi le témoignage d'un participant dont les ancêtres ont été contraints de se sédentariser, et les conséquences de ce changement forcé :

> […] les Blancs ont vu les Innus et ont dit 'désolés, vous ne pouvez pas faire ça, votre communauté ne peut pas vivre à trois endroits et se déplacer durant toute l'année'… mais c'est ce qu'on faisait et ça nous gardait en santé… on tuait des caribous et tout ce qu'il fallait pour survivre en famille… on était plus soudés quand on changeait d'endroit chaque saison, mais on a arrêté de faire ça et maintenant on est coincés à un endroit… donc ils deviennent gros, ils deviennent plus dépendants, ils restent assis là à manger des *chips* et de la viande grasse […].[1599]

[1597] Ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada, « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », (2016), en ligne: <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374407406/1309374458958> art. 25.
[1598] Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 à la p 39; Lenzerini, « Cultural Identity, Human Rights, and Repatriation of Cultural Heritage of Indigenous Peoples », *supra* note 60 aux pp 128-130.
[1599] Elizabeth Fast et al, « Regard sur l'interaction de l'urbanisation, du traumatisme historique et de l'identité culturelle parmi la jeunesse autochtone au Canada » (2016) 25 Enfances Fam Génér.

En matière d'alimentation par exemple, la sédentarisation forcée, associée à l'abandon des activités physiques liées aux systèmes alimentaires traditionnels, à l'introduction de nouveaux aliments et aux difficultés d'approvisionnement dans les réserves, a notamment eu pour conséquence un accroissement des problèmes de santé généralement liés à une mauvaise alimentation, ou à une alimentation insuffisante ou de mauvaise qualité[1600]. Alors que la population canadienne bénéficie d'une qualité de vie parmi les meilleures à l'échelle internationale, on recense chez les peuples autochtones de très nombreux cas d'obésité, de diabète et de maladies cardiovasculaires qui résulteraient des bouleversements brutaux survenus dans leurs modes de vie[1601]. Il ne fait également aucun doute que cette transformation des systèmes alimentaires a eu pour conséquence non seulement une disparition progressive des rôles traditionnels de chasseurs/pêcheurs au sein des communautés, et ainsi une perte de connaissances et de savoir-faire traditionnels en matière d'alimentation, de santé et d'environnement[1602], mais qu'elle a participé également de manière plus large à la désintégration de certains repères sociaux. De même, la mise sous tutelle des réserves et l'interdiction des pratiques traditionnelles telles que les *Potlatchs* ont également des conséquences sur le maintien des structures politiques et sociales autochtones. Le juge autochtone Alfred Scow explique ainsi que :

> […] *what* [*the interdiction*] *did was it prevented the passing down of our oral history. It prevented the passing down of our values. It meant an interruption of the respected forms of government that we used to have, and we did have forms of government be they oral and not in writing before any of the Europeans came to this country. We had a system that worked for us. We respected each other. We had ways of dealing with disputes*.[1603]

Concernant les pensionnats indiens en particulier, s'il est inexact de réduire ce système aux seules expériences traumatiques vécues par de très nombreux enfants[1604], force est aussi de constater, plus d'un siècle après leur ouverture, qu'ils ont au moins

---

[1600] Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 aux pp 40-41.
[1601] Terry L Mitchell & Dawn T Maracle, « Healing the Generations: Post-Traumatic Stress and the Health Status of Aboriginal Populations in Canada » (2005) J Aborig Health 14-23 à la p 15.
[1602] Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 aux pp 37-40.
[1603] *Transcriptions of Public Hearings and Round Table Discussions, 1992-1993*, Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1992.
[1604] Au cours de commémorations, de nombreux anciens pensionnaires sont en effet venus témoigner de l'influence positive que certains enseignants ont pu avoir sur eux, et de leur gratitude pour l'enseignement et la formation reçue. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 43 et 45-49; Tremblay, *supra* note 1579 aux pp 33-35.

partiellement rempli leur objectif de destruction culturelle. En méprisant et dénigrant ces cultures jugées inférieures, les pensionnats ont en effet largement contribué à creuser un fossé intergénérationnel entre les enfants, leurs parents et leurs grands-parents. Marius Tungilik raconte, par exemple, qu'on lui avait appris « à détester son propre peuple » et qu'à son retour chez lui, il portait un regard différent sur sa communauté : « Vous commencez à voir votre propre peuple sous un autre éclairage. Vous voyez qu'ils mangent avec leurs doigts. Le mot "primitif" vous vient à l'esprit »[1605]. En déracinant les enfants et en leur interdisant de parler leur langue maternelle, les pensionnats ont efficacement mutilé les cultures autochtones en empêchant toute communication entre les membres d'une même famille et en empêchant ainsi la transmission des valeurs, us et coutumes ancestraux[1606]. Comme le résume Jacinthe Dion :

> […] une fois revenus dans leur communauté, plusieurs des enfants issus des pensionnats se sont sentis ou ont été perçus comme des étrangers aux yeux de leurs familles et de leur communauté, notamment parce qu'ils n'avaient pas pu intégrer les bases de leur culture et de leur identité, comme la langue, les valeurs et les rituels traditionnels autochtones. Certains, en raison de l'éducation qu'ils avaient reçue et de la perte de repères culturels, ne se reconnaissaient tout simplement plus dans les valeurs autochtones. Dans ce contexte, il a été difficile pour les survivants de transmettre les valeurs et savoirs traditionnels autochtones à cette nouvelle génération qui, déjà, était confrontée au défi de se construire une identité à mi-chemin entre la culture autochtone et la culture du groupe majoritaire.[1607]

De fait, Elisabeth Fast rapporte que les pertes culturelles résultant d'une transmission interrompue ou entravée s'expriment souvent chez les jeunes générations qui n'ont pas fréquenté les pensionnats comme une « méconnaissance d'une partie de soi-même », et qu'elle est ressentie profondément, même par ceux qui n'ont « peut-être jamais fait l'expérience de leur langue ou de leur culture »[1608].

[1605] Tel que cité dans Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 à la p 79; Tremblay, *supra* note 1579 à la p 82.
[1606] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 61-62, 78 et 85-86; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1584 aux pp 119-128; Hutchinson, *supra* note 67 à la p 440; note 1447 aux pp 63-64 et 67-68.
[1607] Jacinthe Dion et al, « Pensionnats autochtones : impact intergénérationnel » (2016) 25 Enfances Fam Génér.
[1608] Fast et al, *supra* note 1599.

L'ensemble de ces abus et des diverses mesures de discrimination et d'assimilation mises en œuvre par les gouvernements canadiens vont alors amener nombre de membres des PNMI à se réfugier dans la drogue, l'alcool ou le jeu pour tenter d'oublier leurs expériences, ou pousser certains d'entre eux à mettre fin à leurs jours[1609]. Plusieurs études mettent ainsi en lumière le fait que les tentatives de destruction des patrimoines culturels autochtones et, par extension, de leur identité culturelle, ont entraîné non seulement de profonds changements dans leur constitution psychologique, avec notamment des conflits et des ruptures sociales et communautaires, mais également une importante souffrance morale sur le plan individuel[1610]. Cette souffrance serait à son tour à l'origine de divers problèmes, parmi lesquels des taux élevés de suicides et de dépression, de comportements autodestructeurs, de toxicomanie, d'anxiété ou encore de tristesse chronique, éléments caractéristiques d'un syndrome de stress post-traumatique[1611]. Les anciens pensionnaires en particulier, atteints de ce qui est parfois appelé le « *residential school syndrome* », vont souvent manifester une plus grande prédisposition à la violence et à la reproduction des abus dont ils ont été victimes, notamment sur leurs propres enfants[1612]. En l'absence de mécanismes culturels appropriés permettant aux individus de surmonter ces traumatismes (notamment à cause de l'interdiction des pratiques traditionnelles et des pertes linguistiques), ces derniers vont en effet être transmis de génération en génération[1613]. Pour Cynthia C. Wesley-Esquimaux et Magdalena Smolewski, par exemple :

> Les peuples autochtones commencèrent à boire parce qu'ils étaient engourdis sur le plan affectif en raison de ce qui leur était advenu et qu'ils voulaient ressentir autre chose que la douleur et le désespoir. Leurs petits-enfants et leurs arrière-petits-enfants boivent aujourd'hui exactement pour les mêmes raisons : pour se dissocier mentalement de la somme de leurs souvenirs douloureux ; pour ressentir autre chose que l'angoisse mentale […].[1614]

[1609] Tremblay, *supra* note 1579 à la p 20.
[1610] Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 aux pp 7-8.
[1611] *Ibid* à la p 63; Mitchell & Maracle, *supra* note 1601 aux pp 16-17.
[1612] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 77-80. Certains auteurs vont d'ailleurs jusqu'à employer l'expression « survivants de survivants » pour qualifier les dommages intergénérationnels ainsi perpétrés. Voir notamment James, « A Carnival of Truth? », *supra* note 1446 à la p 199; Mitchell & Maracle, *supra* note 1601 à la p 16; Dion et al, *supra* note 1607.
[1613] Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 à la p 75 et suiv.; Danieli, *supra* note 711; Mitchell & Maracle, *supra* note 1601 à la p 16; Dion et al, *supra* note 1607.
[1614] Wesley-Esquimaux & Smolewski, *supra* note 305 à la p 41; Mitchell & Maracle, *supra* note 1601 aux pp 15-16.

Finalement, les diverses mesures dirigées contre les peuples autochtones ont aussi eu des conséquences politiques et économiques pratiques. En effet, outre les ruptures sociales et culturelles, les réserves sont généralement situées loin des centres urbains. De fait, alors que l'objectif déclaré du gouvernement était d'intégrer les peuples autochtones, leur installation dans les réserves a eu exactement l'effet opposé : la marginalisation et l'isolement économique. Les répercussions sociales ont été tout aussi dévastatrices :

> C'est ridicule, faire des choses comme ça, surtout quand c'est du monde un peu anéanti, mis à part parce qu'ils n'ont rien à faire… le taux de suicide est extrêmement élevé dans chaque communauté autochtone… moi, être placé à rien faire dans une maison, sans emplois… tu ne fais que manger, tu consommes, tu bois… et si tu as de la drogue, tu en prends… sans parler des problèmes d'argent, des disputes…[1615]

Face à ces multiples attaques coordonnées contre leur culture et leur identité, les communautés autochtones dans leur ensemble, et malgré une résilience indéniable, sont devenues de plus en plus dysfonctionnelles, s'enfermant dans un cycle de violence, d'abus et d'éclatement des liens familiaux et sociaux qui vont s'ajouter aux discriminations économiques, politiques, et sociales dont elles étaient déjà victimes, et compléter le cercle vicieux de la dislocation culturelle et identitaire[1616].

Depuis les années 1970 cependant, plusieurs mouvements autochtones se sont développés au Canada portant sur des revendications territoriales et/ou la reconnaissance de leurs droits ancestraux — intrinsèquement liées aux identités culturelles autochtones — et sur l'héritage des politiques assimilationnistes. Outre une importante mobilisation politique et sociale, comme en attestent par exemple les mouvements pancanadiens suscités par la Crise d'Oka, le mouvement *Idle No More*[1617], ou encore plus récemment les manifestations contre le pipeline *Keystone X*[1618], les revendications autochtones vont également prendre la voie judiciaire.

[1615] Fast et al, *supra* note 1599.
[1616] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 77-78.
[1617] Tabitha Marshall, « Idle No More » dans *Encycl Can*, 2019; « Idle No More », en ligne: *Idle No More* <http://www.idlenomore.ca/>.
[1618] « Des Autochtones canadiens et américains unis contre Keystone XL », *Radio-Can* (27 mars 2017), en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1024711/keystone-xl-pipeline-opposition-autochtones-premieres-nations-trump>; « Des dirigeants autochtones signent une déclaration d'opposition à Keystone

2.3. La réparation des dommages culturels au Canada : justice « judiciaire » et justice restaurative

Au cours des dernières années, les peuples autochtones ont bénéficié d'une attention accrue sur la scène internationale, et la situation des PNMI au Canada n'a pas échappé aux observateurs et activistes nationaux et internationaux. Les gouvernements canadiens ont ainsi été vivement critiqués pour leur gestion de la question autochtone. En 2018 notamment, au terme de son examen périodique universel présenté devant le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, le Canada avait une nouvelle fois été pointé du doigt concernant les problèmes de discrimination des autochtones et les inégalités économiques, culturelles et sociales dont ils sont victimes, et s'était une nouvelle fois engagé à œuvrer pour y mettre un terme[1619].

De fait, on constate qu'en dépit de certains efforts, les injustices et les discriminations systémiques persistent à l'égard des PNMI. Elles se caractérisent notamment par de faibles niveaux de scolarisation, des problèmes de dépendances à la drogue et à l'alcool, ou encore par des discriminations en matière d'emploi, de logement, de soins de santé et au sein du système judiciaire et, pour ce qui nous concerne, par un déclin des patrimoines et des langues autochtones. Or, de même qu'au niveau international, on constate que les instruments juridiques, et en particulier l'interprétation qui en sera faite par les tribunaux canadiens, vont se révéler largement incapables de saisir et de rendre justice de façon adéquate aux pertes culturelles subies par les peuples autochtones.

2.3.1. État des lieux juridiques

Acteur incontournable sur la scène internationale depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Canada est particulièrement actif au sein de l'ONU et de ses institutions, notamment en matière de promotion et de protection des droits humains. De fait, il a ratifié

XL », *Radio-Can* (mai 2017), en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1034387/autochtones-premieres-nations-keyston-xl-petrole-brut-transcanada-calgary-alberta>.

[1619] « Examen périodique universel - Canada », (2018), en ligne: *Cons Droits Homme* <https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/UPR/Pages/CAIndex.aspx>.

les sept conventions et pactes principaux relatifs au droit humanitaire et aux droits de la personne, parmi lesquels les *Conventions de Genève* et leurs protocoles additionnels, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, le PIDESC et le PIDCP, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, la *Convention relative aux droits de l'enfant*, la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* ou encore la *Convention de l'OIT (no 105) concernant l'abolition du travail forcé*.

En matière de promotion et de protection des patrimoines culturels, le Canada est également partie à de nombreuses Conventions internationales, parmi lesquelles la *Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* et ses deux protocoles facultatifs, la *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, la *Convention du patrimoine mondial*, *culturel et naturel* ainsi que la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*.

À côté de ces nombreuses ratifications cependant, la relation complexe que le gouvernement entretient avec les peuples autochtones sur son territoire, ainsi que les spécificités du Québec et plus largement de la minorité francophone, ont parfois amené le gouvernement canadien à adopter des positions conservatrices et/ou ambiguës en matière de reconnaissance et de protection des droits des minorités, des peuples autochtones ou des patrimoines culturels. On rappelle en effet qu'en 1948, le Canada faisait partie des pays opposés à l'ajout du « génocide culturel » dans la définition du crime génocide[1620]. Le Canada n'est pas non plus partie à la *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*, à la *Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique,* et n'a pas ratifié le *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* instaurant un mécanisme de plaintes individuelles. Enfin, bien qu'en 1989 il ait signé la *Recommandation de l'UNESCO sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire* laquelle, rappelons-le, n'a pas de force

[1620] Schabas, *supra* note 356 à la p 57.

contraignante, il n'a pas ratifié la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* de 2003. Comme le souligne Gerald Pocius :

> *Perhaps one should not be surprised at the reluctance the Government of Canada shows for such norm-setting agreements on the international scene. If one looks at the list of Legal Instruments (Recommendations, Declarations, Conventions) that UNESCO has put forward since its inception, Canada has ratified fifteen of these, while not signing twenty-three.*[1621]

Concernant les peuples autochtones, on rappellera également que le Canada n'a pas ratifié la *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid* ni la *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux* de l'OIT, tandis qu'en 2007 il était l'un des quatre États ayant voté contre l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*[1622]. Selon son représentant aux Nations Unies, le gouvernement canadien s'opposait alors en effet à de nombreuses dispositions, notamment celles portant sur la gouvernance territoriale, le consentement préalable, libre et éclairé, l'autodétermination, ou encore la propriété intellectuelle[1623]. Le rejet de la Déclaration par le Canada avait également été justifié par le fait que le texte ne reconnaissait pas suffisamment les droits territoriaux des non-autochtones et que ses dispositions seraient même « susceptibles de remettre en question des points déjà réglés par traité au Canada »[1624]. En dépit de ces réticences, à l'occasion du Discours du Trône prononcé le 3 mars 2010, le gouvernement canadien a néanmoins annoncé prendre « des mesures en vue d'appuyer ce document aspiratoire, dans le respect intégral de la

---

[1621] Gerald L Pocius, « The Government of Canada and Intangible Cultural Heritage: An Excursion into Federal Domestic Policies and the UNESCO Intangible Cultural Heritage Convention » (2014) 36:1-2 Ethnologies 63-92 à la p 84.

[1622] Au moment du vote de 2007, 144 États avaient appuyé la Déclaration. Seuls quatre pays — l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis — avaient voté contre. Onze s'étaient abstenus. Depuis, les quatre États dissidents ont tous changé de position et ont exprimé leur soutien à la Déclaration. La Colombie, le Samoa et l'Ukraine, qui s'étaient abstenus, ont maintenant également approuvé la Déclaration. *Introduction à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Ottawa, Assemblée des Premières Nations, 2017 à la p 3; Karine Gentelet, Doris Farget & Christopher Campbell-Duruflé, « Le Canada et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : valeur et pertinence » (2010) 23:1 Nouv Prat Soc 130-136.

[1623] *Assemblée générale, Soixante et unième session, 107e séance plénière*, A/61/PV.107, New York, Organisation des Nations Unies, 2007 à la p 13.

[1624] *Ibid*; Gentelet, Farget & Campbell-Duruflé, *supra* note 1622.

Constitution et des lois du Canada »[1625], tandis qu'en mai 2016, la ministre des Affaires autochtones et du Nord a annoncé que « le Canada appuie désormais pleinement, et sans réserve, la déclaration »[1626] et le 21 juin 2021, la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* a finalement reçu la sanction royale et est immédiatement entrée en vigueur. Elle affirme notamment que la Déclaration est un instrument international des droits de la personne pouvant contribuer à l'interprétation et à l'application du droit canadien et fournit une « feuille de route » pour faire progresser la mise en œuvre de la Déclaration au niveau fédéral[1627].

Enfin, on soulignera également qu'en dépit de son poids politique et économique sur le continent, le Canada n'a pas non plus complètement rejoint le système interaméricain de défense des droits humains. En effet, bien que membre de l'OEA depuis 1990 et bien que reconnaissant la compétence de la Commission interaméricaine en matière de recommandation et de traitement des pétitions individuelles, le Canada n'a pas ratifié la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* et ses protocoles additionnels, et ne reconnaît pas la compétence obligatoire de la Cour interaméricaine[1628].

Si le Canada reste frileux à l'égard de la ratification des instruments internationaux relatifs aux patrimoines culturels ou aux droits des minorités et des peuples autochtones, cela ne l'a toutefois pas empêché, au niveau interne, d'adopter des mesures législatives ou règlementaires, conformément à ses obligations internationales, ou inspirées des instruments existants, mais non ratifiés.

[1625] « Discours du Trône ouvrant la troisième session de la quarantième législature du Canada », (2010), en ligne: *Parlem Can* <https://lop.parl.ca/sites/ParlInfo/default/fr_CA/Parlement/procedure/discoursTrone/discours403>.
[1626] Ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada, *supra* note 1597.
[1627] « Document d'information : Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », (2021), en ligne: <https://www.justice.gc.ca/fra/declaration/apropos-about.html>.
[1628] Bernard Duhaime, « Dix raisons pour lesquelles le Canada devrait adhérer à la Convention américaine relative aux droits de l'homme » (2018) 31:1 Rev Québécoise Droit Int 267.

Le Canada s'est en effet doté de diverses lois et réglementations en matière de droits et de patrimoines culturels[1629]. Parmi ces instruments, on peut par exemple mentionner la *Charte canadienne des droits et libertés*[1630], qui garantit notamment les libertés fondamentales des citoyens relatives à la liberté de conscience et de religion, à la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association (art. 2), réaffirme les droits et libertés des peuples autochtones (art. 25) et souligne que toute interprétation de ses dispositions doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens (art. 27). En application de la Convention de 1970 de l'UNESCO, le Canada s'est également doté d'une *Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*[1631] qui établit la nomenclature des biens culturels dont l'exportation est contrôlée et soumise à l'obtention d'une licence d'exportation. Il dispose en outre d'une *Loi sur le multiculturalisme canadien*[1632] qui rappelle, entre autres, le droit de chacun à la liberté de conscience, de religion, de pensée, de croyance, d'opinion, d'expression, de réunion pacifique et d'association. Cette loi établit également que la politique du gouvernement fédéral consiste notamment à « reconnaître le fait que le multiculturalisme reflète la diversité culturelle et raciale de la société canadienne et se traduit par la liberté, pour tous ses membres, de maintenir, de valoriser et de partager leur patrimoine culturel, ainsi qu'à sensibiliser la population à ce fait »[1633]. Elle impose notamment aux institutions fédérales de :

> […] promouvoir des politiques, programmes et actions de nature à favoriser la contribution des individus et des collectivités de toutes origines à l'évolution du pays ; promouvoir des politiques, programmes et actions permettant au public de mieux comprendre et de respecter la diversité des membres de la société canadienne ; […] mettre à contribution, lorsqu'il convient, les connaissances linguistiques et culturelles d'individus de toutes origines ; généralement, conduire leurs activités en tenant dûment compte de la réalité multiculturelle du Canada.[1634]

[1629] Il convient de rappeler qu'en droit constitutionnel canadien, le droit international ne constitue pas un droit supra-étatique et que l'incorporation des traités en droit interne canadien est, dans la plupart des cas, nécessaire pour que ceux-ci en constituent une source formelle.
[1630] *Charte canadienne des droits et libertés*, Artic Loi Const 1982 Constituant Annexe B Loi 1982 Sur Can R-U 1982.
[1631] *Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*, LRC 1985.
[1632] *Loi sur le multiculturalisme canadien*, LRC 1985.
[1633] *Ibid* art. 3(1)(a).
[1634] *Ibid* art. 3(2).

On peut également souligner la création du ministère du Patrimoine canadien en 1995[1635], regroupant en son sein plusieurs programmes et divisions préexistants relatifs aux arts et au statut des artistes, au multiculturalisme, aux parcs et sites nationaux historiques, ou encore aux sports amateurs ainsi qu'aux musées et archives. Ce ministère est notamment responsable des politiques ayant trait à la conservation, l'exportation et l'importation de biens culturels, et de coordonner et de mettre en œuvre les programmes nationaux en matière d'identité, de valeurs, de développement culturel et de patrimoine canadiens et d'en faire la promotion. Pour mener à bien cette mission, le ministère est composé de plusieurs organismes et sociétés d'État, dont la Bibliothèque et Archives Canada, l'Institut canadien de conservation ou encore le Centre national des arts et le Conseil des arts du Canada. Les musées nationaux tels que le Musée canadien de l'histoire, le Musée canadien des sciences et de la technologie, le Musée des beaux-arts du Canada ou encore le Musée canadien des droits de la personne relèvent également de ce ministère. Leur mission, leur structure et leurs pouvoirs respectifs sont ainsi encadrés par des dispositions législatives fédérales qui les autorisent, par exemple, à aliéner les œuvres d'art ou biens culturels présents dans leurs collections[1636]. À ce jour, on constate toutefois que les politiques fédérales canadiennes continuent de négliger le patrimoine immatériel, et n'ont pas élaboré de législations ou de programmes cohérents en la matière[1637].

Cependant, dans le contexte canadien, si la conclusion d'un traité international est considérée comme relevant de la prérogative royale, sa mise en œuvre en droit interne peut en revanche relever, selon les cas, du Parlement fédéral, des législatures provinciales ou des deux niveaux de gouvernement[1638]. En effet, en vertu du partage constitutionnel des pouvoirs, seules les législatures provinciales peuvent confirmer ou mettre en œuvre les engagements internationaux pris par le gouvernement du Canada lorsque ces engagements

---

[1635] *Loi sur le ministère du Patrimoine canadien*, LC 1995 Ch 11 1995.
[1636] La *Loi sur les musées* de 1990 porte création du Musée des beaux-arts du Canada (incluant le Musée canadien de la photographie contemporaine et tout autre musée affilié), ainsi que du Musée canadien de l'histoire (incluant le Musée canadien de la guerre et tout autre musée affilié). Elle est modifiée en 2008 afin d'ajouter le Musée canadien des droits de la personne. *Loi modifiant la Loi sur les musées nationaux*, L.C., 2008, ch. 9.
[1637] Pocius, *supra* note 1621.
[1638] *Les traités internationaux : la pratique canadienne*, PRB 00-04F, Ottawa, Division du droit et du gouvernement, 2000.

ont pour objet des matières relevant de leur compétence[1639]. En l'espèce, le domaine culturel relève principalement des juridictions provinciales et de nombreuses dispositions législatives ou administratives ont donc également été adoptées par les provinces en matière de droits ou de patrimoines culturels.

Au Québec, à titre d'exemple, le gouvernement provincial s'est engagé par décret à assurer le respect des droits prévus dans le PIDESC, le PIDCP et son Protocole facultatif[1640], et s'est déclaré lié à la *Convention sur les droits de l'enfant*, ou encore à la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*[1641]. Par ailleurs, la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*[1642] garantit les droits fondamentaux des individus tels que le droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne, sans discrimination. Elle reprend également les droits économiques, sociaux, judiciaires et politiques ainsi que le droit à l'égalité et prévoit que « [l]es personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe »[1643]. En matière de patrimoine culturel, bien que le Canada n'ait pas ratifié la Convention de 2003 de l'UNESCO, le Québec a également adopté une *Loi sur le patrimoine culturel*[1644] entrée en vigueur le 19 octobre 2012. Celle-ci étend la protection juridique (jusqu'alors réservée aux sites et biens culturels matériels) aux paysages culturels patrimoniaux, au patrimoine immatériel, ainsi qu'aux personnages, évènements et lieux historiques et permet leur inscription au *Registre du patrimoine culturel du Québec*[1645]. Elle étend également les pouvoirs des municipalités et des peuples autochtones dans l'identification et l'octroi d'un statut patrimonial à de tels éléments présents sur leur territoire.

[1639] C'est aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qu'il faut se référer pour déterminer si c'est le Parlement fédéral ou la législature provinciale qui a compétence pour légiférer dans la matière que le traité prévoit couvrir. *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*, 30 31 Vic Ch 3 RU 1867 art. 91 et 92.
[1640] *Arrêté en conseil*, 1976.
[1641] « Accords et traités », en ligne: *Ministère Relat Int Francoph* <https://www.mrif.gouv.qc.ca/fr/relations-du-quebec/organisations-et-forums/organisations-internationales/accords-et-traites>.
[1642] *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ 1975.
[1643] *Ibid* art. 43. On constate cependant que cette disposition concerne uniquement les minorités ethniques et non les peuples autochtones en tant que tels.
[1644] *Loi sur le patrimoine culturel*, 2011, chapitre P-9.002. Elle remplace la *Loi sur les biens culturels* de 1972.
[1645] Ministère de la Culture et des Communications, « Registre du patrimoine culturel », (2017), en ligne: <https://www.mcc.gouv.qc.ca/index.php?id=5076>.

Relativement aux peuples autochtones cependant, le Canada s'est doté de plusieurs dispositions faisant office de *lex specialis* pour la plupart des situations qui les concernent. Les peuples autochtones entretiennent en effet une relation constitutionnelle particulière — et complexe — avec la Couronne, découlant du processus colonial et relèvent principalement du palier fédéral. Sans entrer dans les détails de cette relation (qui sont hors de notre champ d'études), il convient toutefois d'en présenter les principaux éléments.

Le premier est bien entendu *La loi sur les Indiens*[1646], évoquée précédemment, qui est la principale loi canadienne traitant des Indiens enregistrés, de leurs bandes et du système de réserves. Adoptée en 1876 dans une perspective assimilationniste, elle ne garantit aucun droit, mais définit les critères permettant d'obtenir le statut juridique d'« Indien » et donne notamment au gouvernement fédéral le pouvoir d'administrer les gouvernements locaux, la gestion des terres de réserve, ainsi que les fonds communautaires. Jusqu'au milieu du XXe siècle, cette loi a permis aux autorités de contrôler ou d'interdire de nombreuses pratiques économiques, sociales ou culturelles autochtones. Ce n'est qu'à partir de 1951, puis de 1985, avec l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que la *Loi sur les Indiens* est progressivement modifiée avec l'abolition des clauses d'émancipation et de certaines dispositions aux effets discriminatoires envers les femmes, l'autorisation des *Potlachs*, la reconnaissance du droit des bandes à déterminer elles-mêmes la liste de leurs membres ou encore de leur droit à présenter des revendications territoriales contre le gouvernement. Et ce n'est qu'en 2008 que fut abrogée la disposition qui mettait la *Loi sur les Indiens* à l'abri de toute contestation judiciaire en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

En dépit de ces progrès relatifs, la version contemporaine de la *Loi sur les Indiens* contient toujours diverses règles relatives aux réserves, à la tutelle financière des mineurs et des adultes inaptes, à la gestion des ressources appartenant à la bande, ou encore aux élections internes et à d'autres aspects de la vie dans la réserve. Les efforts législatifs

---

[1646] *Loi sur les Indiens*, *supra* note 1553.

entrepris à des fins de modification sont cependant toujours marqués par d'importantes controverses, tant du côté des gouvernements que des Premières Nations[1647].

Le second élément réside dans les droits ancestraux et/ou issus de traités des PNMI, et reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui stipule que « les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés »[1648]. Les droits ancestraux, tout d'abord, sont des droits reconnus aux autochtones par la Couronne en raison de leur occupation du territoire et de leur organisation sociale antérieure à la colonisation. Il en existe une vaste gamme, certains se rapportant aux terres et aux ressources, d'autres se rapportant à la culture, à l'économie, ou encore à la religion[1649]. Pour décrire la diversité des droits ancestraux, la Cour suprême canadienne parle d'un « spectre » de droits allant d'une maîtrise complète de la terre et des sous-sols (c'est le « titre [foncier] aborigène » ou « titre ancestral »[1650]) à des activités dont l'exercice — d'un point de vue juridique occidental — n'est pas lié à un territoire donné (comme le mariage et l'adoption), en passant par les pratiques traditionnelles de subsistance (chasse, pêche, cueillette…) ou commerciale qui sont rattachées à un territoire donné, mais ne permettent pas de démontrer l'existence d'un titre foncier[1651]. Si la Constitution canadienne protège les droits ancestraux, elle ne définit cependant pas précisément leur contenu exact. Celui-ci peut varier d'une communauté à une autre en fonction de leurs coutumes, de leurs pratiques et de leurs traditions, et doit être défini par

---

[1647] En 2012 notamment, le projet de « Loi sur l'emploi et la croissance » du gouvernement Harper remettait notamment en cause la *Loi sur les Indiens*, la *Loi sur la protection des eaux navigables* et la *Loi sur les évaluations environnementales*. Il entraîne une importante vague de protestations, notamment à travers le mouvement *Idle No More*, faisant valoir que les changements apportés par la loi réduisaient les droits et l'autorité des communautés autochtones tout en facilitant la mise en œuvre de projets sans évaluation environnementale rigoureuse. Marshall, *supra* note 1617.

[1648] *Loi constitutionnelle de 1982*, R-U Constituant Annexe B Loi 1982 Sur Can R-U 1982 C 11 1982 art. 35.

[1649] Pierre-Christian Labeau, « Les droits ancestraux et les droits issus de traités des peuples autochtones: comment s'y retrouver ? » (2004) XVe Conférence Juristes LÉtat 331-343 aux pp 334-335.

[1650] Le « titre foncier », est une sous-catégorie de droits ancestraux. Il correspond à un droit au territoire lui-même, tandis que les autres droits ancestraux se rapportent à des activités. D'un point de vue terminologique, l'expression « titre aborigène » était utilisée de 1996 à 2014 comme traduction littérale du terme « *Aboriginal Title* » dans la version française des arrêts de la Cour suprême. En 2014, l'expression « titre ancestral » est finalement apparue comme synonyme de « titre aborigène » dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*. *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 256.

[1651] *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 à la p 1016 et para 138.

les tribunaux au cas par cas[1652]. Les droits issus de traités ensuite, sont ceux découlant des divers accords officiels signés entre la Couronne et les peuples autochtones depuis le XVIIIe siècle. On distingue les traités en fonction de leur date. Ainsi, les traités dits « anciens » ou historiques sont ceux conclus entre 1701 et 1923. Quant aux traités dits « modernes », il s'agit essentiellement des accords les plus récents issus de la politique fédérale sur les revendications territoriales. Pierre-Christian Labeau souligne toutefois que cette dichotomie anciens/modernes n'est pas uniquement chronologique : « elle sert en fait à distinguer deux générations bien distinctes de traités qui diffèrent notamment quant à l'ampleur et la nature des droits qui sont conférés aux autochtones et quant à leurs règles d'interprétation »[1653].

Il est important de préciser que les droits ancestraux et ceux issus de traités constituent deux sources distinctes de droits : un peuple n'ayant pas ou plus de droits ancestraux peut avoir des droits issus de traités[1654]. De même, un peuple n'ayant pas de droits issus de traités peut néanmoins jouir de droits ancestraux. Un peuple peut aussi jouir à la fois de droits ancestraux et de droits issus de traités, ces droits pouvant ou non avoir le même objet. Par exemple, un traité peut confirmer des droits ancestraux et/ou y ajouter des droits supplémentaires convenus par les parties. La Couronne doit en outre protéger les droits ancestraux et ceux issus de traités contre les fraudes et les empiètements. De même, les Provinces ont l'obligation constitutionnelle de reconnaître les droits autochtones en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À titre d'exemple, une loi provinciale dont le caractère et l'objectif véritable seraient d'éteindre, de réglementer ou de restreindre l'exercice d'un droit ancestral ou issu de traités serait jugée invalide.

[1652] *R c Van der Peet*, [1997] 2 RCS 507 à la p 510.
[1653] Labeau, *supra* note 1649 aux pp 340-341.
[1654] À partir du XIXe siècle, et surtout dans les années 1970, les traités visent explicitement à « éteindre » les titres et droits ancestraux autochtones. L'article 2.1 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* de 1975 prévoyait par exemple : « En considération des droits et des avantages accordés aux présentes aux Cris de la Baie-James et aux Inuit du Québec, les Cris de la Baie-James et les Inuit du Québec cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes tous leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire et du Québec, et le Québec et le Canada acceptent cette cession ». En échange d'indemnités, de la reconnaissance de « droits concrets » et d'autres avantages, les peuples autochtones devaient ainsi renoncer à leurs droits et titres ancestraux. Jean-Paul Lacasse, « De l'extinction à la reconnaissance du titre aborigène » (2003) 33:2 Rev Générale Droit 319-331 aux pp 321-322.

Il convient finalement de mentionner que la Couronne a l'obligation d'agir en qualité de fiduciaire, de consulter et, le cas échéant, d'accommoder les PNMI. Ces obligations ont notamment pour fondement juridique le principe de l'honneur de la Couronne qui emporte l'obligation d'agir honorablement dans ses relations avec les peuples autochtones[1655]. Toute action ou projet gouvernemental susceptible d'affecter des droits autochtones soulèvera ainsi la question de leur consultation et de leur accommodement éventuel. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême du Canada a toutefois précisé, à l'égard d'une atteinte à leur titre foncier, que la nature et l'étendue de l'obligation de consultation des peuples autochtones dépendront des circonstances[1656]. Ainsi, en cas d'un manquement peu important, l'obligation fiduciaire consistera en une simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises concernant les terres. Dans d'autres circonstances en revanche, le consentement du groupe autochtone titulaire d'un titre foncier pourrait être requis[1657].

On constate ainsi que malgré certaines réticences importantes, le Canada dispose d'un important dispositif juridique, relatif tant aux patrimoines et aux droits culturels, qu'aux droits des peuples autochtones présents sur son territoire, auquel il pourrait avoir recours pour répondre aux revendications de ces communautés en matière de reconnaissance et de réparation des préjudices culturels qui leur ont été, ou qui leur sont encore causés. Toutefois, les sections suivantes permettront de constater que ces dispositions – et surtout leurs interprétations, se révèlent en réalité largement inefficaces ou inadaptées pour assurer une reconnaissance et une réparation adéquate des dommages culturels. En conséquence, les revendications des peuples autochtones canadiens, qu'il s'agisse de leur lutte pour la reconnaissance de leurs droits ou titres ancestraux en lien avec leurs terres et leurs modes de vie traditionnels, ou des demandes de réparation pour les tentatives de destruction et d'assimilation culturelle par le biais des pensionnats indiens, rencontrent de nombreux obstacles juridiques et pratiques.

[1655] *Guerin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335.
[1656] *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra* note 1651 au para 168.
[1657] Labeau, *supra* note 1649 à la p 339.

2.3.2. La difficile reconnaissance judiciaire des droits ancestraux autochtones

Bien que les peuples autochtones se soient toujours battus pour préserver leurs identités et leurs terres, ce n'est qu'à partir des années 1960 que le mouvement en faveur de leurs droits a pris de l'ampleur. À cette époque, de nombreux facteurs contribuent à l'expression de leurs aspirations : la décolonisation, les droits des minorités ou encore les préoccupations environnementales, sont des causes progressivement reconnues à l'échelle mondiale et font entrer les peuples autochtones sur les scènes nationales et internationales[1658]. Profitant de ces développements, ils basent alors leurs revendications sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel que défini dans la Charte des Nations unies[1659], ou encore le PIDCP[1660]. Ils font aussi appel aux divers traités, accords ou arrangements conclus avec les gouvernements des pays dans lesquels ils vivent, et commencent à en dénoncer les nombreuses violations par les autorités. À travers le monde, leurs mouvements mènent alors à la mise sur pied de divers programmes en vue de résoudre les litiges et les revendications ainsi soulevées. À titre d'exemples, en 1946, le gouvernement des États-Unis met sur pied l'*Indian Claims Commission* évoquée précédemment et, en 1971, adopte l'*Alaska Native Claims Settlement Act*. En Australie, les revendications autochtones sont traitées par le biais de l'*Aboriginal Land Rights Act* adopté en 1976, tandis que le Danemark accorde l'autonomie gouvernementale au Groenland en 1978[1661]. À travers ces différents mécanismes, les peuples autochtones ont alors la possibilité de se voir reconnaître un titre foncier sur les terres ancestrales revendiquées, de bénéficier de restitution de terres qui leur ont été prises et/ou de recevoir des compensations monétaires.

Au Canada, les enjeux économiques, industriels, énergétiques et surtout territoriaux liés aux exploitations minières, gazières et aux sites hydroélectriques, font également entrer

---

[1658] Jules Dufour, « Les revendications territoriales des peuples autochtones au Québec » (2005) 37:101 Cah Géographie Qué 263-290 aux pp 266-267.
[1659] *Supra* note 896 art. 1.
[1660] *Supra* note 9 art. 1.
[1661] Keith Crowe, « Revendications territoriales globales : traités modernes » dans *Encycl Can*, 2019.

les peuples autochtones de plain-pied sur la scène politique[1662].

Influencées par la gestion des revendications territoriales autochtones dans d'autres pays, les autorités canadiennes tentent initialement d'instaurer des mécanismes de règlement généraux. Les premières propositions visant à mettre sur pied un organisme similaire à l'*Indian Claims Commission* des États-Unis aboutissent à la rédaction de deux projets de loi, en 1963 et en 1965, qui ne seront toutefois jamais promulgués[1663]. Au début des années 1970, le gouvernement canadien met finalement en place un système de financement à disposition des associations autochtones, afin de leur permettre de documenter et d'organiser leurs revendications[1664]. C'est ainsi à partir de cette époque que les peuples autochtones canadiens commencent à affirmer leurs revendications devant les tribunaux. Ces dernières visent notamment à assurer la reconnaissance juridique des droits ancestraux associés à leurs modes de vie traditionnels en matière de chasse, de pêche ou encore de commerce, en particulier dans les régions où ces droits n'ont pas été reconnus par le biais de traités, ou lorsque le respect et l'interprétation de ces traités font l'objet de contestations. Or les « tests » élaborés par la Cour suprême pour prouver l'existence d'un droit ancestral, et surtout d'un titre foncier, vont se révéler particulièrement problématiques et les tribunaux ne seront, en règle générale, pas en mesure de prendre adéquatement en compte la nature des préjudices subis.

C'est en 1996, dans l'affaire *R. c. Van der Peet*, que la Cour suprême canadienne a été amenée à préciser les différents « critères » que les PNMI doivent remplir afin de prouver l'existence d'un droit autochtone ancestral. En l'espèce, Dorothy Van der Peet, de la communauté Stó : lō située en Colombie-Britannique, était accusée d'avoir vendu illégalement du saumon à des non-autochtones, en violation du permis de pêche qui lui

---

[1662] *Ibid.*
[1663] *Ibid.*
[1664] Aujourd'hui encore, le gouvernement fédéral fournit un financement sous la forme de « prêt » aux associations autochtones pour la préparation et la présentation de leurs revendications. Une fois les revendications présentées, les avocats du ministère de la Justice et les agents du ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada évaluent la recevabilité de chacune d'entre elles. Si elles sont acceptées, des fonds supplémentaires sont versés aux associations pour la poursuivre la recherche et la négociation. Toutes les dépenses encourues doivent cependant être remboursées une fois que les fonds associés au règlement final ont été touchés.

avait été accordé à des fins exclusivement alimentaires et rituelles. Pour sa défense, Dorothy Van der Peet avait affirmé que la vente de poisson était un droit ancestral de sa communauté, garanti par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle* de 1982. Au terme de son jugement, la Cour avait cependant conclu que si la plaignante disposait bien d'un droit ancestral de pêche, ce droit n'incluait pas la vente du poisson. Pour arriver à cette détermination, les juges avaient raisonné que « pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question »[1665].

