



**L'identité culturelle à l'épreuve du droit international des
droits de l'homme**
(Julie Ringelheim)

CRIDHO Working Paper 2010/3



Université catholique de Louvain
Faculté de droit
Centre de philosophie du droit
Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme
www.cpdr.ucl.ac.be/cridho

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, Institut extra-facultaire de l'Université catholique de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers
Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être
publiée, sous quelque forme que ce soit,
sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), an extra-department Institute of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers
All rights reserved

No part of this paper may be reproduced
in any form
without consent of the author

L'identité culturelle à l'épreuve du droit international des droits de l'homme*

Julie Ringelheim**

« A cette insignifiante contradiction s'accroche le sentiment ténu, mais insistant, insidieux, incontournable, d'être quelque part étranger par rapport à quelque chose de moi-même, d'être « différent », mais non pas tellement différent des « autres » que différent des miens Quelque chose qui était à eux, qui faisait qu'ils étaient eux, leur histoire, leur culture, leur croyance, leur espoir, ne m'a pas été transmis... ».

Georges Perec, Ellis Island, Description d'un projet.

Introduction

La question de la protection des groupes culturels minoritaires connaît, depuis les années 1990, une montée en force dans le droit international des droits de l'homme. La chute des régimes communistes en Europe centrale et orientale et les bouleversements politiques qu'elle a entraînés, ont conduit, on le sait, à une véritable renaissance du droit international des minorités¹, débouchant notamment sur l'adoption en 1995 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales dans le cadre du Conseil de l'Europe². Au sein de l'Union européenne, l'année 2000 a été marquée par l'adoption de la première directive interdisant la discrimination ethnique et raciale³ - directive que tous les Etats membres ont désormais dû transposer dans leur droit interne. Enfin, la Déclaration sur les droits des peuples autochtones, en discussion depuis 1985, a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 septembre 2007⁴.

Conséquence inattendue de ces développements : on observe une multiplication des situations dans lesquelles des acteurs juridiques, qu'il s'agisse d'une administration, d'un tribunal national ou international ou d'un Comité d'experts d'une organisation inter-gouvernementale, sont appelés à trancher des contestations portant sur l'identité d'un groupe ou d'un individu. Paradoxalement, il apparaît que plus l'Etat reconnaît aux individus des droits destinés à leur

* Une version modifiée de ce texte paraîtra dans M.-C. Foblets et N. Yasari, *International Law and Cultural Diversity*, The Hague Academy of International Law Publications, 2010.

** Chargée de recherches au FNRS, Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain (UCL) et chargée de cours à l'UCL.

¹ Voy. not. T. Malloy, *National Minority Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; K. Henrard, *Devising an Adequate System of Minority Protection – Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2000 ; N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, P.U.F., 1996.

² Ouverte à la signature, cette Convention (STCE n°157) est entrée en vigueur en 1998. Autre signe de la résurgence du droit des minorités, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait en 1992 la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, linguistiques ou religieuses (Résolution 47/135 du 18 décembre 1992). La même année, la Charte européenne des langues régionales et minoritaires (STCE n°148) était ouverte à la signature dans le cadre du Conseil de l'Europe. Elle est entrée en vigueur en 1998.

³ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*J.O.* n°L 180 du 19/07/2000, pp. 22-26). Cette directive interdit la discrimination ethnique et raciale dans l'emploi mais aussi dans l'éducation et l'accès aux biens et services, y compris le logement. La même année, fut également adoptée la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O.* n° L 303 du 02/12/2000). Celle-ci interdit la discrimination dans le domaine de l'emploi, à raison notamment de la religion.

⁴ Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée à une majorité de 143 Etats. 4 Etats ont voté contre cette résolution et 11 se sont abstenus.

garantir la liberté de préserver une identité culturelle, plus il risque d'être amené à devoir porter un jugement, et donc à exercer un contrôle, sur l'identité d'un groupe ou d'un individu, dans la mesure où celle-ci conditionne le bénéfice des droits ou prérogatives en cause. Songeons au cas d'un Etat qui permet aux partis politiques représentant des minorités nationales d'être exemptés de l'exigence d'obtenir au moins 5 % des voix pour être représentés au Parlement. Il pourrait légitimement entendre vérifier si le groupe qu'un parti politique prétend représenter constitue bien une « minorité nationale »⁵. De même, lorsque, pour protéger une activité économique traditionnelle pratiquée par une population autochtone, comme l'élevage de rennes en Suède, un Etat limite le droit d'exercer cette activité aux membres de cette communauté, la question de savoir comment déterminer si un individu appartient à la collectivité visée se pose inévitablement un jour ou l'autre. Un problème similaire peut surgir lorsque, pour remédier à la discrimination structurelle dont souffre un groupe culturel ou ethnique, les autorités décident d'accorder temporairement aux membres de ce groupe un traitement préférentiel, par exemple, dans les processus de recrutement. Plus généralement, dans le cadre des politiques antidiscriminatoires, la collecte de données sur l'origine ethnique ou raciale des individus peut s'avérer nécessaire pour identifier et mesurer les discriminations auxquelles ils souhaitent s'attaquer – comme les y invite les institutions européennes et internationales compétentes en matière de non-discrimination⁶. Là aussi, l'exercice suppose d'établir des critères sur la base desquels les individus seront rangés dans l'une ou l'autre catégorie ethnique ou raciale.

Tous ces exemples soulèvent une même interrogation : comment une institution étatique ou inter-étatique peut-elle porter un jugement sur une identité culturelle ? Sur quels critères peut-elle s'appuyer ? La question peut se poser tant au niveau collectif – à propos de l'identité d'un groupe – qu'individuel – au sujet de l'appartenance d'un individu. Au plan collectif, la question se confond largement avec celle de l'identification des « minorités nationales »⁷ et des « peuples autochtones »⁸, les deux notions qui, en droit international, confèrent une reconnaissance à certaines communautés culturelles infra-nationales. Les problèmes que posent la définition de ces concepts et la reconnaissance d'un groupe comme minorité ou peuple autochtone, font déjà l'objet d'une vaste littérature⁹. En revanche, la question de savoir

⁵ Voy. Cour eur. dr. h. (GC), *Gorzelik c. Pologne*, arrêt du 17 février 2004.

⁶ Voy., sur cette question, J. Ringelheim and O. De Schutter, *Ethnic Monitoring – The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies : Reconciling the Promotion of Equality with Privacy Rights*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

⁷ Voy. not. J. Ringelheim, « Minority Rights in a Time of Multiculturalism – The Evolving Scope of the Framework Convention on the Protection of National Minorities », (2010) 10 :1 *Human Rights Law Review*, 99-128 ; A. VERSTICHEL, « Personal Scope of Application : An Open, Inclusive and Dynamic Approach – The FCNM as a Living Instrument », in A. VERSTICHEL, A. ALEN, B. DE WITTE et P. LEMMENS, *The Framework Convention for the Protection of National Minorities : A Useful Pan-European Instrument ?*, Antwerpen, Intersentia, 2008 ; H. Hannum, « The Concept and definition of Minorities », in M. Weller (ed.), *Universal Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007 ; M. BOSSUYT, « La définition du concept de 'minorités' en droit international », in F. DELPEREE et L. TROCSANYI (dir.), *L'unité et la diversité de l'Europe – Les droits des minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; K. Henrard, *op. cit.*, pp. 17-48 ; G. Koubi, « Penser les minorités en droit », in A. Fenet, G. Koubi et I. Schulte-Tenckhoff, *Le droit et les minorités – Analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 2^e éd. 385-468 ; F. RIGAUX, « Mission impossible : la définition de la minorité », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 155-175.

⁸ Voy. not. P. Macklem, « Indigenous Recognition in International Law : Theoretical Observations », (2008-2009) 30 *Michigan Journal of International Law*, 177-210 ; G. ALFREDSSON, « Minorities, Indigenous and Tribal Peoples, and Peoples: Definitions of Terms as a Matter of International Law », in N. GHANEA and A. XANTHAKI (eds.), *Minorities, Peoples and Self-Determination – Essays in Honour of P. Thornberry*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 163-172 ; S. Wiessner, « Rights and Status of Indigenous Peoples : A Global Comparative and International Legal Analysis », (1999) 12 *Harvard Human Rights Journal*, 57-128 ; B. Kingsbury, « « Indigenous Peoples » in International Law : A Constructivist Approach to the Asian Controversy », (1998) 92 *American Journal of International Law*, 414-457 ; I. Schulte-Tenckhoff, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1997.