Afin de déterminer l'existence (ou non) d'un droit ancestral, la Cour suprême a ainsi établi que les tribunaux doivent notamment prendre en considération les 3 facteurs suivants : (1) ils doivent déterminer avec précision la nature du droit revendiqué par la partie autochtone ; (2) ils doivent déterminer si l'activité visée par la revendication constitue un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui, *avant* le contact avec les Européens [1666], faisait partie intégrante de la *culture distinctive* des ancêtres de la communauté autochtone concernée ; et enfin (3) ils doivent déterminer s'il y a *continuité*

[1665] *R. c. Van der Peet*, *supra* note 1652 au para 46. Il ne s'agit toutefois pas de la première affaire dans laquelle les juges ont été amenés à se prononcer sur l'existence de droits autochtones. En 1919 notamment, dans l'affaire *In re Southern Rhodesia*, le Conseil privé britannique avait été amené à déterminer l'existence d'un titre ancestral autochtone sur ce territoire africain de l'empire britannique. Les juges avaient alors adopté une approche ethnocentrique et évolutionniste (relativement conforme aux conceptions anthropologiques en vigueur à cette époque) en établissant une exigence de similarité entre les normes autochtones et les normes occidentales pour en évaluer la validité : « *The estimation of the rights of aboriginal tribes is always inherently difficult. Some tribes are so low in the scale of social organization that their usages and conceptions of rights and duties are not to be reconciled with the institutions or the legal ideas of civilized society. Such a gulf cannot be bridged. It would be idle to impute to such people some shadow of the rights known to our law and then to transmute it into the substance of transferable rights of property as we know them* ». *In re Southern Rhodesia*, 1919 Privy Council aux para 233-234. Voir aussi Michael Asch, « The Judicial Conceptualization of Culture after Delgamuukw and Van Der Peet » (2000) 5:2 Rev Const Stud 119-137. En 1979 ensuite, une approche similaire a été retenue par la Cour fédérale canadienne dans l'affaire *Baker Lake* relative à l'existence d'un titre ancestral inuit. En rupture explicite avec les conceptions anthropologiques, les juges avaient ici posé l'existence d'une « société cohérente et organisée » comme condition pour revendiquer un droit ancestral.*Hamlet of Baker Lake v Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 1979 Federal Court, Trial Division au para 66.

[1666] À cet égard, la situation des Métis est différente. Dans la mesure où ces communautés sont issues du contact avec les Européens, la Cour suprême a jugé que, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* protège « les coutumes et traditions qui, historiquement, constituaient des caractéristiques importantes des communautés métisses avant le moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire », c'est-à-dire avant le moment où les Européens « ont effectivement établi leur domination politique et juridique dans une région donnée ». *R c Powley*, [2003] 2 RCS 207 au para 37.

entre les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, et celles faisant aujourd'hui partie intégrante de la collectivité contemporaine concernée et revendiquées comme étant un droit ancestral. Or, on constate que les critères ainsi établis par la Cour, et précisés dans ses jurisprudences ultérieures, posent plusieurs problèmes d'un point de vue historique et culturel et vont considérablement restreindre les droits ancestraux que les PNMI peuvent revendiquer tout en leur imposant des fardeaux de preuves considérables.

Le premier élément contestable est celui de la « continuité » en vertu duquel les pratiques faisant l'objet de la revendication doivent toujours faire partie intégrante de la culture du groupe requérant. Ce critère élaboré par la Cour dans *Van der Peet* mène en effet à la conclusion pour le moins paradoxale que plus une pratique culturelle a été effectivement entravée ou supprimée, moins les peuples autochtones auront la possibilité de la faire reconnaître et de la protéger en tant que droit ancestral. S'il serait bien entendu déraisonnable de reconnaître des droits ancestraux sur des pratiques aujourd'hui disparues du fait de transformations sociétales « naturelles »[1667], la Cour néglige cependant de prendre en considération le fait que de nombreuses activités autochtones, à l'exemple des *Potlachs* ou des systèmes d'adoption traditionnels, ont été délibérément interdites pendant plusieurs décennies, voire siècles, par les autorités coloniales sous peine de sanctions sévères, et sont encore parfois contrôlées et limitées par les autorités fédérales. De même, comme vu précédemment, les pensionnats indiens ont été instaurés dans le but avoué de faire disparaître les identités autochtones et ont, au moins partiellement, atteint leur objectif de rupture culturelle en déracinant les enfants, en leur interdisant de s'exprimer dans leur langue maternelle et en les empêchant de participer pleinement aux activités sociales et spirituelles traditionnelles de leurs communautés respectives. Enfin, les dépossessions de terres et la création du système de réserves ont parfois considérablement entravé le

[1667] Pour la Cour suprême, l'abandon volontaire et définitif d'une activité empêche que celle-ci puisse étayer une revendication de droit ancestral. De même, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* ne porte que sur les « droits existants », c'est-à-dire ceux qui n'avaient pas déjà été « éteints », *de jure* ou *de facto*, en 1982. Compte tenu de l'histoire coloniale du Canada et des nombreuses mesures de discrimination et de répression des pratiques culturelles autochtones évoquées précédemment, nous estimons que la notion d'abandon « volontaire » est sujette à caution.

maintien de pratiques ou de modes de vie traditionnels. Dans de telles circonstances, il peut être difficile, voire impossible pour PNMI de prouver l'existence continue de certaines pratiques antérieures au premier contact.

Par ailleurs, outre la continuité de la pratique, la reconnaissance d'un droit ancestral exige également un élément de « continuité de la communauté ». En 2003 notamment, dans l'affaire *Powley*, la Cour suprême avait en effet déclaré qu'en raison de leur caractère collectif, les droits ancestraux « doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante »[1668]. En d'autres termes, une communauté autochtone rattachable à un groupe ancestral doit avoir subsisté jusqu'à aujourd'hui et la simple présence d'individus dispersés descendant d'une communauté aujourd'hui disloquée ne suffira pas pour assurer la survie des droits ancestraux. En l'espèce, la Couronne prétendait que l'accusé ne pouvait pas bénéficier d'un droit ancestral dans la mesure où aucune communauté métisse distincte n'existait aujourd'hui, celle-ci s'étant désintégrée au fil de temps ou fondue dans une communauté autochtone avoisinante. La Cour suprême avait toutefois conclu que la communauté métisse avait bel et bien perduré, bien qu'elle se trouvât alors dans un état de désorganisation après des décennies de discrimination et d'hostilité :

> Nous concluons que la preuve appuie la constatation du juge du procès selon laquelle l'absence de visibilité de la communauté a été expliquée et ne fait pas obstacle à l'existence de la communauté actuelle. Il n'y a jamais eu de rupture dans la continuité ; la communauté métisse s'est, si l'on peut dire, faite discrète, mais elle a néanmoins continué d'exister. Qui plus est, comme on l'indique plus loin, la condition de « continuité » s'attache au maintien des pratiques des membres de la communauté, plutôt qu'à la communauté elle-même de façon plus générale.[1669]

Les tribunaux ne se montrent toutefois pas toujours aussi généreux et refusent parfois de reconnaître un droit ancestral au motif que la communauté a bien disparu, en raison de la maladie ou d'une dispersion complète. Dans l'affaire *R. v. Billy* en 2006, la Cour provinciale de Colombie-Britannique avait ainsi conclu que les requérants ne

---

[1668] *R. c. Powley*, *supra* note 1666 au para 24.
[1669] *Ibid* au para 27.

pouvaient bénéficier d'un droit ancestral du fait notamment de la dislocation de la communauté d'origine :

> […] *except for the one or two families who continued to live near the mouth of the Chilcotin River, members of the Canyon Shuswap abandoned their traditional territory in the smallpox epidemic of 1862 and settled either with other Shuswaps at Alkali Lake (and perhaps elsewhere) or opted to settle in with Chilcotin relatives of the Anahem Band*.[1670]

Le caractère à la fois « ancestral » et communautaire des droits exige aussi, selon toute logique, que la collectivité les revendiquant soit bien l'héritière de la collectivité historique qui exerçait cette pratique et/ou occupait le territoire : « la continuité est nécessaire, en ce sens que le groupe doit démontrer qu'il descend, depuis la période précédant l'affirmation de la souveraineté, du groupe sur les pratiques duquel repose la revendication du droit »[1671]. Dans la mesure où la Cour n'a pas précisé si la lignée doit être culturelle ou généalogique, il semblerait que la continuité ethnoculturelle doit être le critère déterminant. Dans bien des cas, il serait en effet virtuellement impossible de démontrer l'existence d'un lien généalogique remontant à plusieurs siècles[1672] et une telle exigence serait contraire au caractère des droits ancestraux qui reposent sur la continuité d'une *collectivité culturelle*. Une telle exigence ne tiendrait pas non plus compte des réalités historiques, et du fait que les groupes peuvent avoir, naturellement ou sous la contrainte, subi d'importantes mutations démographiques résultant notamment des processus d'adoption entre communautés, d'épidémies, de déplacements forcés, de guerres ou encore de vicissitudes économiques ayant entraîné le départ ou l'arrivée de nombreux individus, ni des éventuelles fragmentations, fusions ou recompositions des groupes issus d'une même ascendance culturelle[1673].

[1670] *R v Billy and Johnny*, [2006] BCPC 48 au para 48.
[1671] *R c Marshall; R c Bernard*, [2005] 2 RCS 220 au para 70.
[1672] Michel Morin, « Les insuffisances d'une analyse purement historique des droits des peuples autochtones » (2003) 57:2 Rev Hist Am Fr 237-254 à la p 246.
[1673] Il se peut qu'un groupe contemporain soit issu du regroupement de plusieurs entités historiques, ou encore qu'un groupe historique ait été fragmenté pour donner naissance à une pluralité de groupes. Il faut toutefois souligner que la question de savoir s'il existe aujourd'hui un ou plusieurs groupes distincts pour les fins d'une revendication de droits ancestraux sur les terres et ressources représente un enjeu juridique et politique de premier ordre.

Le deuxième élément contestable, et non le moindre, réside dans la notion de « culture distinctive » qui réserve le statut de droits ancestraux aux pratiques héritées de l'époque antérieure au premier contact, au motif que ces pratiques participeraient de « l'essence même de l'autochtonité »[1674]. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux visent en effet, selon la Cour suprême, à reconnaître à des groupes de la société des droits particuliers fondés sur le fait « que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions […] »[1675]. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de démontrer que la pratique concernée était « au cœur » de l'identité de la communauté ou qu'elle en constituait le trait distinctif le plus déterminant, la Cour établit néanmoins une corrélation entre la reconnaissance des droits ancestraux et les particularismes culturels autochtones.

Le premier problème d'un tel critère est qu'il limite considérablement les droits ancestraux dans la mesure où de nombreuses pratiques ne sont pas reconnues comme « distinctivement » autochtones. De fait, si les tribunaux reconnaissent aux PNMI la possibilité de pratiquer un droit ancestral avec des moyens modernes (par exemple la chasse, ou la pêche)[1676], les innovations découlant du contact avec l'Occident sont exclues, et de nombreuses activités ne sont donc pas considérées comme « authentiquement »

[1674] *R. c. Van der Peet*, *supra* note 1652 au para 19. Le critère de « sophistication » sociale établi dans l'affaire Baker Lake est donc remplacé par celui de « distinctivité ». Ces dernières années, la Cour a délaissé l'expression « partie intégrante de la *culture distinctive* » pour l'expression « partie intégrante du *mode de vie* » du groupe autochtone qui revendique le droit en question, afin de ne pas limiter les droits ancestraux à des pratiques stéréotypées. *R c Sappier; R c Gray*, [2006] 2 RCS au para 40.

[1675] *R. c. Van der Peet*, *supra* note 1652 au para 31. Pour Ronald Niezen, alors que les affaires *In re Rhodesia* et *Baker Lake* exigeaient un degré « d'avancement » culturel et de similarités entre les normativités et modes de vie autochtones et occidentaux, les peuples autochtones sont désormais tenus de démontrer le contraire, et d'attester de modes de vie rudimentaires, axés sur de simples économies de subsistance et dépourvus de toute ressemblance technologique ou institutionnelle avec la société coloniale. Ronald Niezen, « Culture and the Judiciary: The Meaning of the Culture Concept as a Source of Aboriginal Rights in Canada » (2003) 18:2 Can J Law Soc Rev Can Droit Société 1-26 à la p 7.

[1676] La Cour suprême a rejeté la théorie des « droits figés », en vertu de laquelle un droit de chasse, par exemple, devrait être exercé aujourd'hui de la même manière qu'au XVIe siècle. Dans l'affaire *Sappier ; Gray* notamment, la Cour a conclu que la pratique précolombienne qui consistait à récolter du bois pour la construction d'abris temporaires pouvait fonder un droit de récolter du bois, par des moyens modernes, pour la construction d'une habitation moderne. *R. c. Sappier; R. c. Gray*, *supra* note 1674 au para 48; *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, *supra* note 1671 au para 25; *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 à la p 1093. Voir aussi *Grand Chief Michael Mitchell v. Canada*, *supra* note 1052.

autochtones[1677]. Les tribunaux ont ainsi tendance à considérer le commerce du poisson ou des fourrures, par exemple, comme le résultat du contact avec Européens et non comme un élément intrinsèque du mode de vie des sociétés autochtones avant la colonisation. Pour Geneviève Mativat, une telle conception découle d'une conception naïve des peuples autochtones inspirée du « mythe du bon sauvage » développé par Jean-Jacques Rousseau au XVIIIe siècle, en vertu duquel les peuples autochtones auraient été complètement étrangers à la propriété, et avaient des modes de vie traditionnels incompatibles avec les notions de profit et de productivité associées à la modernité coloniale[1678].

De cette limitation des droits ancestraux découle alors un autre problème encore plus important : la réification des folklores en tant qu'image de la « culture distinctive » des communautés autochtones. Les « critères *Van der Peet* » tendent en effet à réduire les droits ancestraux à une approximation autoritaire de ce que le pouvoir judiciaire (occidental) considère comme « authentiquement » autochtone[1679]. On constate en effet que la notion clef de « culture », bien qu'elle apparaisse plus de 200 fois dans le jugement de la Cour suprême, n'y est jamais définie[1680]. Or, en limitant les droits ancestraux aux seules activités qui différenciaient fondamentalement les autochtones des colons, la Cour opte pour une conception « objective » de la culture qu'elle aborde comme s'il s'agissait d'un ensemble de « faits » identifiables et mesurables par des observateurs extérieurs[1681]. Comme le résume Geneviève Mativat :

> […] la Cour semble croire en l'existence d'un corpus d'activités et de savoirs formant une sorte de noyau dur repérable des cultures autochtones. L'identification d'un tel ensemble, s'il en est un, est un fardeau de preuve non

---

[1677] Geneviève Mativat, *L'Amérindien dans la lorgnette des juges. Le miroir déformant de la justice*, Signes des Amériques, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 2003 à la p 57; Niezen, *supra* note 1675 à la p 7.

[1678] Mativat, *supra* note 1677 à la p 46. Voir aussi Nicholas Buchanan & Eve Darian-Smith, « Law and the Problematics of Indigenous Authenticities » (2011) 36:1 Law Soc Inq 115-124 aux pp 117-119.

[1679] Mativat, *supra* note 1677 aux pp 53-54 et 64. Voir aussi John Borrows, « The Trickster: Integral to a distinctive culture » (1996) 8:1-4 Const Forum Forum Const 27-32; Buchanan & Darian-Smith, *supra* note 1678 aux pp 117-118.

[1680] Neil Vallance, « The Misuse of "Culture" by the Supreme Court of Canada » dans Avigail Eisenberg, dir, *Divers Equal Chang Framew Freedom Can*, Vancouver, Toronto, UBC Press, 2006 97 aux pp 99-100. On peut, sans trop de risques, estimer qu'elle apparaît aujourd'hui plus de 500 fois dans les jugements rendus par la Cour suprême depuis 1984.

[1681] *Ibid* à la p 100; Russel Lawrence Barsh & James Youngblood Henderson, « The Supreme Court's Van der Peet Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997) 42 Mcgill Law J 993-1009 à la p 1000; Niezen, *supra* note 1675; Asch, *supra* note 1665 à la p 129.

> négligeable relevant d'un exercice anthropologique rigoureux et périlleux. Néanmoins, la Cour considère que cette démonstration est faisable et ne doute pas de sa propre capacité à en juger la pertinence. Ce faisant, la Cour s'accorde encore une fois beaucoup de pouvoir dans le processus de formulation d'une définition juridique de l'identité indienne.[1682]

Ce faisant, la Cour manifeste une profonde méconnaissance non seulement de la nature extrêmement complexe, et par essence fluide, perméable et évolutive des cultures[1683], un concept pourtant bien établi depuis le milieu du XXe siècle et présenté dans le premier Chapitre de cette thèse, mais également de l'histoire et des modes de vie des PNMI. Ghislain Otis rappelle en effet que :

> […] l'idéologie folklorisante du droit à la différence précoloniale déployée par la Cour suprême escamote les enseignements du contexte politique et économique ayant donné lieu à l'émergence des droits des autochtones. Elle occulte le fait que la politique britannique de non-empiètement sur les terres traditionnellement occupées et exploitées par les autochtones, politique confirmée solennellement par la Proclamation royale de 1763, intervenait dans le contexte d'un désir, tant chez les autochtones que chez les Européens, de favoriser la commercialisation à grande échelle des ressources prélevées par les autochtones à même leurs terres traditionnelles […]. La reconnaissance du droit des autochtones de continuer à occuper et à utiliser leurs terres ancestrales ne visait donc nullement à enfermer ces communautés dans les pratiques de subsistance et les coutumes vivrières précolombiennes.[1684]

L'activité concernée par la revendication doit ensuite non seulement faire partie de la culture distinctive du demandeur, mais elle doit aussi en être une partie « intégrante ». Elle doit donc occuper une place centrale et avoir une « importance fondamentale », c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être un simple accessoire d'une autre coutume, pratique ou tradition[1685]. Or, cette notion de « centralité » peut avoir des significations différentes en fonction des communautés qui doivent en faire la preuve, et elle se traduit parfois difficilement au sein des communautés autochtones dans lesquelles toutes les activités sont inextricablement interdépendantes[1686]. Dans l'affaire *Van der Peet*, en dépit de ces obstacles, la majorité des juges de la Cour suprême avait considéré la vente du saumon que comme

---

[1682] Mativat, *supra* note 1677 aux pp 60-61. Voir aussi Barsh & Henderson, *supra* note 1681 aux pp 1000-1003.
[1683] Barsh & Henderson, *supra* note 1681 aux pp 1001-1002; Vallance, *supra* note 1680 aux pp 101-102.
[1684] Ghislain Otis, « Identitarisme, droits ancestraux et néocolonialisme : le système de la Cour suprême » (2011) 41:1 Rech Amérindiennes Au Qué 115-118.
[1685] *R. c. Van der Peet*, *supra* note 1652 au para 55.
[1686] Barsh & Henderson, *supra* note 1681 à la p 1000; Vallance, *supra* note 1680 à la p 101.

une activité « accessoire » à la pêche de subsistance de la communauté, pratiquée de manière sporadique, et avait justifié cette position par l'absence de « marché organisé » pour ce produit[1687]. En l'absence de « structure de vente », les échanges ont été considérés comme ne faisant pas partie intégrante du mode de vie autochtone[1688]. Paradoxalement, les juges ont opté pour une approche ethnocentrique, et se sont ainsi fondés sur l'absence de pratiques commerciales suivant un modèle occidental pour établir l'absence d'une pratique traditionnelle ancestrale distinctivement autochtone.

Par ailleurs, il convient de souligner que cette notion de « centralité », a produit des jugements hétérogènes au sein même de la Cour suprême, notamment entre les affaires *R. c. N.TC. Smokehouse Ltd.*[1689] et *R. c. Gladstone*[1690], jugées à quelques mois d'intervalle. Dans l'affaire *Smokehouse*, la Cour suprême avait en effet considéré que la pêche commerciale, jusqu'en 1846, n'était qu'une activité occasionnelle de la communauté Sheshaht. Dans *Gladstone*, elle avait au contraire conclut que la vente de poisson était une activité « centrale » de la culture des Heiltsuk, et qu'elle se pratiquait à une échelle comparable aux exploitations commerciales modernes. Or, comme le soulignent Russel L. Barsh et James Y. Henderson :

> *What is most disturbing about this is the fact that the Sheshaht and Heiltsuk were neighbours, traditionally living and fishing on the Queen Charlotte Strait within roughly 250 kilometres of one another, and were members of the same traditional trading network. To put this inconsistency into a more familiar context, it is as if the Justices had declared that baseball was a central element of American culture, but not Canadian culture, when both countries participate in the same leagues and World Series*.[1691]

[1687] *R. c. Van der Peet*, *supra* note 1652 aux para 84-91. Les juges McLachlin et L'Heureux Dubé sont dissidentes par rapport à la décision finale de la Cour. Elles estiment que l'occupation et l'utilisation du territoire par les peuples autochtones n'étaient pas statiques, et qu'en conséquence les droits ancestraux en découlant ne devraient pas l'être non plus. Dans cette optique, elles soutiennent qu'il n'est pas nécessaire que la pratique remonte à une date antérieure au premier contact avec les Européens, et qu'il est suffisant que ladite pratique ait fait partie intégrante de la culture autochtone en question pendant une longue période de temps. Voir notamment *Ibid* au para 113 et suiv.

[1688] Mativat, *supra* note 1677 à la p 65; Asch, *supra* note 1665 aux pp 129-130.

[1689] *R c NTC Smokehouse Ltd*, [1996] 2 RCS 672.

[1690] *R c Gladstone*, [1996] 2 RCS 723.

[1691] Barsh & Henderson, *supra* note 1681 à la p 1003.

Finalement, concernant plus spécifiquement les revendications en matière de titre foncier, les critères de la Cour suprême sont aussi particulièrement exigeants. Le titre ancestral étant la maîtrise foncière la plus complète permettant — *a priori* — une liberté et une exclusivité totales dans l'occupation de la terre et l'exploitation des ressources[1692], il en découle pour les autochtones un fardeau de preuve encore plus important. Or, une fois encore, les critères établis par la Cour suprême afin d'établir l'existence d'un titre foncier s'articulent mal avec la réalité historique et culturelle des peuples autochtones.

C'est à l'occasion de l'affaire *Delgamuukw* en 1997 que la Cour suprême avait statué que pour qu'une communauté autochtone puisse se prévaloir de ce type de titre foncier, elle doit démontrer : (1) qu'elle a occupé les terres en question *avant* l'affirmation de la souveraineté de la Couronne britannique, (2) qu'elle occupe ces terres de manière *continue* depuis cette affirmation, et (3) qu'elle jouit d'une *occupation exclusive* de ces terres[1693]. Or les territoires occupés par les PNMI étaient en constante évolution en fonction des saisons, des migrations ou encore des liens de parenté et des relations entre les différentes communautés. Leur délimitation était ainsi le plus souvent fluide et complexe. Comme le résument Molly Malone et Libby Chisholm, « il est difficile, sinon impossible, de comprendre la vision autochtone du monde et le concept de territoire ancestral dans le cadre de la géographie coloniale »[1694]. En instaurant un régime juridique applicable à toutes les revendications de titre foncier sans égard à la culture particulière de la communauté revendicatrice, la Cour « omet » ainsi encore de prendre en considération les modes de vie et les réalités historiques autochtones.

Par exemple, si aux yeux d'un juge de culture occidentale, l'occupation ressort généralement clairement de la construction de villages, de l'aménagement de lieux de sépultures ou des activités agricoles, qu'en est-il des modes de vie nomade ou semi-nomade dont les activités saisonnières pouvaient traduire un rapport essentiel au territoire (voire un

---

[1692] Le titre foncier confère un droit au territoire lui-même, c'est-à-dire qu'il comprend le droit d'utiliser le territoire à des fins allant au-delà des droits ancestraux de la communauté. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra* note 1651 au para 138.
[1693] *Ibid* au para 143.
[1694] Molly Malone & Libby Chisholm, « Territoire autochtone » dans *Encycl Can*, 2016.

usage intensif compte tenu des variables environnementales) ? En 2005, dans l'affaire *Marshall III*, la Cour a tranché en affirmant que les peuples nomades ou semi-nomades capables d'établir qu'ils fréquentaient régulièrement un territoire pourraient se voir reconnaître un titre sur celui-ci « si la pratique de l'activité était suffisamment régulière et exclusive pour fonder un titre en *common law* »[1695]. Les juges ont toutefois immédiatement limité la portée d'une telle affirmation en précisant que, dans la plupart des cas, « la pratique de la chasse ou de la pêche saisonnière dans une région déterminée se traduira par un droit de chasse ou de pêche »[1696]. De fait, dans l'affaire *Bernard* jugée la même année, considérant la preuve présentée par les Mik'maq, la Cour avait conclu qu'elle permettait tout au plus de supposer une fréquentation saisonnière du secteur, et qu'elle ne suffisait pas, compte tenu de l'absence de preuve matérielle ou directe d'une occupation des lieux, pour conclure à la formation d'un titre foncier[1697]. L'approche ethnocentrique ainsi retenue, qui revient essentiellement à disqualifier les modes de vie nomades ou semi-nomades, a notamment pour conséquence un clivage et des inégalités foncières entre les peuples autochtones selon que leur mode de vie ancestral se rapprochait ou non de celui des colons.

Par ailleurs, cette occupation précoloniale ne doit pas seulement être considérée comme suffisante, mais elle doit aussi avoir été *exclusive*. Or le principe d'exclusivité (généralement rattaché au principe de « propriété privée » au sens occidental du terme) était « inconnu » de nombreuses communautés autochtones pour lesquelles l'occupation collective ou conjointe de certaines terres était parfois au cœur même de leur culture de partage. Pour contourner cette difficulté, la Cour a précisé que l'occupation exclusive ressortait de « l'intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif »[1698]. Dans cette optique, alors que « des actes d'intrusion isolés ou la présence autorisée d'autres groupes autochtones ne portent pas atteinte à l'exclusivité »[1699], des empiètements unilatéraux, réguliers et systématiques qu'un groupe n'aurait pas la volonté ou la capacité d'arrêter

---

[1695] *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, *supra* note 1671 au para 58.
[1696] *Ibid*. En 1996, dans l'affaire *Adams* la Cour avait d'ailleurs justifié la distinction entre le titre et les droits ancestraux moindres par le fait que certains peuples autochtones du Canada étaient à l'origine nomades. *R c Adams*, [1996] 3 RCS 101 au para 28.
[1697] *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, *supra* note 1671 au para 82.
[1698] *Ibid* au para 57.
[1699] *Ibid*.

feraient obstacle à la reconnaissance d'un titre. Si certains peuples n'éprouveront sans doute aucune difficulté à prouver que leurs ancêtres ont affirmé et exercé concrètement leur mainmise sur les terres à l'égard de tiers, tant au niveau de leurs normes que de leurs actions, d'autres, en revanche, pourraient ne pas disposer de preuves de cette nature. Sur ce point, la Cour a témoigné d'une certaine souplesse. Les motifs des juges majoritaires dans *Marshall III* prévoient en effet que l'exclusion et la volonté d'exclure n'ont pas à être prouvées en tant que telles :

> Souvent, aucune loi ou convention ne prévoit le droit d'exclure d'autres personnes, et il faut par conséquent en rechercher la preuve. Cependant, la recherche de preuves peut être une entreprise ardue. Il se peut que, la région étant peu peuplée, les conflits aient été rares ou inexistants et il n'était pas nécessaire d'en exclure les étrangers. Ou il se peut que les sociétés en cause aient été pacifiques et aient décidé d'exercer leur contrôle par le partage plutôt que l'exclusion. Il est donc essentiel d'envisager la question de l'exclusion du point de vue autochtone.[1700]

En conséquence, il ne serait pas nécessaire de faire la preuve d'actes d'exclusion pour établir l'existence d'un titre ancestral ; il suffit de démontrer qu'un groupe a exercé un contrôle effectif sur un territoire. En l'absence d'actes précis d'exclusion ou d'évènements de nature à établir explicitement ou implicitement les droits du groupe revendicateur (traités, rencontres, cérémonies, etc.) on recherchera alors des éléments de preuve permettant d'inférer que ce groupe aurait pu, si telle avait été sa volonté, fixer les conditions d'accès des tiers au territoire ou de les en exclure.

L'occupation suffisante et exclusive du territoire par les ancêtres du groupe revendicateur doit ensuite avoir été un fait accompli au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne britannique. Le problème d'un tel critère est bien évidemment qu'il ne permet pas à des groupes s'étant établis sur des terres après l'arrivée de la puissance coloniale d'acquérir un titre foncier sur celles-ci. Or il se peut, encore une fois, qu'avant ou après l'affirmation de la souveraineté certains groupes aient quitté leur territoire ancestral sous la contrainte pour aller se fixer sur d'autres terres.

[1700] *Ibid* au para 64.

Enfin, s'appuyant une nouvelle fois sur une conception stéréotypée et paternaliste des PNMI, la portée réelle du titre ancestral est considérablement réduite, dans la mesure où elle est grevée d'une « limite intrinsèque » qui exclut la conduite d'activités jugées « non traditionnelles »[1701]. Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer avait en effet souligné que « les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour cette terre »[1702]. En conséquence, une communauté ayant établi l'existence d'un titre ancestral sur son territoire de chasse traditionnel ne pourrait pas y exploiter une mine à ciel ouvert, car une telle utilisation reviendrait à empêcher la pratique de la chasse et ainsi à rompre le lien organique historique entre le groupe et son territoire[1703]. De même, dans une perspective intergénérationnelle descendante, les terres ancestrales « ne peuvent pas [...] être aménagées ou utilisées d'une façon qui priverait de façon substantielle les générations futures de leur utilisation »[1704].

Or non seulement les peuples autochtones ne peuvent ainsi pas exploiter leurs terres comme ils l'entendent, mais ils ne peuvent pas non plus les confier aux autorités ou entreprises compétentes, les terres ancestrales étant inaliénables, sauf à la Couronne[1705]. En d'autres termes, les PNMI sont exclus de la modernité politique et économique, et il leur est virtuellement impossible d'entretenir un lien dynamique avec leurs terres, à moins de renoncer à leurs titres ancestraux[1706]. Pour Geneviève Mativat :

> La Cour boucle la boucle en invoquant sa propre définition archaïque de ce que sont les autochtones et leurs droits pour justifier l'extinction de ces derniers. En d'autres mots, à partir d'une incompétence économique et politique qu'elle projette sur les Amérindiens, la Cour conclut que la participation de ceux-ci au monde contemporain implique forcément leur renoncement à tout droit ou privilège ancestraux. Bref, pour profiter du monde moderne, l'Indien doit devenir blanc.[1707]

[1701] Labeau, *supra* note 1649 aux pp 334-335.
[1702] *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra* note 1651 à la p 1015.
[1703] *Ibid* au para 128. La Cour justifie cette limite au motif que c'est la continuité du rapport qu'entretient un groupe avec son territoire traditionnel qui explique l'existence même du titre ancestral.
[1704] *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, *supra* note 1650 au para 74.
[1705] *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra* note 1651 au para 113.
[1706] Mativat, *supra* note 1677 à la p 76.
[1707] *Ibid* à la p 81.

Dans la même logique, il convient également de souligner que les droits ancestraux, bien que protégés constitutionnellement, ne sont pas absolus. Ainsi, les droits ancestraux de pêche et de chasse, par exemple, n'échappent pas aux réglementations gouvernementales fédérales ou provinciales. De même, le titre foncier, s'il emporte un droit exclusif d'utilisation et d'occupation du territoire, peut être grevé par le gouvernement à des fins de développement économique ou de production énergétique (les mêmes activités qu'il est parfois interdit aux autochtones de mener eux-mêmes), ou encore de protection de l'environnement. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême a ainsi affirmé qu'un tribunal pourra reconnaître la légitimité d'une loi qui restreint les droits ancestraux, à condition toutefois que l'atteinte soit justifiée[1708]. Par ailleurs, si une communauté parvient à démontrer que ses ancêtres pratiquaient, par exemple, la chasse à des fins alimentaires, rituelles, ou sociales, elle ne pourra se faire reconnaître le droit ancestral d'affecter la ressource à aucune autre fin, notamment au commerce.

La nécessité d'une approche réaliste, juste et équilibrée dans le règlement des revendications autochtones ne peut pas être contestée. Comme l'a affirmé le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw* : « il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester »[1709]. Cette vérité ne légitime toutefois pas l'ethnocentrisme des tribunaux canadiens qui fixent aux droits ancestraux des limites intrinsèques par le biais d'une identité autochtone « dont la définition échappe ultimement aux premiers intéressés eux-mêmes »[1710], et leur imposent un fardeau de preuve démesuré basé sur des critères occidentaux, des conceptions dépassées de la culture et une faible prise en compte de leurs réalités historiques. Pour atténuer les effets de ces critères ethnocentristes et impérialistes, les jugements de la Cour suprême se sont, de fait, accompagnés de tentatives de

---

[1708] *R. c. Sparrow*, *supra* note 1676. Le critère de justification comporte deux volets. En premier lieu, l'État doit démontrer qu'il a agi en vertu d'un objectif législatif régulier. En second lieu, il doit établir que ses actions sont compatibles avec son rôle de fiduciaire vis-à-vis des peuples autochtones. Il n'y aura atteinte *prima facie* aux droits que si la restriction est déraisonnable, si le règlement est indûment rigoureux, ou encore s'il refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. La Cour suprême a en effet précisé que la partie autochtone devra démontrer plus qu'un simple inconvénient ou entrave. Il faut que la législation soit manifestement déraisonnable, qu'elle affaiblisse un aspect important du droit ou qu'elle constitue une diminution appréciable du droit. Enfin, il faudra tenir compte des différences factuelles qui peuvent influer sur l'application du critère de l'atteinte. Labeau, *supra* note 1649 à la p 336.

[1709] *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra* note 1651 au para 186.

[1710] Otis, *supra* note 1684.

conciliation de ses critères juridiques avec la réalité historique et les conceptions autochtones. Comme le résume Michel Morin :

> […] la jurisprudence concernant les droits ancestraux ou issus de traités a évolué. [L]a Cour suprême du Canada a cherché à trouver un point d'équilibre entre une attitude laxiste et des critères exagérément restrictifs, qu'il s'agisse du rattachement aux peuples ayant vécu XVIIe et XVIIIe siècles, de la continuité dans l'exercice d'activités ancestrales ou encore de l'occupation d'un territoire.[1711]

Consciente des « difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux »[1712], la Cour suprême a en effet prôné une approche flexible en la matière. En sus des modes habituels de preuve historique (preuves matérielles, rapports d'experts anthropologiques, topographiques, etc.) les tribunaux sont encouragés à admettre des preuves par tradition orale, c'est-à-dire les récits transmis oralement de génération en génération sous des formes diverses. Cette preuve issue de la tradition orale doit toutefois être convaincante et fiable[1713]. Elle peut donc être déclarée inadmissible parce que jugée non pertinente ou non crédible, ou admise sous réserve du poids qui lui sera accordé en fonction de plusieurs facteurs tels que la nature des autres éléments de preuve disponibles et la qualité de la preuve de tradition orale comme telle. En conséquence, malgré ces efforts d'ouverture en matière de preuve, les nations autochtones restent le plus souvent contraintes de soumettre de nombreuses expertises historiques, linguistiques, archéologiques ou encore anthropologiques, et ce, en plus des témoignages des aînés[1714].

[1711] Morin, *supra* note 1672 aux pp 244-245.
[1712] *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra* note 1651 au para 80.
[1713] *Ibid* au para 87.
[1714] Dans l'Affaire *Delgamuukw*, à l'étape de la Cour suprême de Colombie-Britannique, Julie Cruikshank rapporte ainsi que le juge en chef Allan McEachern avait entièrement écarté les rapports d'experts en anthropologie, de même que les témoignages oraux fournis par les plaignants : « *Ultimately, Justice McEachern also dismissed the oral traditions he heard from hereditary chiefs as inadequate to meet the demands of the court. In his Reasons for Judgment, he stated that "much evidence must be discarded or discounted not because the witnesses are not decent, truthful persons but because their evidence fails to meet certain standards prescribed by law". Later he added more specifically, "I am unable to accept adaawk, kungax and oral traditions as reliable bases for detailed history but they could confirm findings based on other admissible evidence*". » Plus loin, l'auteure ajoute : « *Judge McEachern consistently distinguishes between "fact" which he uses to refer to written historical accounts, and "belief" which he attributes to the plaintiffs* ». Julie Cruikshank, « Invention of Anthropology in British Columbia's Supreme Court: Oral Tradition as Evidence in Delgamuukw v. B.C » (1992) 95 BC Stud 25-42 aux pp 26 et 33. Voir aussi Niezen, *supra* note 1675 à la p 13.

Il est aussi demandé aux tribunaux de prendre acte des changements intervenus dans le mode de vie des autochtones, en particulier ceux résultant de la conduite contraignante des autorités gouvernementales ou de la majorité non autochtone. Ainsi, le fait que la nature de l'occupation ait changé ne fera théoriquement pas obstacle à la revendication[1715]. De même, une interruption de quelques décennies dans la pratique ou dans la fréquentation des terres revendiquées ne devrait pas être considérée comme un obstacle insurmontable dans la reconnaissance d'un droit ancestral ou d'un titre autochtone, à moins que le délai ne soit si prolongé qu'il soit concevable de parler d'un abandon[1716], tandis que le fait que l'espace revendiqué soit aujourd'hui occupé ou utilisé par plusieurs groupes autochtones et par des non-autochtones ne saurait être interprété comme une renonciation au contrôle exclusif du territoire[1717].

En dépit de ces assouplissements et de ces tentatives de conciliation, les PNMI restent toutefois confrontés à d'importantes complications sur le plan de la procédure, et doivent supporter un fardeau de preuves accablant, pour de maigres résultats. Comme le résume Marie-Claude André-Grégoire :

> Force est de constater que ces droits sont rarement reconnus par les tribunaux canadiens en raison notamment de la portée des expertises nécessaires, de la complexité des litiges et du manque de financement pour de telles procédures, qui bien souvent se rendent jusqu'à la Cour suprême du Canada.[1718]

En matière de titres ancestraux notamment, alors que leur possibilité avait été reconnue en 1973 dans l'affaire *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*[1719], il faut attendre 2014 pour que la Cour suprême reconnaisse pour la

---

[1715] *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra* note 1651 au para 154.
[1716] *R. c. Van der Peet*, *supra* note 1652 au para 65. Michel Morin souligne par exemple qu'« un grand nombre d'Algonquins ont quitté le bassin de la rivière des Outaouais à la suite de la guerre de 1632 contre les Iroquois ; ils l'ont occupé de nouveau à partir de 1666. La Cour suprême leur a néanmoins reconnu un droit ancestral de pêcher pour se nourrir dans cette région, car il était exercé avant 1603, la date du premier contact avec les Européens ». Morin, *supra* note 1672 aux pp 247-248.
[1717] Dans la foulée de l'affirmation de la souveraineté étatique, les autochtones ont en effet *de facto* perdu la capacité juridique d'exclure les tiers de leurs terres par la contrainte.
[1718] Marie-Claude André-Grégoire, « Chronique juridique : la difficile conquête des droits autochtones devant les tribunaux », *Radio-Can* (2017), en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1046488/chronique-juridique-la-difficile-conquete-des-droits-autochtones-devant-les-tribunaux>.
[1719] Dans cette affaire présentée devant la Cour suprême du Canada, la Cour avait reconnu pour la première fois la possibilité pour les Premières Nations de posséder un titre foncier sur la base de leur occupation du

première fois formellement et concrètement l'existence d'un tel titre[1720]. Au terme de l'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* la Cour suprême avait en effet confirmé l'existence d'un titre ancestral, tel qu'établi par la Cour de première instance de Colombie-Britannique. Il s'agit cependant d'une victoire douloureuse puisque le titre reconnu ne couvre que 5 % du territoire ancestral initialement revendiqué par la nation Tsilhqot'in, et que ce jugement est arrivé au terme de procédures qui se sont étalées sur près de 30 ans[1721]. Face à de tels résultats, on comprend que les PNMI soient souvent découragés de faire valoir leurs droits devant les tribunaux[1722].

Face à l'approche inadéquate retenue par les tribunaux pour tenter de définir les cultures autochtones et identifier les droits ancestraux et titres fonciers qui s'y rattachent, de nombreux auteurs, avocats et juristes, estiment que le règlement extrajudiciaire des revendications autochtones par voie de négociations, proposé par le gouvernement fédéral, apparaît comme une solution de rechange. À côté du système judiciaire, plusieurs mécanismes de négociation formelle successifs ont en effet été mis sur pied pour répondre aux différents types de revendications autochtones.

En 1973 tout d'abord, la *Politique sur les revendications particulières*[1723] est instaurée pour aider les PNMI à faire valoir leurs revendications par la négociation avec le gouvernement, plutôt que par le recours aux tribunaux. De 1974 à 1986, parallèlement aux premières décisions rendues en la matière par la Cour suprême, un Bureau des revendications des autochtones est ainsi créé avec pour mission d'examiner les revendications des PNMI découlant de l'inexécution des obligations légales du

---

territoire antérieure au premier contact. *Calder et al c Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] [1973] RCS 313.

[1720] Dans la foulée du jugement Calder, le titre foncier des Dénés de la vallée du fleuve Mackenzie, celui des Cris de la baie James et celui des Inuit du Nord du Québec, sont successivement reconnus. Ces décisions font cependant l'objet d'appels au cours des années suivantes et sont finalement annulées. Crowe, *supra* note 1661; Dufour, *supra* note 1658.

[1721] La procédure de première instance avait été entamée à l'origine en 1983, en réponse à la délivrance de droits d'exploitation forestière par le gouvernement de la Colombie-Britannique. Le jugement de première instance n'avait cependant été rendu qu'en 2007.

[1722] André-Grégoire, *supra* note 1718.

[1723] Elles sont habituellement présentées par les groupes autochtones vivant dans les provinces, et la plupart des règlements prévoient l'octroi de compensations financières et, plus rarement, de terres.

gouvernement en matière d'interprétation et d'administration des traités historiques (ou autres ententes), de la *Loi sur les Indiens*, des fonds destinés aux Premières Nations et de la cession de terres. Le Bureau est alors chargé d'évaluer les demandes présentées et de représenter le gouvernement dans les négociations avec les peuples autochtones[1724]. Les conflits d'intérêts inhérents à ce processus donnent cependant lieu à d'importantes critiques demandant la création d'un organisme impartial et indépendant. En 1991, la Commission des revendications particulières est alors instaurée. Ce mécanisme rencontre cependant des problèmes et critiques similaires. Outre le coût et la lenteur des procédures[1725], l'État continuait en effet d'y occuper les rôles incompatibles de fiduciaire des peuples autochtones, de défenseur de la Couronne et de juge des revendications présentées[1726]. En 2007, près de quarante ans après les premières revendications formelles autochtones, le gouvernement du Canada a finalement adopté un plan d'action, intitulé *La justice, enfin*[1727], visant à corriger les problèmes d'équité, d'impartialité, de transparence et d'indépendance dans le traitement des revendications particulières[1728]. Dans cette optique, le projet de loi C-30, intitulé *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*[1729], est déposé devant la Chambre des communes le 27 novembre 2007 et est entré en vigueur le 17 octobre 2008. Cette loi établit un tribunal indépendant, formé de juges de juridiction supérieure ayant le pouvoir de rendre des décisions exécutoires sur le bien-fondé des revendications et sur les indemnités à verser, jusqu'à concurrence de 150 millions de dollars par revendication[1730].