⁹ Voy., outre les références citées aux deux notes précédentes, T. Makkonen, *Identity, Difference and Otherness – The Concepts of 'People', 'Indigenous People' and 'Minority' in International Law*, Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights Research Reports 7/2000, University of Helsinki, 2000. La question de l'identification d'un groupe donné comme « minorité nationale » ou « peuple autochtone » fait également l'objet, depuis les années 2000, d'une jurisprudence

comment appréhender l'identité culturelle d'un *individu*, autrement dit le lien de rattachement entre une personne et un groupe culturel, ethnique ou religieux, a jusqu'à présent peu retenu l'attention de la doctrine dans le domaine du droit international des droits de l'homme¹⁰. C'est sur cette problématique que je propose de me concentrer dans cette contribution.

Au préalable, quelques mots sur le concept d'identité s'imposent. L'idée que chaque identité culturelle ou ethnique aurait des contours et un contenu bien définis, qu'elle serait réductible à un ensemble de caractéristiques essentielles et immuables, partagées à l'identique par tous les membres de la collectivité, est aujourd'hui largement critiquée dans les sciences sociales. Contre cette vision essentialiste, la vaste majorité des sociologues et anthropologues contemporains considèrent que l'identité relève d'une construction sociale, en ce sens qu'elle est produite et façonnée par les interactions entre individus et entre groupes¹¹. Selon l'analyse de l'anthropologue norvégien F. Barth, les identités ethniques ont pour propriété fondamentale de marquer une frontière entre les groupes. Mais les critères sur lesquels se fonde cette différenciation peuvent varier au gré du contexte politique ou social¹². Il s'agit d'une frontière « instable, mouvante et poreuse », qui est elle-même « enjeu de conflits et de luttes entre groupes et acteurs sociaux »¹³. Si certaines caractéristiques en viennent à être perçues comme déterminantes de l'identité d'un groupe, c'est parce qu'elles sont construites comme telles au cours de ces processus. Evoquant l'évolution des études sur les notions d'« ethnicité » et de « race », les sociologues britanniques M. Bulmer et J. Solomos écrivaient en 1998 :

...race and ethnicity are not 'natural' categories (...). Their boundaries are not fixed nor is their membership uncontested. Race and ethnic groups, like nations, are imagined communities. People are socially defined as belonging to particular ethnic or racial groups, either in terms of definitions employed by others, or definitions which members of particular ethnic groups develop for themselves. They are ideological entities, made and changed in struggle. They are discursive formations, signaling a language through which differences that are accorded social significance may be named and explained.¹⁴

Sociologues et anthropologues insistent également sur le caractère multiple des identités individuelles ou collectives. Les individus mêlent généralement différentes sources d'identification : pays, langue, genre, profession, religion, ville ou région, mouvement politique, etc... C'est d'autant plus vrai à l'époque actuelle, caractérisée par l'intensification de la circulation des personnes, des idées et des contenus culturels. Les éléments qu'une

internationale croissante. Sur la notion de « peuple autochtone », voy. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Affaire 276/2003, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, 4 February 2010 ; Commission inter-américaine des droits de l'homme, Report n°9/06, *The Twelve Saramaka Clans (Los)* (March 2, 2006) et Cour inter-américaine des droits de l'homme, *Case of the Saramaka People v Suriname* (Judgment of 28 November 2007). Sur celle de « minorité nationale », voy. Cour eur. dr. h. (GC), *Gorzelik c. Pologne*, arrêt du 17 février 2004.

¹⁰ Voy. toutefois F. Capotorti, *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations Unies, 1979 (E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1) et G. Pentassuglia, *Minorités en droit international – Une étude introductive*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2004, pp. 76-78.

¹¹ Voy., parmi une littérature très abondante, K. A. Cerulo, « Identity Construction : New Issues, New Directions », (1997) 23 *Annual Review of Sociology*, 385-409 ; C. Calhoun, « Social Theory and The Politics of Identity », in C. Calhoun (ed.), *Social Theory and The Politics of Identity*, Oxford, Blackwell, 1994, 9-36 ; S. Hall, « Cultural Identity and Diaspora », in J. Rutherford (ed.), *Identity - Community, Culture, Difference*, Lawrence & Ishart, London, 1990, 222-237 ; M. Martiniello, *L'ethnicité dans les sciences sociales contemporaines*, Paris, P.U.F., 1995.

¹² F. Barth (ed.), *Ethnic Groups and Boundaries – The Social Organization of Difference*, Oslo, Universitetsforlaget, 1996.

¹³ D. Lapeyronnie, « De l'altérité à la différence. L'identité, facteur d'intégration ou de repli ? », in Ph. Dewitte (ed.), *Immigration et intégration – L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1999, 252-259, p. 253.

¹⁴ M. Bulmer and J. Solomos, « Introduction : Re-thinking Ethnic and Racial Studies », (1998) 21(5) *Ethnic and Racial Studies* 819-837, p. 822.

personne considère comme primordiales dans sa définition d'elle-même peuvent varier au cours du temps ou en fonction des situations. Et comme chaque individu construit son rapport à une communauté en fonction de son parcours et de ses expériences, une même identité collective peut être ressentie de différentes manières par différentes personnes¹⁵.

On peut penser *a priori* qu'il n'appartient pas au droit et aux institutions étatiques de s'immiscer dans ces processus complexes pour tenter de déterminer l'identité culturelle ou ethnique des individus¹⁶. Un Etat démocratique, respectueux de l'égalité de tous les citoyens, ne devrait-il pas s'en tenir à la notion de *nationalité*, laquelle constitue une institution juridique, dotée d'un sens précis en droit, définissant le lien de rattachement entre un individu et un Etat selon des critères formalisés dans des textes de loi ? Comme le montrent les exemples cités plus haut, il est pourtant des situations dans lesquelles la mise en œuvre de certains droits reconnus aux individus, comme des droits spéciaux destinés à permettre aux membres d'une minorité ou d'un peuple autochtone de préserver leurs spécificités culturelles ou visant à promouvoir l'égalité en faveur de personnes appartenant à un groupe discriminé, paraît exiger une forme de détermination identitaire.

Mais l'intervention de l'Etat dans ce domaine n'est pas sans effet sur la réalité qu'il cherche à saisir. Comme le remarque Pierre Bourdieu dans *Langage et pouvoir symbolique*, les opérations de classement identitaire ont ceci de particulier qu'elles peuvent « *contribuer à produire* ce qu'apparemment elles décrivent ou désignent »¹⁷. Et la sanction de l'Etat confère à une telle opération d'autant plus de force : « [I]l acte de catégorisation, lorsqu'il parvient à se faire reconnaître ou qu'il est exercé par une autorité reconnue, exerce par soi un pouvoir : les catégories « ethniques » ou « régionales », comme les catégories de parenté, instituent une réalité en usant du pouvoir de *révélation* et de *construction* exercé par *l'objectivation dans le discours*. »¹⁸

Comment, dans ces conditions, l'Etat peut-il appréhender une notion aussi complexe que l'identité, lorsqu'une telle détermination est requise pour assurer la garantie de certains droits ? Peut-on dégager du droit international des droits de l'homme des normes indiquant quels critères ou quelles méthodes il est légitime d'utiliser pour déterminer l'identité ou l'appartenance ethnique, culturelle ou religieuse, d'un individu ? Telle est la question qui nous occupera dans les pages qui suivent.