[1724] « Historique », (2014), en ligne: *Trib Revendic Part Can* <https://www.sct-trp.ca/hist/hist_f.htm>.
[1725] En 2007, le délai de traitement moyen des revendications était d'environ 13 ans. Affaires indiennes et du Nord Canada, *Revendications particulières: la justice, enfin.*, Gatineau, 2007 à la p 4.
[1726] Thierry Rodon, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, Québec, Presse de l'Université du Québec, 2019 à la p 166.
[1727] Affaires indiennes et du Nord Canada, *supra* note 1725.
[1728] En 2002, le projet de loi C-6, intitulé *Loi sur le règlement des revendications particulières*, visait à établir un nouveau mécanisme administratif, formé d'une commission, en vue de négocier et de régler les revendications particulières, ainsi que d'un tribunal ayant le pouvoir de rendre des décisions exécutoires sur, d'une part, le bien-fondé des revendications et, d'autre part, l'octroi d'indemnités, jusqu'à concurrence de 10 millions de dollars par revendication. Le projet de loi n'a cependant pas obtenu l'appui de l'Assemblée des Premières Nations et, même s'il a été adopté par la Chambre et le Sénat et a obtenu la sanction royale en novembre 2003, il n'est jamais entré en vigueur. *Supra* note 1724.
[1729] *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, LC 2008 Ch 22 2008.
[1730] *Supra* note 1724.

Aux côtés des revendications particulières, des processus de négociations ont également été mis en place concernant les revendications globales. Celles-ci portent sur l'utilisation et l'occupation de terres par les PNMI qui n'ont pas signé de traité, principalement dans les deux territoires et les régions septentrionales de certaines provinces [1731]. La superficie des terres et le nombre de personnes concernées sont généralement plus importants que dans les revendications particulières, et le règlement de ces revendications peut prévoir l'octroi de compensations financières et de terres, le droit d'établir certaines formes de gouvernement local, des droits de prélèvements sur la faune locale, la protection de la langue et de la culture, et la gestion conjointe des terres et des ressources. La négociation de ces revendications aboutit généralement à la conclusion de « traités modernes ».

Depuis 1973, par ces différents mécanismes, le gouvernement fédéral a ainsi traité plus de 460 revendications particulières [1732] tandis que 26 revendications territoriales globales ont été conclues[1733]. Parmi les ententes élaborées en matière de revendications globales, on peut par exemple mentionner la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (1975), la *Convention du Nord-Est québécois* (1978), la *Convention définitive des Inuvialuit* (1984), l'*Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu* (1993) ou encore l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador* (2005)[1734].

Ces négociations représentent certainement une voie prometteuse en ce qu'elles permettent, au moins partiellement, de contourner certains obstacles judiciaires. On constate cependant qu'elles peinent encore à sortir du cadre juridique canadien. Les

---

[1731] Les revendications globales concernent notamment les Territoires du Nord-Ouest, le Yukon, le Labrador, le Québec et la plus grande partie de la Colombie-Britannique.
[1732] Gouvernement du Canada; Affaires autochtones et du Nord Canada;, « Revendications particulières », (2019), en ligne: <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100030291/1539617582343>.
[1733] Gouvernement du Canada; Affaires autochtones et du Nord Canada;, « Revendications globales », (2015), en ligne: <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100030577/1551196153650>. On compte encore aujourd'hui plusieurs centaines de tables de négociation en cours à travers le Canada. En 2007, on comptait près de 800 revendications encore en suspens au Canada. Affaires indiennes et du Nord Canada, *supra* note 1725 à la p 3.
[1734] Morse Bradford W, « Indigenous Peoples of Canada and Their Efforts to Achieve True Reparations » dans Federico Lenzerini, dir, *Repar Indig Peoples*, Oxford, Oxford University Press, 2008 271.

autochtones y sont en effet toujours amenés à revendiquer leurs droits territoriaux à l'intérieur de paramètres définis par les institutions étatiques. Ils sont ainsi contraints de traduire leurs rapports au territoire par le biais d'une terminologique juridique ou technique comprise et imposée par leurs interlocuteurs étatiques[1735]. De fait, bien que la Cour suprême ait insisté sur la nécessaire prise en compte des coutumes et traditions autochtones, celles-ci se réduisent encore essentiellement à de simples « points de vue »[1736] permettant de fournir des éléments de preuves en vue d'établir l'existence de droits ou de titres ancestraux en *common law*, ou ne sont, plus généralement, que maladroitement ou partiellement incorporées dans des lois fédérales ou provinciales[1737].

Il va sans dire que la reconnaissance des droits et titres ancestraux et l'autonomie gouvernementale qui y est généralement rattachée, de même que la reconnaissance des rationalités et des normativités autochtones (dans une perspective de pluralisme culturel et juridique[1738]), soulèvent des enjeux politiques, économiques et juridiques contemporains extrêmement nombreux et complexes qui dépassent de loin le cadre de la présente recherche. Elles devraient néanmoins faire partie de tout processus visant à la réparation des dommages culturels subis par les peuples autochtones en raison des relations particulières qu'ils entretiennent avec leur territoire, et plus largement des dommages économiques, sociaux et politiques liés aux pertes territoriales et culturelles.

Par ailleurs, les ententes conclues au terme de ces négociations ne devraient pas se limiter à un simple enjeu économique en vue d'une distribution équitable des ressources. Rappelant les mots de Janna Thompson cités précédemment : « *a justification of land rights that appeal to economic needs rather than history does not answer to the interests of most*

[1735] Benoit Éthier, « Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok » (2016) 40:2 Anthropol Sociétés 177-193 à la p 177.
[1736] *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, *supra* note 1650 au para 35; *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, *supra* note 1671 au para 64.
[1737] On peut par exemple penser aux adoptions coutumières d'enfants, dont la validité légale pas reconnue par les tribunaux de toutes les provinces. Voir à ce sujet Sébastien Grammond & Christiane Guay, « Comprendre la normativité innue en matière d'« adoption » et de garde coutumière » (2016) 61:4 McGill Law J 885-906.
[1738] Le pluralisme juridique vise à rendre compte de la variété des modes de production des règles de droit. Il renvoie ici à la reconnaissance de l'existence, et au recours à différents systèmes juridiques au sein d'un même territoire, en l'espèce les normativités autochtones et occidentales (canadiennes).

indigenous communities »[1739]. Elles devraient ainsi s'accompagner d'une véritable reconnaissance des processus injustes, racistes et discriminatoires ayant mené à la perte de leurs droits et territoires par les communautés autochtones, et à l'extinction de certaines pratiques culturelles, et s'accompagner de la présentation d'excuses publiques et officielles pour les préjudices ainsi causés et leurs nombreuses conséquences, reflétant une prise de responsabilité des autorités publiques (et privées) qui bénéficient encore aujourd'hui de l'exploitation des ressources sur les terres prises aux autochtones. Il serait également important que les autorités adoptent une approche favorable aux autochtones dans la reconnaissance des droits et titres ancestraux revendiqués ou dans les restitutions de terres, et accompagner ces dernières de mesures de compensation, de réhabilitation ou de satisfaction supplémentaires, répondant aux besoins exprimés par les communautés concernées. En d'autres termes, si l'objectif de ces négociations est de contribuer à la réconciliation entre les communautés autochtones et allochtones, il est important qu'elles ne retombent pas dans les mêmes travers que les tribunaux et qu'elles intègrent davantage les principes de justice restaurative en matière de participation, de responsabilité et de réparation. Dans cette optique, il sera impératif de tirer des enseignements des forces et des faiblesses des différentes mesures de réparation mises en œuvre pour les victimes du système des pensionnats indiens.

2.3.3. (in)Justice culturelle pour les anciens pensionnaires

Parallèlement aux revendications en matière de droits et de titres ancestraux en effet, à partir des années 1990 et pour lutter contre le tragique héritage des pensionnats indiens et tenter d'obtenir réparation, d'anciens élèves commencent à unir leurs efforts pour surmonter collectivement leurs traumatismes[1740]. Au travers de ces groupes, ils réclament que justice leur soit rendue et demandent notamment aux gouvernements et aux Églises de

---

[1739] Thompson, « Apology, historical obligations and the ethics of memory », *supra* note 669 à la p 201; Thompson, « Justifying Claims of Descendants », *supra* note 683 à la p 120; Patton, « Historic Injustice and the Possibility of Supersession », *supra* note 707 à la p 256.

[1740] En 1991 notamment, le Conseil tribal Caribou de Williams Lake, en Colombie-Britannique, organise la première conférence nationale sur les pensionnats. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 41-42, 63 et 80.

reconnaître les vraies motivations à l'origine du système des pensionnats, et que toute la lumière soit faite sur ses conséquences sur les survivants et leurs communautés. Ils demandent également que des mesures de guérison soient adoptées. En réponse à ces revendications, les gouvernements canadiens successifs vont alors mettre en place différents mécanismes en vue de réparer les injustices passées et de s'engager dans un processus de réconciliation avec les peuples autochtones. Dans une perspective restaurative cependant, les premiers mécanismes mis en place par les autorités canadiennes vont se révéler largement inadaptés, tandis que les pertes culturelles continueront d'être négligées.

En 1991 tout d'abord, en réponse à la multiplication des tensions entre les communautés autochtones et allochtones (en particulier à la suite de la « Crise d'Oka » de 1990), la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones (CRPA) est mise sur pied. Composée de 7 commissaires autochtones et allochtones, elle se voit confier le mandat de produire un rapport sur l'évolution des relations entre les peuples autochtones, le gouvernement du Canada et l'ensemble de la société canadienne[1741]. Le plan de recherche, publié en 1993, se fondait alors sur quatre grands thèmes : gouvernance, territoire et économie, société et culture, et le Nord.

En 1996, au terme d'un vaste processus d'enquête, le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*[1742] avait principalement conclu à la nécessité d'une restructuration complète des relations entre les peuples autochtones et allochtones, et formulé quelque 400 recommandations aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux devant être mises en œuvre sur 20 ans en matière de politique sociale, de santé, d'éducation, de logement, d'application des traités ou encore de développement économique et de gouvernance autochtone.

[1741] *Décret du Conseil daté du 26 août, 1991 et portant le numéro C.P. 1991-1597*, Comité du Conseil privé, 1991.

[1742] Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, 1996. Les données récoltées sont issues de visites dans 96 communautés autochtones à travers le Canada, des mémoires de plus de 2 000 personnes entendues au cours de 178 journées d'audiences publiques, et de quelque 350 rapports de recherche.

En matière culturelle plus spécifiquement, il était — entre autres — recommandé aux autorités de collaborer avec les organisations et les collectivités autochtones pour dresser un inventaire complet de leurs lieux historiques et sacrés et d'examiner leurs lois touchant ces sites afin qu'elles puissent prendre des mesures visant à prévenir ou à arrêter la détérioration de hauts lieux du patrimoine. Les gouvernements étaient également invités à revoir leur législation touchant la restauration et l'exposition des objets culturels afin d'assurer la participation des peuples autochtones et la reconnaissance de leurs intérêts, et il était recommandé que les musées et autres établissements culturels adoptent des codes d'éthique régissant tous les aspects de la collecte, de l'exposition ou encore de l'interprétation d'objets se rapportant à la culture et au patrimoine autochtone. Enfin, les recommandations du rapport invitaient les autorités, en collaboration avec les PNMI, à mettre en place des politiques relatives à la conservation, à la revitalisation et à la consignation des langues autochtones[1743]. La Commission royale soulignait aussi, et surtout, que compte tenu de son ampleur et de ses conséquences, une enquête complète sur le seul système des pensionnats était nécessaire « pour éclaircir et commencer à redresser les graves torts subis par de nombreux enfants, familles et collectivités autochtones »[1744]. Il fallait en outre que l'enquête permette de recommander des mesures correctives, y compris :

> […] les excuses des responsables, une forme de dédommagement collectif qui permettrait aux collectivités autochtones de concevoir et d'exécuter des programmes propices à la guérison et à une vie communautaire plus saine, et l'octroi des fonds nécessaires pour que les personnes touchées ainsi que leur famille puissent suivre un traitement approprié.[1745]

En 1998, en réponse au rapport de la CRPA, le gouvernement fédéral a diffusé le document *Rassembler nos forces : Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*[1746] dans lequel il faisait état de sa préférence pour des approches non

---

[1743] Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones. Vers un ressourcement*, Ottawa, 1996 Chapitre 6.
[1744] Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones ; Un passé, un avenir*, Ottawa, 1996 à la p 521. Voir aussi Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 617.
[1745] Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 1744 aux pp 521-522.
[1746] *Rassembler nos forces : Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*, Ottawa, Ministre des travaux publics et services gouvernementaux canada, 2000.

constitutionnelles dans la mise en œuvre des recommandations, et exposait quatre objectifs : le renouvellement des partenariats, le renforcement de la gouvernance autochtone, la mise en place d'une nouvelle relation fiscale et la prestation d'un soutien assurant la solidité des communautés, des peuples et des économies[1747]. Concernant spécifiquement la question des pensionnats, ce document prévoyait également deux éléments importants : la « Déclaration de réconciliation », dans laquelle le gouvernement fédéral reconnaissait officiellement les injustices commises contre les peuples autochtones, et l'établissement d'un fonds de 350 millions de dollars, géré par la Fondation autochtone de guérison (FADG), destiné à financer des initiatives de guérison communautaires pour les victimes d'agressions physiques et sexuelles.

Pourtant, si ce document constituait la première reconnaissance officielle des préjudices subis par les anciens pensionnaires, il a largement ignoré de nombreuses recommandations de la CRPA, en particulier la présentation d'excuses pour le système des pensionnats en tant que tel, ainsi que les demandes d'enquête publique et d'indemnisation des victimes[1748]. La Déclaration de réconciliation présentée par la ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien s'était en effet limitée à indiquer que la société canadienne était « *burdened by past actions that resulted in weakening the identity of Aboriginal peoples, suppressing their languages and cultures, and outlawing spiritual practices* », sans toutefois décrire ces actions en détail ni reconnaître la responsabilité du gouvernement et sans, concrètement, « s'excuser ». Quant au paragraphe consacré aux pensionnats indiens, il pouvait se lire :

> *Particularly to those individuals who experienced the tragedy of sexual and physical abuse at residential schools, and who have carried this burden believing that in some way they must be responsible, we wish to emphasize that what you experienced was not your fault and should never have happened. To those of you who suffered this tragedy at residential schools, we are deeply sorry*.

Ces excuses, les seules à être explicites, s'adressaient toutefois uniquement aux victimes de violences physiques et sexuelles. Elles ne reconnaissaient pas que l'objectif des

---

[1747] *Ibid.*

[1748] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 617; Carole Blackburn, « Culture Loss and Crumbling Skulls: The Problematic of Injury in Residential School Litigation » (2012) 35:2 PoLAR Polit Leg Anthropol Rev 289-307 à la p 292.

pensionnats était d'assimiler de force les peuples autochtones, pas plus qu'elle ne reconnaissait leurs effets dévastateurs à long terme tels que les pertes culturelles, les troubles psychologiques ou émotionnels, l'alcoolisme ou l'éclatement des familles et des communautés. Concernant la FADG, les fonds visaient presque exclusivement à financer des initiatives de guérison à l'intention des « Indiens » inscrits, vivant dans les réserves désignées, en dépit du fait que des milliers de PNMI vivant hors des réserves et/ou « non-inscrits » avaient eux aussi fréquenté ces institutions[1749]. Il convient également de mentionner que les gouvernements provinciaux, considérant que le rapport était l'aboutissement d'une initiative strictement fédérale, n'articulent pour leur part aucune excuse ni plan concret de mise en œuvre des recommandations de la CRPA, quand bien même plusieurs leur étaient spécifiquement adressées[1750].

Le manque de reconnaissance de la nature, de la portée et des nombreuses conséquences psychologiques, spirituelles et culturelles des pensionnats, associé à l'absence de cérémonie appropriée (le Premier ministre de l'époque, Jean Chrétien, était absent lors de la présentation de la Déclaration) et à l'absence de réparations pour tous les préjudices causés, amènent alors la majorité des communautés autochtones à rejeter les mesures du gouvernement relatives aux pensionnats indiens. Comme le résume par exemple Kim Stanton : « *The Native Women's Association of Canada formally refused to accept the Statement as an apology, and the Inuit Tapirisat of Canada found the Statement to be incomplete. Indeed, the word "apology" did not appear in the statement* »[1751].

Face à l'insuffisance des réponses politiques, on assiste alors à une multiplication des poursuites civiles et pénales, ainsi que des recours collectifs intentés par les survivants

---

[1749] Matt James, « Wrestling with the Past: Apologies, Quasi-Apologies, and Non-Apologies in Canada » dans Mark Gibney et al, dir, *Age Apol*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2008 137 aux pp 145-146.
[1750] Audrey D Doerr, « Commission royale sur les peuples autochtones » dans *Encycl Can*, 2006.
[1751] Kim Stanton, « Canada's Truth and Reconciliation Commission: Settling the Past? » (2011) 2:3 Int Indig Policy J 1-18 aux pp 2-3. Voir aussi James, *supra* note 1749 aux pp 1467-147; Andrew Woolford, « The healing State? Residential schools and reparations in Canada » dans Jo-Anne Wemmers, dir, *Repar Vict Crimes Humanity Heal Role Repar*, Londres, New York, Routledge, 2014 126 à la p 131.

devant les tribunaux pour les sévices subis dans les pensionnats[1752]. Pour fonder leurs actions en justice, de nombreux motifs sont alors invoqués, parmi lesquels la négligence, la détention illicite, le manquement aux obligations fiduciaires, la violation des traités numérotés ainsi que de la Convention internationale contre le génocide (qui interdit les transferts forcés d'enfants), ou encore les souffrances morales délibérément infligées, en plus bien évidemment des accusations de violences physiques et sexuelles[1753]. En conséquence, on estimait en 2005 à plus de 18 000 le nombre d'actions en justice intentées par des survivants contre le gouvernement fédéral, les Églises, les organisations connexes et, le cas échéant, les auteurs individuels des abus dont ils avaient été victimes[1754]. Or, cette judiciarisation de la question des pensionnats se révèle rapidement être une situation intenable tant pour les victimes que pour le gouvernement et les institutions responsables de la gestion des pensionnats[1755]. Selon l'Assemblée des Premières Nations (APN), il aurait en effet fallu plus de 53 ans pour venir à bout de l'ensemble de ces poursuites[1756]. Ajoutées à la longueur des procédures, les poursuites judiciaires constituaient en outre un passage particulièrement pénible pour les victimes contraintes de revivre des expériences douloureuses, et un fardeau financier considérable pour l'État et les Églises menacées de faillite, l'APN estimant qu'il leur aurait fallu débourser plus de 2,3 milliards de dollars en frais de justice, en plus des éventuelles indemnisations accordées aux survivants[1757].

Face à cette situation, les parties vont alors trouver avantage à se tourner vers des solutions alternatives. En 2003 notamment, le Bureau du Canada sur le règlement des questions des pensionnats autochtones met sur pied un programme volontaire de participation à un « mécanisme extrajudiciaire de règlement des différends » permettant de

---

[1752] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 619; Stanton, *supra* note 1751 à la p 3.
[1753] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 262.
[1754] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 619; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 80-81.
[1755] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 282.
[1756] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 à la p 620; Tremblay, *supra* note 1579 à la p 205. La longueur des procédures s'expliquait notamment en raison des différends juridiques pour déterminer qui, des gouvernements ou des Églises, était légalement, et donc financièrement, responsable des sévices commis. Ces différends venaient ajouter à la complexité, aux coûts juridiques et aux retards des poursuites civiles.
[1757] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1534 à la p 620; Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 263; Woolford, *supra* note 1751 à la p 130.

dédommager les victimes d'agressions sexuelles, de sévices physiques et de séquestration, sans passer par les tribunaux[1758]. En juillet 2006, environ 4 900 demandes avaient été présentées dans le cadre de ce mécanisme[1759]. Pourtant, malgré le succès apparent de cette solution alternative pour l'ensemble des parties, on constate que la question des dommages culturels résultant notamment de la perte linguistique et de la rupture des liens sociaux reste négligée par les différentes instances.

En effet, bien que reconnaissant l'existence de pertes culturelles ou linguistiques résultant des pensionnats, le gouvernement fédéral a soutenu que ces dernières ne pouvaient pas servir de fondement à une plainte devant les tribunaux[1760]. Dans l'accord de règlement signé avec l'Église presbytérienne canadienne, le gouvernement fédéral avait en effet non seulement souligné que : « *no basis exists at law to found a cause of action for the loss or a diminution of aboriginal language or culture arising from or connected to the operation of an* [*Indian Residential School*] »[1761], mais les deux parties avaient également affirmé que « *The Government and the Church and the Board agree that efforts to assert* [*cultural loss*] *claims* […] *will be vigorously opposed by them and they agree to co-operate in the defence of such claims* »[1762].

Ainsi, alors que, selon certaines estimations, jusqu'à 90 % des plaintes déposées par les survivants faisaient mention de pertes culturelles et linguistiques découlant des pensionnats[1763], ces revendications sont systématiquement rejetées par les tribunaux au motif de leur présentation tardive, du principe de prescription, ou encore en raison du manque de précisions relatives aux pertes[1764]. Bien que les pertes culturelles découlant des pensionnats aient été presque systématiquement reconnues par l'ensemble des parties, elles

---

[1758] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 624; Tremblay, *supra* note 1579 aux pp 206-207.
[1759] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 624.
[1760] Zoe Oxaal, « Removing That Which Was Indian from the Plaintiff: Tort Recovery for Loss of Culture and Language in Residential Schools Litigation » (2005) 68 Sask Rev 367 à la p 367.
[1761] Tel que cité dans *Ibid* à la p 369.
[1762] *Settlement Agreement between Her Majesty the Queen in right of Canada and The Presbyterian Church in Canada*, 2003 au para 6.2 et 6.3.
[1763] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 262 note 38.
[1764] Oxaal, *supra* note 1760 à la p 380.

n'ont jamais été traitées comme un motif de plainte valide. Dans l'affaire *TWNA et al v Clarke et al*, notamment, le juge en chef de la Cour supérieure de Colombie-Britannique avait par exemple déclaré :

> […] *I am not here assessing damages for the cultural destruction suffered by native peoples as a result of the residential school system, as just or deserving as such compensation might be. I am limited, as a court must be, to assessing damages for the wrongdoings which the Limitation Act recognizes as permitted causes of action at this time.*[1765]

Les réclamations devant les cours de justice se sont donc essentiellement limitées aux actes de violences physiques et sexuelles, généralement exempts de lois de prescription et plus facilement identifiables et condamnables dans un système judiciaire, civil et pénal, classique[1766].

Or, si les dommages culturels n'ont jamais été au cœur des actions judiciaires, ils n'ont pas davantage été pris en compte au moment de l'évaluation du montant des dommages et intérêts devant être versés aux victimes. Dans l'affaire *Blackwater v Plint* (2001, 2003, 2005), d'anciens pensionnaires de l'*Alberni Indian Residential School* (AIRS) en Colombie-Britannique avaient déposé une plainte conjointe contre le gouvernement et l'Église pour négligence et manquement à leur obligation fiduciaire dans la gestion du pensionnat[1767]. Ils avaient en outre affirmé qu'en plus des sévices physiques et sexuels dont ils avaient fait l'objet, l'une des pires conséquences du système des pensionnats avait été leur déracinement, et la perte culturelle qui en avait découlé :

> *I was deprived of the love and guidance of my parents and siblings for five years. I lost my Native language and Aboriginal culture and was removed from my family roots. The enormity of the loss of both my culture and my connection with my family feels overwhelming and the effects irreversible. I lost my identity as a Native person. I live with a sense of not knowing who I am and how I should be in the world.*[1768]

[1765] *TWNA et al v Clarke et al*, 2001 BCSC 1177 au para 305.
[1766] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 619; Hutchinson, *supra* note 67 à la p 426; Oxaal, *supra* note 1760 à la p 368.
[1767] Carole Blackburn souligne qu'au moment de l'affaire : « *The movement toward developing residential school litigation as a class action was not underway when the Blackwater plaintiffs first went to court, and it is possible that if it had been they would have chosen to participate in it; certainly as individual plaintiffs their losses were artificially individualized* ».Blackburn, « Culture Loss and Crumbling Skulls », *supra* note 1748 à la p 293.
[1768] *Blackwater v Plint*, [2001] BCSC 997 au para 436.

En raison de l'écoulement des délais de prescription, les avocats des requérants avaient alors demandé que les pertes culturelles et linguistiques, au lieu d'être un motif de plainte, soient prises en compte dans l'évaluation des dommages découlant des sévices sexuels subis par les victimes. Comme le résume Carole Blackburn : « *They argued that the students' alienation from their cultures, sense of shame about their background, and inability to communicate in their own languages made them more vulnerable and aggravated the negative psychological effects of the abuse they suffered* »[1769]. La Cour avait toutefois rejeté cette demande[1770], et la Cour d'appel de Colombie-Britannique a confirmé ce rejet en soulignant que la tentative de lier les sévices physiques et sexuels aux pertes culturelles était « *strained at best* »[1771] et qu'elle relevait uniquement d'une stratégie visant à contourner les délais de prescription[1772].

Plus consternant encore, au lieu d'être considérées comme une circonstance aggravante, les pertes culturelles ont été utilisées pour tenter de réduire le montant des dommages et intérêts devant être alloués aux victimes en vertu de la doctrine du « *crumbling skull* ». Toujours dans l'affaire *Blackwater v. Plint*, les avocats de la défense avaient en effet soutenu que si la perte culturelle des plaignants était réelle, celle-ci ne découlait pas de leur séjour au pensionnat, mais relevait d'une réalité socioculturelle antérieure. Comme le résume Carol Blackburn :

> […] *the defense focused on details of the plaintiffs' lives before and after AIRS to construct an original position where aboriginal culture was dominated by family dysfunction, poverty, and substance abuse. Lawyers for Canada and the United Church described alcoholism, violence, broken marriages, poverty, unemployment, and welfare as the formative milieu in which the plaintiffs were born and raised before AIRS and to which they returned afterwards. From this they argued that the plaintiffs' lives were not good before they went to school, and that as adults they would have experienced depression, unemployment, substance abuse, and post-traumatic stress disorder even if they had not gone to a residential school. By invoking a normative experience of alcoholism, poverty, and domestic violence, lawyers for the Crown and church created an original position in which to be aboriginal was to be already injured*.[1773]

[1769] Blackburn, « Culture Loss and Crumbling Skulls », *supra* note 1748 à la p 293.
[1770] *Blackwater v. Plint*, *supra* note 1768 aux para 246-248.
[1771] *Blackwater v Plint*, [2003] BCCA 671 au para 79.
[1772] *Ibid.*
[1773] Blackburn, « Culture Loss and Crumbling Skulls », *supra* note 1748 aux pp 297-298.

Sans toutefois aller jusqu'à considérer que l'intégrité culturelle et psychologique des demandeurs était compromise avant leur arrivée, le tribunal a finalement considéré le pensionnat — et les nombreuses pertes en résultant — comme une circonstance initiale, et non comme un facteur aggravant, pour évaluer la position dans laquelle ils se seraient trouvés en l'absence de violences sexuelles :

> *It is shameful that these plaintiffs, along with so many other First Nations people, have a position which was in so many cases severely disadvantaged by the negative life-long effects of the simple fact of attending at an Indian Residential School. However it is not the judicial role or function to engage in a consideration of such societal matters. My task is to apply the principles of tort law and assess a dollar award for the injuries, which the plaintiffs have suffered and which were caused by the proven sexual assaults. These principles require me to consider the fact of attendance at residential schools not as a basis for an award of damages in and of itself, but rather as a factor to be considered when assessing the impact of the sexual abuse. It must also serve as a baseline for a comparison of the effects of the sexual assaults which were committed. Leaving aside the sexual assaults, the plaintiffs would still have been at* [*Alberni Indian Residential School*] *and they would:*
>
> *(a) have been living away from their families, communities and culture;*
> *(b) have been forced to speak English instead of their own Native languages;*
> *(c) have had to eat food that was vastly different from what they were used to;*
> *(d) have been subjected to the physical pain and the fear associated with the violence among the children;*
> *(e) have endured the terror of the gauntlet;*
> *(f) have been the victims of excessive corporal punishment from supervisors and other adults at AIRS; and*
> *(g) have been subject to racist discrimination when bussed to public schools.*
>
> *These factors, many other difficult lifetime experiences, and other background factors constitute these plaintiffs' positions for comparison purposes. My task is to set an award of damages sufficient to compensate the plaintiffs for the differences between the way their lives would have been, given what even the defendants concede placed them in a severely compromised position by reason of their forced attendance at AIRS and the way their lives have been, given the additional, but by no means insubstantial, fact of the sexual assaults*.[1774]

[1774] *Blackwater v. Plint*, *supra* note 1768 aux para 332-336. Ce raisonnement a été confirmé par la Cour d'appel *Blackwater v. Plint*, *supra* note 1771 aux para 145-158. De même, dans l'affaire *T.W.N.A. et al v. Clarke et al*, alors que le juge de la Cour suprême de Colombie-Britannique avait statué que la position initiale du plaignant devait être fixée à sa date d'entrée dans le pensionnat, la Cour d'appel a considéré qu'il s'agissait d'une erreur et que la position aurait dû être fixée au moment où les abus sexuels ont eu lieu. *T.W.N.A. et al v. Clarke et al*, *supra* note 1765 aux para 301-302; *TWNA et al v Clarke et al*, [2003] BCCA 670 aux para 39-78.

En d'autres termes, puisque les plaignants auraient inévitablement souffert de pertes culturelles et de violences physiques et psychologiques du seul fait de leur présence dans le pensionnat, leur « position initiale », à partir de laquelle le montant des dommages et intérêts peut être évalué, était déjà compromise, réduisant ainsi les pertes directement attribuables aux sévices sexuels faisant l'objet de la plainte[1775]. En conséquence, alors que les plaignants réclamaient des réparations allant de 300 000 à plus d'un million de dollars pour l'ensemble des pertes subies, l'allocation la plus élevée a été de 145 000 $. Aucun plaignant ne reçut de compensation pour les pertes culturelles ni pour la perte de revenus, et seuls deux obtinrent un dédommagement pour couvrir leurs soins de santé. En 2005, la Cour suprême du Canada a finalement revu la répartition des dommages payables entre l'État et l'Église, mais a confirmé la décision des cours inférieures de ne pas tenir compte des pertes culturelles dans leur évaluation[1776].

La position des tribunaux a bien entendu suscité de vives critiques, en vain. L'APN, en particulier, avait en effet appelé le Canada à reconnaître sa responsabilité dans la création du contexte préjudiciable dans lequel les agressions physiques et sexuelles avaient pris place, et avait mis en garde contre une utilisation abusive de la doctrine du « *crumbling skull* » :

> *The British Columbia Law Institute clearly cautions against improper applications of the "crumbling skull" doctrine where intentional torts are committed when it cites Athey for the proposition that: "an intentional tortfeasor who takes advantage of a pre-existing condition for his own personal gain should not then be permitted to argue that the existence of this condition relieves him of full responsibility for paying damages. The Institute further points out that the "thin skull doctrine" is the more appropriate doctrine, saying not only does the defendant take the victim as he finds him or her, but where the plaintiff's prior condition was already vulnerable, he actually exploits the plaintiff's pre-existing condition of vulnerability.*[1777]

Or, au-delà du principe de prescription, de la détermination de la « position initiale » ou encore des questions relatives à l'accès à la justice et à la structure par essence

---

[1775] Oxaal, *supra* note 1760 aux pp 374-376.
[1776] *Blackwater c Plint*, [2005] 3 RCS 3 au para 9.
[1777] *Report on Canada's Dispute Resolution Plan to Compensate for Abuses in Indian Residential Schools*, Assembly of First Nations, 2004 à la p 25.

bipartisane et accusatoire des procédures judiciaires (qui peuvent être une expérience difficile pour les victimes[1778]), plusieurs auteurs soulignent que les pertes culturelles, de par leur nature historique, holistique et collective, auraient rencontré divers obstacles supplémentaires si elles avaient été prises en compte par les tribunaux.

Les pertes culturelles entrent en effet difficilement dans le carcan linéaire du principe de cause à effet sur lequel reposent la responsabilité et l'octroi de réparations. Zoe Oxaal souligne à ce sujet que, dans l'hypothèse où elles auraient été considérées comme des dommages compensables par les tribunaux, des obstacles seraient vraisemblablement apparus en lien avec l'identification de la cause du préjudice :

> *The damages problem then shifts from one of cultural loss as the "original position" to one of complex causation and damages assessment involving multiple tortious causes. Thus, the multitude of wrongs occurring in the residential schools' context creates problems in determining causation and assessing damages* […]. *These harms may give rise to a number of causation scenarios: divisible harms that can be attributed to each specific cause using the "but for" test; harms caused by a combination of two causes-which would not have occurred but for both (multiple necessary causes); and multiple sufficient causes-loss which would have occurred from either cause.* […] *In practical terms, it may be difficult to determine what has independently caused harm and what harm resulted from a culmination of causes*.[1779]

Carole Blackburn souligne également l'inadéquation des procédures judiciaires pour les plaignants, du point de vue de l'utilisation qui a été faite de leurs dommages culturels :

> *Separating compensable injuries from non compensable ones, as demanded by the law, requires the divisibility of injuries that people experience as indivisible. Such separation also places no burden of historical accountability on either Canada or the church for their role in producing the social, economic, and physical injuries that have shaped much of aboriginal experience in Canada—indeed, that have constituted aboriginality as a site of injury. The arguments made in* Blackwater v. Plint *also demonstrate how tort proceedings, in their focus on injury and accountability, can return injury to plaintiffs in harmful ways*.[1780]

[1778] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 aux pp 269-270.
[1779] Oxaal, *supra* note 1760 aux pp 376-377. Voir aussi Blackburn, « Culture Loss and Crumbling Skulls », *supra* note 1748 aux pp 300-301.
[1780] Blackburn, « Culture Loss and Crumbling Skulls », *supra* note 1748 aux pp 300-301.

De même, pour Zoe Oxaal et Jennifer Llewellyn, le système judiciaire ne permet pas de prendre en compte les conséquences collectives des dommages, dans la mesure où les réparations y sont accordées sur une base individuelle et où les procédures sont conçues comme relevant de la sphère privée, n'accordant aucune place aux communautés :

> *The harm at issue is restricted to that suffered by the individual plaintiff. No account is taken of broader conception of harm that might include harm experienced vicariously by members of the victim's family or community, or of harm experienced by the wider community as a result of the breakdown in the relationship between the victim and the wrongdoer*.[1781]

Enfin, comme indiqué précédemment, les réparations sous forme de compensations monétaires fondées sur le principe de justice distributive ou corrective n'auraient vraisemblablement pas contribué à améliorer la situation des PNMI et ne les auraient pas aidés à surmonter les traumatismes hérités des pensionnats. En 2003, Jennifer Llewellym écrivait en effet comme une prémonition :

> *The material transfer necessitated by the theory of corrective justice runs the risk of making the wrongdoer worse off without any corresponding betterment of the victims. The churches will go bankrupt, or sustain serious damage to their institutions, and require funding cuts to national and international mission work; the government will have to cut spending on other social programs to sustain spending on residential school claims; but the individual victims' lives will be little different than before, and the Aboriginal culture and communities will be no closer to dealing with the legacies of residential schools*.[1782]

Confrontés à l'incapacité des tribunaux de considérer les dommages culturels, de nombreux anciens pensionnaires se sont alors naturellement tournés vers le mécanisme extrajudiciaire pour obtenir réparation, ce dernier étant alors perçu comme une voie plus susceptible de contourner les obstacles judiciaires et procéduraux[1783]. Pour les victimes, cette alternative représentait en effet un moyen d'obtenir réparation pour les préjudices subis, indépendamment de toute qualification juridique, tout en reconnaissant leur dimension collective et en encourageant la réconciliation [1784] . Or, malgré les

---

[1781] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 271; Oxaal, *supra* note 1760 à la p 370.
[1782] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 275.
[1783] *Ibid* aux pp 263-264.
[1784] *Ibid* à la p 276.

recommandations de l'Association du Barreau canadien[1785] et de l'APN[1786], le mécanisme extrajudiciaire instauré en 2003 n'a pas non plus prévu de compensation pour les pertes culturelles ou linguistiques, alors que leur éradication était à l'origine même du système des pensionnats[1787].

Pour justifier cette exclusion, le gouvernement avait cette fois-ci soutenu que les pertes culturelles ne pouvaient pas faire l'objet d'un dédommagement dans le cadre du mécanisme extrajudiciaire dans la mesure où, résultant du processus colonial, elles concernaient l'ensemble des PNMI et ne pouvaient donc pas être attribuées exclusivement au système des pensionnats indiens. Il était en effet possible de lire sur le site Internet dédié au mécanisme, dans la section « questions fréquemment posées » :

> *Why is the federal government not recognizing claims for loss of culture?*
>
> *The Government's* Statement of Reconciliation *addresses the historic treatment of Aboriginal people and attitudes which led to the suppression of Aboriginal culture and values noting, "As a country we are burdened by past actions that resulted in weakening the identity of Aboriginal peoples, suppressing their languages and cultures, and outlawing spiritual practices." These are issues which affect all Aboriginal people and not just those individuals who attended residential schools. To this end, the Government is looking for solutions that address the goals and aspirations of all Aboriginal people in rediscovering their traditions and culture*. (nous soulignons)[1788]

Dans son article « *Increased Compensation for Residential Schools: Damage to Native Culture and Language Cited by Bar Association* », Len Kruzenga rapportait en outre que « *a "reliable federal government source" commenting on the proposal expressed fears about a log jam of the ADR system and "a neverending parade of claims from the descendants of survivors"* »[1789] dans le cas où les dommages culturels seraient pris en considération.

[1785] *Portée du mécanisme de résolution des conflits relatifs aux Écoles résidentielles*, Résolution 04-08-A, Winnipeg, Conseil de l'Association du Barreau canadien, 2004.
[1786] *Supra* note 1777 à la p 40.
[1787] Oxaal, *supra* note 1760 à la p 370; Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 264 note 45.
[1788] « IRSRC - About the Program - Frequently Asked Questions », (27 janvier 2003), en ligne: <https://web.archive.org/web/20030127171123/http://www.irsr-rqpi.gc.ca/english/questions.html#18> au para 18.
[1789] Tel que rapporté dans Oxaal, *supra* note 1760 à la p 370 note 8.

Uniquement conçu par le gouvernement comme un moyen de résoudre les litiges hors des tribunaux, le mécanisme extrajudiciaire s'est ainsi borné à appliquer les mêmes dispositions juridiques que ces derniers, ne prévoyant de compensations que pour les victimes d'agressions sexuelles, de sévices physiques et de séquestration. N'ayant pas pour mandat de résoudre les questions sortant du cadre des revendications juridiques traditionnelles, le mécanisme extrajudiciaire s'est donc retrouvé à offrir des compensations monétaires à un nombre restreint de victimes, tout en ignorant les origines et les séquelles « non-justiciables » des pensionnats[1790]. Le mécanisme extrajudiciaire a de fait été l'objet de diverses critiques, notamment en ce qu'il n'offrait de réparations qu'aux victimes de violences physiques et sexuelles, ignorant les nombreux préjudices subis par les pensionnaires du seul fait de leur séjour dans ces établissements et divisant ainsi les survivants[1791]. C'est finalement le rejet de ce mécanisme par l'APN et le Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord de la Chambre des communes en avril 2005[1792] qui a ouvert la voie à la négociation de la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (CRRPI)[1793].

2.3.4. Un essai de justice restaurative : la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*

En 2005 en effet, face au manque de reconnaissance et de réparation pour l'ensemble des préjudices découlant du système des pensionnats, un nouveau recours collectif est intenté à l'initiative de l'APN, au nom de toutes les Premières Nations du Canada. Il affirmait notamment que les politiques gouvernementales avaient causé des dommages irréparables à la culture, à la langue, au mode de vie, à la famille, à la communauté et aux structures sociales des Premières Nations, et réclamait un processus de réparation plus complet, allant au-delà des seuls abus physiques ou sexuels. Pour justifier

---

[1790] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 aux pp 283-288.
[1791] Paul Barnsley, « ADR process launched » (2003) 21:3 Wind Publ, en ligne: <https://ammsa.com/publications/windspeaker/adr-process-launched>.
[1792] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 223 à la p 631. Voir aussi James, « A Carnival of Truth? », *supra* note 1446 à la p 189.
[1793] *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*, 2006.

ce nouveau recours, le Grand Chef Phil Fontaine de l'APN, agissant à titre de représentant des demandeurs, avait souligné :

> *We would rather negotiate than litigate, but we feel compelled to exercise all our options.* […] *Each day we lose another survivor. Each day someone passes on without having achieved any sense of justice of healing or redress. Each day, First Nations from all walks of life in all parts of the country deal with the loss of language, cultural breakdown, and inter-generational effects of the schools*.[1794]

Approuvé en 2007 après deux ans de négociations entre les représentants de la Couronne et des Premières Nations, la Convention de règlement représente encore aujourd'hui le plus important règlement de recours collectif de l'histoire du Canada, et on peut considérer qu'elle s'inscrivait dans une logique de justice restaurative similaire aux mesures mises en place pour les injustices commises à l'encontre des ressortissants japonais-canadiens évoquées précédemment. Composée de cinq volets, elle prévoyait en effet un ensemble complet de mesures incluant des compensations financières, des mesures de réhabilitation et de satisfaction symboliques, des excuses, ainsi que la mise en place d'une commission de vérité devant permettre aux victimes de partager leurs expériences, et ainsi de dresser un portrait global du système des pensionnats indiens et de ses conséquences, et de formuler des recommandations en vue d'une guérison des relations entre les peuples autochtones et allochtones.

À titre de compensations financières tout d'abord, la CRRPI prévoyait le versement d'indemnités au titre de l'« expérience commune », c'est-à-dire à tous les anciens élèves, à la seule condition qu'ils aient été pensionnaires d'une des écoles énumérées dans la Convention de règlement. Elle établissait également un processus distinct pour le paiement d'une indemnité supplémentaire aux anciens élèves victimes de violences sexuelles ou physiques graves ou d'autres mauvais traitements ayant laissé des séquelles psychologiques [1795] . Dans le cadre de l'expérience commune, sous réserve d'une vérification, chaque ancien élève admissible qui en faisait la demande recevait ainsi 10 000 $CAD pour la première année d'internement, et 3000 $CAD supplémentaires pour

---

[1794] Jeff Ross, « AFN Class Action Lawsuit Over Residential Schools Policy », (2005), en ligne: *The Nation* <http://www.nationnewsarchives.ca/article/afn-class-action-lawsuit-over-residential-schools-policy/>.
[1795] *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*, *supra* note 1793. Voir aussi Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1584 aux pp 140-141.

chaque année de fréquentation au-delà de la première année. Concernant les expériences individuelles, une indemnisation allant de 5000 à 275 000 $CAD pouvait être obtenue pour les sévices physiques et sexuels graves.