Trois grandes méthodes de classification se dégagent de l'observation de la pratique des Etats. La première consiste à catégoriser les individus en fonction de l'identité ou de l'appartenance qu'ils déclarent, autrement dit, en fonction de leur *auto-identification* ou *auto-définition*. La seconde est de les classer en fonction de *critères* dits *objectifs*, en ce sens qu'ils se fondent sur des faits (lieux, pratiques ou statuts) qui ne dépendent pas de la perception subjective de la personne concernée. Mais les critères objectifs utilisés peuvent être très variés : langue maternelle ou usuelle, noms et prénoms, nationalité d'origine, pays de naissance de l'intéressé ou de ses parents, ascendance, etc. Quant à la troisième méthode, elle réside dans la *reconnaissance par le groupe* : une personne sera considérée comme appartenant à une

¹⁵ T. Makkonen, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶ T. Makkonen observe ainsi : « identification of an individual with the group, the tracking down and negotiation of the relevance of group differences, and the establishment of a group self-representation as a labelled identity, is a complex and continuous process and cannot easily be captured into any legal or administrative definition. » (*op. cit.*, p. 31).

¹⁷ P. Bourdieu, « L'identité et la représentation », in *Langage et pouvoir symbolique*, Fayard, 1982, 281-292, p. 281.

¹⁸ Id., p. 285.

communauté si elle est reconnue comme telle par celle-ci, en fonction de critères établis par ce groupe¹⁹.

Aucune des conventions multilatérales relatives à la protection des minorités²⁰, aux droits des peuples autochtones²¹ ou à la non-discrimination²² ne régit expressément la manière dont il convient d'établir si un individu appartient ou non à un groupe culturel ou ethnique. Mais diverses institutions internationales, comme la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, ont été amenées à prendre position sur le sujet. Interprétant les conventions dont elles assurent le contrôle, elles en ont déduit certaines règles pour ce qui est des modalités auxquelles les autorités publiques peuvent recourir pour déterminer l'identité ou l'appartenance d'un individu. Or, depuis les années 1990, émerge une nette tendance à favoriser l'idée que, parmi les différentes manières d'appréhender l'identité culturelle, ethnique ou religieuse, la méthode la plus respectueuse des droits de l'individu serait celle basée sur l'auto-définition des personnes concernées. **(I)**. Le principe de l'auto-identification présente toutefois des failles et des ambiguïtés. Plusieurs institutions internationales admettent que, dans certaines circonstances au moins, le recours à des critères de type objectif, plutôt qu'à la seule auto-déclaration de l'individu, peut se justifier. **(II)**. Enfin, pour ce qui est de l'appartenance soit à un peuple autochtone, soit à une communauté religieuse, c'est la troisième approche, celle de la reconnaissance par le groupe, qui semble privilégiée par le droit international. Mais l'application de ce critère peut là aussi être source de difficultés pour le droit international des droits de l'homme. Car les critères d'appartenance établis par un groupe religieux ou autochtone peuvent se révéler problématiques au regard de certains droits individuels, comme le droit à l'égalité entre hommes et femmes. **(III)**.

I. L'auto-identification : une norme en voie d'émergence ?

I.1. L'appartenance à une minorité : l'approche classique

Dans son ouvrage *Minorités en droit international*, publié en 2004, Gaetano Pentassuglia avance que, au regard du droit international, l'appartenance d'un individu à une minorité ne peut dépendre du seul critère subjectif de l'auto-identification de l'intéressé. Cet élément doit être conforté par des faits objectifs, attestant de la réalité de ses liens avec le groupe considéré²³. La décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans l'affaire

¹⁹ Sur ces méthodes, voy. not. P. Simon (coord.), *Étude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact des discriminations aux États-Unis, Canada, Grande-Bretagne, Australie et Pays-Bas*, Commission européenne, DG de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2004, pp. 37-41. Cet auteur évoque une quatrième méthode : celle qui consiste à classer les individus dans des catégories ethniques ou raciales en fonction de l'observation de leur apparence physique. Cette méthode serait utilisée aux États-Unis par certaines entreprises, les écoles et les services de police, lorsqu'ils collectent des données sur les origines ethniques ou raciales de, respectivement, leurs employés, leurs élèves et les personnes arrêtées, dans le cadre des programmes de suivi des lois antidiscriminatoires. Voy. P. Simon, *op. cit.*, pp. 39-40 et Ch. A. Ford dans son article « Administering Identity: The Determination of "Race" in Race Conscious Law », (1994) 82 *California Law Review*, 1231-1286.

²⁰ Voy. la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires.

²¹ Voy. la Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n°107 relative aux populations autochtones et tribales, ouverte à la signature en 1957, entrée en vigueur en 1959 et la Convention de l'OIT n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux, ouverte à la signature en 1989, entrée en vigueur en 1991.

²² Voy. la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) a été ouverte à la signature au sein des Nations Unies en 1965 et est entrée en vigueur en 1969. L'interdiction de la discrimination à raison (notamment) de l'origine ethnique ou raciale et de la religion est également énoncée par le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (articles 2 et 26) et le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits sociaux, économiques et culturels, la Convention européenne des droits de l'homme (article 14 et Protocole n°12).

²³ G. Pentassuglia, *op. cit.*, p. 78.

Lovelace c. Canada (1981) illustre cette approche. Pour déterminer si Sandra Lovelace pouvait être considérée comme appartenant à une communauté indienne, alors que, en vertu de la *Loi sur les Indiens* de 1869, elle avait perdu ce statut en épousant un homme non-Indien, le Comité n'a pas seulement eu égard à son souhait de conserver son identité indienne, mais également au fait qu'elle était d'origine indienne et avait conservé des liens avec sa communauté :

Les personnes nées et élevées dans une réserve, qui ont gardé des liens avec leur communauté et souhaitent conserver ces liens, doivent normalement être considérées comme appartenant à une minorité (...) ²⁴.

La thèse de Pentassuglia trouve également appui dans le rapport explicatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. A propos de l'article 3 § 1 de la Convention, qui énonce que « toute personne appartenant à une minorité nationale a le droit de choisir librement d'être traitée ou ne pas être traitée comme telle et [qu']aucun désavantage ne doit résulter de ce choix », ce rapport précise qu'il « n'implique pas le droit pour un individu de *choisir arbitrairement* d'appartenir à une quelconque minorité nationale. Le choix de l'individu est indissociablement lié à des *critères objectifs pertinents* pour l'identité de la personne. » ²⁵ Cette affirmation fait écho à la position classique du droit international sur la notion de minorité. Bien qu'aucun instrument international juridiquement contraignant ne définisse ce concept, il est généralement admis qu'une minorité au sens du droit international est un groupe de personnes numériquement inférieur au reste de la population, qui réunit à la fois des caractéristiques objectives, à savoir des particularités culturelles, religieuses ou linguistiques qui le distinguent de la majorité, et des éléments subjectifs, consistant dans la conscience d'une identité distincte et la volonté de préserver cette spécificité ²⁶.

I.2. L'ascension de la norme d'auto-identification

Pourtant, on peut se demander si, depuis les années 1990, on n'assiste pas à une remise en cause de cette vision classique des critères de l'appartenance culturelle ou ethnique. Plusieurs instances internationales compétentes en matière de non-discrimination et de protection des minorités ou des peuples autochtones ont en effet pris position en faveur de l'idée que la méthode de détermination identitaire la plus conforme aux droits de l'individu serait celle reposant sur l'auto-identification des personnes concernées, sans plus se référer à des critères objectifs. Or, cette différence d'approche renvoie potentiellement à une divergence dans la conception même de l'identité culturelle ou ethnique : tandis que l'approche classique de la détermination de l'appartenance présuppose que l'identité est un *fait* susceptible de vérification objective, la méthode centrée sur l'auto-identification suggère que l'identité relève avant tout de la *subjectivité* de l'individu.

Dans une recommandation formulée en 1990, le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale pose en principe que l'identification d'un individu comme membre d'un groupe racial ou ethnique particulier « doit, sauf justification du contraire, être

²⁴ Comité des droits de l'homme (Nations Unies), *Sandra Lovelace c. Canada*, Communication n°6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166, 30 juillet 1981, § 14.

²⁵ Article 35 du rapport explicatif (nous soulignons).

²⁶ Voy. la définition proposée par F. Capotorti dans son étude classique sur la protection internationale des minorités : *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations Unies, 1979. Voy. aussi G. Pentassuglia, *op. cit.*, pp. 57-76 ; K. Henrard, *op. cit.*, pp. 17-48 et les références citées à la note 7.

fondée sur la manière dont s'identifie lui-même l'individu concerné »²⁷. Au sein du Conseil de l'Europe, le Comité consultatif chargé de suivre la mise en œuvre de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales a adopté un point de vue comparable. Malgré le rapport explicatif cité plus haut, le Comité déduit de l'article 3 § 1 de la Convention-cadre que le recueil de données relatives à l'appartenance à une minorité nationale – c'est-à-dire, une minorité ethnique, religieuse ou linguistique – doit reposer sur l'auto-identification volontaire des personnes concernées²⁸. La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) du Conseil de l'Europe recommande, elle aussi, dans ses rapports par pays, que les données ethniques collectées le soient conformément aux principes de confidentialité, de consentement éclairé et d'auto-identification volontaire des personnes comme appartenant à un groupe particulier²⁹. De même, la *Déclaration et le plan d'action de Durban*, adoptée par consensus lors de la Conférence mondiale contre le racisme de septembre 2001, invite les Etats à recueillir des données statistiques permettant d'évaluer la situation des individus et groupes victimes de discrimination raciale, avec le consentement explicite des personnes concernées et *en tenant compte de la façon dont elles se définissent*³⁰.

Dans le domaine des droits des peuples autochtones, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui supervise la mise en œuvre de la Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux (1989), n'a pas formulé de position aussi nette. Mais plusieurs de ses avis démontrent l'importance qu'elle attache au critère de l'auto-identification dans la définition de la notion d'autochtone. Si la Convention n°169 ne précise pas les critères en fonction desquels la qualité de membre d'un peuple autochtone peut être déterminée³¹, son article 1 énumère des données objectives qui caractérisent les groupes qu'elle vise³², tandis que son article 2 dit que le « sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'applique les dispositions de la présente convention. » Or, certaines prises de position de la Commission d'experts suggèrent qu'elle considère que le critère de l'auto-identification doit également être utilisé pour identifier les *individus* appartenant à un groupe indigène ou tribal. Dans son rapport de 2007, par exemple, elle observe à propos des statistiques transmises par le gouvernement du Paraguay sur le nombre d'indigènes par région et par groupe ethnique selon le recensement de 2002, que « le critère d'auto-identification pour identifier les peuples indigènes, comme prévu dans la Convention, n'a pas été incorporé dans la loi [sur le statut des communautés

²⁷ Recommandation d'ordre général VIII (38) relative à la manière dont s'identifie lui-même l'individu, 38^{ème} session, 1990, UN doc. A/45/18 at 79 (1991).

²⁸ Voy., par exemple, Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, deuxième avis sur la Bosnie-Herzégovine, ACFC/OP/II(2008)005, adopté le 9 octobre 2008, § 51 ; deuxième avis sur l'Albanie, ACFC/OP/II(2009)003, adopté le 29 mai 2008, §§ 11 et 34 ; deuxième avis sur Chypre, ACFC/OP/II(2007)004, adopté le 7 juin 2007, § 49. Voy. aussi H.-J. Heintze, « Article 3 », in M. Weller (ed.), *The Rights of Minorities in Europe – A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford, Oxford University Press, pp. 107-137 et J. RINGELHEIM, « Minority Protection, Data Collection and the Right to Privacy », *European Yearbook on Minority Issues Vol. 6/7*, Martinus Nijhoff, London, Boston, 2008, pp. 51-77, pp. 65-76.

²⁹ Voy., par exemple, quatrième rapport sur la France, CRI(2010)16, adopté le 29 avril 2010, § 153 ; quatrième rapport sur la République tchèque, CRI (2009)30, adopté le 2 avril 2009, § 177 ; quatrième rapport sur l'Allemagne, CRI (2009)19, adopté le 19 décembre 2008, § 164.

³⁰ *Déclaration et plan d'action de Durban*, précitée, § 92. Cette recommandation est réitérée dans le document final de la Conférence de suivi et d'examen de Durban, qui s'est tenue à Genève du 20 au 24 avril 2009 (§ 104). Ces deux documents sont disponibles sur le site <http://www.un.org/french/durbanreview2009/> (dernière visite : le 20 juin 2010).

³¹ En revanche, la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée en 2007, contient des dispositions à ce sujet. Voy. *infra* Section III.

³² La Convention cite les conditions suivantes : vivre dans des conditions sociales, culturelles et économiques distinctes du reste de la population nationale ; être régi par des coutumes ou traditions spécifiques ou par une législation spéciale (article 1, a) ; descendre de populations qui habitaient le pays à l'époque de la conquête ou de la colonisation de celui-ci et avoir conservé des institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres (article 1, b).

indigènes] ». Rappelant les termes de l'article 2 de la Convention n°169, la Commission enjoint le gouvernement à incorporer ce critère dans son prochain rapport et à y donner une expression législative³³. D'autre part, un groupe d'experts convié par l'Instance Permanente sur les Questions Autochtones des Nations Unies pour un séminaire sur la collecte des données sur les peuples autochtones, qui s'est tenu en janvier 2004, a recommandé que, lors des opérations de recueil de telles données, les questions sur l'identité autochtone respectent les principes de l'auto-identification et du consentement préalable libre et éclairé³⁴.

On aperçoit aisément les arguments qui ont pu convaincre ces diverses institutions que la méthode la plus respectueuse des droits de l'individu pour déterminer à quel groupe culturel, ethnique ou religieux une personne appartient, consiste à s'en remettre à son auto-définition. La question de l'identité ou de l'appartenance, culturelle, ethnique ou religieuse, touche à un domaine éminemment personnel pour l'individu. Elle a trait à la représentation qu'une personne a d'elle-même, de ses racines, de ses liens avec autrui. En se fondant sur l'auto-identification des individus, l'Etat évite le risque de leur imposer une identification qui ne correspondrait pas à leur perception d'eux-mêmes, bref, d'assigner les personnes à une communauté contre leur propre sentiment d'appartenance.

Procéder de la sorte permet de distinguer clairement les classifications culturelles ou ethniques opérées par un Etat démocratique, des pratiques de catégorisation raciale qui avaient cours dans des régimes fondés sur une idéologie ouvertement raciste, comme l'Allemagne nazie, l'Afrique du Sud au temps de l'apartheid ou les Etats du sud des Etats-Unis à l'époque de la ségrégation³⁵. Dans ces trois cas, outre le fait que ces catégories servaient à asseoir un système politique fondé sur la persécution, l'exploitation ou l'extermination de certains groupes, l'identification « raciale » des individus reposait sur des critères rigides et figés, tels que leur apparence physique et leur ascendance, qui ne tenaient aucun compte de leur sentiment d'identité³⁶.

I.3. La position de la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire *Ciubotaru c. Moldova*

La prépondérance que les différentes institutions internationales citées plus haut confèrent au critère de l'auto-identification pouvait sembler *a priori* trouver un fondement supplémentaire dans l'évolution du droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme la Cour suprême des Etats-Unis, la Cour européenne accorde en effet une importance croissante, dans son interprétation de ce droit, à la notion d'autonomie ou d'auto-détermination personnelle, c'est-à-dire à l'idée que l'individu doit pouvoir décider librement de questions d'importance essentielle pour sa vie et sa définition de lui-même³⁷. Ainsi, en 1992, dans l'affaire *Planned Parenthood v. Casey*, la Cour

³³ Demande directe individuelle concernant la Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux (1989), Paraguay, session de 2007.

³⁴ « Report of the Workshop on Data Collection and Disaggregation for Indigenous Peoples (19-21 January 2004) », United Nations, Economic and Social Council, Permanent Forum on Indigenous Issues, New York, 10 February 2004, E/C.19/2004/2, § 33 (1) et (2), p. 10, disponible à l'adresse : <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=E/C.19/2004/2> (dernière visite : le 30 juin 2010). Ces recommandations sont également résumées sur le site de l'Instance Permanente sur les Questions Autochtones : <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/en/data.html> (dernière visite : le 30 juin 2010). Ce séminaire a réuni à New York trente-six experts provenant des Nations Unies et d'autres organisations internationales, des gouvernements, des associations autochtones ainsi que du monde de la recherche.

³⁵ En ce sens, T. Yang, "Choice and Fraud in Racial Identification: The Dilemma of Policing Race in Affirmative Action, the Census, and a Color-Blind Society", (2006) 11 *Michigan Journal of Race and Law* 367-417, p. 383.