En matière de réhabilitation et de réparations symboliques, le règlement prévoyait le financement d'initiatives de guérison destinées à s'attaquer aux problèmes de santé hérités des pensionnats, ainsi que des mesures collectives de commémoration et de réconciliation. Au chapitre de la guérison, 125 millions de dollars supplémentaires ont été alloués à la FADG pour l'organisation d'initiatives communautaires, et le « Programme de soutien en santé : résolution des questions des pensionnats indiens » a été mis sur pied[1796]. Il comprend des services de soutien culturel, de soutien affectif ainsi que des services de conseils en santé mentale accessibles à tous les anciens élèves des pensionnats indiens et leurs familles pour les aider à surmonter leurs traumatismes et les accompagner dans leurs démarches visant à obtenir des compensations.

Concernant les mesures de commémoration, le gouvernement canadien a financé quelque 144 projets et activités proposés par les communautés autochtones visant à reconnaître la résilience des anciens élèves et de leurs familles, et à promouvoir les langues, les cultures, les valeurs traditionnelles et les croyances spirituelles des PNMI. Parmi les projets retenus, on peut par exemple mentionner la production d'expositions, de films et d'une série de documentaire sur les expériences d'anciens étudiants et l'héritage des pensionnats indiens, le financement de journées de commémoration communautaires et la tenue de cérémonies traditionnelles, la construction de monuments de commémoration ou encore plusieurs projets de revitalisation linguistique[1797]. Entre 2010 et 2014, le gouvernement fédéral a également organisé sept évènements nationaux au cours desquelles

[1796] « Programme de soutien en santé : résolution des questions des pensionnats indiens », en ligne: *Gouv Can* <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1581971225188/1581971250953>.
[1797] « Commémoration 2012-2013 - Description des projets », (2013), en ligne: *Gouv Can* <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1370974253896/1571581972784>.

ont eu lieu diverses activités artistiques et culturelles, et permettant le dévoilement de monuments commémoratifs nationaux[1798].

Aux côtés des réparations monétaires et symboliques, la CRRPI prévoyait également la présentation d'excuses publiques par le gouvernement et les représentants de plusieurs Églises[1799]. Le 11 juin 2008, le Premier ministre canadien Stephen Harper avait ainsi souligné, dans un discours prononcé devant la Chambre des communes :

> Le système des pensionnats indiens avait deux principaux objectifs : isoler les enfants et les soustraire à l'influence de leurs foyers, de leurs familles, de leurs traditions et de leur culture, et les intégrer par l'assimilation dans la culture dominante. […] Le gouvernement reconnaît aujourd'hui que les conséquences de la politique sur les pensionnats indiens ont été très néfastes et que cette politique a causé des dommages durables à la culture, au patrimoine et à la langue autochtones. Bien que certains anciens élèves aient dit avoir vécu une expérience positive dans ces pensionnats, leur histoire est de loin assombrie par les témoignages tragiques sur la négligence et l'abus émotifs, physiques et sexuels d'enfants sans défense et de leur séparation de familles et de communautés impuissantes. […] Le gouvernement reconnaît que l'absence d'excuses a nui à la guérison et à la réconciliation. Alors, au nom du gouvernement du Canada et de tous les Canadiens et Canadiennes, je me lève devant vous, dans cette chambre si vitale à notre existence en tant que pays, pour présenter nos excuses aux peuples autochtones pour le rôle joué par le Canada dans les pensionnats pour indiens. […] Le gouvernement du Canada présente ses excuses les plus sincères aux peuples autochtones du Canada pour avoir si profondément manqué à son devoir envers eux, et leur demande pardon.[1800]

À la différence de la *Déclaration de réconciliation* présentée en 1998, ces excuses reconnaissaient ainsi non seulement les véritables intentions à l'origine du système des pensionnats, mais également ses conséquences immédiates et à long terme sur les enfants victimes de violences physiques et sexuelles, ainsi que sur les cultures, les patrimoines et les langues autochtones, et plus largement sur l'intégrité et le bien-être des communautés PNMI. Elles reconnaissaient également le rôle et les responsabilités du gouvernement canadien dans sa mise en place. En plus de ces excuses au nom des autorités fédérales, des

---

[1798] « Convention de règlement relative aux pensionnats indiens », (2008), en ligne: *Gouv Can* <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100015576/1571581687074#sect6>.
[1799] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 1536 aux pp 80-81; *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir. Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015 aux pp 405-435.
[1800] *Supra* note 1799 aux pp 405-407.

excuses ont également été présentées par les représentants de divers partis politiques, par la Gendarmerie royale du Canada, ainsi que par les représentants de plusieurs Églises impliquées dans la gestion des pensionnats, dont les Oblats et l'Église unie, contribuant ainsi à la reconnaissance de leurs responsabilités respectives[1801].

Enfin, parallèlement à ces différentes mesures et afin de donner la parole aux anciens pensionnaires, la Convention de règlement prévoyait la mise en place d'une Commission de Vérité et Réconciliation ayant pour mandat de « dresser un tableau représentatif » de l'histoire des pensionnats et de sensibiliser la population canadienne aux expériences vécues par les peuples autochtones dans ces établissements, et à leurs conséquences[1802], et sur laquelle il convient de s'attarder plus en détail.

La Commission canadienne possédait les caractéristiques fondamentales des CV évoquées précédemment : il s'agissait d'un mécanisme officiel, temporaire, non judiciaire et axé sur la conduite d'enquêtes portant sur des violations des droits humains s'étant déroulés pendant plusieurs années. Adopté en 2008, son mandat prévoyait en effet que la Commission devait notamment documenter les expériences, les séquelles et les conséquences vécues par les victimes des pensionnats, et sensibiliser et éduquer le public canadien. Elle devait également compiler les témoignages recueillis, et produire un rapport final assorti de recommandations[1803]. Cependant, au-delà de ces aspects, elle était aussi unique en son genre, en raison notamment de l'absence d'un cadre transitionnel, et en raison du fait qu'elle était issue d'un processus judiciaire[1804]. En effet, à la différence des Commissions instaurées en Afrique ou en Amérique latine, la CV canadienne n'avait pas pour mandat de répondre aux besoins des victimes d'un régime dictatorial ou d'un conflit

---

[1801] *Ibid* aux pp 405-437. L'Église catholique, en la personne du Pape, a exprimé sa « douleur » pour les préjudices subis par les pensionnaires, mais n'a toujours pas présenté d'excuses malgré les appels du premier ministre Justin Trudeau en ce sens. Agence France-Presse, « Le pape exprime sa « douleur » sans s'excuser pour les pensionnats autochtones », *Le Devoir* (2021), en ligne: <https://www.ledevoir.com/societe/608202/le-pape-exprime-sa-douleur-mais-ne-s-excuse-pas-pour-les-pensionnats-autochtones>.

[1802] Le mandat de Commission de vérité et réconciliation du Canada se trouve à l'annexe N de la Convention de règlement relative aux pensionnats indiens. *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens*, *supra* note 1793.

[1803] *Convention de règlement. Annexe N. Mandat de la Commission de vérité et de réconciliation*, 2007.

[1804] Stanton, *supra* note 1751 à la p 4; James, « A Carnival of Truth? », *supra* note 1446 à la p 189.

armé, *à proprement parler*, dans le cadre d'une transition démocratique. Elle avait pour mandat de réparer les dommages causés par un mécanisme spécifique de destruction et d'assimilation culturelle instauré par une démocratie libérale.

Durant sa période d'activité qui s'est achevée en 2015 avec la publication de son rapport final, la Commission a organisé sept évènements nationaux réunissant plus de 155 000 participants, des cérémonies de commémoration, des évènements communautaires, des cercles de partage ainsi que 238 jours d'audiences régionales dans 77 communautés PNMI[1805]. Au cours de ces différentes activités, la CV a mis en place une politique centrée sur l'expérience des victimes et sensibilisée aux spécificités des différents groupes touchés par le système des pensionnats[1806]. À la fin de son mandat, la Commission avait ainsi recueilli les témoignages de plus de 6 500 anciens élèves[1807]. Conformément à son mandat, elle a permis de faire la lumière sur l'histoire des pensionnats telle que l'ont vécue les anciens élèves, leurs proches et leurs communautés[1808], et de fournir une meilleure compréhension du système et de ses conséquences au sein de la population canadienne. Contrairement aux autres mécanismes de réparation, elle a en outre su documenter une grande variété d'injustices en étendant son champ d'enquête non seulement aux violences physiques et sexuelles, mais également à divers sujets annexes tels que les enfants décédés ou disparus et bien évidemment aux pertes culturelles et linguistiques. Les 94 « appels à l'action » formulés dans son rapport final, qui s'adressent aux gouvernements, aux groupes de la société civile, aux établissements religieux et d'enseignement ainsi qu'à tous les Canadiens, portent ainsi sur vingt-deux sujets parmi lesquels : la protection à l'enfance, l'éducation pour la réconciliation, l'équité pour les autochtones dans le système judiciaire, la mise en application de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, les enfants disparus ou décédés et la publicisation des renseignements relatifs à leur inhumation. On notera aussi les appels à l'action 27 et 28 qui recommandent

---

[1805] *Supra* note 1799 à la p 29.
[1806] James, « A Carnival of Truth? », *supra* note 1446.
[1807] Gouvernement du Canada; Affaires autochtones et du Nord, « Commission de vérité et réconciliation du Canada », (16 mars 2018), en ligne: *Aff Autoch Nord Can* <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1450124405592/1450124456123>.
[1808] James, « A Carnival of Truth? », *supra* note 1446 à la p 191.

notamment aux Barreaux canadiens ainsi qu'aux facultés de droit d'assurer une formation appropriée portant sur les peuples autochtones et le droit, incluant le droit autochtone et les relations entre l'État et les communautés autochtones[1809].

Concernant plus spécifiquement les pertes culturelles et linguistiques, l'expérience canadienne a mis en lumière leur importance pour les victimes qui en réclament la prise en compte dans les mesures de réparation adoptées. En effet, de nombreux témoignages d'anciens pensionnaires devant la CV ont accordé une large place à la perte culturelle et linguistique qui a découlé du système des pensionnats, à ses conséquences sur les individus et les communautés autochtones, et à la nécessité de trouver des moyens d'y remédier. George Blacksmith, dans son témoignage devant la Commission, rapportait par exemple :

> Moi, il m'a fallu trois ans pour réapprendre à communiquer en cri dans ma communauté. Trois ans c'est long pour pouvoir enfin reconnaître les mots, mais aussi les traditions qui vont avec les mots. Pour une autre femme, ça a pris plus de dix ans. Encore maintenant, elle hésite et elle parle très lentement si elle veut être comprise.[1810]

Cette perte culturelle a en outre été publiquement reconnue à plusieurs reprises par les membres de gouvernements fédéraux et provinciaux, ainsi que par les représentants des Églises impliquées dans la gestion des pensionnats[1811]. En 1985, au Manitoba, le juge Edwin Kimelman, qui conduisait une enquête provinciale sur la protection des enfants autochtones, était déjà allé jusqu'à évoquer un « génocide culturel »[1812], expression reprise 30 ans plus tard par la juge en chef de la Cour Suprême canadienne Beverley McLachlin dans un discours sur la tolérance prononcé en mai 2015[1813]. La même année, le Premier ministre canadien Justin Trudeau, à l'occasion de la présentation du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation, avait également reconnu que le système des

---

[1809] *Supra* note 1799.
[1810] Tremblay, *supra* note 1579 à la p 145.
[1811] *Ibid* à la p 245; note 1447 à la p 88.
[1812] Edwin Kimelman, *No quiet place ; Manitoba: Review Committee on Indian and Metis Adoptions and Placements.*, Winnipeg, Manitoba Community Services, 1985 à la p 328. Voir aussi Marilyn Bennett & Cindy Blackstock, *Recensement des écrits et bibliographie annotée traitant de certains aspects du bien-être des enfants autochtones au Canada*, Centre d'excellence pour la protection et le bien-être des enfants, 2002 à la p 21.
[1813] « Les Autochtones victimes d'un "génocide culturel", dit la juge en chef de la Cour suprême », *Radio-Can* (mai 2015), en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/723002/genocide-culturel-beverly-mclachlin-autochtones-premieres-nations>.

pensionnats « a eu un profond impact, durable et nuisible, sur la culture, le patrimoine et la langue des Autochtones »[1814].

Dans cette perspective, les recommandations contenues dans le rapport final de la CV prévoyaient que des mesures de revitalisation culturelle devraient être mises en œuvre[1815]. Elles énonçaient, par exemple, que le gouvernement fédéral a la responsabilité de fournir des fonds suffisants pour la revitalisation et la préservation des langues autochtones, et de fournir des fonds à l'Association des musées et des archivistes canadiens pour entreprendre, en collaboration avec les peuples autochtones, un examen national des politiques et des pratiques exemplaires des musées et en matière d'archives, afin de déterminer leur degré de conformité avec la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Le rapport recommandait en outre une modification de la *Loi sur les lieux et monuments historiques* de manière à inclure la représentation des Premières Nations, des Inuit et des Métis, ainsi que l'examen des politiques, des critères et des pratiques se rattachant au Programme national de commémoration historique pour intégrer l'histoire, les valeurs patrimoniales et les pratiques de la mémoire autochtones au patrimoine et à l'histoire du Canada. Le rapport demandait également « à tous les ordres de gouvernement de permettre aux survivants des pensionnats et à leurs familles de reprendre [leurs noms d'origine] »[1816]. Enfin, plus généralement, les conclusions de la commission vérité insistaient sur la nécessité de mettre en place des programmes culturellement appropriés dans les domaines de l'éducation, de la justice ou encore de la santé[1817].

[1814] Justin Trudeau, « Déclaration du premier ministre à l'occasion de la présentation du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation », (décembre 2015), en ligne: <https://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2015/12/15/declaration-du-premier-ministre-loccasion-de-la-presentation-du-rapport-final>.

[1815] Les mesures de « revitalisation culturelle » peuvent être définies comme l'ensemble des politiques et mécanismes mis en place pour permettre à une communauté de préserver ou de redonner vie à sa langue, ou à certaines de ses traditions et coutumes

[1816] Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ; Appel à l'action*, Montreal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2016 à la p 3.

[1817] note 1799.

2.4. Conclusion : bilan de l'expérience restaurative canadienne

Six ans après la fin du mandat de la Commission qui devait marquer le point d'orgue du processus de réconciliation entre le Canada et les PNMI, il est encore trop tôt pour faire le bilan complet de l'expérience canadienne en matière de reconnaissance et de réparation des dommages culturels subis par les peuples autochtones dans la mesure où de nombreux projets de réparation et de réconciliation sont toujours en chantiers. Elle permet toutefois de faire ressortir plusieurs éléments.

Concernant la période allant de 1991 à 2007 tout d'abord, les processus de réparation mis en place se sont révélés incomplets et, de ce fait, insatisfaisants. Bien que différents mécanismes aient été instaurés, ceux-ci ne répondaient pas aux demandes des anciens pensionnaires. On rappelle en effet que les premières excuses présentées par la ministre des Affaires autochtones et du Nord Canada en 1998 se limitaient essentiellement à exprimer des regrets pour les violences physiques et sexuelles subies par les élèves, sans toutefois reconnaître une quelconque responsabilité du gouvernement dans la mise en place du système des pensionnats ayant permis leur commission. Elles ne reconnaissaient pas non plus les intentions assimilatrices à l'origine de ces établissements ni les nombreuses pertes culturelles, linguistiques ou socio-économiques qui en ont découlé. De même, le mécanisme extrajudiciaire de compensation mis en place pour désengorger le système judiciaire n'avait qu'une portée extrêmement limitée. Conçu comme un simple processus de règlement hors cour, il s'était limité à l'application de normes juridiquement reconnues, n'offrant encore une fois de compensation qu'aux pensionnaires ayant été victimes d'abus physiques et sexuels, sans offrir de compensation — ni encore une fois de reconnaissance — pour les pertes culturelles, linguistiques et plus largement sociales. Quant à la FADG, le mandat et les ressources financières limitées dont elle disposait ne lui permettaient pas non plus de répondre à la diversité des préjudices subis par les anciens pensionnaires. Comme le résume Jennifer Llewellyn, ces mécanismes représentaient alors « *a perfect example of the desire to settle the dispute without addressing the conflict* »[1818].

[1818] Llewellyn, « Dealing with the Legacy of Native Residential School », *supra* note 1329 à la p 284.

L'engagement et la détermination des anciens pensionnaires ou de leurs descendants pour obtenir la reconnaissance et la réparation de l'ensemble des préjudices subis permettront toutefois d'aboutir à l'adoption de la *Convention de règlement* qui a constitué un progrès indéniable. Les 5 volets composant la CRRPI vont en effet permettre de couvrir la plupart des demandes formulées par les victimes, avec plus ou moins de succès, en termes de reconnaissance, de responsabilité et de réparation suivant une logique restaurative.

En premier lieu, on peut considérer que les excuses présentées par les représentants politiques, ainsi que par les représentants de plusieurs organisations religieuses relevaient d'une reconnaissance de la responsabilité de leurs prédécesseurs, et de leurs propres responsabilités dans une perspective institutionnelle, pour les crimes commis à l'encontre des PNMI. En effet, s'il a été vu dans le Chapitre précédent que la justice intergénérationnelle soulève de nombreuses difficultés relatives notamment à l'identification des débiteurs de la réparation, il est incontestable que les gouvernements canadiens successifs ont mis délibérément en œuvre des mesures assimilationnistes, incarnées ici par la mise en place du système des pensionnats indiens. Bien que les responsables individuels de l'élaboration et de l'application de ces politiques soient aujourd'hui pour la plupart disparus, les institutions politiques et religieuses qu'ils représentaient sont toujours présentes. Comme le souligne Celeste Hutchinson relativement au gouvernement canadien :

> *The "assertion of Crown legislative jurisdiction over the internal affairs of Aboriginal peoples… and the resultant vulnerability of Aboriginal cultures to the discretion of the Crown, must be subject to the Crown's fiduciary duty to protect the interests of the Aboriginal peoples involved". This fiduciary duty does not disappear with the extinction of one government and arrival of another; it is a continuing duty that extends back to the era of colonization and treaty making*.[1819]

De fait, si la notion de responsabilité collective intergénérationnelle et ses implications restent sujettes à débat, les excuses présentées par les représentants institutionnels témoignent bien de l'émergence d'un sentiment de responsabilité collective et morale — à défaut de responsabilité juridique — pour les injustices historiques

[1819] Hutchinson, *supra* note 67 aux pp 441-442.

commises envers les PNMI et dont découle, au moins partiellement, une obligation de réparation. En outre ces excuses, loin de se limiter aux violences physiques et sexuelles, ont également donné lieu à une reconnaissance officielle et publique des véritables intentions assimilationnistes à l'origine du système des pensionnats indiens, ainsi que des nombreuses conséquences de ce système sur les cultures, les langues et plus largement l'intégrité politique et socio-économique des communautés autochtones.

En second lieu, la CRRPI a permis d'élaborer un ensemble relativement complet de mécanismes de réparations. Celui-ci incluait des compensations financières pour l'ensemble des pensionnaires indépendamment de leurs expériences individuelles, et des compensations financières supplémentaires pour les anciens élèves victimes d'abus physiques et sexuels. Il comprenait également des mesures de réhabilitation destinées à accompagner les victimes dans leur processus de guérison émotionnelle et psychologique, notamment par le biais de mécanismes communautaires traditionnels financés par la FADG, ainsi que des mesures symboliques de commémorations grâce au financement de projets proposés par les communautés autochtones et par l'organisation d'évènements nationaux à travers le pays.

En troisième lieu enfin, en plus du financement de projets de commémoration proposés par les communautés elles-mêmes, la participation des victimes dans le processus restauratif a été assurée grâce à la mise en place de la Commission de vérité et réconciliation. En leur offrant un espace public d'expression, la CV canadienne a en effet permis à plusieurs milliers d'anciens pensionnaires et à leurs familles de raconter et de faire connaître leur histoire dans leurs propres termes. Outre leur pouvoir potentiellement cathartique, ces témoignages ont également permis d'apporter un nouvel éclairage sur l'ensemble des préjudices, incluant les pertes culturelles et linguistiques, découlant du système des pensionnats et leurs nombreuses répercussions politiques, économiques, sociales et intergénérationnelles, et de formuler 94 « appels à l'action » répondant aux demandes et aux besoins ainsi articulés par les victimes.

Au-delà de ce bilan à tout le moins encourageant, l'expérience restaurative canadienne a cependant souffert, et continue de souffrir, de plusieurs faiblesses importantes. Le processus restauratif, en particulier au travers de la CV canadienne, a été en effet globalement marqué par un manque de dialogue entre les victimes et les personnes ayant contribué à la mise en place et au fonctionnement des pensionnats, ces derniers n'ayant été représentés qu'en très petit nombre lors des forums de discussion. Dans le cadre de la commission canadienne, alors que plus de 6500 témoignages d'anciens pensionnaires ont été recueillis, on recense en effet moins d'une centaine de témoignages d'anciens membres du personnel[1820]. Si cette situation peut bien évidemment être attribuée au fait que la plupart des responsables individuels étaient déjà décédés lorsque la Commission a été instaurée, ses travaux restent toutefois marqués par une absence de participation des représentants des institutions responsables de la gestion des pensionnats[1821]. En conséquence, plusieurs auteurs regrettent que la CV n'ait pas été dotée de pouvoir contraignant en matière d'assignation à comparaître, ainsi que l'absence d'audiences formelles, et de mécanisme de dénonciation et de sanction des auteurs de crimes identifiés[1822]. Faute de participation de l'ensemble des parties, le portrait ainsi dressé de l'histoire des pensionnats ne pouvait être, au mieux, que partiel :

> *We have no doubt that the Indigenous people who testify at the forthcoming sessions will be telling the truth, and nothing but the truth. They cannot, however, tell the whole truth, which resides, in our best guess, in Cabinet documents, memoranda of agreement, consultation documents, and the minds and hearts of people who cannot be compelled to be open and honest.*[1823]

De là, nous considérons plus globalement qu'une des principales faiblesses du processus restauratif réside en ce que les pensionnats indiens ont été abordés comme un

---

[1820] *Supra* note 1799 aux pp 30-31.
[1821] Mylène Jaccoud, « La portée réparatrice et réconciliatrice de la Commission de vérité et réconciliation du Canada » (2017) 46:2-3 Rech Amérindiennes Au Qué 155-163 à la p 160.
[1822] *Supra* note 1803; James, « A Carnival of Truth? », *supra* note 1446 à la p 189; Jean-François Roussel, « La Commission de vérité et réconciliation du Canada sur les pensionnats autochtones. Bilan et prospective » (2015) 23:2 Théologiques 31-58 à la p 34; Roland Chrisjohn & Tanya Wasacase, « Half-Truths and Whole Lies: Rhetoric in the "Apology" and the Truth and Reconciliation Commision » (2009) (Aboriginal Healing Foundation Research Series) 219-229 à la p 222. La CV a toutefois recensé plus d'une quarantaine de condamnations individuelles pour les violences sexuelles et physiques commises dans les pensionnats. Celles-ci sont toutefois le résultat de procédures intentées par les victimes ou leurs familles, et ne résultaient pas directement de la CRRPI. *Supra* note 1799 aux pp 110 et 399-403.
[1823] Chrisjohn & Wasacase, *supra* note 1822 à la p 225.

problème concernant essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, l'État, les Églises et les peuples autochtones. Comme vu précédemment, les souffrances infligées aux PNMI résultent d'un long processus impliquant l'ensemble de la population et des institutions politiques, religieuses, judiciaires, éducatives ou encore culturelles canadiennes, que ce soit à titre de partie prenante, de bénéficiaire ou de spectateur passif. Outre les gouvernements et les Églises dont la responsabilité n'est plus à débattre, d'autres acteurs de la société civile ont en effet joué un rôle important dans la mise en place et le maintien des politiques racistes et discriminatoires, que l'on pense par exemple aux médias journalistiques et culturels (presse, cinéma, littérature, musées, radio…) dans lesquels les peuples autochtones ont été — et sont encore souvent — absents ou dépeints négativement, ou encore aux écoles dont les manuels scolaires, qui seraient aujourd'hui considérés sans hésitation comme racistes ou haineux, vantaient les bienfaits de la colonisation et de l'assimilation des PNMI[1824]. Or dans le contexte canadien, il semblerait que les incitatifs qui auraient pu encourager l'ensemble de ces acteurs à s'investir dans le processus étaient absents : le contexte politique n'était pas celui d'une transition démocratique ni celui de la résolution d'un conflit armé, les injustices subies par les PNMI n'étaient pas le fait d'une minorité d'individus identifiables et bénéficiaient au contraire d'une large complicité sociétale, tandis que l'instauration de la CRRPI découlait d'un règlement judiciaire et n'était donc pas une initiative sociale ou publique collective[1825].

En conséquence, bien que le système des pensionnats ait été qualifié par certains de « *Canada's greatest national shame* »[1826] et bien que la Commission ait souligné que la réconciliation devait impliquer « les appareils politiques et judiciaires du Canada, les établissements d'enseignement et les institutions religieuses, les milieux d'affaires et la

---

[1824] Voir notamment Pierre Trudel, « Médias et autochtones. Pour une information équilibrée et dépourvue de préjugés » (2004) 12:3 Bull Hist Polit 145-167.
[1825] Matt James, « Uncomfortable Comparisons : The Canadian Truth And Reconciliation Commission In International Context » (2010) 5:2 Ateliers L'éthique - Ethics Forum 25-35 aux pp 29-33; Stanton, *supra* note 1751 à la p 4; Jaccoud, « La portée réparatrice et réconciliatrice de la Commission de vérité et réconciliation du Canada », *supra* note 1821 à la p 159.
[1826] « Her Excellency the Right Honourable Adrienne Clarkson Address at the University of Toronto Faculty Association's C.B. Macpherson Lecture », (31 mars 2004), en ligne: <https://archive.gg.ca/media/doc.asp?lang=e&DocID=4158>.

société civile »[1827], on constate que ses travaux ont été menés sans réelle implication de leur part. Cette réconciliation en « vase clos » semble ainsi avoir limité l'intérêt de la population canadienne dans son ensemble pour le processus de réconciliation, celle-ci ne se sentant ni responsable des préjudices causés, ni véritablement concernée par le travail de la Commission et ses recommandations.

Un autre problème réside dans le fait qu'en dépit des progrès réalisés depuis 1991, les autorités canadiennes se montrent toujours réticentes à reconnaître et à assumer pleinement la totalité des actes de destruction culturelle perpétrés à l'encontre des PNMI. On constate par exemple que les mécanismes de compensations mis en œuvre dans le cadre de la CRRPI exigeaient de la part des anciens pensionnaires d'importants volumes de preuves qui n'ont pas toujours été prises en compte pour évaluer le montant de leur indemnisation[1828], et qu'ils se limitaient aux pensionnaires résidant dans les établissements désignés. Il faudra attendre juin 2021, et le règlement d'un autre recours collectif après 8 ans de négociations, pour que des compensations soient finalement accordées aux élèves qui fréquentaient les pensionnats de jour, sans y résider[1829]. Plusieurs auteurs soulignent également l'insuffisance des ressources allouées au travail de la Commission ainsi que le manque crucial de coopération du gouvernement fédéral et de plusieurs congrégations religieuses qui, en plus de ne pas participer aux audiences publiques, ont refusé d'ouvrir leurs archives et se renvoient systématiquement les responsabilités[1830]. De fait, les excuses

---

[1827] *Supra* note 1799 à la p 24.

[1828] Concernant les compensations allouées aux victimes de violences physiques et sexuelles, le mécanisme exigeait en outre des victimes qu'elles soient capables de catégoriser les préjudices subis, en plus de les contraindre à revivre certaines expériences. À ces problèmes s'ajoutait la complexité des procédures qui exigeait pour beaucoup d'anciens pensionnaires de faire appel aux services d'avocats, sacrifiant ainsi d'office une portion parfois importante des compensations reçues. Woolford, *supra* note 1751 aux pp 133-136.

[1829] « Justice for Day Scholars », en ligne: <https://www.justicefordayscholars.com/>; *Gottfriedson v Her Majesty the Queen in Right of Canada Proposed Class Action Reasons for Order*, [2015] FC 706. En plus d'une compensation financière pour les survivants ou leurs ayants droit, le règlement prévoit l'établissement d'un fonds de 50 millions de $CAD pour soutenir la guérison et la revitalisation linguistique et culturelle pour les élèves externes et leurs enfants.

[1830] James, « Uncomfortable Comparisons », *supra* note 1825 aux pp 28-31. La Commission a e effet dû s'adresser aux tribunaux à plusieurs reprises afin que le gouvernement lui fournisse tous les documents nécessaires à la réalisation de ses travaux. En 2012, le gouvernement avait notamment invoqué la complexité inhérente à la recherche de centaines de milliers de documents dans ses archives, tandis qu'en 2013 il avait soutenu qu'un engagement de non-divulgation à une tierce partie limitait l'accès de la Commission à des dossiers concernant les survivants des pensionnats. *Ibid* à la p 24; Jaccoud, « La portée réparatrice et réconciliatrice de la Commission de vérité et réconciliation du Canada », *supra* note 1821 à la p 160.

présentées ont donné lieu à un comportement pour le moins schizophrénique du gouvernement et des Églises, qui ont reconnu publiquement leurs responsabilités, tout en les niant ou les minimisant devant les tribunaux et les mécanismes de réparation mis en place[1831].

Plus largement, en dépit de leur importance pour les victimes, les mesures de réparation mises en œuvre dans le cadre de la CRRPI se sont limitées aux pensionnats indiens. Or ceux-ci n'ont été qu'un élément des politiques assimilationnistes mises en œuvre au Canada, lesquelles incluaient les dépossessions de terres et la création du système de réserves, ainsi que la mise sous tutelle des communautés autochtones et les diverses mesures discriminatoires ou vexatoires adoptées en vertu de la *Loi sur les Indiens*, parmi lesquelles la « rafle des années 1960 » qui consistait encore une fois à retirer les enfants autochtones de leurs foyers pour les placer dans des familles d'accueil ou d'adoption non autochtones[1832].

Dans ces conditions, le manque de recherche sur les politiques racistes et discriminatoires vis-à-vis des PNMI à l'origine même du système des pensionnats[1833], et le fait que la Commission n'a pas examiné les autres mesures d'assimilation ni les problèmes persistants de discriminations systémiques contre les PNMI constituent des freins à la réconciliation[1834]. Matt James, parmi d'autres, doute ainsi du potentiel réparateur et transformateur de la CV canadienne, allant jusqu'à évoquer une « politique de la distraction ». Pour cet auteur en effet, les groupes bénéficiaires des injustices commises étaient et restent en position de dominants politiquement, économiquement et socialement, tandis que les PNMI continuent de supporter unilatéralement le fardeau de la réconciliation

---

[1831] Chrisjohn & Wasacase, *supra* note 1822 à la p 220.
[1832] James Sinclair Niigaanwewidam, « Rafle des années soixante » dans *Encycl Can*, 2016.
[1833] James, « A Carnival of Truth? », *supra* note 1446 à la p 195; James, « Uncomfortable Comparisons », *supra* note 1825 à la p 30.
[1834] Rosemary Nagy soulignait par exemple qu'en 2012 « *more First Nations children are in (non-Native) care today than at the height of the residential schools. This is a structural problem rooted at the societal level, including the fact that First Nations child and family services receive 22 percent less funding than other agencies in the country* ». Rosemary L Nagy, « The Scope and Bounds of Transitional Justice and the Canadian Truth and Reconciliation Commission » (2013) 7:1 Int J Transitional Justice 52-73 à la p 57. Voir aussi Woolford, *supra* note 1751 à la p 133.

en assumant la responsabilité de surmonter seuls leurs nombreux traumatismes, alors que les causes de leur situation restent ignorées[1835]. Comme le souligne également Paulette Regan :

> *The hegemonic structures and practices within bureaucratic systems, and the unequal power relations that define colonial violence, remain for the most part invisible to non-Native people* […]. *Failure to gain insight into the historical roots of contemporary settler attitudes and actions toward Indigenous people and to make visible their continuity over time will make Canada's apology to Indigenous people meaningless and reconciliation false*.[1836]

Au terme du mandat de la Commission, l'expérience canadienne semble ainsi n'avoir que partiellement rempli ses objectifs restauratifs et réconciliateurs. La participation du corps social dans son ensemble et la prise en compte du contexte global, des origines de la violence et de leur enracinement systémique, nécessaire à toute réparation des liens sociaux, semble avoir échappé à la CV canadienne. Celle-ci n'a en effet pas été en mesure de s'assurer de la participation des représentants des institutions à l'origine même du système des pensionnats, ni de l'ensemble de la société civile, et n'a pas examiné et encore moins remis en question le contexte de discrimination systémique dans lequel les pensionnats indiens ont pris place, ni sa persistance. Quant à ses 94 appels à l'action, alors que les recommandations de la CRPA étaient essentiellement restées lettre morte[1837], seul l'avenir permettra d'évaluer leurs effets[1838].

En matière de pertes culturelles cependant, alors que les tribunaux se sont révélés incapables de les considérer (tant d'un point de vue juridique que pour des raisons procédurales), les différentes mesures extrajudiciaires de commémoration ainsi que la CV et ses « appels à l'action » ont été les seuls mécanismes à même d'aborder ces enjeux. Si

---

[1835] James, « Uncomfortable Comparisons », *supra* note 1825; James, « A Carnival of Truth? », *supra* note 1446 aux pp 183 et 196 et suiv.; Roussel, *supra* note 1822 à la p 36 et suiv.; Nagy, *supra* note 1834 à la p 61.
[1836] Paulette Regan, *Unsettling the Settler Within. Indian Residential Schools, Truth Telling, and Reconciliation in Canada*, UBC Press, 2011 à la p 87.
[1837] Chrisjohn & Wasacase, *supra* note 1822 à la p 222.
[1838] En juillet 2021, on apprenait toutefois que l'Église catholique romane est soupçonnée d'avoir dépensé plusieurs millions de dollars destinés aux survivants des pensionnats indiens en frais d'avocats, en frais administratifs, et d'autres dépenses non approuvées par la CRRPI.Jason Warick, « Millions meant for residential school survivors spent on Catholic Church lawyers, administration: documents | CBC News », *CBC* (2021), en ligne: <https://www.cbc.ca/news/canada/saskatoon/residential-school-survivors-catholic-church-millions-1.6121678>.

on peut regretter qu'aucun fonds n'ait été spécifiquement débloqué pour des projets de revalorisation et de sauvegarde des cultures autochtones [1839], on constate que le gouvernement canadien a, au moins partiellement, répondu à plusieurs recommandations de la Commission en matière culturelle. Concernant les institutions muséales, le gouvernement fédéral a ainsi débloqué plus d'un million de dollars pour l'Association des musées canadiens (AMC) pour la réalisation de deux projets :

> Le projet de réconciliation de l'AMC recevra 680 948 dollars. L'objectif est de mener un examen national des politiques des musées, en collaboration avec les peuples autochtones, afin de trouver les meilleures façons de déterminer le degré de conformité avec la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Cet examen permettra de formuler des recommandations. L'AMC recevra également 351 508 dollars pour favoriser le perfectionnement professionnel et le partage de meilleures pratiques partout au Canada. Au nombre des activités, il y aura des ateliers, des modules d'apprentissage en ligne, un programme national de bourse musée-travailleurs ainsi que la présentation du périodique *Muse*, de bulletins bihebdomadaires en ligne et de rapports de muséologie.[1840]

En 2019-2020, en plus des mesures de commémoration prises dans le cadre de la CRRPI, le ministère du Patrimoine canadien a annoncé avoir réservé un budget de 7 millions de dollars devant servir à appuyer quelque 200 projets rappelant l'histoire et les séquelles des pensionnats, ainsi que six projets nationaux visant à sensibiliser la population à ce sombre chapitre de l'histoire canadienne[1841]. En réponse à l'appel à l'action no. 79 qui appelait notamment à une modification de la *Loi sur les lieux et monuments historiques* de manière à inclure la représentation des PNMI, la Commission des lieux et monuments historiques du Canada a également procédé à la désignation de deux anciens pensionnats comme « lieux de mémoire »[1842], une initiative saluée par l'Assemblée des Premières

---

[1839] James, « Uncomfortable Comparisons », *supra* note 1825 aux pp 28-31.

[1840] « Faire progresser la réconciliation avec les peuples autochtones grâce à un appui financier à l'Association des musées canadiens », (avril 2019), en ligne: *Newswire.ca* <https://www.newswire.ca/fr/news-releases/faire-progresser-la-reconciliation-avec-les-peuples-autochtones-grace-a-un-appui-financier-a-l-association-des-musees-canadiens-814895211.html>. Voir aussi « Patrimoine autochtone. Programme d'aide aux musées », (17 mars 2020), en ligne: *Patrim Can* <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/financement/aide-musees/patrimoine-autochtone.html>.

[1841] « Le Canada appuie 200 projets de sensibilisation aux pensionnats autochtones », *Radio-Can* (2020), en ligne: <https://www.rcinet.ca/fr/2020/09/30/le-canada-appuie-200-projets-de-sensibilisation-aux-pensionnats-autochtones/>.

[1842] Il s'agit de l'ancien pensionnat de Portage la Prairie, situé sur le territoire de la Première Nation Long Plain au Manitoba, et de l'ancien pensionnat autochtone de Shubenacadie à Mi'kma'ki, en Nouvelle-Écosse.

Nations du Québec-Labrador et la Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador[1843]. En plus de ce financement, en mai 2021, le projet de loi C-5 portant création d'un jour férié consacré à la « Journée nationale de la vérité et de la réconciliation » (le 30 septembre) pour les employés fédéraux a reçu la sanction royale[1844], conformément à l'appel à l'action no. 80 de la Commission de vérité, et des discussions sont en cours quant à la création d'un « musée des pensionnats autochtones ».

Quant à la sauvegarde linguistique, la *Loi sur les langues autochtones* a reçu la sanction royale le 21 juin 2019. Cette loi reconnaît que les droits autochtones, protégés par l'article 35 de la Constitution canadienne, incluent les droits linguistiques autochtones, et met sur pied une équipe de commissaires chargés de veiller à son application[1845]. Si de nombreuses communautés autochtones se sont dites satisfaites, les communautés inuites ont toutefois pris leurs distances par rapport au projet, estimant notamment que ce dernier ne leur garantissait pas un accès aux services administratifs fédéraux en inuktitut, et ne comprenait aucune mesure de sauvegarde concrète[1846].

Bien que leur mise en œuvre concrète soit ainsi encore parfois jugée insuffisante, les recommandations de la Commission en matière culturelle ont ainsi été — au moins en partie — entendues par les autorités. On constate en outre qu'elles ont inspiré, et qu'elles continuent d'inspirer, le développement de diverses initiatives de protection et de promotion culturelle et linguistique. En partenariat avec des communautés autochtones, plusieurs organisations de la société civile ont en effet mis sur pied des programmes de préservation ou de revitalisation de certaines langues et traditions menacées

---

[1843] Julie Marceau, « Pour se souvenir : Ottawa désigne des lieux de mémoire des pensionnats autochtones », *Radio-Can* (2020), en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/espaces-autochtones/1730560/ottawa-designe-lieux-memoire-pensionnats-autochtones-wilkinson>.

[1844] « Ottawa crée la Journée nationale de la vérité et de la réconciliation au Canada », *Radio-Can* (2021), en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1797007/journee-nationale-verite-reconciliation-canada-autochtones-30-septembre>.

[1845] *Loi sur les langues autochtones*, LC 2019 Ch 23 2019.

[1846] « La nouvelle loi sur les langues autochtones ne protège pas l'inuktitut, selon des Inuit », *Radio-Can* (juin 2019), en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/espaces-autochtones/1202953/langues-autochtones-premieres-nations-linguistique-nunavut>.

d'extinction[1847], tandis que plusieurs institutions culturelles et éducatives, tant publiques que privées, ont entrepris des démarches pour une meilleure représentation et une meilleure participation des peuples autochtones[1848]. Pour aboutir à une véritable réconciliation, il est néanmoins certain que les autorités ne pourront pas se limiter à la réalisation de simples gestes symboliques, et qu'elles devront également mettre en œuvre un vaste ensemble de réformes juridiques, politiques, économiques et sociales à même de rendre justice aux peuples autochtones.

Cette expérience restaurative ne saurait en effet, à elle seule, être la clef de la réconciliation entre les populations autochtones et allochtones au Canada. La nature et l'ampleur des dommages subis par les PNMI, et leurs nombreuses conséquences passées et présentes, ne permettent aucun raccourci ni solution miracle. Elles exigent une mobilisation de l'ensemble de la population, un examen des consciences et des politiques, et une transformation profonde des relations entre les groupes. Les insuffisances relatives de la CRRPI ne signifient donc pas la fin des efforts devant être déployés pour rendre justice aux peuples autochtones. Elles ne témoignent pas non plus de l'inefficacité de la justice restaurative dont nous considérons qu'elle continue de représenter la voie la plus prometteuse. Pour parvenir à la réconciliation tant recherchée, les futurs mécanismes mis en œuvre devront cependant en intégrer toutes les composantes.

Ces mécanismes devront ainsi être centrés sur les préjudices effectivement subis par les victimes (indépendamment de leur « validité juridique »), leur reconnaissance officielle et publique, et leur réparation. Ils devront permettre d'aborder un large éventail

---

[1847] Voir par exemple : First People Council, *Press Conference: Revitalizing Indigenous Languages in B.C.*Gouvernement du Canada; Affaires autochtones et du Nord Canada, « Programme des centres éducatifs et culturels des Premières Nations et des Inuit », en ligne: <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100033700/1100100033701>; Laurence Niosi, « Montréal restituera des sépultures autochtones », *Radio-Can* (juin 2018), en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/espaces-autochtones/a-la-une/document/nouvelles/article/1108483/montreal-restituera-sepultures-autochtones-ambassade-plante>.

[1848] Voir par exemple *Politique des Musées de la civilisation à l'égard des peuples autochtones*, Québec, Musées de la civilisation, 2015; Melissa Vernier, « Réappropriation du patrimoine autochtone : défis et nouvelles pratiques muséales et archivistiques » (2016) 11:2 Partnersh Can J Libr Inf Pract Res; Anne Marchand, « Revitalisation culturelle en milieu autochtone : pérennisation de la technique de sculpture sur bois dans la communauté Atikamekw d'Obedjiwan », en ligne: <http://www.frqsc.gouv.qc.ca/fr/partenariat/nos-projets-de-recherche/projet?id=4jla6chi1513107946189>.

d'injustices, y compris historiques et culturelles, de recourir à des valeurs et principes absents du système juridique et judiciaire, et d'en contourner les obstacles procéduraux. Ils devront donner la parole aux victimes, et mettre l'accent sur leur vécu et leurs besoins, ainsi que ceux de leurs communautés. Il leur faudra ainsi assurer la pleine participation de l'ensemble du corps social, y compris dans l'élaboration des mécanismes eux-mêmes. Ils devront aussi reposer sur une véritable acceptation des responsabilités. Enfin, ces mécanismes devront avoir pour objectif la réparation adéquate, autant que possible, de l'ensemble des torts causés grâce à un éventail de solutions originales et adaptées, incluant — sans s'y limiter — des réparations matérielles, financières et symboliques. Ce faisant, ces mécanismes devront aussi et surtout être l'occasion d'examiner les origines et l'enracinement systémique des injustices, en vue d'élaborer des réparations permettant de dépasser le retour au *statu quo ante* par la réparation des relations sociales entre les populations et l'élaboration de solutions tournées vers l'avenir et un idéal de justice sociale.

CONCLUSION

Au terme de ce troisième et dernier Chapitre, et à la lumière de l'expérience particulièrement emblématique des peuples autochtones au Canada, plusieurs enseignements peuvent être tirés.

Cette étude de cas a tout d'abord permis de confirmer l'inefficacité des instruments juridiques ainsi que les insuffisances du système judiciaire, incapable de considérer adéquatement les dommages culturels. En effet, en dépit d'une gamme étendue de dispositions juridiques relatives à la culture, aux droits et patrimoines culturels, à la diversité ou encore aux droits des autochtones spécifiquement, on ne peut qu'observer le mauvais usage, voire la manipulation, du concept de culture faite par les tribunaux en vue de limiter la reconnaissance et la portée des droits autochtones, ou de limiter les réparations dues aux PNMI.

Devant les mécanismes judiciaires, les peuples autochtones sont en effet pénalisés de multiples façons. Outre les questions essentielles liées à l'accès même à la justice, on

constate que les peuples autochtones doivent se plier à des normes et procédures développées par la puissance coloniale à l'origine même de leur destruction culturelle et qu'ils sont toujours contraints de traduire leurs rapports au territoire, à l'environnement, à l'histoire, ou aux préjudices qu'ils ont subis par le biais d'une terminologie juridique comprise et imposée par leurs interlocuteurs étatiques. Comme le résume Carole Blackburn : « *Aboriginal people often face a double bind when seeking legal and political recognition. Too frequently they are required by the courts to prove an authentic cultural difference but fail to meet the terms that non-aboriginal observers set for such difference* »[1849]. Robert van Krieken souligne à ce sujet que des situations similaires se présentent ailleurs. En Australie par exemple, il rapporte que :

> *Aboriginal peoples have at times been forced into a position whereby they must reveal sacred knowledge in order to show long standing affiliation with land or objects. Such knowledge is typically held very secretly, passed down orally by women to women and men to men, and is integral to complex intergenerational social relations. However, once oral knowledge is given as evidence, it becomes written text, available to be read by Native peoples and non-Native peoples alike. In short, Aboriginal peoples, in order to comply with Western legal procedures and to produce claims that are considered authentic and legitimate in Western courts, may be forced to compromise elements of their cultural identity and religious beliefs. These compromised elements are the very things that signal the legitimacy and authenticity of their beliefs in Aboriginal*.[1850]

Or, outre leur incompatibilité avec les normativités autochtones, ces dispositions juridiques et procédures deviennent aussi un instrument garantissant la pérennité des discriminations systémiques. En matière de droits ancestraux, on observe en effet que les critères développés par la Cour suprême du Canada ont abouti à une certaine cristallisation des cultures autochtones, contraire à toute conception évolutive et moderne du concept, figée en fonction de préjugés stéréotypés. Cette exigence d'« authenticité culturelle » ainsi arbitrairement établie permet non seulement de rendre la reconnaissance des droits ancestraux plus difficile, mais elle permet également de leur fixer des limites intrinsèques

---

[1849] Blackburn, « Culture Loss and Crumbling Skulls », *supra* note 1748 à la p 297; Asch, *supra* note 1665 aux pp 132-133. Ces exigences sont d'autant plus difficiles à concilier que, comme le soulignent Buchanan et Darian-Smith : « *Contemporary indigenous groups often represent themselves through sophisticated political organizations; engage in lucrative commercial enterprises such as casinos* […]*; and savvily employ media, science, and technology to further their legal, political, economic, and cultural goals* […]*. These activities can create surprising juxtapositions with widely held beliefs about indigenous* ». Buchanan & Darian-Smith, *supra* note 1678 à la p 119.

[1850] Tel que cité dans Buchanan & Darian-Smith, *supra* note 1678 à la p 121.

dans la mesure où les droits éventuellement reconnus restent circonscrits à certaines activités « authentiquement » autochtones, lesquelles sont encadrées par des règlements fédéraux ou provinciaux et ne peuvent être étendues à des activités modernes.

Parallèlement à l'exigence d'une « identité précoloniale » idéalisée en vue de la reconnaissance de leurs droits ancestraux, les autorités judiciaires et politiques n'ont pas non plus hésité à utiliser leurs transformations culturelles forcées contre les communautés PNMI elles-mêmes. Concernant les pensionnats indiens en effet, dans les rares cas où les pertes culturelles ont été prises en considération, l'état de « délabrement culturel » des communautés autochtones a été exploité tantôt pour justifier une diminution des compensations dues pour les abus physiques et sexuels — les cultures et communautés autochtones contemporaines étant considérées « dysfonctionnelles » par nature[1851] —, tantôt pour justifier l'exclusion de la perte culturelle des programmes de réparation, le gouvernement justifiant cyniquement que ces dernières ne découlaient pas *exclusivement*, du système des pensionnats, tout en n'adoptant aucune mesure de réparation plus globale.

Malgré ces nombreux obstacles, un nouveau recours collectif a été intenté en 2012 à l'initiative des nations Tk'emlups te' Secwepemc et Shíshálh de Colombie-Britannique[1852]. Réunissant 105 nations autochtones, il vise pour la première fois à obtenir spécifiquement des réparations pour les dommages causés aux cultures, aux langues et aux communautés autochtones du fait des pensionnats indiens, en alléguant une violation des droits culturels et linguistiques, non seulement en tant que droits autochtones, mais aussi plus largement en tant que droits humains[1853]. En réponse à cette revendication, les autorités canadiennes ont toutefois d'ores et déjà nié toute responsabilité légale pour les pertes

---

[1851] Blackburn, « Culture Loss and Crumbling Skulls », *supra* note 1748; James, « A Carnival of Truth? », *supra* note 1446.

[1852] Il résulte de la scission du recours collectif portant sur les réparations des élèves qui fréquentaient les écoles de jour, mais n'y résidaient pas, et qui avaient été exclus des mécanismes de compensation réservés aux pensionnaires. *Gottfriedson v. Her Majesty the Queen in Right of Canada. Proposed Class Action. Reasons for Order*, *supra* note 1829; Jorge Barrera, « Ottawa says it's not liable for cultural damage caused by Kamloops residential school: court documents », (2021), en ligne: *CBC* <https://www.cbc.ca/news/indigenous/reparations-residential-school-1.6050501>.

[1853] *Gottfriedson v. Her Majesty the Queen in Right of Canada. Proposed Class Action. Reasons for Order*, *supra* note 1829 au para 42.

culturelles autochtones découlant des pensionnats. Dans la déclaration préparée par la défense en 2015 (et sa version amendée en 2019), on pouvait en effet lire qu'outre l'écoulement des délais de prescription, la perte de la langue et de la culture était une « conséquence inévitable » de l'enseignement donné en anglais et suivant les principes de la doctrine chrétienne[1854]. Tout en admettant que les pensionnats avaient pour objectif de favoriser l'assimilation des peuples autochtones dans la société coloniale[1855], les autorités canadiennes soutiennent qu'il n'existait pas de politique unique relative au fonctionnement des pensionnats (en particulier en matière linguistique)[1856], et nient que les gouvernements fédéraux de l'époque « ont cherché à détruire leur capacité […] de parler leur langue autochtone ou à leur faire perdre leurs coutumes et traditions » (nous traduisons)[1857]. La défense ajoute en outre que l'érosion de ces langues et cultures résulte d'une « myriade de circonstances historiques, personnelles et sociétales », ainsi que des interactions entre « les communautés autochtones et la culture dominante » (nous traduisons)[1858]. Finalement, la déclaration nie l'existence d'une obligation fiduciaire positive relative à la promotion des langues autochtones, de même que l'existence d'une quelconque obligation fiduciaire de ne pas détruire les langues et cultures autochtones[1859], et souligne que la perte culturelle, linguistique et sociale n'est pas reconnue comme un motif de plainte en droit[1860].

Différentes voies sont ainsi encore explorées pour que les pertes culturelles puissent être entendues devant les tribunaux. À la lumière des arguments avancés par les autorités canadiennes, et à la lumière des conceptions problématiques de la culture adoptées jusqu'à

[1854] *Gottfriedson v Her Majesty the Queen in Right of Canada Class Proceeding Amended Statement of Defence*, 2019 Federal Court au para 139.
[1855] *Gottfriedson v Her Majesty the Queen in Right of Canada Class Proceeding Statement of Defence*, Federal Court au para 114; *Gottfriedson v. Her Majesty the Queen in Right of Canada. Class Proceeding. Amended Statement of Defence*, *supra* note 1854 au para 134.
[1856] *Gottfriedson v. Her Majesty the Queen in Right of Canada. Class Proceeding. Statement of Defence*, *supra* note 1855 aux para 22 et 117.
[1857] *Ibid* aux para 23 et 118; *Gottfriedson v. Her Majesty the Queen in Right of Canada. Class Proceeding. Amended Statement of Defence*, *supra* note 1854 au para 138.
[1858] *Gottfriedson v. Her Majesty the Queen in Right of Canada. Class Proceeding. Statement of Defence*, *supra* note 1855 au para 120; *Gottfriedson v. Her Majesty the Queen in Right of Canada. Class Proceeding. Amended Statement of Defence*, *supra* note 1854 au para 141.
[1859] *Gottfriedson v. Her Majesty the Queen in Right of Canada. Class Proceeding. Statement of Defence*, *supra* note 1855 aux para 130-132.
[1860] *Gottfriedson v. Her Majesty the Queen in Right of Canada. Class Proceeding. Amended Statement of Defence*, *supra* note 1854 au para 167.

présent par les tribunaux canadiens, une issue judiciaire satisfaisante à ce nouveau recours collectif semble toutefois peu probable. Si une date de procès est prévue pour septembre 2022[1861], le juge ayant autorisé le recours collectif avait en effet rappelé que : « *there has never been a judgment for loss of language and culture* »[1862]. De fait, depuis les affaires TWNA et Plint en 2003, aucune revendication relative aux pertes culturelles en lien avec le système des pensionnats indiens, ou toute autre mesure d'assimilation, n'a été plaidée avec succès devant les tribunaux canadiens[1863]. Les actions en responsabilité civile ou pénale, dans le système judiciaire classique, se sont révélées inadaptées pour répondre directement à la question des pertes culturelles et linguistiques, et ont eu pour seul mérite de mener à des règlements négociés par le biais de mécanismes extrajudiciaires.

Ce sont ces mécanismes extrajudiciaires qui semblent en effet être les seuls en mesure de prendre en considération les pertes culturelles, leurs ramifications et leurs conséquences. Cependant, l'expérience canadienne permet également de constater que pour constituer une réponse adéquate aux demandes des victimes, ces mécanismes ne peuvent pas se limiter à de simples outils de règlement « hors cours » permettant de contourner les principaux obstacles procéduraux. Il leur faut non seulement sortir du carcan judiciaire procédural, mais également être capables de sortir du carcan juridique. Dans cette

---

[1861] Barrera, *supra* note 1852.

[1862] *Gottfriedson v. Her Majesty the Queen in Right of Canada. Proposed Class Action. Reasons for Order*, *supra* note 1829 au para 27.

[1863] En 2018, une entente de règlement de 875 millions de dollars a été conclue en réponse à un recours collectif intenté par les victimes de la « rafle des années 1960 ». Pour les demandeurs, les enfants victimes de ces rafles n'ont pas été élevés dans le respect de leurs traditions culturelles et n'ont pas appris leurs langues traditionnelles. En conséquence, ils souffrent d'importantes pertes, notamment en ce qui a trait à leur identité culturelle. Devant les tribunaux cependant, la Couronne fédérale avait fait valoir que la « perte d'identité culturelle » n'était un concept juridiquement reconnu, et qu'aucune des pertes revendiquées n'avait été prouvée. Cette entente de règlement a finalement permis d'éviter les coûts, les délais et les incertitudes associés à un processus judiciaire qui aurait été chargé de déterminer : « *whether or not there is a valid claim cause called loss of culture, and if there is, what are the appropriate damages in respect of that, that harm that was caused* ». Cependant, les compensations financières touchées par les victimes ou leurs descendants se révèlent d'ores et déjà insuffisantes, et les bénéficiaires réclament que les autorités fédérales demandent pardon, ou à tout le moins présentent des excuses. Lenard Monkman, « Sixties Scoop survivors receive cheques but still looking for healing support », *CBC* (2020), en ligne: <https://www.cbc.ca/news/indigenous/sixties-scoop-cheques-healing-support-1.5625874>; « Questions fréquentes », en ligne: *Action Collect Entente Règlem Ayant Trait À Rafle Années 1960* <https://sixtiesscoopsettlement.info/fr/questions-frequentes/>; Diana Mehta, « Lawsuit claiming loss of aboriginal cultural identity due to "60's scoop" to go ahead », *CTV News* (2013), en ligne: <https://toronto.ctvnews.ca/lawsuit-claiming-loss-of-aboriginal-cultural-identity-due-to-60-s-scoop-to-go-ahead-1.1369985>.

perspective, les principes de justice restaurative axés sur la participation, la responsabilité et la réparation, tels que mis en œuvre dans le cadre de la justice transitionnelle ou comme réponse aux injustices historiques, semblent constituer une piste de solution prometteuse, et non la moindre.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La notion de « culture » était initialement employée en référence aux créations les plus « nobles » de l'esprit humain (beaux-arts, littérature, philosophie…) auxquelles il était possible d'attribuer une valeur artistique, intellectuelle, historique, scientifique ou encore économique se voulant objective. À mesure que la culture est devenue un objet d'études en sciences sociales à partir du XIXe siècle, elle s'est enrichie de nouvelles réflexions, et de nouvelles dimensions de plus en plus nombreuses, et de plus en plus complexes. S'émancipant progressivement des perspectives élitistes qui prévalaient jusqu'alors, la notion de culture se rapproche de conceptions plus anthropologiques et sociologiques pour désigner, dans son sens le plus large, « l'ensemble des traits distinctifs, spirituels, matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts, les lettres et les sciences, les modes de vie, les lois, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances »[1864]. Elle s'éloigne dans le même temps, sans toutefois s'en détacher, de la notion de « patrimoine culturel » qui va quant à elle servir à désigner les expressions représentatives d'une culture donnée, et qui va elle-même à son tour s'éloigner des conceptions objectivistes et utilitaristes pour s'ouvrir aux productions et manifestations intangibles, ou immatérielles. Depuis le milieu du XXe siècle, la culture et ses manifestations sont donc désormais considérées comme un tout cohérent, mais complexe, évolutif et perméable aux influences, qui informe tous les aspects de la vie depuis l'alimentation et l'habillement jusqu'aux systèmes politiques et structures sociales, en passant par la langue et la spiritualité et bien entendu le droit. En raison de cette dimension holistique, elles sont aussi considérées comme un élément fondamental du processus de construction identitaire des individus, et surtout des communautés dont elles sont une condition d'émergence et de continuité.

Du fait de cette importance, la culture et ses manifestations ont donc souvent fait l'objet de diverses mesures d'appropriation ou de destruction en vue de punir, de soumettre ou d'assimiler, voire d'éradiquer, les communautés auxquelles elles appartiennent, ou

---

[1864] *Supra* note 177.

découlant de logiques opportunistes. À travers le monde et à travers l'histoire, jusqu'à aujourd'hui encore, ces mesures ont ainsi pris la forme de dépossessions de terres, de destructions ou de confiscations de patrimoines sacrés ou de restes humains, de l'interdiction de rites ou pratiques traditionnelles, de l'extinction programmée de langues, de dialectes et, plus largement, de la désintégration des structures sociales permettant la transmission et la reproduction des savoirs ancestraux. Elles ont ainsi des conséquences importantes non seulement sur les victimes immédiates de ces mesures, mais également sur leurs descendants à plus long terme.

Outre les pertes matérielles découlant des destructions et pillages, on recense ainsi des pertes irrémédiables au niveau artistique et littéraire, ainsi que sur le plan des connaissances historiques, spirituelles, philosophiques ou encore scientifiques et environnementales. Sans remettre en question la nature perméable et évolutive des cultures, et sans nier l'existence de phénomènes d'acculturation « naturels » du fait des contacts prolongés entre des groupes distincts, il est par ailleurs admis qu'une perte culturelle, lorsqu'elle est brutale ou le fruit de politiques délibérées, peut avoir des effets dévastateurs sur les communautés victimes. On observe en effet que les ruptures brutales dans la transmission culturelle et la désintégration rapide et forcée de certains repères sociaux ont parfois eu pour conséquence des conflits et schismes communautaires, de même qu'une importante souffrance morale sur le plan individuel. Ces perturbations individuelles et collectives seraient à leur tour à l'origine de divers problèmes, parmi lesquels des taux élevés de suicides et de dépression, de comportements autodestructeurs, de toxicomanie, d'anxiété ou encore de tristesse chronique, éléments caractéristiques d'un syndrome de stress post-traumatique. De plus, en l'absence de mécanismes culturels appropriés permettant aux individus de surmonter ces traumatismes, ces derniers ont parfois été transmis de génération en génération, complétant ainsi le cercle vicieux de la dislocation culturelle et identitaire.

D'un point de vue juridique cependant, on constate que l'évolution des notions de culture et de patrimoines culturels a eu des répercussions importantes sur le développement des instruments juridiques, en particulier internationaux, qui y sont consacrés. En effet, ces

notions ont atteint un tel degré de complexité et de subjectivité qu'elles échappent désormais à toute tentative de définition consensuelle, et plus encore à toute tentative de définition juridique. Comme le souligne Moncef Khadir :

> […] l'association du droit et de la culture oscille de l'irréductible opposition aux liens les plus intimes. Autrement dit tout divise droit et culture, mais tout les réunit en même temps. Rigueur, clarté, précision, procédure, délimitation, objectivité d'un côté ; flou, indétermination, émotion, sensibilité, subjectivité de l'autre. Malgré cet antagonisme, la culture — comme toute activité humaine — ne peut échapper à la régulation du droit et de la norme.[1865]

Faute d'une compréhension partagée par l'ensemble de la communauté internationale, la culture et les patrimoines ont alors faire l'objet d'un morcellement important et contraire à leur conception holistique élaborée en sciences humaines et sociales. De fait, on retrouve aujourd'hui des dispositions leur étant applicables dans des instruments (contraignants ou non) dédiés aux patrimoines matériels, aux patrimoines immatériels ou encore à la diversité et aux politiques culturelles, auxquels s'ajoutent des instruments réservés aux situations de conflits armés ou à certaines catégories spécifiques de sujets, en particulier les minorités et les peuples autochtones. En plus des instruments internationaux, on recense en outre pléthore de textes, contraignants ou non, au niveau régional et national, ainsi que divers codes d'éthique et de déontologie adoptés par des organisations non gouvernementales, eux-mêmes souvent consacrés à des éléments culturels isolés.

Or cette prolifération des instruments se révèle inversement proportionnelle à leur efficacité. En plus de proposer des définitions à géométrie variable de la culture et des patrimoines culturels, ces instruments ont en effet pour point commun d'être globalement peu contraignants, de laisser une marge d'appréciation considérable aux État dans la délimitation de leurs obligations juridiques et des sujets pouvant bénéficier des droits et protections énoncées, et d'être essentiellement dépourvus de mécanismes à même d'en assurer le suivi de mise en œuvre et d'en sanctionner les violations. Quant aux instruments relatifs aux droits humains, les « droits culturels » qui y sont souvent prévus implicitement ou explicitement continuent de faire l'objet d'une sous-conceptualisation. Ils restent

---

[1865] Kdhir, *supra* note 609 à la p 321.

généralement compris de façon restreinte comme un droit « d'accès » physique aux arts et autres manifestations de la créativité humaine par le biais des institutions culturelles (musées, théâtres, etc.) dont la justiciabilité effective est sujette à caution.

En conséquence, si ce faisceau d'instruments consacrés aux phénomènes culturels peut sans hésitation être considéré comme la preuve que ces derniers doivent bénéficier de statuts et de protections particulières, il épuise généralement son utilité lorsque vient le moment d'examiner la question des dommages culturels et des obligations en matière de justice et de réparation.

En l'absence de règles juridiques claires, les dommages culturels aujourd'hui dénoncés devant les tribunaux doivent alors recourir à diverses stratégies, et mobiliser d'autres dispositions mieux acceptées et plus cloisonnées, parmi lesquelles le droit à la vie, le droit à la vie privée, le droit à la propriété privée, la liberté de religion ou encore les droits linguistiques. Or non seulement ces stratégies rencontrent des succès variables en fonction des instances judiciaires devant lesquelles elles sont mobilisées, mais elles ne reflètent pas toujours la complexité des pertes culturelles, l'étendue, ni la dimension collective des préjudices subis. À défaut de dispositions claires en matière culturelle, les juges internationaux ou nationaux présentés avec de telles revendications doivent en effet souvent s'improviser sociologues ou anthropologues, avec les problèmes que cela comporte. L'exemple canadien est ainsi révélateur que les juges peuvent être sensibles aux mêmes préjugés que le reste de la population, et que le pouvoir qui leur est ainsi confié de définir les identités culturelles, en particulier celles de communautés autochtones ou minoritaires, manque souvent d'à propos et produit des résultats hétérogènes, rarement satisfaisants pour les victimes. En 2003 notamment, le professeur d'anthropologie Ronald Niezen s'interrogeait ainsi :

> *If there is an emerging consensus that culture is inherently unstable and subjective, how can the Court make decisions with any confidence that affirm or deny cultural rights? It is true that there is no stability in any of the important concepts regularly wielded by courts or legislative bodies. The United Nations, for example, functions perfectly well without a formal definition of the State and courts everywhere do their work without defining "law." But concepts like "culture," "tradition," or "way of life" somehow seem especially insecure. Today they are associated with identity, with the all important question "who are*

> *we?" And this, it should be immediately evident, is difficult to pin down by those, no matter how anthropologically or legally competent, who do not personally share the question's self-defining answer(s)*.[1866]

À ces difficultés normatives s'ajoutent en outre d'importants obstacles procéduraux. Ainsi, les principes de prescription, et surtout de non-rétroactivité des instruments juridiques, empêchent les tribunaux d'aborder les injustices historiques dont découlent la plupart des dommages culturels aujourd'hui revendiqués. De même, les exigences relatives à l'identification des coupables, à l'identification des victimes et des bénéficiaires de la réparation, ou encore à l'identification de liens de cause à effet entre l'action et le préjudice, peuvent être difficiles à remplir dans la mesure où les dommages culturels sont souvent le résultat de processus ayant pris place sur de longues durées, et où la détermination objective de ce qui relève d'une transformation culturelle naturelle, ou d'une transformation forcée, participe encore une fois d'un exercice anthropologique périlleux. Quant aux mesures de réparations, on constate qu'elles sont tantôt inadaptées, car attribuées sur une base individuelle et limitées à des compensations financières sans effets sur la culture, tantôt qu'elles souffrent d'un manque de mise en œuvre de la part des États, les cours de justice internationales n'ayant ni les pouvoirs ni les moyens effectifs d'en assurer l'effectivité.

Il n'en demeure cependant pas moins que les atteintes délibérées envers les cultures et patrimoines culturels sont une réalité historique et contemporaine, comme en témoigne encore une fois le foisonnement d'instruments juridiques de prévention et de protection qui leur sont consacrés. Dans ces conditions, si la culture est caractérisée par la complexité, la fluidité, la porosité aux influences et le changement, comment, alors, rendre justice aux individus et plus largement aux communautés victimes de dommages culturels ?

À la lumière de la présente recherche, et en réponse à la question de Ronald Niezen, nous sommes d'avis que les tribunaux ne sont pas le forum approprié pour se prononcer sur les questions culturelles[1867], mais que leur inadéquation ne signifie pas pour autant qu'il

---

[1866] Niezen, *supra* note 1675 aux pp 2-3.
[1867] Il leur reste toutefois possible de se prononcer sur certains aspects culturels, par exemple les questions linguistiques qui peuvent être plus aisément définies et « cloisonnées ».

est impossible d'œuvrer en vue d'une reconnaissance et d'une réparation des dommages identifiés. Le cas des restitutions de biens culturels, ainsi que les programmes de réparation mis en œuvre ces dernières décennies en matière d'injustices historiques et dans le cadre de la justice transitionnelle confirment en effet que la justice ne réside pas exclusivement entre les murs des tribunaux. Elle peut être achevée grâce à la mobilisation d'une grande diversité d'acteurs, qu'il s'agisse des organes politiques, législatifs, ou encore des institutions publiques ou privées de la société civile, qui ont souvent une part de responsabilité dans les destructions culturelles, et disposent de moyens suffisants pour répondre aux demandes des victimes ou à tout le moins contribuer à la réparation des dommages causés.

Cependant, en raison de leur dimension souvent historique et de leur complexité, réparer les dommages culturels exige non seulement de sortir du cadre judiciaire, mais également de sortir du cadre juridique. Dans ces conditions c'est une approche fondée sur les principes de justice restaurative qui nous semble être pertinente, et la plus à même d'apporter des solutions adéquates.

En vertu de cette approche de la justice apparue (dans sa forme contemporaine) à la fin des années 1970, on considère qu'un crime, avant d'être une infraction à la loi, est une atteinte envers une autre personne causant des préjudices matériels, moraux et psychologiques devant être réparés. D'un point de vue philosophique, les crimes, avant d'être une transgression de la loi, sont considérés comme des conflits entre deux ou plusieurs individus. La justice restaurative ne fait donc pas de distinction entre les « crimes » à proprement parler, tels qu'identifiés par les dispositifs juridiques, et tous les autres types de préjudices pouvant être subis. Pour aboutir à une réconciliation sociale, l'accent est mis sur l'identification des besoins tels qu'exprimés par les victimes, la responsabilisation des malfaiteurs (plutôt que leur simple châtiment) et la réparation des préjudices subis. D'un point de vue procédural, la justice restaurative met alors l'emphase sur la participation directe des protagonistes du crime tout au long du processus de justice. Par le biais, de rencontres relativement informelles, ils sont invités à échanger directement, à raconter leurs expériences et à élaborer conjointement des mesures de réparation

adéquates qui seront réalisées directement par le malfaiteur. Enfin, la justice restaurative encourage également la participation de la collectivité dont les normes ont été mises à mal par le crime. Considérant que les infractions sont généralement le résultat d'iniquités préexistantes, la justice restaurative engage les communautés à soutenir les victimes, à favoriser la réintégration des malfaiteurs en reconnaissant ses efforts de responsabilisation et en évitant leur stigmatisation, tout en condamnant publiquement les abus commis et en recherchant activement des solutions aux racines de la violence. Ce faisant, la résolution du conflit et la restauration de l'harmonie sociale deviennent aussi pour la communauté une occasion de redéfinir ou d'améliorer ses règles de vie en société. En ce sens, la justice restaurative ne vise pas simplement un retour au *statu quo ante,* mais constitue aussi une occasion d'établir un nouvel équilibre plus sain.

Depuis les années 1980, en dépit des nombreux débats qui animent encore le mouvement pour la justice restaurative, on constate que ses avantages et les succès qu'elle rencontre ont encouragé la mise sur pied de divers mécanismes inspirés de ses principes, non seulement dans les systèmes internes de plusieurs États en réponse à la criminalité de droit commun, mais également pour répondre à des crimes de masse dans le cadre de la justice transitionnelle en situation post-conflit et dans une optique de réparation de certaines injustices historiques. Dans ces contextes particuliers, la justice restaurative – notamment par le biais de mécanismes extrajudiciaires tels que les commissions de vérité, apparaît comme un processus permettant de faire la lumière sur les violences de masse, d'établir les responsabilités, d'élaborer différentes formules de réparation pour les victimes ainsi que des garanties de non-répétition et, ainsi, de trouver un cadre de réconciliation pour parvenir à une paix durable.

Pour être efficaces, les expériences menées à ce jour en matière d'injustices historiques, ou plus récemment au Canada vis-à-vis des peuples autochtones, révèlent qu'il est toutefois nécessaire que les mécanismes de réparation mis en place pour les dommages culturels réunissent plusieurs critères essentiels relatifs à la responsabilité, à la participation et à la réparation.

En premier lieu, les mécanismes mis en place doivent s'accompagner d'une reconnaissance publique et officielle des préjudices causés, ainsi que d'une reconnaissance des responsabilités individuelles (lorsque possible) et institutionnelles. Dans nombre d'affaires relatives à des injustices historiques qui ont été exclues de la compétence des tribunaux, on constate en effet que c'est moins la réparation classique du dommage qui est recherchée qu'une forme de reconnaissance du statut des victimes, de leur vécu et des préjudices qu'elles ont subis. Par ailleurs, cette reconnaissance des faits ne peut pas se limiter aux crimes juridiquement reconnus comme tels. Si les mécanismes de justice restaurative permettent de sortir du carcan procédural judiciaire et de contourner les obstacles relatifs à la prescription ou encore à l'identification de stricts liens de cause à effet, il est tout aussi impératif de sortir du carcan juridique normatif. On rappelle en effet que les déprédations patrimoniales ou les politiques d'assimilation ont longtemps été considérées comme acceptables, mais que les normes qui encadraient ou autorisaient ces pratiques étaient généralement celles élaborées par la puissance victorieuse à laquelle elles bénéficiaient. De même, le rejet du concept de « génocide culturel » ne s'expliquait pas tant par un déni des actes de destruction culturelle, que par un refus des puissances occidentales de criminaliser une pratique à laquelle nombre d'entre elles s'adonnaient vis-à-vis des minorités vivant sur leur territoire métropolitain ou des populations dans leurs colonies. Dans ces conditions, si le processus de justice vise à (r)établir des relations sociales saines et équilibrées, un cadre d'application limité à des normes juridiques occidentales est inadéquat. Il semble en effet contradictoire ou cynique d'exiger des victimes qu'elles débattent de la légalité et de la justiciabilité des dommages qu'elles ont subis au regard d'un droit national et/ou international élaboré par les puissances à l'origine même des préjudices en question.

En deuxième lieu, ces mécanismes doivent reposer sur une participation directe des victimes ou de leurs descendants, aussi bien dans leur élaboration que dans leur mise en œuvre. La parole et les besoins des communautés victimes doivent être au cœur du processus afin, d'une part, de leur redonner une forme de contrôle sur le déroulement des évènements (dont elles ont été privées et qui est indispensable à toute expérience de justice), et d'autre part afin d'élaborer des modes de réparation adaptés à chaque situation et à même

de répondre aux besoins des communautés ainsi exprimés. Au-delà des seules victimes, cette participation doit aussi concerner la société dans son ensemble. Les dommages culturels résultant généralement de processus de longue durée et bénéficiant de larges complicités sociétales (actives ou passives), ce sont tous les acteurs institutionnels, étatiques et civils, privés et publics qui ont joué un rôle dans la commission des injustices. L'inclusion de toutes les parties prenantes apparaît ainsi comme une condition *sine qua non* pour élucider les responsabilités, et permettrait en outre d'identifier les origines de la violence et éventuellement leur enracinement systémique considérant que les dommages culturels s'inscrivent souvent dans le cadre de politiques racistes ou discriminatoires.

En troisième lieu enfin, si les compensations financières sans reconnaissance officielle des faits sont généralement mal accueillies par les victimes, les excuses en l'absence de réparation sont également perçues comme des gestes vides de sens. Les mécanismes doivent donc s'accompagner de mesures concrètes et effectives de réparations des dommages, incluant encore une fois ceux qui ne bénéficient pas d'une reconnaissance juridique, ou qui seraient grevés par l'application des principes de prescription ou de non-rétroactivité. En matière culturelle, il est entendu qu'il sera souvent impossible, ou artificiel, de redresser l'ensemble des préjudices subis. Il va de soi qu'aucune mesure de réparation ne pourra remédier intégralement à l'extinction d'une langue ni à la destruction de monuments ou de biens culturels, en particulier lorsque les dommages initiaux remontent à plusieurs décennies ou siècles. Dans le même ordre d'idée, lorsque les dommages culturels s'inscrivent dans le cadre plus large de politiques génocidaires ou de nettoyages ethniques, aucune mesure ne pourra, à elle seule, réparer les dommages découlant de la dissolution d'une communauté en même temps que des nombreuses autres violations des droits humains commises simultanément. Par ailleurs, il ne serait pas juste d'imputer exclusivement à l'État toutes les violations et donc toute la charge en matière de réparation. Puisque les responsabilités en matière de dommages culturels sont souvent partagées, c'est encore une fois toutes les institutions étatiques et civiles qui peuvent et doivent se mobiliser et participer aux mesures élaborées. Dans cette perspective, une approche éclectique mobilisant l'ensemble des modes de réparation généralement reconnus, et comprenant des réparations individuelles et collectives, doit être envisagée afin d'élaborer

des solutions holistiques adaptées à chaque situation et aux besoins exprimés par les victimes.

La restitution tout d'abord, peut bien entendu en premier lieu désigner le retour des biens culturels tangibles et des restes humains dans les communautés d'origine qui les réclament[1868] (ou toute autre entente convenue entre les institutions qui les détiennent et les communautés). Ces mesures de restitution seraient conformes à l'esprit, entre autres, de la Convention de 1970 et la Convention UNIDROIT de 1995 relatives aux restitutions de biens culturels, sans toutefois être limitées par leurs dispositions qui en limitent matériellement et temporairement l'application, ou encore à la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*. Dans le cas de ces peuples et malgré les défis soulevés et la nécessité d'une approche tenant compte des réalités contemporaines, des restitutions de terres ancestrales devraient également être envisagées dans la mesure où celles-ci ont souvent une importance culturelle et spirituelle fondamentale. Au-delà de ces restitutions matérielles les plus évidentes, de nombreuses communautés autochtones ou traditionnelles ont également été dépossédées d'éléments intangibles de leurs patrimoines culturels. On peut penser par exemple à l'utilisation industrielle de modèles ou de motifs textiles ou architecturaux sans la participation ni le consentement des communautés, ou encore à l'appropriation de leurs connaissances médicales par les compagnies pharmaceutiques. En l'absence d'un régime de droit d'auteur ou de propriété intellectuelle applicable aux créations collectives et intergénérationnelles, la « restitution » pourrait ici prendre la forme d'une reconnaissance symbolique de l'origine de ces savoirs, de leur inscription sur la Liste du patrimoine immatériel, de l'exigence d'une consultation systématique et de l'approbation des communautés, et idéalement du reversement d'une partie des dividendes issus de la commercialisation vers des fonds communautaires à titre de compensation.

[1868] Toutes les communautés n'ont cependant pas les moyens de localiser tous les biens leur appartenant (les institutions muséales elles-mêmes ne disposent pas toujours d'inventaires exhaustifs des biens se trouvant dans leurs collections), et il ne serait pas juste de leur imposer le fardeau de cette recherche. La restitution peut donc exiger des institutions culturelles qu'elles soient proactives en la matière.

En effet, lorsque les restitutions sont impossibles ou à titre complémentaire, des mesures de compensation doivent également être adoptées. Concernant les compensations financières, il est encore une fois entendu que les pertes culturelles sont difficilement quantifiables, et qu'aucune somme d'argent ne permettrait de les réparer. Ces compensations constituent néanmoins une reconnaissance des pertes économiques, matérielles, physiques ou morales subies par les victimes individuelles ou collectives. Dans une perspective restaurative, ces compensations jouent ainsi un rôle principalement symbolique dans la réparation des relations. Lorsque versées à titre collectif, elles peuvent en outre servir à financer des programmes de restauration des patrimoines matériels, de revitalisation linguistique ou des savoir-faire ancestraux, ou toute autre initiative de mise en valeur culturelle jugée pertinente par les communautés qui doivent pouvoir gérer ces fonds comme elles l'entendent. Dans certains cas, les mesures de compensation pourraient également, quoique plus artificiellement, inclure des « restitutions en nature », par exemple par l'octroi de territoires ou de biens équivalents à ceux qui ont été perdus.

En matière de satisfaction, en plus des excuses publiques et officielles présentées par les responsables, les programmes de réparation devraient inclure des mesures symboliques permettant le rétablissement de la dignité des victimes et des communautés. Celles-ci peuvent inclure des activités de commémoration ou d'hommage aux victimes, ou encore la divulgation complète et publique de la vérité, et la recherche des biens et surtout des personnes disparues. Elles peuvent également inclure diverses mesures relatives à la reconnaissance, à la promotion et à l'utilisation des langues autochtones ou minoritaires, ou encore la réforme des programmes éducatifs nationaux pour y incorporer les langues, cultures, histoires, philosophies et coutumes reflétant la diversité culturelle nationale et internationale.

Les mesures de réhabilitation quant à elles, visent à soutenir les victimes dans leurs démarches à plus long terme pour surmonter les conséquences du préjudice. Puisque les pertes culturelles peuvent avoir des effets socio-économiques et médicaux à long terme sur les individus et les communautés, de telles mesures devraient comporter une prise en charge médicale et psychologique ainsi que l'accès à des services juridiques et sociaux.

Enfin, tout processus de réparation doit impérativement s'accompagner de garanties de non-répétition. Les mesures de réparation ne peuvent en effet pas se contenter de redresser les torts causés dans le passé. Il est indispensable qu'elles s'inscrivent aussi dans une logique visant à prévenir leur reproduction. En matière culturelle, ces garanties peuvent inclure un vaste ensemble de réformes constitutionnelles et institutionnelles en vue de renforcer non seulement la protection et la promotion des patrimoines culturels, mais aussi celle des droits culturels, des droits des minorités et des droits des peuples autochtones, incluant la ratification et surtout la mise en œuvre des instruments internationaux. De telles mesures pourraient par exemple inclure l'adoption de dispositions législatives ou administratives nationales instaurant des mécanismes de réparation pour les pertes culturelles qui épargneraient aux communautés victimes d'avoir à entamer de longues et fastidieuses procédures judiciaires. Dans la mesure où les destructions culturelles s'inscrivent souvent dans des contextes sociopolitiques et économiques déséquilibrés, il est également important que ces mesures de réparation aillent au-delà d'un rétablissement du *statu quo ante*, et qu'elles incluent des transformations systémiques (politiques, législatives, sociales, économiques…) à même de contribuer à redéfinir les relations entre les populations et d'assurer la reconnaissance, la participation et l'égalité de l'ensemble de toutes les communautés culturelles. De telles transformations peuvent inclure la reconnaissance du droit à l'autonomie ou à l'autodétermination des peuples, ou encore l'intégration du pluralisme juridique dans les États concernés par la présence de peuples autochtones.

Pour conclure ce travail, l'accent mis sur le développement de solutions alternatives aux systèmes juridiques et judiciaires pour les dommages culturels ne doit pas s'accompagner d'un abandon des tentatives de réforme de ces institutions. Dans cette optique, il est entendu que la présente recherche a identifié de nombreuses pierres d'achoppement, en particulier celle de l'instrumentalisation du droit par les groupes dominants, ou encore celle de la capacité du droit à considérer les dynamiques sociales qu'il est amené à réguler. Il est également entendu que toute tentative de réforme dépendra de la bonne volonté des acteurs, des relations de pouvoir qu'ils entretiennent et de nombreux enjeux économiques, politiques et sociaux. Nous espérons toutefois que de tels

changements seront mis en œuvre, car d'eux dépendront la préservation de la richesse culturelle mondiale.

ANNEXE 1 – LE CONCEPT D'« ÉTHNOCIDE » OU DE « GÉNOCIDE CULTUREL »

Concept aux significations variées et controversées, nous avons choisi de ne pas utiliser les termes « d'ethnocide » ou de « génocide culturel », dans la mesure où il s'agit de notions qui ne sont pas reconnues juridiquement et qui ne bénéficient pas d'une compréhension consensuelle dans la doctrine ni, plus largement, dans la littérature existant sur le sujet. Compte tenu de leur popularité grandissante, il convient toutefois d'y consacrer quelques lignes. Dans cette courte annexe, nous reviendrons donc sur le terme « ethnocide » en s'attardant sur son apparition comme synonyme de « génocide », puis son évolution en tant que synonyme de « génocide culturel », avant de devenir un concept distinct sous la plume des anthropologues pour désigner, au sens large, la destruction culturelle d'un groupe et parfois, ultimement, la destruction du groupe en tant que tel.

En 1944, devant les horreurs de la Deuxième Guerre mondiale, et tout particulièrement de l'Holocauste, le juriste polonais Raphaël Lemkin développe pour la première fois deux néologismes synonymes : celui de « génocide », par association des monômes « *genos* » (du grec signifiant la race ou la tribu), et « -cide » (du latin « *caedere* » signifiant tuer), et celui d'« ethnocide » (en utilisant le grec « *ethnos* » [nation] à la place de « *genos* »)[1869]. Dans son ouvrage *Axis rule in occupied Europe,* Lemkin définit alors le génocide/ethnocide en termes larges :

> En règle générale, le génocide ne signifie pas nécessairement la destruction immédiate d'une nation, sauf lorsqu'il est réalisé par des meurtres en masse de tous les membres d'une nation. Il entend plutôt signifier un plan coordonné de différentes actions visant à la destruction de fondements essentiels de la vie de groupes nationaux, dans le but d'exterminer les groupes eux-mêmes. Un tel plan aurait pour objectifs la désintégration des institutions politiques et sociales, de la culture, de la langue, des sentiments nationaux, de la religion et de la vie économique de groupes nationaux, ainsi que la suppression de la sécurité personnelle, de la liberté, de la santé, de la dignité, voire de la vie des personnes appartenant à ces groupes.[1870]

[1869] Lemkin écrit en effet « [*a*]*nother term could be used for the same idea, namely, ethnocide* ». Lemkin, *supra* note 353 à la p 79.
[1870] *Ibid.* Tel que traduit dans Rabinbach, *supra* note 356.