³⁶ Ch. A. Ford, *op. cit.*, pp. 1273-1279.

³⁷ En ce sens, voy. not., dans la doctrine américaine, J. Kahn, "Privacy as a Legal Principle of Identity Maintenance", 33 *Seton Hall Law Review* (2003), 371-410; J. Rubinfeld, "The Right to Privacy", 102 *Harvard Law Review* (1989), 737-807 ;

suprême des Etats-Unis affirmait : « at the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attribute of personhood were they formed under compulsion of the State. »³⁸ De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme déclare dans son arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* (2002), que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel protège le droit au respect de la vie privée et familiale³⁹. Par la suite, elle parlera d'un « droit à l'autonomie personnelle », inclus dans la notion de vie privée⁴⁰. Durant la même période, elle établit un lien entre vie privée et respect de l'identité, reconnaissant par exemple à des transsexuels opérés le droit à la reconnaissance juridique de leur identité sexuelle post-opératoire⁴¹. Et dans *S. et Marper c. Royaume-Uni* (2008), elle observe que « l'identité ethnique d'un individu doit aussi être considérée comme un élément important de sa vie privée »⁴².

Pourtant, lorsque, dans l'affaire *Ciubotaru c. Moldova* (2010), la Cour européenne a été pour la première fois appelée à se prononcer sur la conformité avec le droit à la vie privée d'un mode de détermination de l'identité ethnique, elle n'a pas suivi la tendance des autres institutions internationales à privilégier le principe de l'auto-identification. Mr. Ciubotaru, citoyen moldave, avait introduit, en 2002, une demande pour faire remplacer sa vieille carte d'identité soviétique par une carte d'identité moldave. En remplissant le formulaire à cet effet, il avait indiqué, dans la rubrique « ethnicité », la mention « roumain ». L'administration lui fit savoir qu'à défaut d'indiquer « moldave » comme ethnicité, sa demande serait refusée. Le requérant écrivit alors aux autorités pour demander que, dans les registres de population, son ethnicité soit modifiée. On lui répondit que ses parents n'étant pas enregistrés comme « roumains » sur leurs actes de naissance et de mariage, il lui était impossible de se faire enregistrer comme « ethniquement roumain », à moins de trouver dans les archives nationales les traces d'un éventuel ancêtre roumain dans sa généalogie. C'était là le seul moyen de faire modifier son ethnicité dans les registres de population.

Ces faits présentent une similitude frappante avec l'affaire Susie Phipps qui défraya la chronique aux Etats-Unis dans les années 1980. Mme Phipps, qui résidait dans l'Etat de

D. A. J. Richards, "Sexual Autonomy and the Constitutional Right to Privacy: A Case Study in Human Rights and the Unwritten Constitution", 30 *Hastings Law Journal* (1979), 957-1018 ; J. A. Eichbaum, "Towards an Autonomy-Based Theory of Constitutional Privacy: Beyond the Ideology of Familial Privacy", 14 *Harv. C. R.-C. L. L. Rev.* (1979), 361-383. Dans la doctrine européenne : A. Rouvroy, "Privacy, Data Protection, and the Unprecedented Challenges of Ambient Intelligence", 2(1) *Studies in Ethics, Law, and Technology* (2008) ; S. Gutwirth, *Privacy and the Information Age*, transl. R. Casaert, Lanham, Boulder, New York, Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 2002 ; O. De Schutter, "La vie privée entre droit de la personnalité et liberté", *Rev. trim. dr. h.* (1999), 827-863 ; F. Rigaux, *La protection de la vie privée et autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1990.

³⁸ 505 U.S. 833, 951 (1992).

³⁹ Cour eur. dr. h. (4^{ème} section), *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, § 61. La requérante, Mme Pretty, atteinte d'une maladie dégénérative incurable, revendiquait le droit au suicide assisté.

⁴⁰ Cour eur. dr. h. (4^{ème} section), *Tysiack c. Pologne*, arrêt du 20 mars 2007, § 107 (notre accent). Voy. aussi Cour eur. dr. h. (Grande Chambre), *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 avril 2007, § 71. Pour une analyse, voy. J. Marshall, "A Right to Personal Autonomy at the European Court of Human Rights", 3 *E.H.R.L.R.* (2008), 337-356 et N. A. Moreham, "The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-Examination", 1 *E.H.R.L.R.* (2008), 44-79.

⁴¹ Cour eur. dr. h. (Grande chambre), *Chistine Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, § 90 et *I. c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, § 70. Quelques mois plus tôt, dans *Mikulic c. Croatie* (2002), qui portait sur une action en recherche de paternité, la Cour affirmait que la vie privée englobe « des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu » (Cour eur. dr. h. (1^{ère} section), *Mikulic c. Croatie*, arrêt du 7 février 2002, § 53). Déjà, dans l'arrêt *Bensaïd* du 6 février 2001, la Cour observait que l'article 8 de la Convention « protège un droit à l'identité » (*Bensaïd c. Royaume-Uni*, arrêt du 6 février 2001 (3^{ème} section), § 47). Le requérant était un ressortissant algérien résidant au Royaume-Uni qui souffrait de schizophrénie. Il soutenait que la décision de l'expulser vers l'Algérie, si elle était mise à exécution le priverait d'accès à son traitement, ce qui provoquerait une résurgence de ses hallucinations et délirés psychotiques.

⁴² Cour eur. dr. h. (Grande chambre), *S. and Marper c. Royaume-Uni*, arrêt du 4 décembre 2008, §66.

Louisiane, s'était toujours considérée comme Blanche. En 1985, à l'occasion d'une demande de passeport, elle apprit qu'elle était catégorisée comme « Noire » dans les registres administratifs car la mention « Noire » figurait sur son acte de naissance. L'administration refusant de modifier cette donnée, elle introduisit un recours. L'Etat se défendit en alléguant que Mme Phipps descendait probablement d'un propriétaire de plantation qui, au 18^{ème} siècle, avait épousé une ancienne esclave. Le tribunal saisi de l'affaire estima que si ce mode de catégorisation pouvait paraître arbitraire, il était néanmoins conforme aux critères en vigueur à la naissance de Mme Phipps : celle-ci devait donc être considérée juridiquement comme Noire et l'administration ne pouvait être contrainte de modifier cette donnée dans ses registres⁴³.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt du 27 avril 2010⁴⁴, n'a pas adopté une position aussi rigide que le tribunal américain saisi par Mme Phipps. Confirmant que la manière dont l'Etat détermine l'identité ethnique d'un individu entre dans le champ d'application des garanties de l'article 8 de la Convention⁴⁵, la Cour observe que le système en vigueur en Moldavie rend pratiquement impossible, pour une personne, de se faire enregistrer comme possédant une identité ethnique différente de celle enregistrée à propos de ses parents par les autorités soviétiques. Conditionner la modification de l'identité ethnique dans les registres de population à l'obligation de prouver qu'un de ses parents a été enregistré comme étant d'ethnicité roumaine, lui paraît disproportionné au vu des réalités historiques de la République de Moldavie⁴⁶. Elle conclut, par conséquent, à la violation du droit au respect de la vie privée. La Cour, cependant, ne se rallie pas à la thèse du requérant selon laquelle les individus devraient avoir le droit de choisir de déclarer, et de voir inscrite dans les registres, l'identité ethnique à laquelle ils se considèrent appartenir, sans avoir à fournir de preuve de cette identité⁴⁷. Un gouvernement peut légitimement exiger de l'individu qu'il fournisse des « preuves objectives » de l'ethnicité qu'il revendique⁴⁸. Et la Cour d'ajouter : « it should be open to the authorities to refuse a claim to be officially recorded as belonging to a particular ethnicity where such a claim is based on purely subjective and unsubstantiated grounds. »⁴⁹ Ce qu'elle condamne, c'est le fait que le système en application en Moldavie ne permettait quasiment pas d'apporter la preuve d'une autre identité que celle mentionnée dans les registres. La Cour se dit par ailleurs convaincue que :

Mr Ciubotaru's claim is based on more than his subjective perception of his own ethnicity. It is clear that he is able to provide objectively verifiable links with the Romanian ethnic group such as language, name, empathy and others.⁵⁰

Bref, fidèle à l'approche traditionnelle de la détermination de l'appartenance à une minorité, décrite plus haut, la Cour considère comme allant de soi que l'identité ethnique doit s'apprécier au regard, non seulement de la « perception subjective de l'individu », mais aussi de critères objectifs. Mais le juge Mijovic, dans une opinion individuelle, critique le

⁴³ Il s'agit d'une décision non publiée. Ces faits sont décrits par T. Yang, *op. cit.*, p. 377. La Cour suprême des Etats-Unis refusa d'examiner l'appel de S. Phipps, estimant que la détermination raciale n'était pas une matière fédérale et n'était donc pas de son ressort : 479 U.S. 1002.