Au travers de cette définition, qu'il développera dans des travaux ultérieurs[1871], Lemkin suggérait ainsi que le génocide/ethnocide d'un peuple était le résultat de plusieurs formes de persécutions et destructions, et incluait donc non seulement la destruction immédiate des groupes par le biais d'une éradication physique et biologique, mais également leur destruction progressive, par l'anéantissement de leur identité politique, sociale, économique, culturelle et religieuse[1872]. Influencé par les travaux anthropologiques de son époque, Lemkin considérait en effet que le « *genos* » ou « *ethnos* » désignait une population (ici une « nation ») partageant notamment un langage, une culture et des croyances communes :

> *Essentially the idea of a nation signifies constructive cooperation and original contributions, based upon genuine traditions, genuine culture, and a well-developed national psychology. The destruction of a nation, therefore, results in the loss of its future contributions to the world*.[1873]

Dans cette perspective, il affirmait que le génocide d'un groupe pouvait donc être réalisé par la dissolution de son identité culturelle, notamment par le strict contrôle, la prohibition ou la destruction de ses activités et institutions culturelles, l'interdiction de l'utilisation de sa langue ou encore la destruction de ses monuments, librairies, musées, et archives[1874].

Cet accent mis sur la culture en tant que « [fondement essentiel] de la vie des groupes » va alors donner naissance au concept de « génocide culturel ». Pour Jean-François Gareau :

> D'aucuns ont dérivé de cette idée la notion de « génocide culturel », qui couvrirait des actes commis délibérément dans l'intention d'empêcher les membres d'un

---

[1871] Dans son article « Genocide – A Modern Crime » publié en 1945, Lemkin écrivait ainsi que « *The end may be accomplished by the forced disintegration of political and social institutions, of the culture of the people, of their language, their national feelings and their religion. It may be accomplished by wiping out all basis of personal security, liberty, health and dignity. When these means fail the machine gun can always be utilized as a last resort.* ». Raphael Lemkin, « Genocide - A Modern Crime » (1945) 4 Free World 39-43 au para 5; Raphael Lemkin, « Genocide as a Crime under International Law » (1947) 41:1 Am J Int Law 145-151.

[1872] Pour Lemkin, les mesures prises par les nazis pendant toute la durée de l'occupation allemande ont représenté la manifestation du génocide dans sa forme la plus complète et extrême. Dans d'autres circonstances toutefois, il estime que les différentes composantes du génocide pourraient se combiner différemment.

[1873] Lemkin, *supra* note 353 à la p 91.

[1874] *Ibid* aux pp xii et 84-85.

> groupe d'utiliser leur langue, de pratiquer leur religion ou d'avoir des activités culturelles, pratiquant ainsi une sorte d'élimination à petit feu se déployant dans la durée.[1875]

De même, selon George E. Tinker : « *Cultural genocide can be defined as the effective destruction of a people by systematically, or systemically* […] *destroying, eroding, or undermining the integrity of the culture and system of values that defines a people and give them life* »[1876]. L'importance de cette dimension culturelle est telle que le terme ethnocide est d'ailleurs fréquemment confondu avec celui de « génocide culturel ». En 1981 notamment, dans la *Déclaration de San José* adoptée au terme de la Réunion d'experts sur l'ethno-développement et l'ethnocide en Amérique Latine, l'UNESCO affirmait la synonymie des deux termes en indiquant que « *ethnocide, that is, cultural genocide, is a violation of international law equivalent to genocide* […] »[1877].

En 1948 cependant, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[1878] ne retient finalement que le terme « génocide » et une définition de ce crime limitée à la destruction physique et biologique des communautés, abandonnant ainsi toute mention de dimension culturelle. L'exclusion des concepts juridiques de « génocide culturel » et d'« ethnocide » ne fait toutefois pas disparaître la réalité de l'existence d'opérations systémiques et/ou systématiques d'éradication culturelle d'un groupe pour des raisons politiques, militaires, religieuses, idéologiques, économiques, ethniques ou encore raciales[1879]. Aussi, à partir des années 1970, devant la transformation rapide, brutale et forcée, des sociétés autochtones d'Amérique latine, les anthropologues américanistes vont reprendre à leur compte le terme « ethnocide » et le reconceptualiser.

C'est notamment l'ethnologue français Robert Jaulin, dans son ouvrage *La Paix blanche* (1970), qui est un des premiers à réutiliser le terme ethnocide dans le sens d'« acte

---

[1875] Jean-François Gareau, « De l'utilisation du mot "génocide" », (2010), en ligne: *Grotius Int* <https://grotius.fr/genocide/>.
[1876] Tel que cité dans Lindsey Kingston, « The Destruction of Identity: Cultural Genocide and Indigenous Peoples » (2015) 14:1 J Hum Rights 63-83 à la p 65.
[1877] *Declaration of San José*, San José, Réunion d'experts sur l'ethno-développement et l'ethnocide en Amérique Latine, 1981 au para 1.
[1878] *Supra* note 359.
[1879] Cuche, *supra* note 58 à la p 65.

de destruction d'une civilisation »[1880]. Dans cet ouvrage, Robert Jaulin dresse le sinistre portrait de l'ethnocide — alors en cours, des populations autochtones Bari vivant à la frontière entre le Venezuela et la Colombie et de leur disparition programmée. Il y décrit notamment comment, en l'espace de quelques années, la convergence de plusieurs processus concurrents (épidémies, présence de missionnaires religieux, des forces armées colombiennes et vénézuéliennes, de compagnies pétrolières américaines, etc.) a mené à la décimation des populations Bari : la moitié de la population a péri des suites de maladies, un petit nombre est parti s'installer à l'écart des populations blanches, le reste a dû subir la :

> [d]ésorganisation des groupes et des activités productrices, épidémies, modifications aberrantes de l'habitat, du vêtement, de l'équilibre alimentaire, des activités de chasse, de pêche, de la parure, du jeu des alliances, de la coiffure – bref, l'hébétude et le désarroi et, au mieux, les fanfaronnades momentanées de quelques-uns utilisés comme intermédiaires.[1881]

Pour Robert Jaulin, l'ethnocide était donc un résultat, c'est-à-dire la disparition d'un groupe du fait de l'éradication de sa culture, découlant d'un ensemble de processus, intentionnels ou non.

Depuis les travaux de Jaulin, le concept d'ethnocide a fait l'objet de nombreuses définitions et variantes. Pour Pierre Clastres, par exemple, l'ethnocide est « la destruction systématique des modes de vie et de pensée de gens différents de ceux qui mènent cette entreprise de destruction. En somme, le génocide assassine les peuples dans leur corps, l'ethnocide les tue dans leur esprit »[1882]. De même, pour Mounir Chamoun, « [i]l est le fruit d'une lente progression dans la contrainte dont l'objectif est de tuer l'identité des personnes et des collectivités pour leur faire adopter une identité nouvelle »[1883]. Pour Chalk et Jonassohn, le terme ethnocide peut être utilisé : «*for those cases in which a group disappears without mass killing. The suppression of a culture, a language, a religion, and so on is a phenomenon that is analytically different from the physical extermination of a*

[1880] Robert Jaulin, *La paix blanche : introduction à l'ethnocide*, Combats, Paris, Seuil, 1970.
[1881] *Ibid* à la p 7.
[1882] Clastres, *supra* note 267 à la p 102.
[1883] Chamoun, *supra* note 273 à la p 46.

group »[1884]. S'éloignant de la définition juridique du « génocide » limitée à une intention de destruction physique et biologique des communautés, le concept d'ethnocide renvoie ainsi à l'idée plus large de la destruction totale ou partielle de la culture d'un groupe, par des mesures intentionnelles ou non, laquelle peut entraîner la disparition du groupe en tant que tel, sans que des actes de violence physique soient nécessairement commis à l'encontre des individus.

Il convient toutefois de préciser que les auteurs restent indécis quant à la distinction — ou l'absence de distinction, qui doit être faite entre les termes « ethnocide » et « génocide culturel ». En effet, en raison notamment de leur exclusion des instruments internationaux contraignants, ces notions n'ont pas été officiellement conceptualisées et sont parfois utilisées de façon ambiguë. Ainsi, pour quelques auteurs, le terme ethnocide doit être compris dans son sens étymologique comme synonyme de génocide[1885]. Pour d'autres, les termes génocide culturel et ethnocide sont synonymes, et réservés aux situations de « génocide » dont ils sont la composante relative à la destruction culturelle[1886]. Pour d'autres auteurs encore, l'ethnocide, à la différence du génocide culturel, peut désigner la disparition d'un groupe suite à l'éradication de sa culture, sans que des actes de violence physique soient commis à l'encontre des individus[1887]. Certains auteurs, quant à eux, utilisent indifféremment les deux termes pour qualifier ces mêmes situations et renvoient parfois à l'idée de résultat ou à l'idée de processus[1888]. Pour les auteurs les plus critiques ou sceptiques enfin, l'emploi de ces deux termes est tout simplement un abus de langage, ou un outil politique utilisé par les mouvements autochtones et les groupes minoritaires dans le cadre de leurs revendications[1889].

[1884] Frank Chalk & Kurt Jonassohn, *History and Sociology of Genocide. Analyses and Case Studies*, New Haven, Yale University Press, 1990 à la p 23.
[1885] Lemkin, *supra* note 353 à la p 79; Shaw, *supra* note 291 aux pp 65-66; Ellis Cashmore, *Encyclopedia of Race and Ethnic Studies*, s.l., Routledge, 2004 *sub verbo* « Ethnocide ».
[1886] Shaw, *supra* note 291 aux pp 65-66; Cashmore, *supra* note 1885 *sub verbo* « Ethnocide ».
[1887] Chalk & Jonassohn, *supra* note 1884 à la p 23.
[1888] Gareau, *supra* note 1875; Kingston, « The Destruction of Identity », *supra* note 1876; Luck, *supra* note 259; Benvenuto, *supra* note 306; Lawrence Davidson, *Cultural Genocide*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2012.
[1889] Lucy Mair, « Ethnocide » (1975) 7 R Anthropol Inst G B Irel 4-5. De l'avis de Denys Cuche et Barry Sautman notamment, le concept d'ethnocide a également été utilisé pour qualifier des situations de contact culturel plus complexes, ou tout simplement asymétriques, ainsi que des situations de dommage culturel non intentionnel. Cuche, *supra* note 58 à la p 66; Sautman, *supra* note 357 aux pp 190 et 240-242; Kingston,

« The Destruction of Identity », *supra* note 1876. Pour George E. Tinker également, le génocide culturel peut découler de mesures non intentionnelles : « *What I call cultural genocide functions at times as conscious intent, but at other times at such a systemic level that it may be largely subliminal. In such cases, the good intent of some may be so mired in unrecognized systemic structures that they even remain unaware of the destruction that results from those good intentions.* »George E Tinker, *Missionary Conquest: The Gospel and Native American Cultural Genocide*, Minneapolis, Fortress Press, 1993 aux pp 4-5.

LISTE DES RÉFÉRENCES

1. Sources

a. Instruments internationaux

Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et Statut du tribunal international militaire, Londres, 1945.
Acte constitutif de l'UNESCO, Paris, 1945.
Acte final de la Conférence de Paris sur les réparations, Paris, 1945.
Agreement on the Establishment of the ASEAN Cultural Fund, Jakarta, ASEAN, 1978.
Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples, Nairobi, OUA, 1981.
Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, CAB/LEG/153/Rev.2, OUA, 1990.
Charte culturelle de l'Afrique, OUA, 1976.
Charte de la renaissance culturelle africaine, Khartoum, Union africaine, 2006.
Charte de l'Organisation des États Américains, Bogota, OEA, 1948.
Charte des Nations unies, San Francisco, ONU, 1945.
Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, STCE n°148, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1992.
Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, Série des Traités du Conseil de l'Europe 199, Faro, Conseil de l'Europe, 2005.
Convention américaine relative aux droits de l'homme, San José, OEA, 1969.
Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, 1037 RTNU 151, Paris, UNESCO, 1972.
Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, 823 RTNU 231, Paris, UNESCO, 1970.
Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (No. 169), 1650 RTNU 383, OIT, 1989.
Convention créant une Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 4 RTNU 275, Londres, UNESCO, 1945.
Convention culturelle européenne, www.coe.int, Paris, Conseil de l'Europe, 1954.
Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), Rome, Conseil de l'Europe, 1950.
Convention de Vienne sur le droit des traités, 1155 RTNU 331, Vienne, ONU, 1969.
Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels, Conseil de l'Europe, 2017.
Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, 2421 RTNU 457, Rome, UNIDROIT, 1995.

Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée), STE n°143, Valette, Conseil de l'Europe, 1992.
Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, STE n°82, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1974.
Convention (I) de Genève sur les blessés et malades des forces armées sur terre, Genève, 1948.
Convention (I) de la Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux, La Haye, 1899.
Convention (II) de Genève sur les blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer, Genève, 1949.
Convention (II) de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 1899.
Convention (III) de Genève sur les prisonniers de guerre, Genève, 1948.
Convention (III) de la Haye concernant la guerre maritime, La Haye, 1899.
Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 2716 RTNU 3, New York, ONU, 2006.
Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 2220 RTNU 3, New York, ONU, 1990.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 RTNU 1, New York, ONU, 1966.
Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 1015 RTNU 243, New York, ONU, 1973.
Convention (IV) de Genève sur les personnes civiles, Genève, 1948.
Convention (IV) de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 1907.
Convention (IX) de la Haye sur le bombardement par les forces navales, La Haye, 1907.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 78 RTNU 277, New York, ONU, 1948.
Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, avec Règlement d'exécution, 249 RTNU 215, La Haye, UNESCO, 1954.
Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe, STE n°121, Grenade, Conseil de l'Europe, 1985.
Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 2368 RTNU 3, Paris, UNESCO, 2003.
Convention relative aux droits de l'enfant, 1577 RTNU 3, New York, ONU, 1989.
Convention relative aux droits des personnes handicapées, 2515 RTNU 3, New York, ONU, 2006.
Convention relative aux populations aborigènes et tribales (no. 107), 328 RTNU 247, Genève, OIT, 1957.

Convention sur la défense du patrimoine archéologique, historique et artistique des nations américaines (Convention de San Salvador), AG/RES. 210 (VI-0/76), Santiago, OEA, 1976.
Convention sur la diversité biologique, 1760 RTNU 79, Rio de Janeiro, ONU, 1992.
Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, 2562 RTNU 3, Paris, UNESCO, 2001.
Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 2440 RTNU 311, Paris, UNESCO, 2005.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1249 RTNU 1, New York, ONU, 1979.
Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, 754 RTNU 73, New York, ONU, 1968.
Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1991.
Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, Bogota, OEA, 1948.
Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones, OEA/Ser.P AG/RES.2888 (XLVI-O/16), OEA, 2016.
Déclaration de l'UNESCO concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel, 32 C/Resolutions, Paris, UNESCO, 2003.
Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles, Mexico City, Conférence mondiale sur les politiques culturelles, 1982.
Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités, Res 47/135, New York, ONU, 1992.
Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Res 61/295, New York, ONU, 2007.
Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale, 14 C/Resolutions, CFS.67/VII.4/A/F/S/R, Paris, UNESCO, 1966.
Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, Résolution 40/34, New York, ONU, 1985.
Déclaration du Millénaire, A/55/L.2, New York, Organisation des Nations Unies, 2000.
Déclaration sur le patrimoine culturel de l'ASEAN, Jakarta, ASEAN, 2000.
Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures, Paris, UNESCO, 1997.
Déclaration universelle des droits de l'homme, Res 217 (III) A, Paris, ONU, 1948.
Déclaration universelle sur la diversité culturelle, Doc off UNESCO, 31e session, Doc UNESCO 31 C/Resolutions (2001), Paris, UNESCO, 2001.
Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 2253 RTNU 172, La Haye, UNESCO, 1999.
Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace, Havana, 2016.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 RTNU 171, New York, ONU, 1966.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 RTNU 3, New York, ONU, 1966.
Pacte Roerich concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques, 167 RTSN 290, Washington, OEA, 1935.
Principes de la Conférence de Washington applicables aux œuvres d'art confisquées par les nazis. Communiqués à l'occasion de la Conférence de Washington sur les biens confisqués à l'époque de l'Holocauste, Washington DC, 1998.
Protocole à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 249 RTNU 215, La Haye, UNESCO, 1954.
Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes (Protocole de Maputo), Maputo, OUA, 2003.
Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (« Protocole de San Salvador »), San Salvador, OEA, 1988.
Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Protocole 1), STE n°9, Paris, Conseil de l'Europe, 1952.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Genève, ONU, 1977.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), Genève, ONU, 1977.
Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 2131 RTNU 83, New York, ONU, 1999.
Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, 2518 RTNU 283, New York, ONU, 2006.
Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 2922 RTNU 37, New York, ONU, 2008.
Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples, OUA, 1998.
Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (Protocole II, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996) annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, 2048 RTNU 93, Genève, ONU, 1996.
Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, S/RES/827 (1993), New York, Conseil de Sécurité des Nations unies, 1993.
Statut de la Cour internationale de Justice, San Francisco, 1945.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 2187 RTNU 3, Rome, ONU, 1998.

Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Rés. CS 955, Doc. off. CS NU, 49e sess., supplement no 50, Doc. NU S/RES/955 (1994), 1994.
Traité de paix de Versailles, Versailles, 1919.

b. Documents d'organisations internationales

i. Organisation des Nations Unies

Assemblée générale, Soixante et unième session, 107e séance plénière, A/61/PV.107, New York, Organisation des Nations Unies, 2007.
Commission du droit international, *Annuaire de la Commission du droit international - 1991*, A/CN.4/SER.A/1991/Add.l (Part 2), New York; Genève, Nations Unies, 1994.
———, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires relatifs*, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n°10 (A/56/10) Résolution 56/83, Organisation des Nations Unies, 2001.
Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un protocole facultatif au pacte*, E/C.12/2007/1, Conseil économique et social et Nations unies, 2007.
De Greiff, Pablo, *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, A/HRC/21/46, Conseil des droits de l'homme, 2012.
Daes, Erica-Irene A, *Working Paper on the Relationship and Distinction Between the Rights of Persons Belong-ing to Minorities and Those of Indigenous Peoples*, UNDoc. E/CN.4/Sub.2/2000/10 (2000), 2000.
Directives de Maastricht relatives aux violations des droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2000/13, Maastricht, Conseil économique et social et Nations unies, 1997.
Draft convention on the crime of genocide, UN Doc. E/447, New York, United Nations Economic and Social Council, 1947.
Examen des questions de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et de la répartition des pertes consécutives à de tels dommages, A/RES/65/28, ONU, 2010.
Expert indépendant dans le domaine des droits culturels, Doc off NU, 10e session, Doc NU A/HRC/RES/10/23 (2009), Conseil des droits de l'homme, 2009.
Farida Shaheed, Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed*, Doc off NU, 17e session, Doc NU A/HRC/17/38 (2011), Conseil des droits de l'homme, 2011.
———, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits*

de l'homme, Doc off NU, 14e session, Doc Nu A/HRC/14/36 (2010), Conseil des droits de l'homme, 2010.
General Assembly of the United Nations, *Question of human rights in Afghanistan*, A/RES/54/185, ONU, 2000.
———, *Situation of human rights in Afghanistan*, A/RES/53/165, ONU, 1999.
———, *The destruction of relics and monuments in Afghanistan*, A/RES/55/243, ONU, 2001.
———, *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security*, A/RES/53/203 A-B, ONU, 1999.
Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, *Communications, cas examinés, observations et autres activités menées par le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires*, A/HRC/WGEID/115/1, Conseil des droits de l'homme, 2018.
Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Comité des droits économiques, sociaux et culturels ».
———, « Jurisprudence ».
———, « Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale examine le rapport de la Chine ».
———, *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit: Les commissions de vérité*, New York, Genève, Haut-Commissariat des Nations unies aux Droits de l'homme, 2008.
———, « Les organes chargés des droits de l'homme ».
———, « Rapporteuse spéciales dans le domaine des droits culturels. Information sur le mandat ».
Observation générale No. 12. Le droit à une nourriture suffisante (art. 11), Doc off NU, 20e session, Doc NU E/C.12/1999/5 (1999), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 1999.
Observation générale No. 13. Le droit à l'éducation, Doc off NU, 21e session, Doc NU E/C.12/1999/10 (1999), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 1999.
Observation générale No. 14. Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Doc off NU, 22e session, Doc NU E/C.12/2000/4 (2000), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2000.
Observation générale No. 15. Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Doc off NU, 29e session, Doc NU E/C.12/2002/11 (2002), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2003.
Observation générale No. 21. Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Doc off NU, 43e session, Doc NU E/C.12/GC/21 (2009), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2009.

Observation générale No. 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Doc off NU, Doc NU E/C.12/GC/22 (2016), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2016.
Observation générale No. 23. Le droit à des conditions de travail justes et favorables (art. 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), Doc off NU, Doc NU E/C.12/GC/23 (2016), Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2016.
Observation générale No 23(50) (art. 27), CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, Comité des droits de l'homme, 1994.
Observation générale No. 31 La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, Doc off NU, 80e session, HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), Comité des droits de l'homme, 2004.
Observation générale No. 34. Article 19: Liberté d'opinion et liberté d'expression, Doc off NU, 102e session, Doc NU CCPR/C/GC/34 (2011), Comité des droits de l'homme, 2011.
Observations finales concernant le sixième et septième rapports périodiques du Mali, CEDAW/C/MLI/CO/6-7, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 2016.
ONU, *Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée. Déclaration et Programme d'action*, by ONU, Durban, ONU, 2001.
Orentlicher, Diane, *Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité*, E/CN.4/2005/102/Add.1, Commission des droits de l'homme, 2005.
Principes de Limburg concernant l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2000/13, Maastricht, Conseil économique et social et Nations unies, 1986.
Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale, Doc off NU, E/2002/30, Doc off NU, E/2002/30 Res 2002/12, Conseil économique et social et Nations unies.
Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, A/RES/60/147, A/RES/60/147 Res 60/147, ONU, 2005.
Procédures d'examen des requêtes soumises par des particuliers en vertu des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, Fiche d'information no 7/Rev.2, New York, Genève, ONU, 2013.
Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels, Doc off NU, 31e session, Doc NU A/HRC/31/59 (2016), Conseil des droits de l'homme, 2016.
———, *Les processus mémoriels*, Doc NU A/HRC/25/49, Conseil des droits de l'homme, 2014.

———, Doc off NU, 71e session, Doc NU A/71/317 (2016), Conseil des droits de l'homme, 2016.
Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires. Notes du Secrétariat, A/HRC/39/46, Conseil des droits de l'homme, 2018.
Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, A/69/518, New York, ONU, 2014.
Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, S/1994/674, Conseil de Sécurité des Nations unies, 1994.
Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté, Doc off AG NU, 45e sess, Doc NU N45/110, Doc off AG NU, 45e sess, Doc NU N45/110 Res 45/110, ONU, 1990.
Resolution 18/7, A/HRC/RES/18/7, New York, Conseil des droits de l'homme.
Resolution 1483 (2003), S/RES/1483 (2003), New York, Conseil de Sécurité des Nations unies, 2003.
Resolution 2347 (2017), S/RES/2347 (2017), New York, Conseil de Sécurité des Nations unies, 2017.
Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2013.
Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, SG/SM/9519 SC/8210, New York, ONU, 2004.
Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations Final report submitted by the Special Rapporteur, Mr. José Martínez Cobo, 1983.
United Nations High Commissioner for Human Rights, *Fact Sheet No.23, Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children*, by United Nations High Commissioner for Human Rights.
« Examen périodique universel - Canada », Conseil des droits de l'homme (2018).
« Sixième Commission: l'idée d'une convention internationale sur la question des crimes contre l'humanité divise les délégations », (2017), en ligne: *N U - Couv La Réun Commun Presse* <https://www.un.org/press/fr/2017/agj3555.doc.htm>.

ii. UNESCO

Bureau de l'UNESCO à Bamako, *Notre Patrimoine : un allié pour la Paix – UNESCO/Mali*, 2019.
Centre du patrimoine mondial de l'UNESCO, *Trousse d'information sur le patrimoine mondial*, Paris, UNESCO, 2008.
General Assembly of States Parties to the World Heritage Convention, *Resolution on the protection of the cultural heritage of Afghanistan*, 13th session, Paris, UNESCO, 2001.

Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial, WHC.19/01, Paris, UNESCO - Comité intergouvernemental pour la protection du patrimoine culturel et naturel, 2019.
Recommandations sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, Paris, UNESCO, 1989.
Réunion d'experts sur la « responsabilité de protéger » et son application à la protection du patrimoine culturel en cas de conflit armé. Rapport final, Paris, UNESCO, 2015.
UNESCO, « Armed Conflict and Heritage. Enhanced Protection ».

———, *Biens culturels sous protection renforcée*, by UNESCO, UNESCO, 2016.

———, « Consulter les Listes du patrimoine culturel immatériel et le Registre des bonnes pratiques de sauvegarde ».

———, « Depuis 2000 et la rédaction de la Convention ».

———, « Développement durable ».

———, *Document de Nara sur l'authenticité en matière de restauration*, Nara, Japon, UNESCO, 1994.

———, *Document de synthèse sur l'application du critère culturel (vi)*, WHC-01/CONF.208/INF.13, Paris, UNESCO, 2001.

———, *Étude des procédures qu'il conviendrait de suivre dans l'examen des cas et des questions dont l'UNESCO pourrait être saisie en ce qui concerne l'exercice des droits de l'homme dans les domaines relevant de compétence, afin de rendre son action plus efficace : Rapport du groupe de travail du Conseil exécutif*, 104 EX/3.3, 1978.

———, *La Protection des biens culturels. Manuel militaire*, UNESCO, 2017.

———, « L'emblème du patrimoine mondial ».

———, « Les États parties de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003) ».

———, « L'UNESCO en bref - Mission et Mandat ».

———, « Patrimoine mondial en péril ».

———, « Procédure de l'UNESCO pour traiter des violations alléguées des droits de l'homme », (2020).

———, « Proclamation des chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité (2001-2005) ».

———, « Protection des droits de l'homme : Procédure 104 ».

———, « Règlement intérieur de la Commission de conciliation et de bons offices », (1971).

———, « UNESCO - Les Trésors humains vivants: un ancien programme de l'UNESCO ».

———, « UNESCO World Heritage List Statistics ».

———, *Vitalité et disparition des langues*, Paris, UNESCO, 2003.

« Cas de restitutions et de retours sous l'égide du Comité intergouvernemental », en ligne: *UNESCO* <http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/restitution-of-cultural-property/return-or-restitution-cases/>.
World Heritage Committee, *Acts constituting crimes against the common heritage of humanity*, WHC.01/CONF.208/23, UNESCO, 2001.
« Élaboration d'un projet de déclaration de principes concernant les objets culturels déplacés en relation avec la Seconde Guerre mondiale », en ligne: *UNESCO* <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=32665&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=208.html>.

iii. Autres organes onusiens

Constitution de l'OIT, 1919.
« Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés - État des ratifications », en ligne: *UNIDROIT* <http://www.unidroit.org//fr/etat-signatures-ratifications-cp>.
Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif, Rev. dr. unif. 2001-3, UNIDROIT, 2014.
Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, « Document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques ».
———, « The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles - REV. 2 ».
———, « The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles - REV. 2 ».
Office des Nations unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice reparatrice*, Vienne, United Nations publication, 2008.

iv. Organisations régionales

Cour européenne des droits de l'homme, *Instructions pratiques. Demandes de satisfaction équitable*, by Cour européenne des droits de l'homme, Règlement de la Cour, Strasbourg.
Décision relative au rapport de 2017 de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples prises par le Conseil exécutif lors de sa 32ème Session ordinaire, Doc. EX.CL/1057(XXXII), Organisation de l'Unité africaine, 2018.
Declaration by the Presidency on behalf of the European Union on destruction of all statues in Afghanistan, 6685/01, Bruxelles, European Union, 2001.
Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Résolution 1226, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000.
La destruction par la guerre du patrimoine culturel de la Croatie et de la Bosnie-Herzégovine présenté par la Commission de la culture et de l'éducation. Rapport d'information, 6756, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1993.

Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 116e période ordinaire de sessions, Commission interaméricaine des droits de l'homme, 2002.
Résolution N° 2 relative à la mission sociale du système de justice pénale – Justice réparatrice, MJU-26 (2005) Resol. 2 Final, Helsinki, Conférence des Ministres européens de la Justice, 2005.

c. Actes et législations

Arrêté en conseil, 1976.
Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette Province, 1857.
Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada, 1850.
Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux, LC 1869 C 6 1869.
Loi sur les Indiens, 1876.
Charte canadienne des droits et libertés, Artic Loi Const 1982 Constituant Annexe B Loi 1982 Sur Can R-U 1982.
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ 1975.
Comité du Conseil privé, *Décret du Conseil daté du 26 août, 1991 et portant le numéro C.P. 1991-1597*, by Comité du Conseil privé, 1991.
Conseil d'État, 5 / 3 SSR, du 23 décembre 1981, 15309 15310 16107 16282, publié au recueil Lebon, Conseil d'État, 1981.
Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 26 novembre 2010, 331010, Conseil d'État, 2010.
Conseil d'État, 10/ 7 SSR, du 3 novembre 1997, 160438, publié au recueil Lebon, Conseil d'État, 1997.
Convention de règlement relative aux pensionnats indiens, 2006.
Convention de règlement. Annexe N. Mandat de la Commission de vérité et de réconciliation, 2007.
Indian Claims Commission Act of 1946, Pub. L. No. 79-726, ch. 959.
Loi constitutionnelle de 1982, R-U Constituant Annexe B Loi 1982 Sur Can R-U 1982 C 11 1982.
Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, N° NSRKM080112 KRAM 2004.
Loi sur le ministère du Patrimoine canadien, LC 1995 Ch 11 1995.
Loi sur le multiculturalisme canadien, LRC 1985.
Loi sur le patrimoine culturel, 2011, chapitre P-9.002.
Loi sur le Tribunal des revendications particulières, LC 2008 Ch 22 2008.
Loi sur les langues autochtones, LC 2019 Ch 23 2019.

Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels, LRC 1985.
Lois constitutionnelles de 1867 à 1982, 30 31 Vic Ch 3 RU 1867.
Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law, 5710-1950 (1950).
Ordonnance no. 45-770 du 21 avril 1945 portant deuxième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi ou sous son contrôle et édictant la restitution aux victimes de ces actes de ceux de leurs biens qui ont fait l'objet d'actes de disposition, 45-770 (1945).
Sous-titre II : De la justice restaurative (Article 10-1). Modifié par LOI n°2014-896 du 15 août 2014 - art. 18.
« Déclaration solennelle signée à Londres le 5 janvier 1943 et Ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi ou sous son contrôle », en ligne: <https://mjp.univ-perp.fr/france/fli4.htm#dec>.

d. Publications gouvernementales

« Accords et traités », en ligne: *Ministère Relat Int Francoph* <https://www.mrif.gouv.qc.ca/fr/relations-du-quebec/organisations-et-forums/organisations-internationales/accords-et-traites>.
Affaires indiennes et du Nord Canada, *Revendications particulières: la justice, enfin.*, Gatineau, 2007.
Commission temporaire des Arts, *Instruction sur la manière d'inventorier et de conserver, dans toute l'étendue de la République, tous les objets qui peuvent servir aux arts, aux sciences et à l'enseignement, proposée par la Commission temporaire des arts, et adoptée par le Comité d'instruction publique de la Convention nationale*, 1794.
Communications, Ministère de la Culture, « Registre du patrimoine culturel », (2017).
Gouvernement du Canada; Affaires autochtones et du Nord, « Commission de vérité et réconciliation du Canada », (16 mars 2018).
———, « Programme des centres éducatifs et culturels des Premières Nations et des Inuit ».
———, « Commémoration 2012-2013 - Description des projets », (2013)
———, « Revendications globales », (2015).
———, « Revendications particulières », (2019).
Direction de l'Information Légale et Administrative, « Politique du patrimoine : chronologie », (2013).
Dupras, Daniel, *Les traités internationaux : la pratique canadienne*, PRB 00-04F, Ottawa, Division du droit et du gouvernement, 2000.
Grégoire, Henri J-B, *Rapport sur la nécessité et les moyens d'anéantir les patois et d'universaliser l'usage de la langue française*, Paris, Convention nationale, 1794.
Lieber, Francis, *Instructions pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (Lieber Code)*, New York, 1863.

Ministère de la culture et de la communication - direction générale des patrimoines, *Monuments historiques; Les grandes dates*, 2013.

———, « Histoire de la protection du patrimoine au Québec », (2015).

Ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada, « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », (2016)

Ministre des travaux publics et services gouvernementaux canada, *Rassembler nos forces : Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*, Ottawa, ministère des Travaux publics et services gouvernementaux canada, 2000.

Moss, Wendy & Elaine Gardner-O'Toole, *Les Autochtones : historiques des lois discriminatoires à leur endroit*, BP-175F, Division du droit et du gouvernement, 1991.

Mossman, Mary Jane & Patricia Hughes, *Repenser l'accès à la justice pénale au Canada : examen critique des besoins, des réponses et des initiatives de justice réparatrice*, Ottawa, ministère de la Justice, 2004.

National Dialogue Conference. Outcomes Document, Sana'a, National Dialogue Conference, 2014.

Personal Justice Denied: Report of the Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians, Washington D.C, University of Washington Press, 1997.

Sénat, « Au service d'une politique nationale du patrimoine : le rôle incontournable du Centre des monuments nationaux », en ligne: <http://www.senat.fr/rap/r09-599/r09-59933.html>.

« Discours du Trône ouvrant la troisième session de la quarantième législature du Canada », (2010).

« Document d'information : Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », (2021), en ligne: <https://www.justice.gc.ca/fra/declaration/apropos-about.html>.

« Patrimoine autochtone. Programme d'aide aux musées », (17 mars 2020), en ligne: *Patrim Can* <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/financement/aide-musees/patrimoine-autochtone.html>.

« Programme de soutien en santé : résolution des questions des pensionnats indiens », en ligne: *Gouv Can* <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1581971225188/1581971250953>.

2. Jurisprudence

a. Internationale

i. Cour internationale de justice

Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)), 2002 Cour internationale de justice 303.

Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), 1999 Cour internationale de justice 1045.
Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c Thaïlande), [1962] 1962 48.
Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro), [2007] 2007 34.
Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c Serbie), [2015] 2015 3.
Affaire relative à l'usine de Chorzów, [1928] Série A - No 17.
Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Fédération de Russie), [2011] 2011 70.
Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Fédération de Russie). Memorial of Georgia. Volume 1, 2009.
Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c Espagne), [1964] 1964 6.
Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c Nicaragua) Arrêt du 2 février 2018, [2018] 2018 15.
Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c Nicaragua) Ordonnance, [2011] 2011 6.
Certains biens (Liechtenstein c Allemagne), [2005] 2005 6.
Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire Palestinien occupé: avis consultatif du 9 juillet 2004, [2004] 2004 136.
Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, 1971 Cour internationale de justice.
Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c Thaïlande), [2013] 2013 281.
Différend Frontalier (Burkina Faso c Niger), [2013] 2013 44.
Différend Frontalier (Burkina Faso c Niger) Opinion individuelle de M le juge Cançado-Trindade, 2013 Cour internationale de justice.
Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c Nicaragua), [2009] 2009 213.
Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua). Memorial of Costa Rica. Volume 1, 2006.
Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), 1994 Cour internationale de justice 6.
Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires), 1928 Cour permanente de justice internationale.
Écoles minoritaires en Albanie, 1935 Cour permanente de justice internationale.
Question des « communautés » gréco-bulgares, 1930 Cour permanente de justice internationale.

« Arrêts, avis consultatifs et ordonnances », en ligne: *Cour Int Justice* <https://www.icj-cij.org/fr/decisions/order/1946/2020/asc>.
« Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie) », en ligne: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/98>.
« Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique) », (2004), en ligne: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/105>.

ii. Comités onusiens

A W P c Danemark, 2013 CCPR/C/109/D/1879/2009 Comité des droits de l'homme.
Ángela Poma Poma c Pérou, 2009 CCPR/C/95/D/1457/2006 Comité des droits de l'homme.
Anni Äärelä et M Jouni Näkkäläjärvi c Finlande, 2001 CCPR/C/73/D/779/1997 Comité des droits de l'homme.
Apirana Mahuika et al c Nouvelle-Zélande, 2000 CCPR/C/70/D/547/1993 Comité des droits de l'homme.
Armand Anton c Algérie, 2006 CCPR/C/88/D/1424/2005 Comité des droits de l'homme.
AS et consorts c Albanie, 2019 CCPR/C/127/D/2444/2014 Comité des droits de l'homme.
Basem Ahmed Issa Yassin et al c Canada, 2017 CCPR/C/120/D/2285/2013 Comité des droits de l'homme.
Ben LeirvÂg et al c Norvège, 2004 CCPR/C/82/D/1155/2003 Comité des droits de l'homme.
Bikramjit Singh c France, 2012 CCPR/C/106/D/1852/2008 Comité des droits de l'homme.
CAPM c Équateur, 2016 E/C12/58/D/3/2014 Comité des droits économiques, sociaux et culturels.
Chief Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band c Canada, 1990 CCPR/C/38/D/167/1984 Comité des droits de l'homme.
Fatima Andersen c Danemark, 2010 CCPR/C/99/D/1868/2009 Comité des droits de l'homme.
Feu J G A Diergaardt (Captain de la Communauté des Basters de Réhoboth) et consorts c Namibie, 2000 CCPR/C/69/D/760/1997 Comité des droits de l'homme.
Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c France, 1994 CCPR/C/60/D/549/1993/Rev1 Comité des droits de l'homme.
G I c Grèce, 2019 CCPR/C/126/D/2582/2015 Comité des droits de l'homme.
Gareth Anver Prince c Afrique du sud, 2007 CCPR/C/91/D/1474/2006 Comité des droits de l'homme.
George Howard c Canada, 2005 CCPR/C/84/D/879/1999 Comité des droits de l'homme.
Gerhard Malik c République tchèque, 1998 CCPR/C/64/D/669/1995 Comité des droits de l'homme.
Ilmari Länsman et consorts c Finlande, 1994 CCPR/C/57/1 Comité des droits de l'homme.

JA et EA c Suisse, 2020 CRC/C/85/D/53/2018 Comité des droits de l'enfant.
Jarle Jonassen et des éleveurs du district de renniculture de Riast-Hylling c Norvège, 2002 CCPR/C/76/D/942/2000 Comité des droits de l'homme.
John Ballantyne et Elizabeth Davidson, et Gordon McIntyre c Canada, 1993 CCPR/C/47/D/359/1989 et 385/1989 Comité des droits de l'homme.
José Vicente et al c Colombie, 1997 CCPR/C/60/D/612/1995 Comité des droits de l'homme.
Jouni E Länsman et consorts c Finlande, 1996 CCPR/C/58/D/671/1995 Comité des droits de l'homme.
Jouni Länsman, Eino Länsman et le Comité des éleveurs de Muotkatunturi c Finlande, 2005 CCPR/C/83/D/1023/2001 Comité des droits de l'homme.
Kalevi Paadar, Eero Paadar et sa famille, Veijo Paadar et Kari Alatorvinen et sa famille c Finlande, 2014 CCPR/C/110/D/2102/2011 Comité des droits de l'homme.
Kitok c Suède, 1988 97/1985 Comité des droits de l'homme.
Klečkovski c Lituanie, 2007 CCPR/C/90/D/1285/2004 Comité des droits de l'homme.
Leonid Raihman c Lettonie, 2010 CCPR/C/100/D/1621/2007 Comité des droits de l'homme.
Lovelace c Canada, 1981 CCPR/C/OP/1/24/1977 Comité des droits de l'homme.
M H c Finlande, 2020 CRC/C/83/D/23/2017 Comité des droits de l'enfant.
Mathieu Vakoumé et al c France, 2000 CCPR/C/70/D/822/1998 Comité des droits de l'homme.
O Sara et al c Finlande, 1994 CCPR/C/50/D/431/1990 Comité des droits de l'homme.
Rakhim Mavlonov et Shansiy Sa'di c Ouzbékistan, 2009 CCPR/C/95/D/1334/2004 Comité des droits de l'homme.
RM et FM c Danemark, 2019 CCPR/C/126/D/2685/2015 Comité des droits de l'homme.
Ruediger Schlosser c République tchèque, 1998 CCPR/C/64/D/670/1995 Comité des droits de l'homme.
Sergey Geller c Kazakhstan, 2019 CCPR/C/126/D/2417/2014 Comité des droits de l'homme.
Tiina Sanila-Aikio c Finlande, 2018 CCPR/C/124/D/2668/2015 Comité des droits de l'homme.
X c Australie, 1996 CCPR/C/57/D/557/1993 Comité des droits de l'homme.

iii. Tribunaux pénaux internationaux

« Affaire Al Hassan : la Chambre préliminaire I de la CPI confirme des charges de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité et renvoie l'affaire en procès », en ligne: *Cour Pénale Int* <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1483&ln=fr>.
Affaire Al Mahdi : l'accusé plaide coupable lors de l'ouverture du procès, La Haye, 2016.

Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, *Résumé du Jugement Le Procureur c. Nuon Chea et al.*, by Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, Dossier no 002/19-09-2007/ECCC/T, Chambre de Première Instance, 2018.
International Military Tribunal, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, by International Military Tribunal, Nuremberg, International Military Tribunal, 1947.
Le Procureur c Ahmad al Faqi al Mahdi Jugement portant condamnation, [2016] ICC-01/12-01/15.
Le Procureur c Ahmad al Faqi al Mahdi Ordonnance de réparation, [2017] ICC-01/12-01/15.
Le Procureur c Biljana Plavšic, [2003] IT-00-39&40/1-S 58.
Le Procureur c Dario Kordić & Mario Čerkez, [2001] IT-95-14/2-T.
Le Procureur c Duško Tadić alias « Dule » Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, [1995] IT-94-1-T.
Le Procureur c Milan Martić, [2006] IT-95-11-T.
Le Procureur c Milomir Stakić, [2003] IT-97-24-T.
Le Procureur c Miodrag Jokić, [2004] IT-01-42/1-S.
Le Procureur c Momčilo Krajišnik, [2006] IT-00-39-T.
Le Procureur c Nuon Chea et al Ordonnance de clôture, [2014] 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ.
Le Procureur c Pavle Strugar, [2005] IT-01-42-T.
Le Procureur c Prlić et al, [2003] IT-04-74.
Le Procureur c Prlić et al, [2003] 3 IT-04-74.
Le Procureur c Radislav Krstic, [2001] IT-98-33-T.
Le Procureur c Radoslav Brđanin, [2004] IT-99-36-T.
Le Procureur c Stanišić & Župljanin, [2013] 1 IT-08-91-T.
Le Procureur c Stanišić & Župljanin, [2013] 2 IT-08-91-T.
Le Procureur c Tihomir Blaškić, [2000] IT-95-14-T.
Le Procureur c Vlastimir Đorđević, [2011] IT-05-87/1-T.
Mandat d'arrêt à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, [2018] ICC-01/12-01/18.
Projet de politique générale relative au patrimoine culturel, Cour pénale internationale. Le Bureau du Procureur, 2021.
Règlement amendé de procédure et de preuve du TPIR, 1995.
Règlement amendé de procédure et de preuve du TPIY, IT/32/Rev. 50, 2015.
Règlement intérieur (Rev. 6), Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, 2010.
« Réparations significatives pour les victimes du régime khmer rouge », en ligne: *Chamb Extraordin Au Sein Trib Cambodg* <https://www.eccc.gov.kh/fr/node/30055>.