⁴⁴ Cour eur. dr. h. (4ème section), *Ciubotaru v. Moldova*, arrêt du 27 avril 2010. Cet arrêt – qui n'existe qu'en anglais - n'est pas encore définitif.

⁴⁵ *Id.*, § 53.

⁴⁶ *Id.*, § 57. Le requérant affirmait que ses parents avaient été forcés de se déclarer "Moldaves" par les autorités soviétiques.

⁴⁷ *Id.*, §§ 38-39.

⁴⁸ "The Court does not dispute the right of a Government to require the existence of objective evidence of a claimed ethnicity." (§57).

⁴⁹ *Id.*, § 57.

⁵⁰ *Id.*, § 58.

raisonnement tenu par la majorité : rejoignant les autres institutions internationales et la primauté qu'elles accordent au critère de l'auto-identification de l'individu, il soutient que le constat de violation aurait dû être basé sur le seul fait que les autorités moldaves refusaient de modifier les données des registres de population de manière à refléter *la perception de son identité ethnique qu'avait le requérant*. Invoquant la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, il affirme que celle-ci reconnaît le droit de *choisir* librement d'appartenir ou non à une minorité ethnique. Surtout, il suggère que la différence entre sa position et celle de la majorité de la Cour revient à un choix entre deux conceptions de l'identité. Alors que la majorité de la Cour, suivant l'approche classique de la détermination de l'identité minoritaire selon Pentassuglia, présupposerait que l'identité ethnique constitue une donnée objective, sa position reposerait au contraire sur l'idée que l'identité dépend de la subjectivité de l'individu : « ethnic affiliation is not to be regarded as a legal and objective concept, but a political and subjective one. »

A l'analyse, la position du juge Mijovic, comme des autres instances ayant pris le parti de l'auto-identification, revêt cependant une ambiguïté quant à la conception de l'identité qu'elle postule. A bien y regarder, la portée de l'auto-définition en tant que méthode de détermination de l'identité, se prête en effet à plusieurs interprétations. Quel est au juste le sens de la question posée à l'individu lorsqu'il lui est demandé de déclarer une appartenance ethnique ou culturelle ? Il peut s'agir, comme le suggèrent certains passages de l'opinion individuelle du juge Mijovic, de reconnaître à l'individu le droit de *choisir* librement son identité. Mais le recours à cette méthode peut aussi traduire l'idée que ce qui est déterminant dans l'identité d'un individu, c'est son sentiment subjectif d'appartenance. Ou alors, troisième hypothèse, elle peut répondre au constat que, l'identité étant une question sensible, le respect de la dignité de l'individu impose de le consulter dans le processus de détermination identitaire, sans pour autant présupposer que l'identité relève uniquement de sa subjectivité. Ces trois lectures possibles de la norme d'auto-identification renvoient à trois visions différentes de l'identité culturelle et ethnique. Dans le premier cas, l'identité apparaît comme le produit d'un choix posé par l'individu autonome. Dans le second, l'identité est vue comme un phénomène subjectif et intérieur, un « ressenti », que chaque individu développe en fonction de son histoire, de son expérience, de sa subjectivité. Dans la troisième optique, on suppose que l'identité a également une assise dans la réalité extérieure à l'individu, dans sa vie sociale et ses interactions avec autrui. Elle n'est pas seulement ressentie, elle est aussi « vécue » par l'individu.

Choix, sentiment ou réalité sociale : que cherche-t-on à saisir par le biais de l'auto-définition ? Cette interrogation, que pose la norme de l'auto-identification, est illustrée avec une étonnante actualité par la vieille affaire sur les écoles minoritaires en Haute-Silésie, décidée par la Cour permanente de justice internationale en 1928.

I.4. L'ambiguïté de la norme d'auto-identification : l'affaire des écoles minoritaires en Haute-Silésie

L'affaire des écoles minoritaires en Haute-Silésie⁵¹ trouve son origine dans un conflit entre la Pologne et l'Allemagne sur l'interprétation de certaines dispositions du Traité germano-polonais du 15 mai 1922 relatif à la Haute-Silésie, qui avait été partagée entre l'Allemagne et la Pologne à l'issue de la première guerre mondiale. Le traité comportait des clauses visant à garantir la protection des minorités dans les deux régions qui résultaient de ce partage. Les

⁵¹ CPJ, *Droits des minorités en Haute-Silésie (Ecoles minoritaires)*, 1928, Série A, n° 12 (avril 1926).

personnes appartenant à des minorités linguistiques se voient notamment reconnaître le droit d'envoyer leurs enfants dans des écoles publiques dispensant un enseignement en langue minoritaire. L'article 131 du traité germano-polonais, au centre des discussions, dispose :

Pour établir quelle est la langue d'un élève ou enfant, il sera uniquement tenu compte de la déclaration verbale ou écrite de la personne légalement responsable de son éducation. Cette déclaration ne pourra faire l'objet d'aucune vérification ou contestation de la part des autorités scolaires.

En écho à cette disposition, l'article 74 du traité énonce que la « question de savoir si une personne appartient ou non à une minorité de race, de langue ou de religion, ne peut faire l'objet d'aucune vérification ni d'aucune contestation par les autorités. » La Pologne et l'Allemagne divergent sur l'interprétation à donner à ces deux articles. La Pologne soutient que le Traité ne garantit que la liberté de *déclarer* la langue qui est *réellement* celle de l'enfant. Cette déclaration doit par conséquent pouvoir être soumise à vérification. De fait, la Pologne avait, au cours de l'année 1926, ordonné une enquête administrative pour vérifier l'authenticité des demandes d'inscription dans les écoles minoritaires germanophones. A la suite de quoi, 7.114 inscriptions avaient été déclarées nulles par les autorités⁵². Pour l'Allemagne, au contraire, l'article 131 du traité doit être interprété comme accordant à toute personne la liberté de *choisir*, sans restriction, « selon sa propre conscience et sous sa responsabilité personnelle », la langue de son enfant et, par conséquent, son école, à l'abri de toute vérification ou pression de la part des autorités. Par conséquent, « même un enfant sachant exclusivement le polonais doit pouvoir être admis à l'école minoritaire » car « la décision sur le point de savoir à quelle école doit aller l'enfant dépend uniquement de la volonté exprimée par ses parents »⁵³.

La Cour permanente constate que le désaccord fondamental entre les deux Etats a trait au principe qui, dans les deux parties de la Haute-Silésie, doit régler la question de savoir si une personne appartient ou non à une minorité de race, de langue ou de religion : selon l'Allemagne, les Parties ont « adopté comme principe que ce point doit être laissé à *la volonté subjective des personnes*, et que cette volonté doit être respectée par les autorités, même si elle paraît contraire à la réalité. » A suivre la Pologne, en revanche, « la question de savoir si une personne appartient ou non à une desdites minorités est une *question de fait et non de volonté* (...). Une personne qui, en claire contradiction avec les faits, déclarerait appartenir à une minorité, commettrait, selon le Gouvernement polonais, un abus qui ne pourrait être toléré. »⁵⁴ La Cour donne partiellement raison aux deux Etats : elle s'accorde avec la Pologne pour considérer qu'aux termes du Traité, l'appartenance d'une personne à une « minorité de race, de langue ou de religion » est une question de fait et non de pure volonté. Le but du Traité étant de protéger ces minorités, les personnes qui en fait appartiennent à une telle minorité doivent bénéficier de la protection stipulée⁵⁵. Néanmoins, elle confirme la thèse de l'Allemagne sur un point : le Traité interdit toute vérification ou contestation des autorités de la déclaration d'une personne concernant l'appartenance à une minorité⁵⁶.

⁵² Id., p. 10.

⁵³ Id., p. 19.

⁵⁴ Id., p. 32 (notre accent).

⁵⁵ Id., pp. 32-33. La Cour observe néanmoins qu'« il ne s'ensuit cependant pas que les Parties contractantes n'aient pu valablement convenir d'étendre les droits prévus pour les minorités également à des personnes qui ne rentrent pas naturellement dans la notion de minorité. » Mais « une telle extension ne se présume pas. » (id., p. 33).

⁵⁶ Id., p. 33 et 43-44.

L'affirmation de la Cour permanente selon laquelle l'appartenance d'un individu à une minorité est une question de fait peut être rapprochée de la conception classique de cette notion en droit international, décrite plus haut (voy. Section I.1.)⁵⁷. Cependant, le raisonnement de la Cour ne s'arrête pas là. Et dans la suite de son analyse, elle nuance en réalité cette affirmation.

Cherchant à élucider la raison d'être de la règle interdisant toute vérification de la déclaration d'une personne sur son appartenance à une minorité, la Cour relève que dans les faits, déterminer si une personne appartient ou non à une minorité linguistique n'est pas toujours évident :

...il se présente une multitude de cas où l'appartenance à une minorité, notamment de race ou de langue, ne ressort pas clairement des faits. Une telle incertitude pourrait, par exemple, exister en ce qui concerne la langue, là où une personne ne parle ni l'allemand ni le polonais littéraire, ou bien connaît et emploie plusieurs langues, et, en ce qui concerne la race, dans le cas de mariages mixtes. Si les autorités voulaient procéder à la vérification ou à la contestation du contenu de la déclaration de la personne elle-même, il est peu probable que, dans de tels cas, elles pourraient arriver à un résultat plus conforme à la réalité⁵⁸.

Aussi, la Cour admet-elle que si la déclaration sur la langue de l'enfant, visée à l'article 131, doit en principe porter « sur l'existence d'un fait et non exprimer une volonté ou un désir », cela n'exclut pas qu'un « élément subjectif » puisse entrer dans l'apprécier des faits :

En effet, ce qu'il faut entendre par la langue d'une personne n'est pas toujours clair et hors de doute ; notamment quand il s'agit d'un enfant arrivant à l'âge scolaire, il est sans doute légitime de ne pas tenir compte exclusivement de la langue dont l'enfant se sert en général, si c'est dans une autre langue que les parents satisfont leurs besoins culturels et si c'est cette langue qu'ils considèrent comme étant de préférence la leur.⁵⁹

La Cour reconnaît ici que les identités, plutôt que des « faits objectifs » qu'il suffirait de constater, sont souvent des réalités complexes et floues. C'est d'autant plus manifeste dans une région comme la Haute-Silésie des années 1920, située au confluent de plusieurs cultures, où se rencontrent de multiples situations dans lesquelles les appartenances sont plurielles, indéterminées ou fluctuantes. Des enfants provenant de mariages mixtes peuvent être éduqués dans plusieurs langues. Parler une langue dans sa vie quotidienne ne signifie pas forcément qu'on y voit la source de son identité. Cela n'empêche pas de s'identifier à une autre culture, liée à une langue qu'on aurait apprise à l'école ou ailleurs.

A la question de savoir si l'identité doit être vue comme un fait objectif, un sentiment subjectif ou un choix, l'arrêt de la Cour permanente dans l'affaire des écoles minoritaires en Haute-Silésie répond en quelque sorte qu'elle est tout cela à la fois : c'est un sentiment, qui s'appuie sur des éléments objectifs tenant à l'expérience de l'individu, comme les langues parlées et apprises, l'histoire familiale et les liens effectifs avec une communauté, tout en comportant une part de choix. Entre de multiples identifications possibles, l'individu peut en privilégier une plutôt qu'une autre.

⁵⁷ G. Pentassuglia, lorsqu'il expose ce qu'il considère comme la vision classique de l'appartenance à une minorité au regard du droit international, évoque d'ailleurs l'arrêt *Droits des minorités en Haute-Silésie* : G. Pentassuglia, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁸ *Droits des minorités en Haute-Silésie (Ecoles minoritaires)*, p. 34. Voy. aussi, à propos de l'interprétation de l'article 131 du Traité, p. 39.

⁵⁹ Id., pp. 40-41.

Dans ces conditions, l'interdiction de toute vérification ou contestation de la déclaration d'appartenance s'explique, selon la Cour, par la volonté d'éviter les inconvénients qui résulteraient de l'exercice d'un tel contrôle sur l'identité des individus⁶⁰ : un tel « procédé, de la part des autorités, prendrait (...) facilement dans l'opinion de la population, l'aspect d'une mesure vexatoire qui enflammerait les passions politiques et contrecarrerait le but d'apaisement, qui est aussi celui des stipulations concernant la protection des minorités. »⁶¹ Certes, en pratique, cette situation peut avoir pour conséquence « que certaines personnes, qui, en fait, ne font pas partie de la minorité, devront être respectées comme y appartenant. » Mais c'est là « une conséquence que les Parties contractantes ont acceptée pour éviter les inconvénients beaucoup plus graves qui résulteraient d'une vérification ou d'une contestation de la part des autorités. »⁶² Dans son analyse de cet arrêt, Nathaniel Berman éclaire d'un jour intéressant cet aspect de l'arrêt de la Cour permanente. Selon cet auteur, il faut comprendre par là que la Cour, parce qu'elle reconnaît la nature indéterminée de l'identité linguistique, désigne la « conscience individuelle » des parents, responsables de l'enfant, comme « le lieu le plus approprié » pour trancher cette question. En faisant dépendre l'appartenance de l'enfant de la déclaration des parents, le Traité aurait opéré une décentralisation du pouvoir de déterminer le sens d'une identité, en faveur de ceux dont l'identité est en jeu⁶³.

II. Limites de l'auto-identification et critères alternatifs

II.1. L'importance de l'objectif de la détermination identitaire

La position de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire *Ecoles minoritaires en Haute-Silésie* contraste avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Ciubotaru* : en déclarant que les autorités peuvent légitimement exiger de l'individu qu'il fournisse des « preuves objectives » de l'ethnicité qu'il déclare, cette dernière reconnaît à l'Etat, plutôt qu'à l'individu, le pouvoir d'apprécier en dernier ressort le sens de l'identité d'une personne. L'arrêt *Ciubotaru* laisse toutefois une question ouverte : vu le caractère extrêmement sensible d'un jugement porté sur l'identité d'un individu, quels sont les motifs qui peuvent justifier qu'un Etat ne s'en tienne pas à l'auto-définition de l'individu et recourre à des critères supplémentaires pour déterminer son identité ? Sans doute, la Cour a-t-elle été réceptive à l'argument du gouvernement moldave selon lequel accepter de modifier l'ethnicité des individus dans les registres de population sur la base de leur seule déclaration, risquait d'aboutir à des abus⁶⁴. Mais cette motivation n'est pas explicitée par la Cour. Et le risque d'abus évoqué par le gouvernement n'était pas étayé en l'espèce par des éléments concrets⁶⁵.

L'analyse que propose Tesming Yang de l'appréhension juridique de l'identité raciale dans le droit américain permet d'apporter des éléments de réponse à l'interrogation laissée pendante par l'arrêt *Ciubotaru*. Cet auteur montre en effet que lorsqu'on s'interroge sur la légitimité d'un mode de détermination identitaire, il est essentiel d'avoir égard au contexte et à l'objectif de l'identification⁶⁶. Si le but de l'Etat est de savoir à quelles communautés les membres de la population s'identifient, c'est le sentiment subjectif d'identité, le « ressenti identitaire » des

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Id., p. 34. Voy. aussi p. 39.

⁶² Id., pp. 34-35.

⁶³ N. Berman, "Nationalism Legal and Linguistic: The Teaching of European Jurisprudence", 24(4) *N.Y.U. Journ. of Int'l. Law and Pol.* (1992), 1515-11578, pp. 1545-1546.