Riedlmayer, András, *Destruction of Cultural Heritage in Bosnia-Herzegovina, 1992-1996: A Post-War Survey Of Selected Municipalities. Expert Report commissioned by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 2002.
Situation au Mali. Rapport établi au titre de l'article 53-1, Bureau du Procureur, 2013.
Trial of Gaultier Artur Greiser, [1946] XIII Law Reports of Trials of War Criminals 70.
Trial of Ulrich Greifelt and Others, [1948] XIII Law Reports of Trials of War Criminals 2.
Tribunal militaire international, *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international : Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946*, Documents officiels, Nuremberg, 1947.
Version publique expurgée du « Plan de mise en œuvre mis à jour », ICC-01/12-01/15-291-Conf-Exp, Fonds au profit des victimes, 2018.

b. Régionale

i. Cour et commission africaine des droits de l'homme et des peuples

Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c Mali (fond), 2018 Cour africaine des droits de l'homme et des peuples 393.
CADHP c Kenya (fond), 2017 Cour africaine des droits de l'homme et des peuples 9.
Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya, [2010] 276/2003.
Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) c Nigeria, 2001 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

ii. Cour et commission européenne des droits de l'homme

Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis c Grèce, [2008] 35332/05.
Archidiocèse catholique d'Alba Iulia c Roumanie, [2012] 33003/03.
Beyeler c Italie, [2002] 33202/96.
Cha'are Shalom Ve Tsedek c France, [2000] 27417/95.
Chapman c Royaume-Uni, [2001] 27238/95.
Chypre c Turquie, [2001] 25781/94.
De Becker c Belgique, [1962] 214/56.
Debelianovi c Bulgarie, [2007] 61951/00.
G et E c Norvège Décision sur la recevabilité, 1983 Cour européenne des droits de l'homme.
Hingitaq 53 et autres c Danemark, 2006 Cour européenne des droits de l'homme.

Hutten-Czapska c Pologne, [2006] 35014/97.
Könkäma et 38 autres villages sames c Suède, 1996 Commission européenne des droits de l'homme 78.
Kozacioglu c Turquie, [2009] 2334/03.
Loizidou c Turquie, [1996] 15318/89.
Noack et autres c Allemagne, 46346/99.
Perinelli et autres c Italie, [2007] 7718/03 .
SCEA Ferme de Fresnoy c France, [2005] 61093/00.
Sidiropoulos et autres c Grèce, [1998] 26695/95.
Témoins de Jéhovah et autres c Turquie, [2016] 36915/10 et 8606/13.
Ulusoy et autres c Turquie, [2007] 34797/03.

iii. Cour et commission interaméricaine des droits de l'homme

Aloeboetoe et al v Suriname (Reparations and Costs), 1993 Cour interaméricaine des droits de l'homme.
Edgardo Condeza Vaccaroe, 1985 Commission interaméricaine des droits de l'homme.
Grand Chief Michael Mitchell v Canada, 2008 Commission interaméricaine des droits de l'homme.
Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights Advisory Opinion, 1989 Cour interaméricaine des droits de l'homme.
Johtti Sapmelaccat Ry et autres c Finlande, 2005 Cour européenne des droits de l'homme.
Kaliña and Lokono peoples v Suriname, [2015] Case No 12639.
Kichwa Indigenous People of Sarayaku v Ecuador, [2012] Series C No 245.
Massacres of El Mozote and nearby places v El Salvador, [2012] Series C No 252.
Maya indigenous community of the Toledo District v Belize, 2004 Commission interaméricaine des droits de l'homme.
Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua, [2001] Series C No 79.
Moiwana Community v Suriname, [2005] Series C No 124.
Plan de Sánchez Massacre v Guatemala, [2004] Series C No 105.
Río Negro Massacres v Guatemala, [2012] Series C No 250.
Saramaka People v Suriname, [2007] Series C No 172.
Sawhoyamaxa Indigenous Community v Paraguay, [2006] Series C No 146.
Xákmok Kásek Indigenous Community v Paraguay, [2010] Series C No 214.
Yakye Axa Indigenous Community v Paraguay, [2005] Series C No 125.

c. Nationale

Attorney General v Adolf Eichmann, [1961] 36 ILR 5.

Autocephalous Greek-Orthodox Church v Goldberg & Feldman Fine Arts, 1990 United States Court of Appeals, Seventh Circuit.
Blackwater c Plint, [2005] 3 RCS 3.
Blackwater v Plint, [2001] BCSC 997.
Blackwater v Plint, [2003] BCCA 671.
Calder et al c Procureur Général de la Colombie-Britannique, [1973] RCS 313.
Delgamuukw c Colombie-Britannique, [1997] 3 RCS 1010.
Federal Republic of Germany et al v Philipp et al, 2021 Supreme Court of the United States.
Gottfriedson v Her Majesty the Queen in Right of Canada Class Proceeding Amended Statement of Defence, 2019 Federal Court.
Gottfriedson v Her Majesty the Queen in Right of Canada Class Proceeding Statement of Defence, Federal Court.
Gottfriedson v Her Majesty the Queen in Right of Canada Proposed Class Action Reasons for Order, [2015] FC 706.
Government of the Islamic Republic of Iran v Barakat Galleries Limited, 2007 High Court of Justice.
Guerin c La Reine, [1984] 2 RCS 335.
Hamlet of Baker Lake v Canada (Indian Affairs and Northern Development), 1979 Federal Court, Trial Division.
In re Southern Rhodesia, 1919 Privy Council.
La Republica de Guatemala v Jose Mauricio Rodriguez Sanchez y Jose Effrain Rios Montt, [2015] C-01076-2011-00015.
Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique, [2014] 2 RCS 256.
R c Adams, [1996] 3 RCS 101.
R c Gladstone, [1996] 2 RCS 723.
R c Marshall; R c Bernard, [2005] 2 RCS 220.
R c NTC Smokehouse Ltd, [1996] 2 RCS 672.
R c Powley, [2003] 2 RCS 207.
R c Sappier; R c Gray, [2006] 2 RCS.
R c Sparrow, [1990] 1 RCS 1075.
R c Van der Peet, [1997] 2 RCS 507.
R v Billy and Johnny, [2006] BCPC 48.
Republic of Austria v Altman, 2004 Supreme Court of the United States.
Republic of Hungary, et al, Petitioners v Rosalie Simon, et al, 2021 Supreme Court of the United States.
Simon v Republic Hungary, 2016 United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit.
TWNA et al v Clarke et al, 2001 BCSC 1177.
TWNA et al v Clarke et al, [2003] BCCA 670.

d. Tribunaux arbitraux

Partial Award: Central Front - Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, XXVI, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, 2004.
Sentence finale. Réclamations de dommages de l'Érythrée, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, 2009.
Sentence finale. Réclamations de dommages de l'Éthiopie, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, 2009.
Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt, 1984 International Centre for Settlement of Investment Disputes 329.

3. Travaux et doctrine

a. Dictionnaires et encyclopédies

Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 2ème édition éd, 1718.
———, *Dictionnaire de l'Académie française*, 5ème édition éd, 1798.
———, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9ème édition éd, 1986.
Azria, Régine & Danièle Hervieu-Léger, *Dictionnaire des faits religieux*, Paris, PUF, 2010.
Barfield, Thomas, dir, *The Dictionary of Anthropology*, Oxford ; Malden, Mass, Wiley-Blackwell, 1998.
Cashmore, Ellis, *Encyclopedia of Race and Ethnic Studies*, s.l., Routledge, 2004.
Centre national de ressources textuelles et lexicales.
Diderot, Denis & Jean Le Rond d'Alembert, *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, 1772.
Encyclopedia Britannica.
Emcyclopédie canadienne
La Rosa, Anne-Marie, *Dictionnaire de droit international pénal. Termes choisis*, International, Genève, Graduate Institute Publications, 2015.
Salmon, Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Universités francophones, Bruxelles, Bruylant, 2001.
Shelton, Dinah, *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Detroit, Macmillan Library Reference, 2004.
Oxford Bibliographies
Oxford Reference
Stanford Encyclopedia of Philosophy

b. Monographies et ouvrages collectifs

Anaya, S James, *Indigenous Peoples in International Law*, 2nd éd, Oxford ; New York, Oxford University Press USA, 2004.
Argent, Pierre, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des Etats à l'épreuve de la guerre*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2002.
Avishai, Margalit, *The Ethics of Memory*, Harvard University Press, Harvard, 2004.
Barkan, Elazar, *The Guilt of Nations – Restitution and Negotiating Historical Injustices*, New York London, W. W. Norton & Company, 2000.
Bastien, Jean-Luc, *Le triomphe romain et son utilisation politique à Rome aux trois derniers siècles de la République*, Collection de l'École française de Rome 392, Rome, École française de Rome, 2007.
Bidault, Mylène, *La protection internationale des droits culturels*, Collection du Centre des droits de l'Homme de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2009.
Bittker, Boris, *The Case for Black Reparations*, 2nd éd, Boston, MA, Beacon Press, 2003.
Blake, Janet, *International Cultural Heritage Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
Bluntschli, Johann Caspar, *Le droit international codifié*, 5e éd, traduit par Charles Édouard Lardy, Americana, Paris, Guillaumin et Cie., 1895.
Borelli, Silvia & Federico Lenzerini, dir, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Leiden ; Boston, Brill - Nijhoff, 2012.
Boulad-Ayoub, Josiane, *L'Abbé Grégoire et la naissance du patrimoine national suivi des trois rapports sur le vandalisme*, Mercure du Nord, Québec, Presse de l'Université Laval, 2012.
Braithwaite, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
Brooks, Roy L, dir, *When Sorry Isn't Enough: The Controversy Over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York, NYU Press, 1999.
Burnside, Jonathan & Nicola Baker, dir, *Relational justice: repairing the breach*, Winchester, England, Waterside Press, 1994.
Bush, Robert A Baruch & Joseph P Folger, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2004.
Carbasse, Jean-Marie & Pascal Vielfaure, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Droit fondamental, Paris, PUF, 2014.
Cario, Robert, *Justice restaurative. Principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2010.
Cayley, David, *The Expanding Prison: The Crisis in Crime and Punishment and the Search for Alternatives*, Pilgrim Press, 1998.
Chalk, Frank & Kurt Jonassohn, *History and Sociology of Genocide. Analyses and Case Studies*, New Haven, Yale University Press, 1990.

Chrisjohn, Roland, Sherri Young & Michael Maraun, *The Circle Game: Shadows and Substance in the Indian Residential School Experience in Canada*, revised edition éd, Penticton, Theytus Books, 2006.
Christie, Nils, *Limits to Pain: The Role of Punishment in Penal Policy*, Eugene, Wipf and Stock, 2007.
Cicéron, *Tusculanes. Livre II*.
Cornu, Marie, Jérôme Fromageau & Christian Hottin, dir, *Droit et patrimoine culturel immatériel*, Droit du patrimoine culturel et naturel, L'Harmattan, 2013.
Cuche, Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, 5e éd, Paris, La Découverte, 2016.
Daillier, Patrick & Alain Pellet, *Droit international public*, 7e éd, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.
Dalrymple, William & Anita Anand, *Koh-i-Noor: The History of the World's Most Infamous Diamond*, Bloomsbury Publishing USA, 2017.
Danieli, Yael, dir, *International Handbook of Multigenerational Legacies of Trauma*, Springer Series on Stress and Coping, New York, Springer US, 1998.
Davidson, Lawrence, *Cultural Genocide*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2012.
De Greiff, Pablo, *The Handbook of Reparations*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2008.
Delmas-Marty, Mireille et al, dir, *Le crime contre l'humanité*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 2009.
Dersso, Solomon, dir, *Perspectives on the rights of minorities and indigenous peoples in Africa*, Pretoria University Law Press, 2010.
Dudley-Field, David, *Outlines of an International Code*, New York, Diossy and Company, 1872.
Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
Edsel, Robert M & Bret Witter, *The Monuments Men: Allied Heroes, Nazi Thieves, and the Greatest Treasure Hunt in History*, illustrated édition, Center Street, 2009.
Ehlert, Caroline, *The Prosecution of the Destruction of Cultural Property in the Practice of the International Criminal Tribunals*, International Criminal Law Series, Leyde, Brill Nijhoff, 2014.
Eisenberg, Avigail, *Diversity and Equality - The Changing Framework of Freedom in Canada*, Law ad Society, Vancouver, UBC Press, 2006.
Evans, Christine, *The right to reparation in international law for victims of armed conflict*, Cambridge studies in international and comparative law, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
Evans, Nicholas, *Ces mots qui meurent. Les langues menacées et ce qu'elles ont à nous dire.*, Paris, La Découverte, 2012.
Fournet, Caroline, *The crime of destruction and the law of genocide: Their impact on collective memory*, Ashgate Publishing, 2007.

Francioni, Francesco & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020.
Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, 1st edition, New York, Cambridge University Press, 2006.
Galaway, Burt & Joe Hudson, dir, *Restorative Justice International Perspectives*, Lynne Rienner Publishers, 1996.
Garapon, Antoine, *Et ce sera justice ; Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001.
Gaudreault, Arlène, *Les limites de la justice réparatrice*, Paris, Dalloz, 2005.
Gentili, Alberico, *De jure belli libri tres*, Oxford, Clarendon Press, 1877.
Gibney, Mark et al, dir, *The Age of Apology*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2009.
Giesbrecht, Jodi & Travis Tomchuk, *Mouvements de réparation au Canada*, L'immigration et l'ethnicité au Canada, Ottawa, Société historique du Canada, 2018.
Gilbert, Margaret, *Living Together*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1996.
González, Eduardo & Howard Varney, dir, *Truth Seeking. Elements of Creating an Effective Truth Commission*, New York, International Center for Transitional Justice, 2013.
Grotius, Hugo, *Le Droit de la guerre et de la paix (De jure belli ac pacis)*, Paris, Buon, 1625.
Hatcher, Rachel, *The Power of Memory and Violence in Central America*, Palgrave Macmillan, 2018.
Hayner, Priscilla B, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2nd edition, New York, Routledge, 2010.
Heinich, Nathalie, *La fabrique du patrimoine: De la cathédrale à la petite cuillère*, Ethnologie de la France, Paris, Maison des sciences de l'homme, 2009.
Henderson, Jennifer & Pauline Wakeham, dir, *Reconciling Canada. Critical Perspectives on the Culture of Redress*, Toronto ; Buffalo, University of Toronto Press, 2013.
Howard-Hassmann, Rhoda E & Anthony P Lombardo, dir, *Reparations to Africa*, University of Pennsylvania Press, 2008.
Hubbard, Jon Michael, *Letters To The Editor: Confessions Of A Frustrated Conservative*, iUniverse, 2009.
Jaulin, Robert, *La paix blanche : introduction à l'ethnocide*, Combats, Paris, Seuil, 1970.
Jentoft, Svein, Henry Minde & Ragnar Nilsen, dir, *Indigenous Peoples. Resource Management and Global Rights*, Chicago, University of Chicago Press, 2003.
Johannot Gradis, Christiane, *Le patrimoine culturel et immatériel : Quelle protection en cas de conflit armé ?*, Genève, Schuthess, 2013.
Johnstone, Gerry, *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*, 2nd éd, Abingdon, Oxon ; New York, Routledge, 2001.
Johnstone, Gerry & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011.

Kamto, Maurice, dir, *La charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant Edition, 2011.
Kitsikis, Dimitri, *L'Empire Ottoman*, 3e éd, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1994.
Kymlicka, Will, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 2001.
———, *Liberalism, Community, and Culture*, New York, Oxford University Press, 1991.
Lecomte, Jacques, *Introduction à la psychologie positive*, Paris, Dunod, 2014.
Lemkin, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944.
Lenzerini, Federico, dir, *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
Le Tourneau, Philippe, *La responsabilité civile*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 2003.
Lixinski, Lucas, *Intangible Cultural Heritage in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
Logan, William Stewart, Máiréad Nic Craith & Ullrich Kockel, dir, *A Companion to Heritage Studies*, Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA, Wiley-Blackwell, 2015.
Maalouf, Amin, *Les identités meurtrières*, Le livre de poche, Paris, Grasset, 1998.
Manuel d'Oxford des lois de la guerre sur terre, Oxford, Institut de Droit International, 1880.
Mativat, Geneviève, *L'Amérindien dans la lorgnette des juges. Le miroir déformant de la justice*, Signes des Amériques, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 2003.
Mattéi, Jean-Mathieu, *Histoire du droit de la guerre (1700-1819) : Introduction à l'histoire du droit international*, Histoire du droit, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.
Maurel, Chloé, *Histoire de l'UNESCO; Les trentes premières années. 1945-1974*, Paris, L'Harmattan, 2010.
Meyer, Lukas H, *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.
Miller, James R, *Shingwauk's Vision: A History of Native Residential Schools*, Toronto ; Buffalo, University of Toronto Press, 1996.
Miller, Jon & Rahul Kumar, *Reparations: Interdisciplinary Inquiries*, Oxford University Press, 2007.
Neils, Jenifer, *The Parthenon: From Antiquity to the Present*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
Novic, Elisa, *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*, Cultural Heritage Law and Policy, Oxford, New York, Oxford University Press, 2016.
Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, reprint edition, New York, Basic Books, 2013.

O'Keefe, Patrick J & Lyndel V Prott, dir, *Cultural heritage conventions and other instruments. A compendium with commentaries*, Builth Wells, Institute of Art and Law, 2011.
Ottawa, Gilles, *Les pensionnats indiens au Québec : un double regard*, Québec, Comac, 2010.
Ouguergouz, Fatsah, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, International, Genève, Graduate Institute Publications, 2015.
Papadatos, Pierre A, *Le Procès Eichmann*, Travaux de Sciences Sociales, Genève, Librairie Droz, 1964.
Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1986.
Perez, Nahshon, *Freedom from Past Injustices: A Critical Evaluation of Claims for Inter-Generational Reparations*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012.
Pointing, John & Mike Maguire, dir, *Victims of crime: a new deal?*, Londres, Open University Press, 1988.
Polybe, *Histoire générale. Livre IX*, traduit par Dom Thuillier.
Poulot, Dominique, *Une histoire du patrimoine en Occident, XVIIIe-XXIe siècle. Du monument aux valeurs*, Le Noeud Gordien, Paris, PUF, 2006.
Prott, Lyndel Vivien & Wojciech Kowalski, *Témoins de l'histoire: recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Paris, UNESCO Editions, 2011.
Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
Regan, Paulette, *Unsettling the Settler Within. Indian Residential Schools, Truth Telling, and Reconciliation in Canada*, UBC Press, 2011.
Rigoulot, Pierre, *L'Alsace-Lorraine pendant la guerre 1939-1945*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1997.
Rodon, Thierry, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, Québec, Presse de l'Université du Québec, 2019.
Romainville, Céline, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, 2014.
Runciman, Steven, *La Chute de Constantinople, 1453*, Texto, Paris, Tallandier, 2007.
Rykner, Didier & Corinne Hershkovitch, *La restitution des œuvres d'art: Solutions et impasses*, Paris, Hazan, 2011.
Saez, Jean-Pierre, *Identités, cultures et territoires*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995.
Schabas, William A, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, 1st éd, Cambridge, U.K.; New York, Cambridge University Press, 2000.
Seux, Marie-Joseph, *Lois de l'Ancien Orient*, éditions du cerf éd, Supplément - Cahiers Évangile 56, 1986.
Shaw, Martin, *What is Genocide?*, Cambridge, Polity, 2007.

Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd éd, Oxford, Oxford University Press, 2010.
Silverman, Helaine & D Fairchild Ruggles, dir, *Cultural Heritage and Human Rights*, New York, Springer-Verlag, 2007.
Smith, Laurajane, *Uses of Heritage*, Florence, Routledge, 2006.
Strang, Heather & John Braithwaite, *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, 1st éd, Londres, Routledge, 2001.
Suter, Patrick, Nadine Bordessoule-Gilliéron & Corine Fournier-Kiss, dir, *Regards sur l'interculturalité. Un parcours interdisciplinaire*, Genève, MētisPresses, 2016.
Tamir, Yael, *Liberal Nationalism*, Princeton, Princeton University Press, 1995.
Tinker, George E, *Missionary Conquest: The Gospel and Native American Cultural Genocide*, Minneapolis, Fortress Press, 1993.
Toman, Jiří, *La Protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Collection Patrimoine mondial, Paris, UNESCO Editions, 1994.
———, *Les biens culturels en temps de guerre: quel progrès en faveur de leur protection ? Commentaire article-par-article du Deuxième Protocole de 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, Paris, UNESCO Editions, 2015.
Tremblay, Daniel, *L'éveil des survivants : récits des abus sexuels dans les pensionnats amérindiens du Québec*, Michel brulé éd, Québec, 2008.
Tylor, Edward Burnett, *La civilisation primitive. Tome Premier. (1873)*, Traduit de l'Anglais sur la 2nd éd, 1873, par Pauline Brunet [1920], Paris, Alfred Cortes, 1920.
Vinsonneau, Geneviève, *Mondialisation et identité culturelle*, Louvain-la-Neuve ; Paris, De Boeck Supérieur, 2012.
Vogler, Bernard, *L'Alsace; une histoire*, Strasbourg, Oberlin, 1990.
Vrdoljak, Ana, *The Cultural Dimension of Human Rights*, Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford, New York, Oxford University Press, 2014.
Walzer, Michael, *Just And Unjust Wars: A Moral Argument With Historical Illustrations*, 4e éd, New York, Basic Books, 2006.
Warnier, Jean-Pierre, *La mondialisation de la culture*, 5e éd, Repères, Paris, La Découverte, 2017.
Wemmers, Jo-Anne, *Reparation for Victims of Crimes against Humanity: The healing role of reparation*, Londres, New York, Routledge, 2014.
Wesley-Esquimaux, Cynthia C & Magdalena Smolewski, *Traumatisme historique et guérison autochtone*, Ottawa, Fondation autochtone de guérison, 2004.
Wright, Martin, *Restoring Respect for Justice: A Symposium*, Waterside Press, 1999.
Xénophon, *Cyropédie*, traduit par Marcel Bizos, Budé 204, Paris, Les Belles Lettres, 1971.
Zehr, Howard, *Changing Lenses : Restorative Justice for Our Times, 25th Anniversary Edition*, Harrisonburg, Herald Press, 2015.

c. Articles scientifiques, chapitres de livre et travaux de recherche

Abdel-Nour, Farid, « National Responsibility » (2003) 31:5 Polit Theory 693.
Adjolohoun, Sènonna Horace & Sylvain Oré, « Entre imperium illimité et decidendi timoré: la réparation devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples » (2019) 3 Annu Afr Droits L'homme 318-344.
Amineddoleh, Leila, « The Politicizing of Cultural Heritage » (2020) 45 N C J Int Law 60.
Antkowiak, Thomas, « A dark side of virtue: the Inter-american Court and reparations for Indigenous Peoples » (2014) 25:1 Duke J Comp Int Law 81.
———, « Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond » (2008) 46 Columbia J Transnatl Law 351-419.
Arnaud, Aurélie, *Droits Culturels : une proposition normative*, Montréal, Centre d'études sur le droit international et la mondialisation, 2002.
Asch, Michael, « The Judicial Conceptualization of Culture after Delgamuukw and Van Der Peet » (2000) 5:2 Rev Const Stud 119-137.
Ashamu, Elizabeth, « Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v Kenya: A Landmark Decision from the African Commission » (2011) 55:2 J Afr Law 300-313.
Badara Fall, Alioune, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme » (2009) 129:2 Pouvoirs 77.
Balibar, Etienne, « Identité culturelle, identité nationale » (1994) 22:1 Quaderni 53-65.
Barnett, Randy E, « Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice » (1977) 87:4 Ethics 279-301.
Barsh, Russel Lawrence & James Youngblood Henderson, « The Supreme Court's Van der Peet Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997) 42 Mcgill Law J 993-1009.
Barthe, Clarisse, « Réflexions sur la satisfaction en droit international » (2003) 49:1 Annu Fr Droit Int 105-128.
Bazyler, Michael J, « Contemporary Legal Lessons from the Holocaust » (2007) 19:1-2 Jew Polit Stud Rev.
Béal, Christophe, « Justice restaurative et justice pénale » (2018) N° 93:1 Collège Int Philos Rue Descartes 58-71.
Belot, Robert, « Maltraitance patrimoniale et désordre géopolitique au début du troisième millénaire » (2018) 39:1 Ethnologies 3-49.
Benghellab, Nour, « Des mythes aux réalités de la justice transitionnelle: Catharsis thérapeutique, (re)constructions nationales et légitimation politique » (2016) XIII Champ Pénal.
Bennett, Christopher, « Satisfying the Needs and Interests of Victims » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011.

Bennett, Marilyn & Cindy Blackstock, *Recensement des écrits et bibliographie annotée traitant de certains aspects du bien-être des enfants autochtones au Canada*, Centre d'excellence pour la protection et le bien-être des enfants, 2002.

Benvenuto, Jeff, *What is Cultural Genocide?* (Master's thesis, Jagiellonian University, 2010) [unpublished].

Berliner, David, « Anthropologie et transmission » (2010) 55 Terrain 4-19.

Berliner, David & Chiara Bortolotto, « Introduction. Le monde selon l'UNESCO » (2013) 18 Gradhiva.

Bernier, Ivan, « Une Convention internationale sur la diversité culturelle à l'UNESCO » (2003) Chron Ministère Cult Commun 10.

Bienkowska, Ewa, « Victims in the Polish Criminal Justice System: Law and Reality » (1991) 15:1-2 Int J Comp Appl Crim Justice 217-225.

Blackburn, Carole, « Culture Loss and Crumbling Skulls: The Problematic of Injury in Residential School Litigation » (2012) 35:2 PoLAR Polit Leg Anthropol Rev 289-307.

Blake, Janet, « On Defining the Cultural Heritage » (2000) 49:1 Int Comp Law Q 61-85.

———, « Safegurading Intangible Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 347.

Bogdanos, Matthew, « The Casualities of War: The Truth About the Iraq Museum » (2005) 109:3 Am J Archaeol 477-526.

Bories, Clémentine, « La convention du patrimoine mondial à l'aube de son 40e anniversaire : un colosse aux pieds d'argile ? » (2010) 56:1 Annu Fr Droit Int 139-165.

Borrows, John, « The Trickster: Integral to a distinctive culture » (1996) 8:1-4 Const Forum Forum Const 27-32.

Bortolotto, Chiara, « Le trouble du patrimoine culturel immatériel » (2011) 26 Terrain 21-42.

———, « Les enjeux de l'institution du patrimoine culturel immatériel. Compte rendu du séminaire organisé au Lahic (2006-2008) » (2008) 116 Cult Rech 32-34.

Bossuyt, Marc, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels » (1975) 8 Rev Droits Homme 783-820.

Boukhchem, Kamel & Gabrielle Varro, « Benrabah, Mohamed. – Langue et pouvoir en Algérie. Histoire d'un traumatisme linguistique. Paris, Séguier, 1999, 350 p. (« Les Colonnes d'Hercule »). » (2001) 41:163 Cah D'études Afr.

Boxill, Bernard R, « A Lockean Argument for Black Reparations » (2003) 7:1 J Ethics 63.

———, « The Morality of Reparation » (1972) 2:1 Soc Theory Pract 113.

Bozarslan, Hamit, « Les minorités en Turquie » (2005) 115:4 Pouvoirs 101-112.

Bradford W, Morse, « Indigenous Peoples of Canada and Their Efforts to Achieve True Reparations » dans Federico Lenzerini, dir, *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives,* Oxford, Oxford University Press, 2008 271.

Braithwaite, John, « A future where punishment is marginalized: Realistic or utopian? » (1999) 46:6 UCLA Law Rev 1727-1750.

———, « Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts » (1999) 25 Crime Justice 1-127.

Bromberger, Christian, « "Le patrimoine immatériel" entre ambiguïtés et overdose » (2014) 209 L'Homme Rev Fr D'anthropologie 143-151.

Brooks, Roy L, « German Compensation for National Socialist Crimes » dans Roy L Brooks, dir, *Sorry Isnt Enough Controv Apol Repar Hum Injustice*, New York, NYU Press, 1999 61.

Brumann, Christoph, « Comment le patrimoine mondial de l'Unesco devient immatériel » (2013) 18 Gradhiva 22-49.

Bryan, Chad, « Precedent for Reparations ; A Look at Historical Movement for Redress and Where Awarding Reparations for Slavery Might Fit » (2003) 54 Ala Rev 599.

Buchanan, Nicholas & Eve Darian-Smith, « Law and the Problematics of Indigenous Authenticities » (2011) 36:1 Law Soc Inq 115-124.

Bugnion, François, *La genèse de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé dans le cadre du droit international humanitaire conventionnel et coutumier*, Réunion du 50ème anniversaire de la Convention de La Haye de 1954, Le Caire, 2004.

Burgorgue-Larsen, Laurence, « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » dans *Cursos Derecho Int Relac Int Vitoria-Gasteiz 2008*, Universidad del Pais Vasco, 2009 149.

Burgorgue-Larsen, Laurence & Guy-Fleury Ntwari, « Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2017) » (2017) Assoc Cours Const Francoph, en ligne: <https://accf-francophonie.org/chronique-de-jurisprudence-de-la-cour-africaine-des-droits-de-lhomme-et-des-peuples-2017/>.

Burri, Mira, « Cultural Heritage and Intellectual Property » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 459.

Bussy, Florent, « Le crime contre l'humanité, une étude critique » (2013) 115 Témoign Entre Hist Mém Rev Pluridiscip Fond Auschwitz 135-148.

Cario, Robert, « Introduction générale à la victimologie et à la réparation des victimes » (2018) 35-510-A-55 Psychiatries 1-8.

Casaly, Paige, « Al Mahdi before the ICC: Cultural Property and World Heritage in International Criminal Law » (2016) 14:5 J Int Crim Justice 1199-1220.

Cerna, Christina, « Reflections on the Normative Status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man » (2009) 30:4 Univ Pa J Int Law 1211-1237.

Chamoun, Mounir, « Génocide et ethnocide : exterminer pour survivre » (2008) 102:1 Esprit Temps 41-49.

Charbonneau, Christian, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes: un droit collectif à la démocratie...et rien d'autre » (1996) 9 Rev Québécoise Droit Int 111-130.

Chechi, Alessandro, « Alternative Dispute Settlement Mechanisms » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 718.
Chiriboga, Oswaldo Ruiz, « The right to cultural identity of indigenous peoples and national minorities: a look from the Inter-American System » (2006) 3:5 Sur Rev Int Direitos Hum 42-69.
Chow, Pok Yin S, *Memory Denied: A Commentary on the Reports of the UN Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights on Historical and Memorial Narratives in Divided Societies*, Washington D.C., Association for the Study of Law, Culture and the Humanities, 2015.
Christie, Nils, « Conflicts as property » (1977) 17:1 Br J Criminol 1-15.
Clastres, Pierre, « De l'Ethnocide » (1974) 14:3 L'Homme 101-110.
Cohen-Jonathan, Gérard & Jean-François Flauss, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général » (2002) 48:1 Annu Fr Droit Int 675-693.
Connor, Simon, « Mutiler, tuer, désactiver les images en Égypte pharaonique » (2018) 2 Perspect Actual En Hist L'art 147-166.
Coomans, Fons, « The Ogoni Case Before The African Commission on Human and Peoples' Rights » (2008) 52:3 Int Comp Law Q 749-760.
Cornu, Marie & Marc-André Renold, « New Developments in the Restitution of Cultural Property: Alternative Means of Dispute Resolution » (2010) 17:1 Int J Cult Prop 1-31.
Cottias, Myriam, Crystal M Fleming & Seloua Luste Boulbina, « Nos ancêtres les Gaulois... La France et l'esclavage aujourd'hui » (2009) 10:2 Cah Sens Public 45-56.
Courbot, Cécilia, « De l'acculturation aux processus d'acculturation, de l'anthropologie à l'histoire: Petite histoire d'un terme connoté » (2000) 3:1 Hypothèses 121.
Cowen, Tyler, « How Far Back Should We Go? Why Restitution Should Be Small » dans Jon Elster, dir, *Retribution Repar Transit Democr*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 17.
Craemer, Thomas, « International Reparations for Slavery and the Slave Trade » (2018) J Black Stud 1.
Crémière, Marine, « Justice restauratrice : une voie trop ignorée » (2014) 334:4 J Droit Jeunes 9.
Chrisjohn, Roland & Tanya Wasacase, *Half-Truths and Whole Lies: Rhetoric in the « Apology » and the Truth and Reconciliation Commision*, Aboriginal Healing Foundation Research Series, Ottawa, Aboriginal Healing Foundation, 2009.
Cruikshank, Julie, « Invention of Anthropology in British Columbia's Supreme Court: Oral Tradition as Evidence in Delgamuukw v. B.C » (1992) 95 BC Stud 25-42.
Cunneen, Chris, « Reviving restorative justice traditions? » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 113.

D'Addetta, Michele, « The practice of the regional human rights bodies on the protection of indigenous people's right to culture » (2014) XXIX:5 Riv Giuridica DellAmbiente 587-627.

Dagan, Hanoch, « Restitution and Slavery: On Incomplete Commodification, Intergenerational Justice, and Legal Transitions » (2004) 84 BU Rev 1139.

Daly, Kathleen, « Revisiting the relationship between retributive and restorative justice » dans Heather Strang & John Braithwaite, dir, *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, 1st éd, Londres, Routledge, 2001 33.

Daly, Patrick & Benjamin Chan, « "Putting Broken Pieces Back Together": Reconciliation, Justice, and Heritage in Post-Conflict Situations » dans William Logan, Máiréad Nic Craith & Ullrich Kockel, dir, *A Companion to Heritage Studies*, Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA, Wiley-Blackwell, 2015 491.

De Witte, Bruno, « Language as Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 371.

Delas, Olivier, Manon Thouvenot & Valérie Bergeron-Boutin, « Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des droits de l'Homme » (2017) 30:2 Rev Québécoise Droit Int 1.

Desmoulins, Gil, *La restitution internationale des biens culturels*, Rennes, Carnet du séminaire carrières publiques de l'IEP de Rennes, 2012.

Dijk, Jan van, *Compensation by the state or by the offender: the victim's perspective*, Cambridge, 1984.

———, « Ideological trends within the victims movements: An international perspective » dans Mike Maguire & John Pointing, dir, *Victims of crime: a new deal?*, Londres, Open University Press, 1988 115.

Dion, Jacinthe et al, « Pensionnats autochtones : impact intergénérationnel » (2016) 25 Enfances Fam Génér.

Distefano, Giovanni, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité » (2006) 52:1 Annu Fr Droit Int 1-54.

Donders, Yvonne, « Cultural Heritage and Human Rights » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 379.

———, « Do cultural diversity and human rights make a good match? » (2010) 61:199 Int Soc Sci J 15-35.

Donoso, Gina, « Inter-American Court of Human Rights' reparation judgments. Strengths and challenges for a comprehensive approach » (2009) 49 Rev IIDH 29-68.

Dufour, Jules, « Les revendications territoriales des peuples autochtones au Québec » (2005) 37:101 Cah Géographie Qué 263-290.

Duhaime, Bernard, « Dix raisons pour lesquelles le Canada devrait adhérer à la Convention américaine relative aux droits de l'homme » (2018) 31:1 Rev Québécoise Droit Int 267.

Duhaime, Bernard & Camille Labadie, « Les voyages des manuscrits de la mer Morte : réflexions sur la restitution des biens culturels et le droit international » (2016) 24:2 Théologiques 183-218.
Dümcke, Cornelia & Mikhail Gnedovsky, *The Social and Economic Value of Cultural Heritage: literature review*, European Expert Network on Culture, 2013.
Dupont-Bouchat, Marie-Sylvie, « Le crime pardonné: La justice réparatrice sous l'Ancien Régime (XVIe-XVIIIe siècles) » (1999) 32:1 Criminologie 31-56.
Elassal, Edith-Farah, « Le régime de réparation de la Cour pénale internationale : analyse du mécanisme en faveur des victimes » (2011) 24:1 Rev Québécoise Droit Int 259-308.
Encinas de Munagorri, Rafael, « Propos sur le sens de la réparation en droit français de la responsabilité » (2003) 33:2 Rev Générale Droit 211-221.
Éthier, Benoit, « Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok » (2016) 40:2 Anthropol Sociétés 177-193.
Even-Zohar, Itamar, « Le patrimoine qui attise les conflits » (2018) 39:1 Ethnologies 251-264.
Faes, Hubert, « Droits de l'homme et droits culturels » (2008) 108:4 Transversalités 85-99.
Fast, Elizabeth et al, « Regard sur l'interaction de l'urbanisation, du traumatisme historique et de l'identité culturelle parmi la jeunesse autochtone au Canada » (2016) 25 Enfances Fam Génér.
Favereau, Francis, « Langue bretonne, nation française, République jacobine et perspective européenne » (1994) 3 Rev Int Déducation Sèvres 75-84.
Feinberg, Joel, « Collective Responsibility » (1968) 65:21 J Philos 674.
Ferrarri, Frank & Christophe Reffait, « Pas d'amnistie sans vérité: Entretien avec l'archevêque Desmond Tutu » (1997) 12:238 Esprit 63.
Fuhrmann, Rémi, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé et la bipolarité du droit international* (Mémoire de maîtrise, Université du Québec à Montréal, 2020) [unpublished].
Fouchard, Isabelle, « La formation du crime contre l'humanité en droit international » dans Mireille Delmas-Marty et al, dir, *Crime Contre Humanité,* Que sais-je ?, Paris, PUF, 2009 7.
Franchi, Elena, « What is Cultural Heritage? », en ligne: *Khan Acad* <https://www.khanacademy.org/humanities/art-history-basics/beginners-art-history/a/what-is-cultural-heritage>.
Francioni, Francesco, « Reparations for Indigenous Peoples: Is International Law Ready to Ensure Redress for Historical Injustices? » dans Federico Lenzerini, dir, *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008 27.
———, « The Evolving Framework for the Protection of Cultural Heritage in International Law » dans Silvia Borelli & Federico Lenzerini, dir, *Cultural Heritage,*

Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law, Leiden ; Boston, Brill - Nijhoff, 2012 3.

———, « World Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 250.

———, *Au-delà des traités: l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel*, EUI Working Papers, Fiesole (Italie), European University Institute, 2008.

Francioni, Francesco & Federico Lenzerini, « The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law » (2003) 14:4 Eur J Int Law 619-651.

Franck, Thomas M, « Individual Criminal Liability and Collective Civil Responsibility: Do They Reinforce or Contradict One Another? » 6:3 Wash Univ Glob Stud Law Rev 567-573.

Frulli, Micaela, « International Criminal Law and the Protection of Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 100.

———, « The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency » (2011) 22:1 Eur J Int Law 203-217.

Gagné, Natacha, Claudie Larcher & Sébastien Grammond, « La communauté comme sujet et objet du droit : implications pour les Métis du Canada » (2014) 38:2 Anthropol Sociétés 151-174.

Garcia, Thierry & Annie Héritier, « La diversité culturelle à l'aune de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles » (2006) 36:2 LEGICOM 35.

Gareau, Jean-François, « De l'utilisation du mot "génocide" », (2010), en ligne: *Grotius Int* <https://grotius.fr/genocide/>.

Gentelet, Karine, Doris Farget & Christopher Campbell-Duruflé, « Le Canada et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : valeur et pertinence » (2010) 23:1 Nouv Prat Soc 130-136.

Gerstenblith, Patty, « The Destruction of Cultural Heritage: A Crime against Property or a Crime against People » (2016) 15:3 John Marshall Rev Intellect Prop Law 336.

———, « Theft and Illegal Excavation. Legal Principles for Protection of the Archaeological Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 200.

Giguère, Hélène, « Vues anthropologiques sur le patrimoine culturel immatériel: Un ancrage en basse Andalousie » (2006) 30:2 Anthropol Sociétés 107-127.

Gomez Isa, Felipe, *The right of indigenous peoples to reparation for historical injustices*, Pedro Arrupe Institute of Human Rights, s.d.

Gout, Philippe, *La restitution des biens culturels en cas de trafic illicite* Paris 2 Panthéon-Assas, 2011) [unpublished].
Gosseries, Axel, « A-t-on des obligations envers les morts ? » (2003) 1 Rev Philos Louvain 80-104.
———, « La justice entre les générations: Faut-il renoncer au maximin intergénérationnel ? » (2002) 33:1 Rev Métaphys Morale 61.
———, « Une métaphore de la justice intergénérationnelle » (2010) 7:1 Regards Croisés Sur Léconomie 193.
Gottlieb, Yaron, « Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC » (2005) 23:4 Penn State Int Law Rev 857-896.
Grammond, Sébastien & Christiane Guay, « Comprendre la normativité innue en matière d'« adoption » et de garde coutumière » (2016) 61:4 McGill Law J 885-906.
Gray, Christine, « Is There an International Law of Remedies? » (1985) 56:1 Br Yearb Int Law 25-47.
Green Martínez, Sebastián A, « Destruction of Cultural Heritage in Northern Mali: A Crime Against Humanity? » (2015) 13:5 J Int Crim Justice 1073-1097.
Greiff, Pablo de, « Justice and Reparations » dans *The Handbook of Reparations*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2008451.
Grimsted, Patricia K, « Du pillage nazi à la restitution russe » dans Lyndel V Prott & Wojciech Kowalski, dir, *Témoins de l'histoire: recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Paris, UNESCO Editions, 2011 315.
Guglielmucci, Ana, « Musées et mémoriaux comme mécanismes de réparation symbolique. Débats sur l'institutionnalisation de la mémoire en Colombie » (2017) 104:1 Problèmes Am Lat 13-29.
Guignard, Lison, « La construction d'une norme juridique régionale : le cas des mutilations génitales féminines en Afrique » (2016) 70:1 Crit Int 87-100.
Guillaumé, Jules, « Le droit à réparation devant la CPI : promesses et incertitudes » (2015) 4 Polit Étrangère 51-62.
Haasdijk, S, « The Lack of Uniformity in the Terminology of the International Law of Remedies » (1992) 5:2 Leiden J Int Law 245-263.
Hatamiya, Leslie T, « Institutional and Interest Groups. Understanding the Passage of the Japanese American Redress Bill » dans Roy L Brooks, dir, *When Sorry Isn't Enough: The Controversy Over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York, NYU Press, 1999 190.
Hazan, Pierre, « Les dilemmes de la justice transitionnelle » (2008) n° 53:1 Mouvements 41-47.
Henckaerts, Jean-Marie, « New rules for the protection of cultural property in armed conflict » (1999) 835 Int Rev Red Cross.

Hershkovitch, Corinne, « La restitution des biens culturels: Fondements juridiques, enjeux politiques et tendances actuelles » (2018) 39:1 Ethnologies 103-121.
Hicks, George, « The Comfort Women Redress Movement » dans Roy L Brooks, dir, *When Sorry Isn't Enough: The Controversy Over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York, NYU Press, 1999 113.
Higgins, Rosalyn, « Human Rights in the International Court of Justice » (2007) 20:4 Leiden J Int Law 745-752.
Hill, Emma C, Máiréad Nic Craith & Cristina Clopot, « At the Limits of Cultural Heritage Rights? The Glasgow Bajuni Campaign and the UK Immigration System: A Case Study » (2018) 25:1 Int J Cult Prop 35-58.
Hilling, Carol, « Le statut de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, reflet de l'évolution du système interaméricain de protection des droits de la personne » (1998) 11:1 Rev Québécoise Droit Int 47-80.
Hottin, Christian, « Du patrimoine immatériel dans les politiques patrimoniales » dans Marie Cornu, Jérôme Fromageau & Christian Hottin, dir, *Droit et patrimoine culturel immatériel*, Droit du patrimoine culturel et naturel, L'Harmattan, 2013 11.
Huneeust, Alexandra, « Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights » (2011) 44:3 Cornell Int Law J 493-533.
Hutchinson, Celeste, « Reparations for Historical Injustice: Can Cultural Appropriation as a Result of Residential Schools Provide Justification for Aboriginal Cultural Rights? » (2007) 70 Sask Rev 425.
Isakhan, Benjamin, « Heritage Under Fire: Lessons from Iraq for Cultural Property Protection » dans William Logan, Máiréad Nic Craith & Ullrich Kockel, dir, *A Companion to Heritage Studies*, Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA, Wiley-Blackwell, 2015 268.
Ito, Nobuo, *Intangible Cultural Heritage involved in Tangible Cultural Heritage*, Victoria Falls, Zimbabwe, 2003.
Jaccoud, Mylène, « Innovations pénales et justice réparatrice » (2007) Champ Pénal (Séminaire Innovations Pénales) .
———, « La portée réparatrice et réconciliatrice de la Commission de vérité et réconciliation du Canada » (2017) 46:2-3 Rech Amérindiennes Au Qué 155-163.
———, « Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada » (1999) 32:1 Criminologie 7.
Jacquart, Michèle, « La notion de crime contre l'Humanité en droit international contemporain et en droit canadien » (1990) 21:4 Rev Générale Droit 44.
Jacquier, Claude, « Qu'est-ce qu'une communauté ? En quoi cette notion peut-elle être utile aujourd'hui? » (2011) 2:2 Vie Soc 33-48.
James, Matt, « A Carnival of Truth? Knowledge, Ignorance and the Canadian Truth and Reconciliation Commission » (2012) 6:2 Int J Transitional Justice 182-204.

———, « Uncomfortable Comparisons : The Canadian Truth And Reconciliation Commission In International Context » (2010) 5:2 Ateliers L'éthique - Ethics Forum 25-35.

———, « Wrestling with the Past: Apologies, Quasi-Apologies, and Non-Apologies in Canada » dans Mark Gibney et al, dir, *The Age of Apology*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2009 137.

Jennifer Henderson & Pauline Wakeham, « Colonial Reckoning, National Reconciliation?: Aboriginal Peoples and the Culture of Redress in Canada » (2009) 35:1 ESC Engl Stud Can 1-26.

Jessup Newton, Nell, « Indian Claims for Reparations, Compensation, and Restitution in the United States Legal System » dans Roy L Brooks, dir, *When Sorry Isn't Enough: The Controversy Over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York, NYU Press, 1999 261.

Johnstone, Gerry, « Critical perspectives on restorative justice » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011.

Johnstone, Gerry & Daniel Van Ness, « The meaning of restorative justice » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 5.

Kdhir, Moncef, « La Cour internationale de justice et la culture » (2002) 114:1 Mélanges L'École Fr Rome Ital Méditerranée 321-342.

Kelsen, Hans, « Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals » (1943) 31:5 Calif Law Rev 530-571.

Kerchove, Michel van de, « Les fonctions de la sanction pénale: Entre droit et philosophie » (2005) 127:7 Inf Soc 22-31.

Kershnar, Stephen, « Are the Descendants of Slaves Owed Compensation for Slavery? » (1999) 16:1 J Appl Philos 95-101.

———, « The Inheritance-Based Claim to Reparations » (2002) 8:2 Leg Theory 243-267.

Khoury, Lara, « Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale » (2014) 59:4 McGill Law J 989-1014.

Kingston, Lindsey, « The Destruction of Identity: Cultural Genocide and Indigenous Peoples » (2015) 14:1 J Hum Rights 63-83.

Kozakaï, Toshiaki, « De la responsabilité collective : esquisse d'une théorie de la fiction sociale » (2008) Numéro 494:2 Bull Psychol 131-144.

Kreit, Alex, « Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton » (2008) 57:3 Am Univ Law Rev 585-639.

Kroeber, Alfred L & Clyde Kluckhohn, *Culture : a critical review of concepts and definitions*, Cambridge, Harvard, Peabody Museum of american archeology and ethnology, 1952.

Kukathas, Chandran, « Responsibility for past injustice: how to shift the burden » (2015) 2:2 Polit Philos Econ 165.
Kull, Andrew, « Restitution in Favor of Former Slaves » (2004) 84 BU Rev 1277.
Kurin, Richard, « Safeguarding Intangible Cultural Heritage in the 2003 UNESCO Convention: a critical appraisal » (2004) 56:1-2 Mus Int 66-77.
Labeau, Pierre-Christian, « Les droits ancestraux et les droits issus de traités des peuples autochtones: comment s'y retrouver ? » (2004) XVe Conférence Juristes LÉtat 331-343.
Labelle, Timothée & Jean-Nicholas Trudel, « Au cœur de la reconstruction ivoirienne : la réconciliation » (2012) 25:1 Rev Québécoise Droit Int 91-118.
Lacasse, Jean-Paul, « De l'extinction à la reconnaissance du titre aborigène » (2003) 33:2 Rev Générale Droit 319-331.
Lagarde, Paul, « La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l'UNESCO de 1970 et de la Convention d'UNIDROIT de 1995 » (2006) 11:1 Unif Law Rev - Rev Droit Unif 83-91.
Lalive d'Epinay, Pierre, « Une avancée du droit international: la Convention de Rome d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés » (1996) 1:1 Unif Law Rev 40-58.
Laloum, Jean, « La restitution des biens spoliés » (2002) 6:1 Cah Shoah 13-58.
Landa, Eva, « L'excision imposée, l'excision choisie et la haine de soi » (2018) 232:1 Coq-Heron 63-74.
Larson Sawin, Jennifer & Howard Zehr, « The ideas of engagement and empowerment » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 41.
Lawson, Brian, « Individual Complicity in Collective Wrongdoing » (2013) 16:2 Ethical Theory Moral Pract 227.
Le Moine, François, « Noli me tangere : Affiner le régime québécois d'immunité de saisie pour les objets culturels » (2020) 65:4 McGill Law J — Rev Droit McGill 625-669.
Leclerc, Jacques, *Algérie: données historiques*, Laval, Chaire pour le développement de la recherche sur la culture d'expression française en Amérique du Nord, 2019.
Lecomte, Jacques, « La justice restauratrice » dans Jacques Lecomte, dir, *Introduction à la psychologie positive*, Paris, Dunod, 2014 259.
Lefranc, Sandrine, « Le mouvement pour la justice restauratrice:"An idea whose time has come" » (2006) 2 Droit Société 393.
———, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? » (2008) 2:56 Droit Cult Rev Int Interdiscip 129.
Lemkin, Raphael, « Genocide - A Modern Crime » (1945) 4 Free World 39-43.
———, « Genocide as a Crime under International Law » (1947) 41:1 Am J Int Law 145-151.
Lempereur, Françoise, « Patrimoine culturel immatériel. Confessions d'un gestionnaire / Suggestions d'une pratiquante... » (2014) 12 Rabaska Rev Ethnol Am Fr 204-213.

Lenzerini, Federico, « Cultural Identity, Human Rights, and Repatriation of Cultural Heritage of Indigenous Peoples » (2016) 23:1 Brown J World Aff 127-142.

———, « Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples » (2011) 22:1 Eur J Int Law 101.

———, « Intentional Destruction of Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 75.

———, « Intentional Destruction of Heritage » dans *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 75.

———, « Suppressing and Remedying Offences against Culture » dans Ana Vrdoljak, dir, *The Cultural Dimension of Human Rights*, Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford, New York, Oxford University Press, 2014 240.

———, « The UNESCO Declaration Concerning the International Destruction of Cultural Heritage: One Step Forward and Two Steps Back » (2003) 13 Ital Yearb Int Law 131-146.

Lessard, Geneviève, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme: un levier utile de démocratisation dans les Amériques ? Le cas colombien* Université d'Ottawa, 2017) [unpublished].

Lévesque, Francis, « Le contrôle des chiens dans trois communautés du Nunavik au milieu du 20 siècle » (2010) 34:2 Études/Inuit/Studies 149.

Lewis, Geoffrey, « Les musées universels » (2004) 1 Nouv ICOM.

Lillteicher, Jürgen, « L'Allemagne de l'Ouest et la restitution des biens juifs en Europe » dans *Spoliations Restit Biens Juifs En Eur* Collection Mémoires Histoire 135, autrement éd, Paris, 2007 139.

Llewellyn, Jennifer J, « Dealing with the Legacy of Native Residential School Abuse in Canada: Litigation, ADR, and Restorative Justice » (2002) 52:3 Univ Tor Law J 253-300.

Llewellyn, Jennifer & Robert Howse, *La justice réparatrice ; Cadre de réflexion*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 1999.

Logan, William, « Closing Pandora's Box: Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection » dans Helaine Silverman & Fairchild Ruggles, dir, *Cultural Heritage and Human Rights*, New York, Springer-Verlag, 2007 33.

———, « Cultural diversity, cultural heritage and human rights: towards heritage management as human rights-based cultural practice » (2012) 18:3 Int J Herit Stud 231-244.

Luizard, Pierre-Jean, « L'Irak au défi de l'État islamique » dans Bertrand Badie & Dominique Vidal, dir, *Un Monde D'inégalités*, Paris, La Découverte, 2017 272.

Lyons, David, « The New Indian Claims and Original Rights to Land » (1977) 4:3 Soc Theory Pract 249.

———, « Unfinished Business: Racial Junctures in U.S. History and Their Legacy » dans Lukas H Meyer, dir, *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004 271.

Luck, Edward C, *Cultural Genocide and the Protection of Cultural Heritage*, Los Angeles, J. Paul Getty Trust, 2018.

Mabou, Gynette Tomeba, *La réparation devant les juridictions judiciaires internationales* Université de Strasbourg, 2017) [unpublished].

Magarrell, Lisa, *Les réparations en théorie et en pratique*, New York, International Center for Transitional Justice.

Mainetti, Vittorio, « De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé: l'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 » (2004) 86:854 Rev Int Croix-Rouge 337-366.

———, « Diversité culturelle et droit international » dans Patrick Suter *et al*, dir, *Regards sur l'interculturalité. Un parcours interdisciplinaire*, Genève, MētisPresses, 2016 139.

———, « Existe-t-il des crimes contre la culture ? La protection des biens culturels et l'émergence de la responsabilité pénale internationale de l'individu » dans *Festschr Für Kurt Siehr Zum 75 Geburtstag Aus Dem Kreise Doktoranden- Habilitandenseminars „Kunst Recht"* Schriften zum Kunst- und Kulturrecht 8, 1. aufl éd, Baden-Baden, Nomos [u.a.], 2010 251.

———, « La Cour pénale internationale face à la destruction du patrimoine culturel: Réflexions à propos de l'Affaire al-Mahdi » 39:1 Ethnologies 213-236.

Mair, Lucy, « Ethnocide » (1975) 7 R Anthropol Inst G B Irel 4-5.

Mako, Shamiran, « Cultural Genocide and Key International Instruments: Framing the Indigenous Experience » (2012) 19:2 Int J Minor Group Rights 175-194.

Mallam, Andrew J, *Reparations for cultural loss to survivors of Indian Residential Schools* Université d'Ottawa, 2012) [unpublished].

Maltais-Landry, Aude, « Un territoire de cent pas de côté : récits de la création d'une réserve indienne en territoire innu au milieu du XX siècle » (2015) 69:1-2 Rev Hist Am Fr 19.

Manhart, Christian, « The Intentional Destruction of Heritage: Bamiyan and Timbuktu » dans William Logan, Máiréad Nic Craith & Ullrich Kockel, dir, *A Companion to Heritage Studies*, Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA, Wiley-Blackwell, 2015 280.

Margalit, Avishai & Joseph Raz, « National Self-determination »: (1990) 87:9 J Philos 439.

May, Larry, « Collective Inaction and Shared Responsibility » (1990) 24:2 Noûs 269.

McCann, Anthony, *Critique of the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore*, Washington, Center for Folklife and Cultural Heritage Smithsonian Institution, 1999.

McCold, Paul, « Restorative Justice and the Role of Community » dans Burt Galaway & Joe Hudson, dir, *Restorative Justice International Perspectives*, Lynne Rienner Publishers, 1996.

McNab, David, « Herman Merivale and Colonial Office Indian Policy in the Mid-nineteenth Century » (1981) 1:2 Can J Native Stud 277-302.

Mégret, Frédéric, « Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international » (2013) 71:2 Rev Interdiscip Détudes Jurid 83-136.

———, « Les victimes devant la Cour pénale internationale : Un nouveau modèle de justice pénale? - Recueil des recherches sur les victimes d'actes criminels, no 5 », (mai 2012).

———, *Of Shrines, Memorials and Museums: Using the International Criminal Court's Victim Reparation and Assistance Regime to Promote Transitional Justice*, SSRN, 2009.

Meron, Theodor, « The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia » (2005) 57:4 Mus Int 41-60.

Meyer, Lukas, « Historical Injustice and the Right of Return » (2004) 5 Theor Inq Law 305.

———, « Obligations persistantes et réparation symbolique » (2003) 101:1 Rev Philos Louvain 105-122.

Meyer, Mireille, « Vers la notion de "cultures régionales" (1789-1871) » (2003) 33:3 Ethnol Fr 409-416.

Meyer-Bisch, Patrice, « Analyse des droits culturels » (2008) 7 Droits Fondam 1-35.

———, « Les droits culturels. Enfin sur le devant de la scène ? » (2008) 33 Obs Polit Cult 9-13.

Miers, David, « Victim Compensation as a Labelling Process » (1980) 5:1 Victimology 3-16.

Miller, David, « In Defence of Nationality » (1993) 10:1 J Appl Philos 3.

Mitchell, Terry L & Dawn T Maracle, « Healing the Generations: Post-Traumatic Stress and the Health Status of Aboriginal Populations in Canada » (2005) J Aborig Health 14-23.

Morin, Michel, « Les insuffisances d'une analyse purement historique des droits des peuples autochtones » (2003) 57:2 Rev Hist Am Fr 237-254.

Morris, Allison & Warren Young, « Reforming criminal justice: the potential of restorative justice » dans Heather Strang & John Braithwaite, dir, *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, 1st éd, Londres, Routledge, 2001 11.

Morsink, Johannes, « Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights » (1999) 21 Hum Rights Q 1009-1060.

Mottet, Carole & Christian Pout, « La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable » (2009) Actes Conférence Tenue À Yaoundé 17 Au 19 Novembre 2009 « Justice Transitionnelle Une Voie Vers Réconciliation Constr D'une Paix Durable ».

Mulligan, Steve, « From retribution to repair: Juvenile justice and the history of restorative justice » (2009) 31 U Verne Rev 139.
Nafzinger, James A R, « The Responsibilities to Protect Cultural Heritage and Prevent Cultural Genocide » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 121.
Nagy, Rosemary L, « The Scope and Bounds of Transitional Justice and the Canadian Truth and Reconciliation Commission » (2013) 7:1 Int J Transitional Justice 52-73.
Négri, Vincent, « L'évolution des politiques d'inventaire au miroir du droit européen » (2014) 2:45 Obs Polit Cult 56-59.
Ngombo, Yannick Miteo & Grâce Muzinga Manzanza, « L'arrêt Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali en procès » (2020) 4 Annu Afr Droits L'homme 457-475.
Niezen, Ronald, « Culture and the Judiciary: The Meaning of the Culture Concept as a Source of Aboriginal Rights in Canada » (2003) 18:2 Can J Law Soc Rev Can Droit Société 1-26.
Novara, Antoinette, « Cultura : Cicéron et l'origine de la métaphore latine » (1986) 1:1 Bull Assoc Guillaume Budé 51-66.
Novic, Elisa, « Remedies » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 642.
Ogletree, Charles J, « The Current Reparations Debate » (2003) 36:5 UC Davis Rev 1051.
O'Keefe, Roger, « Cultural Heritage and International Humanitarian Law » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 43.
———, « The "Right to Take Part in Cultural Life" Under Article 15 of the ICESCR » (1998) 47 Int Comp Law Q 904-923.
———, « World Cultural Heritage: Obligations to the International Community as a Whole » (2004) 53 Int Comp Law Q 189-209.
Otis, Ghislain, « Identitarisme, droits ancestraux et néocolonialisme : le système de la Cour suprême » (2011) 41:1 Rech Amérindiennes Au Qué 115-118.
———, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » (2010) 39:1-2 Rech Amérindiennes Au Qué 99-108.
Oxaal, Zoe, « Removing That Which Was Indian from the Plaintiff: Tort Recovery for Loss of Culture and Language in Residential Schools Litigation » (2005) 68 Sask Rev 367.
Palumbo, Gaetano, « The State of Iraq's Cultural Heritage in the Aftermath of the 2003 War » (2005) 12:1 Brown J World Aff 225-238.

Panayotopoulos, Jeanne-Marie, *L'émergence de l'intérêt général à la protection du patrimoine culturel en Droit international* EuropeanUniversityInstitute, 2015) [unpublished].
Partridge, Ernest, « Posthumous Interests and Posthumous Respect » (1981) 91:2 Ethics 243.
Paterson, Robert K, « The Protection of Cultural Property in Internal Law » (1997) 6:2 Int J Cult Prop 267-277.
Patton, Paul, « Colonization and Historical Injustice. The Australian Experience » dans Lukas H Meyer, dir, *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004 159.
———, « Historic Injustice and the Possibility of Supersession » (2005) 26:3 J Intercult Stud 255.
Pavia, Marie-Luce, « La place de la victime devant les tribunaux pénaux internationaux » (2002) 24:1 Arch Polit Criminelle 61-79.
Pavoni, Riccardo, « Cultural Heritage and State Immunity » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 551.
Pelloux, Robert, « L'arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme dans l'affaire De Becker » (1962) 8:1 Annu Fr Droit Int 330-346.
Perrot, Xavier, *La restitution internationale des biens culturels aux XIX e et XX e siècles. Espace d'origine, intégrité et droit* (Thèse doctorale, Université de limoges, 2005) [unpublished].
Peters, Robert, « "Remedying Historical Injustice": Ethical and Historical Considerations in Returning Cultural Materials » dans Silvia Borelli & Federico Lenzerini, dir, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Leiden ; Boston, Brill - Nijhoff, 2012 141.
Phuong, Catherine, « The Protection of Iraqi Cultural Property » (2004) 53:4 Int Comp Law Q 985-998.
Pierré-Caps, Stéphane, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international » (2014) 32:1 Civ Eur 5-20.
Planche, Edouard, « Le point de départ, la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels » (2015) 20:4 Unif Law Rev - Rev Droit Unif 516-523.
Platz, Jeppe von & David A Reidy, « The Structural Diversity of Historical Injustices » (2006) 37:3 J Soc Philos 360-376.
Pocius, Gerald L, « The Government of Canada and Intangible Cultural Heritage: An Excursion into Federal Domestic Policies and the UNESCO Intangible Cultural Heritage Convention » (2014) 36:1-2 Ethnologies 63-92.

Polymenopoulou, Eleni, « Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice » (2014) 27:2 Leiden J Int Law 447-464.
Portier, Julien, « La notion d'arbitraire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » (2016) N° 3:3 Cah Justice 521-531.
Posner, Eric A & Alan O Sykes, « Efficient Breach of International Law: Optimal Remedies, 'Legalized Noncompliance,' and Related Issues » (2011) John M. Olin. Law&Economics Working Paper No. 546 (2d series) SSRN Electron J 55.
Posner, Eric A & Adrian Vermeule, « Reparations for Slavery and Other Historical Injustices » (2003) 103:3 Columbia Law Rev 689.
Pranis, Kay, « Restorative Values » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 59.
Pratt, Valéry & Jorge Enrique Vinuales, « Rétroactivité et non-rétroactivité en droit international. Essai de clarification conceptuelle à partir de l'expérience du Procès de Nuremberg » (2013) 59:1 Annu Fr Droit Int 327-358.
Prott, Lyndel V & Patrick J O'Keefe, « 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property'? » (1992) 1:2 Int J Cult Prop 307-320.
Rabinbach, Anson, « Raphaël Lemkin et le concept de génocide » (2008) 2:189 Rev Hist Shoah 511-554.
Ralby, Ian M, « Prosecuting Cultural Property Crimes in Iraq » (2005) 37:1 Georget J Int Law 165-192.
Rau, Isabelle, *Perte d'une identité: L'éthnocide des aborigènes* (Mémoire, Institut d'Études Politiques de Lyon, 2005) [unpublished].
Raye, Barbara E & Ann Warner Roberts, « Restorative processes » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 211.
Redfield, Robert, Ralph Linton & Melville J Herskovits, « Memorandum for the Study of Acculturation » (1936) 38:1 Am Anthropol 149-152.
Redmond-Cooper, Ruth, « Limitation of Actions in Art and Antiquity Claims: Part II » (2000) 5:2 Art Antiq Law 185-208.
Renold, Marc-André, « International Dispute Resolution Mechanisms » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 665.
Retzinger, Suzanne & Thomas Scheff, « Strategy for Community Conferences: Emotions and Social Bonds » dans Burt Galaway & Joe Hudson, dir, *Restorative Justice International Perspectives*, Lynne Rienner Publishers, 1996 315.
Roberts, Rodney C, « The Counterfactual Conception of Compensation » (2006) 37:3-4 Metaphilosophy 414-428.
Robinson, Darryl, « Defining "Crimes againt Humanity" at the Rome Conference » (1999) 93:1 Am J Int Law 43-57.

Rosoux, Valérie & Aggée Shyaka Mugabe, « Le cas des gacaca au Rwanda. Jusqu'où négocier la réconciliation ? » (2008) 9:1 Negociations 29-40.
Rousseau, Phillip, « Sur les ondes transculturelles. La diversité (des expressions) culturelle(s) selon l'UNESCO » (2018) 30-31 Intermédialités s.p.
Roussel, Jean-François, « La Commission de vérité et réconciliation du Canada sur les pensionnats autochtones. Bilan et prospective » (2015) 23:2 Théologiques 31-58.
Sacerdote, Bruce, *Slavery and the Intergenerational Transmission of Human Capital*, Dartmouth College and NBER, 2002.
Sambo Dorough, Dalee & Siegfried Wiessner, « Indigenous People and Cultural Heritage » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 407.
Sanderson, Douglas, « Against Supersession » (2011) 24 Can J Jurisprud 155.
Sandholtz, Wayne, « Plunder, Restitution, and International Law » (2010) 17:2 Int J Cult Prop 147-176.
Sandoval Villalba, Clara, *La réadaptation comme forme de réparation en vertu du droit international*, Londres, REDRESS, 2009.
Sautman, Barry, « Cultural genocide and Tibet » (2003) 38:173 Tex Int Law J 173-247.
Schedler, George, « Responsibility for an Estimation of the Damages of American Slavery » (2003) U Mem Rev 307.
Schiff, Mara, « Satisfying the Needs and Interests of Stakeholders » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 228.
Schmid, Evelyne & Aoife Nolan, « 'Do No Harm'? Exploring the Scope of Economic and Social Rights in Transitional Justice » (2014) 8 Int J Transitional Justice 362-382.
Schrecker, Cherry, « Le concept de communauté dans la sociologie anglo-saxonne » (2007) 150 Diversité.
Sepinwall, Amy J, « Responsibility for Historical Injustices; Reconceiving the Case for Reparations » (2006) 22 J Law Polit 183.
Sharpe, Susan, « The Idea of Reparation » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011 24.
Shelton, Dinah, « Reparations for Indigenous Peoples : The Present Value of Past Wrongs » dans Federico Lenzerini, dir, *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008 47.
Sher, George, « Ancient Wrongs and Modern Rights » (1981) 10:1 Philos Public Aff 3.
———, « Transgenerational Compensation » (2005) 33:2 Philos Public Aff 181.
Shyllon, Folarin, « Grasping the Nettle of Illicit Export, Import, and Transfert of Ownership of Cultural Objects » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 227.

Siehr, Kurt, « The Role of Domestic Courts » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 687.

SilverMoon, *Fray Bernardino de Sahagun and the Nahua : conflicting interests intertwined* Montana State University, 1999) [unpublished].

Singer, Priscilla, « The New American Approach to Cultural Heritage Protection: GrantingForeign Aid for Iraqi Cultural Heritage » (2011) 11 Chic-Kent J Int Comp Law 1-38.

Snyder, Robert, Daniel R Williams & George Peterson, « Culture loss and sense of place in resource valuation: Economics, anthropology and indigenous cultures » dans Svein Jentoft, Henry Minde & Ragnar Nilsen, dir, *Indigenous Peoples. Resource Management and Global Rights*, Chicago, University of Chicago Press, 2003 107.

Sparrow, Robert, « History and collective responsibility » (2000) 78:3 Australas J Philos 346-359.

Stamatopoulou, Elsa, « Monitoring Cultural Human Rights: The Claims of Culture on Human Rights and the Response of Cultural Rights » (2012) 34:4 Hum Rights Q 1170-1192.

Stamm, B Hudnall et al, « Considering a Theory of Cultural Trauma and Loss » (2004) 9:1 J Loss Trauma 89-111.

Stanton, Kim, « Canada's Truth and Reconciliation Commission: Settling the Past? » (2011) 2:3 Int Indig Policy J 1-18.

Stone, Peter, « Human rights and cultural property protection in times of conflict » (2012) 18:3 Int J Herit Stud 271-284.

Stovel, Laura & Marta Valinas, *Restorative Justice after Mass Violence: Opportunities and Risks for Children and Youth*, Florence, UNICEF Innocenti Research Centre, 2010.

Strimelle, Véronique, « La justice restaurative : une innovation du pénal ? » (2007) Champ PénalPenal Field (Séminaire Innovations Pénales).

Tardif, Éric, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme: particularités, percées et défis » (2014) 6 Rev Droits L'homme Rev Cent Rech D'études Sur Droits Fondam.

Taylor, Joel, « Intergenerational justice: a useful perspective for heritage conservation » (2013) HS 2013 CeROArt.

Teske, Raymond H C & Bardin H Nelson, « Acculturation and assimilation: a clarification » (1974) 1:2 Am Ethnol 351-367.

Thake, Ann Marie, « The Intentional Destruction of Cultural Heritage as a Genocidal Act and a Crime Against Humanity » (2018) 10:5 ESIL Conf Pap Ser 1-26.

Thompson, Benjamin, *Reparations for Historical Social Injustice* (Master, McGill University, 2009) [unpublished].

Thompson, Janna, « Apology, historical obligations and the ethics of memory » (2009) 2:2 Mem Stud 195.

———, « Collective Responsibility for Historic Injustices » (2006) 30:1 Midwest Stud Philos 154.

———, « Historical Injustice and Reparation: Justifying Claims of Descendants » (2001) 112:1 Ethics 114.

Tomuschat, Christian, « Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations » (2002) 10 Tulane J Int Comp Law 157-184.

Torpey, John, « "Making Whole What Has Been Smashed": Reflections on Reparations » (2001) 73:2 J Mod Hist 333-358.

Tremblay, Guy, « Les situations d'urgence qui permettent en droit international de suspendre les droits de l'homme » (1977) 18:1 Cah Droit 3.

Trudel, Pierre, « Médias et autochtones. Pour une information équilibrée et dépourvue de préjugés » (2004) 12:3 Bull Hist Polit 145-167.

Tsosie, Rebecca, « Acknowledging the past to heal the future: The role of reparations for native nations » dans Jon Miller, dir, *Reparations: Interdisciplinary Inquiries*, Oxford University Press, 2007 43.

Turhalli, Zeynep, « Le droit au patrimoine culturel face aux révolutions » (2014) 6 Rev Droits L'homme 1-16.

Umbreit, Mark S, « Holding juvenile offenders accountable: A restorative justice perspective » (1995) 46:2 Juv Fam Court J 31.

Umbreit, Mark S, Robert B Coates & Betty Vos, « Victim-offender mediation: Three decades of practice and research » (2004) 22:1-2 Confl Resolut Q 279.

Urbinati, Sabrina, « The Role for Communities, Groups and Individuals under the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage » dans Silvia Borelli & Federico Lenzerini, dir, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Leiden ; Boston, Brill - Nijhoff, 2012 201.

Vadi, Valentina, « Cultural Heritage in International Investment Law » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 483.

Vallance, Neil, « The Misuse of "Culture" by the Supreme Court of Canada » dans Avigail Eisenberg, dir, *Diversity and Equality - The Changing Framework of Freedom in Canada*, Law ad Society, Vancouver, UBC Press, 2006 97.

Van Camp, Tinneke & Jo-Anne Wemmers, « La justice réparatrice et les crimes graves » (2011) 44:2 Criminologie 171.

Van Uytsel, Steven, « Philosophies Behind the Intangible Cultural Heritage Convention: Equality in Heritage Protection, Community Recognition and Cultural Diversity » (2012) SSRN Electron J 1-23.

Vaurs-Chaumette, Anne-Laure, *Le droit à réparation des victimes de crimes de droit international, responsabilité de protéger et droit international pénal*, Centre de droit international de Nanterre, 2007.

Vernier, Melissa, « Réappropriation du patrimoine autochtone : défis et nouvelles pratiques muséales et archivistiques » (2016) 11:2 Partnersh Can J Libr Inf Pract Res.

Vézina, Nathalie, « Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (1993) 24:1 Rev Droit Univ Sherbrooke 161-180.

Vigni, Patrizia, « Cultural Heritage and State Responsibility » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 605.

Vincent, Julie, « Le droit à la réparation des victimes en droit pénal international : utopie ou réalité ? » (2010) 44:2 Rev Jurid Thémis 84-104.

Vinsonneau, Geneviève, « Le développement des notions de culture et d'identité: un itinéraire ambigu » (2002) 2 Carrefours Léducation 2-20.

———, « Particularismes culturels: Éducation à l'universel » (2005) 83:1 Connexions 33.

Vlassis, Antonios, « La mise en oeuvre de la Convention sur la diversité des expressions culturelles: Portée et enjeux de l'interface entre le commerce et la culture » (2012) 42:4 Études Int 493-510.

Vrdoljak, Ana Filipa, « Cultural Heritage, Transitional Justice and Rule of Law » dans Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak, dir, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford Handbooks, Oxford, New York, Oxford University Press, 2020 169.

———, « Reparations for Cultural Loss » dans *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008 197.

Waldron, Jeremy, « Redressing Historic Injustice » (2002) 52 U Tor LJ 135.

———, « Redressing Historical Injustice » dans Lukas H Meyer, dir, *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004 55.

———, « Superseding Historic Injustice » (1992) 103:1 Ethics 4.

Walgrave, Lode, « Integrating criminal justice and restorative justice » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011.

———, « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme » (1999) 32:1 Criminologie 7.

———, « Restorative justice and the republican theory of criminal justice: an exercise in normative theorizing on restorative justice » dans John Braithwaite & Heather Strang, dir, *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, 1st éd, Londres, Routledge, 2001 165.

Walker, Margaret Urban, « Restorative Justice and Reparations » (2006) 37:3 J Soc Philos 377.

Walker, Peter, « Repairing the breach: a personal motivation » dans Jonathan Burnside & Nicola Baker, dir, *Relational justice: repairing the breach*, Winchester, England, Waterside Press, 1994 147.
Walleyn, Luc, « La Cour pénale internationale, une juridiction pour les victimes ? » (2011) 44:2 Criminologie 43-61.
———, « Victimes et témoins de crimes internationaux: du droit à une protection au droit à la parole » (2002) 84:845 Rev Int Croix-Rouge 51-78.
Weiss, Edith B, « In Fairness To Future Generations and Sustainable Development » (1992) 8:1 Am Univ Int Law Rev 19.
Wiessner, Siegfried, « The Cultural Rights of Indigenous Peoples:Achievements and Continuing Challenges » (2011) 22:1 Eur J Int Law 121-140.
Woolford, Andrew, « The healing State? Residential schools and reparations in Canada » dans Jo-Anne Wemmers, dir, *Reparation for Victims of Crimes against Humanity: The healing role of reparation*, Londres, New York, Routledge, 2014 126.
Yamamoto, Eric K, « Racial Reparations: Japanese American Redress and African American Claims » (1998) 40 BC Rev 477.
Yupsanis, Athanasios, « The Meaning of 'Culture' in Article 15 (1)(a) of the ICESCR. Positive Aspects of CESCR's General Comment No. 21 for the Safeguarding of Minority Cultures » (2012) 55 Ger Yearb Int Law 345-383.
Zermatten, Jean, « La prise en charge des mineurs délinquants : quelques éclairages à partir des grands textes internationaux et d'exemples européens » (2004) 34:1 RDUS 3.
Zernova, Margarita & Martin Wright, « Alternative Visions of Restorative Justice » dans Gerry Johnstone & Daniel Van Ness, dir, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton ; Portland, Willan, 2011.
Zibi, Kitigan, « These schools are our schools », *The Economist* (2013), en ligne: <https://www.economist.com/the-americas/2013/10/19/these-schools-are-our-schools>.
Zwarthoed, Danielle, « La justice intergénérationnelle » dans *Philos Économique Un État Lieux*, Collection « E-conomiques » Paris, Éditions matériologiques, 2017.
« Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2018) » (2018) Assoc Cours Const Francoph, en ligne: <https://accf-francophonie.org/chronique-de-jurisprudence-de-la-cour-africaine-des-droits-de-lhomme-et-des-peuples-2018/>.
« Declaration of Leuven » (1997) 5:4 Eur J Crim Policy Res 118-122.

d. Publications et rapports officiels

i. Internationaux

Charte d'Athènes pour la Restauration des Monuments Historiques, Athènes, International Council on Monuments and Sites, 1931.

Charte internationale sur la conservation et la restauration des monuments et des sites, Venise, International Council on Monuments and Sites, 1965.
Code de déontologie de l'ICOM pour les musées, Paris, ICOM, 2017.
Comité international de la Croix-Rouge, « Acte final de la Conférence de La Haye, 1899 ».
Declaration of San José, San José, Réunion d'experts sur l'ethno-développement et l'ethnocide en Amérique Latine, 1981.
Déclaration d'Istanbul, Istanbul, IIIe Table ronde des ministres de la culture « Le patrimoine culturel immatériel, miroir de la diversité culturelle », 2002.
Henckaerts, Jean-Marie & Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier : Tome 1, Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
Les droits culturels. Déclaration de Fribourg, Fribourg, 2007.
UNESCO & Innocenti Research Centre, *Enfants et commissions vérité*, Florence, UNICEF Centre de recherche Innocenti, 2011.
Human Rights Watch, « Chine : Répression accrue au Tibet liée à la campagne 'Maintien de la stabilité' », (mai 2016), en ligne: *Hum Rights Watch* <https://www.hrw.org/fr/news/2016/05/22/chine-repression-accrue-au-tibet-liee-la-campagne-maintien-de-la-stabilite>.
Institut de Droit international, « De la sanction pénale à donner à la Convention de Genève. Rapport présenté au nom de la Commission par MM. G. Moynier et Ed. Engelhardt » dans *Annu Inst Droit Int*, Paris, Pedone, 1895.
———, *Le problème intertemporel en droit international public*, Wiesbaden, Institut de Droit international, 1975.
International Center for Transitional Justice, *Truth Commissions*, New-York, International Center for Transitional Justice, 2008.
———, « What are Truth Commissions? » dans Eduardo González & Howard Varney, dir, *Truth Seek Elem Creat Eff Truth Comm*, New York, International Center for Transitional Justice, 2013.
International Commission of Jurists, *The Right to a Remedy and Reparation for Gross Human Rights Violations. A Practitioners' Guide*, by International Commission of Jurists, Genève, International Commission of Jurists, 2018.
Ladisch, Virginie, « In Reintegration Programs, Seeing Former Child Soldiers as More Than Just Victims | ICTJ », (2013), en ligne: *Int Cent Transitional Justice* <https://www.ictj.org/news/more-than-just-victims>.
Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Bruxelles, 1874.
« Reparations », (2011), en ligne: *Int Cent Transitional Justice* <https://www.ictj.org/our-work/transitional-justice-issues/reparations>.
« Truth Commissions », (2012), en ligne: *Int Cent Transitional Justice* <https://www.ictj.org/gallery-items/truth-commissions>.

ii. Nationaux

Agoguet, Delphine et al, *La Justice restaurative; Rapport du groupe de travail*, by Delphine Agoguet et al, Paris, Conseil national de l'aide aux victimes, 2007.

Assemblée des Premières Nations, *Introduction à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, by Assemblée des Premières Nations, Ottawa, 2017.

Assembly of First Nations, *Report on Canada's Dispute Resolution Plan to Compensate for Abuses in Indian Residential Schools*, by Assembly of First Nations, 2004.

Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir. Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, by Commission de vérité et réconciliation du Canada, Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015.

Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Ils sont venus pour les enfants : le Canada, les peuples autochtones et les pensionnats*, Winnipeg, Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2012.

———, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ; Appel à l'action*, Montreal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2016.

———, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ; Les séquelles*, Montreal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2016.

———, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ; Les survivants s'expriment*, Montreal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2016.

———, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ; L'histoire, de 1939 à 2000*, Montreal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2016.

———, *Pensionnats du Canada: rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ; L'histoire, des origines à 1939*, Montreal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2016.

Commission du droit du Canada, *La dignité retrouvée. La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens*, by Commission du droit du Canada, Commission du droit du Canada, 2000.

Commission internationale de juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels : Étude comparative d'expériences en matière de justiciabilité*, Genève, 2010.

Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, 1996.

———, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones ; Un passé, un avenir*, Ottawa, 1996.

———, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones. Vers un ressourcement*, Ottawa, 1996.
Conseil de l'Association du Barreau canadien, *Portée du mécanisme de résolution des conflits relatifs aux Écoles résidentielles*, Résolution 04-08-A, Winnipeg, 2004.
Croteau, Jean-Jacques, *Final Report of the Honorable Jean-Jacques Croteau, Retired Judge of the Superior Court, Regarding the Allegations Concerning the Slaughter of Inuit Sled Dogs in Nunavik (1950 – 1970)*, Montréal, Gouvernement du Québec, 2010.
Cuvilliers, Vincent, *Le « triage » de la population 1/2 : l'attribution de cartes A-B-C et D aux habitants de la région*, Les Alsaciens Paix sur le Rhin ? 7, Strasbourg, Conseil départemental du Bas-Rhin, s.d.
Judging a Dictator: The Trial of Guatemala's Ríos Montt, Open Society Justice Initiative, 2013.
Kimelman, Edwin, *No quiet place ; Manitoba: Review Committee on Indian and Metis Adoptions and Placements.*, Winnipeg, Manitoba Community Services, 1985.
Politique des Musées de la civilisation à l'égard des peuples autochtones, Québec, Musées de la civilisation, 2015.
Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Transcriptions of Public Hearings and Round Table Discussions, 1992-1993*, by Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1992.
Sarr, Felwine & Bénédicte Savoy, *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain. Vers une nouvelle éthique relationnelle*, N°2018-26, Paris, 2018.
Settlement Agreement between Her Majesty the Queen in right of Canada and The Presbyterian Church in Canada, 2003.
Trudeau, Justin, « Déclaration du premier ministre à l'occasion de la présentation du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation », (décembre 2015).
« Annonce du lancement de la procédure de restitution du G. Klimt, "Rosiers sous les arbres" (Inv. RF 1980-195), conservé au musée d'Orsay », (2021), en ligne: <https://www.culture.gouv.fr/Presse/Communiques-de-presse/Annonce-du-lancement-de-la-procedure-de-restitution-du-G.-Klimt-Rosiers-sous-les-arbres-Inv.-RF-1980-195-conserve-au-musee-d-Orsay>.
« IRSRC - About the Program - Frequently Asked Questions », (27 janvier 2003), en ligne: <https://web.archive.org/web/20030127171123/http://www.irsr-rqpi.gc.ca/english/questions.html#18>.

e. Articles de presse et pages internet

Agence France-Presse, « Le pape exprime sa « douleur » sans s'excuser pour les pensionnats autochtones », *Le Devoir* (2021).
Amnesty International, « Corée du Sud. Poursuites contre le gouvernement japonais : une dernière chance de justice pour les "femmes de réconfort" », (2020).

André-Grégoire, Marie-Claude, « Chronique juridique : la difficile conquête des droits autochtones devant les tribunaux », *Radio-Can* (2017).
Autran, Frédéric, « Iran : frapper des 'sites culturels', la menace (in)digne de Trump », *Libération* (6 janvier 2020).
« ArThemis », en ligne: *Cent Droit Art Univ Genève* <https://plone.unige.ch/art-adr>.
Ayad, Christophe, « Enquête sur l'étrange pillage du musée de Bagdad », *Libération.fr* (avril 2003).
Azimi, Roxana, « Les musées grecs, victimes collatérales de la crise », *Le Monde* (juillet 2015).
Baillargeon, Stéphane, « Le pillage du musée archéologique de Bagdad - Les critiques fusent contre Washington », *Le Devoir* (avril 2003).
Barnsley, Paul, « ADR process launched » (2003) 21:3 Wind Publ, en ligne: <https://ammsa.com/publications/windspeaker/adr-process-launched>.
Barrak, Anissa, « Ahmad Al Faqi Al Mahdi : « Je plaide coupable » », *Courr UNESCO* (2017).
Barrera, Jorge, « Ottawa says it's not liable for cultural damage caused by Kamloops residential school: court documents », (2021), en ligne: *CBC* <https://www.cbc.ca/news/indigenous/reparations-residential-school-1.6050501>.
Bérubé, Nicolas, « Découverte de sépultures anonymes. « Le nombre de dépouilles trouvées est effarant » », *La Presse* (2021).