⁶⁴ Arrêt *Ciubotaru*, § 47.

⁶⁵ Le gouvernement insinuait, sans étayer cette allégation, que le souhait du requérant d'être enregistré comme étant d'ethnicité roumaine était peut-être motivé par son intention d'obtenir la nationalité roumaine.

⁶⁶ T. Yang, "Choice and Fraud in Racial Identification: The Dilemma of Policing Race in Affirmative Action, the Census, and a Color-Blind Society", (2006) 11 *Michigan Journal of Race and Law* 367-417, spéc. p. 406.

individus, qui importe. Il paraît difficile, dans un tel cas, de justifier le recours à un autre critère que l'auto-déclaration. Mais s'il s'agit de déterminer si une personne peut bénéficier d'un droit spécial reconnu aux membres d'une minorité ethnique, religieuse ou linguistique, pour leur permettre de préserver leurs spécificités culturelles, la situation est différente. Dans cette hypothèse, ce que les autorités cherchent à saisir, c'est si la personne non seulement s'identifie à une minorité, mais en outre, concrétise ce sentiment par des pratiques culturelles spécifiques qui justifient le bénéfice de ce droit. Autrement dit, ce n'est pas la seule identité « ressentie » qui est visée, c'est aussi l'identité « vécue », matérialisée par des pratiques sociales. Et lorsque est en cause le bénéfice d'un traitement préférentiel destiné à remédier à la discrimination structurelle que subit un groupe ethnique ou racial dans l'emploi ou dans l'éducation, ce qui est recherché, c'est si les personnes appartiennent à un groupe exposé au risque de discrimination. C'est alors moins l'auto-perception de l'individu que la manière dont il est perçu par autrui, c'est-à-dire par les discriminateurs potentiels, qui intéresse les autorités. Dans ces deux derniers cas, la réalité qu'on cherche à saisir – identité vécue ou perception par autrui –, ne dépendent pas de la seule subjectivité de l'individu. Dès lors, la possibilité existe d'une discordance entre l'identité *déclarée* par une personne et ses liens concrets avec une communauté ou la manière dont elle est perçue par autrui. Cette discordance peut être due à un décalage entre la perception qu'une personne a d'elle-même et la façon dont elle est vue par autrui. Mais elle peut aussi résulter du fait qu'un individu choisit de s'auto-définir comme appartenant à un groupe dans le seul but de profiter d'un avantage accordé par la loi aux membres de ce groupe. On touche là à l'une des limites de la norme d'auto-identification : celle-ci ne permet pas d'empêcher les identifications purement opportunistes, qui ne correspondent ni à une identité vécue ni à une identité ressentie par l'individu.

Or, dans certaines situations, une telle discordance peut s'avérer problématique. C'est le cas lorsque l'identification comme membre d'un groupe conditionne l'accès à des droits spéciaux reconnus à une minorité ou à un peuple autochtone pour répondre à leurs besoins culturels particuliers (droit des minorités ou des peuples autochtones) ou pour corriger une inégalité de fait (action positive ou *affirmative action*). Lorsque ces droits sont dérogatoires par rapport à la norme générale, le dispositif ne se justifie, du point de vue du principe d'égalité, que dans la mesure où les personnes qui en bénéficient se trouvent dans les conditions qui ont motivé la reconnaissance de ces prérogatives. Dans un tel contexte, reconnaître aux individus une entière liberté de *choisir* de déclarer l'identité qu'ils souhaitent, sans qu'il soit possible de vérifier si cette déclaration correspond à une réalité vécue par la personne, peut mettre à mal l'ensemble du mécanisme imaginé pour protéger un groupe vulnérable⁶⁷. Car toute personne pourrait alors prétendre au bénéfice de droits particuliers, pourtant accordés au vu des difficultés spécifiques auxquelles ce groupe est confronté.

Un autre problème peut se présenter lorsque, pour élaborer des politiques de lutte contre la discrimination ethnique ou raciale et en mesurer l'impact, un Etat recueille des données sur les origines ethniques ou raciales de sa population. Dans un tel contexte, ce qui est réellement pertinent, c'est de savoir si une personne appartient ou non à un groupe exposé au risque de discrimination. Même si les informations sont collectées sur la base de l'auto-identification, c'est en réalité la manière dont la personne est *perçue* par autrui qui importe. Si, pour des raisons diverses, une proportion significative de la population déclare une identité qui ne

⁶⁷ T. Yang, observe à cet égard : « These acts are commonly evaluated through two different lenses. On one hand, they may be seen as instances of individuals exercising personal choices about their conceptions of self. (...) Alternatively, they may also be viewed as efforts of deception. Recent assertions of fraud in racial and ethnic self-identification for affirmative action programs represent this other perspective. » (Yang, *op. cit.*, p. 382).

reflète pas la façon dont elle est perçue socialement, les données obtenues peuvent se révéler totalement inadéquates, affectant par là la capacité de l'Etat à identifier les discriminations et à évaluer l'efficacité des politiques mises en œuvre pour les combattre.

Dans ces deux situations, c'est donc la protection d'un droit qui peut parfois justifier le recours à des critères complémentaires par rapport à l'auto-identification pour déterminer si l'identité déclarée par un individu correspond à une réalité sociale. La jurisprudence internationale offre plusieurs illustrations de cas dans lesquels une telle démarche a été jugée valide au regard des droits fondamentaux. Mais les critères alternatifs auxquels le juge ou l'administration a eu recours varient d'un cas à l'autre.

II.2. Affirmative action et droits spéciaux reconnus aux minorités ou aux peuples autochtones

Avec l'affaire *Kosteski c. l'Ex-République yougoslave de Macédoine*⁶⁸, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître du cas d'un employé de la compagnie d'électricité de Macédoine licencié pour s'être absenté à plusieurs reprises à l'occasion de fêtes musulmanes. Le droit macédonien reconnaît aux citoyens musulmans le droit de prendre congé lors des grandes fêtes de leur culte. Mais l'employeur de M. Kosteski affirmait qu'il était en réalité chrétien et que c'est de manière abusive qu'il avait profité des congés accordés aux travailleurs musulmans. Saisies du recours, les tribunaux internes constatèrent que, bien que se disant musulman, M. Kosteski refusait d'apporter des preuves « objectives » de sa foi : il semblait n'avoir aucune connaissance des préceptes de l'Islam, son mode de vie et son régime alimentaire n'étaient pas celui des Musulmans, ses parents étaient chrétiens et il avait jusque là toujours célébré les fêtes chrétiennes⁶⁹.

Devant la Cour européenne, M. Kosteski se dit victime d'une violation de sa liberté de religion. Il soutient qu'il n'avait pas à prouver son appartenance à la religion musulmane : ce serait là une contrainte inacceptable imposée à sa conscience intérieure. La Cour reconnaît que la perspective de voir l'Etat s'ériger en juge des convictions personnelles des citoyens est effrayante⁷⁰. Dans des affaires postérieures, elle confirmera que le droit à la liberté de religion comporte un aspect négatif, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé de révéler sa confession ou ses convictions religieuses⁷¹. Mais elle considère que le cas de M. Kosteski appelle un traitement particulier : « [t]he applicant was making claim to a privilege or exemption to which he was not entitled unless he was a member of the faith concerned and in circumstances which arguably gave rise to doubts as his entitlement. »⁷² Dans de telles conditions, « [w]here the employee (...) seeks to rely on a particular exemption, it is not oppressive or in fundamental conflict with freedom of conscience to require some level of substantiation when that claim concerns a privilege or entitlement not commonly available (...). »⁷³ L'élément déterminant réside donc dans le fait que le requérant cherchait à bénéficier d'un *droit spécial*, dérogatoire par rapport à la règle générale, reconnu par la loi aux travailleurs musulmans pour leur permettre de pratiquer leur culte.

⁶⁸ Cour eur. dr. h. (3^{ème} section), *Kosteski c. Ex-République yougoslave de Macédoine*, arrêt du 13 avril 2006.

⁶⁹ Id., §§ 23 et 36.

⁷⁰ "...the notion of State sitting in judgment on the state of a citizen's inner and personal beliefs is abhorrent and may smack unhappily of past infamous persecutions..." (Id., § 39).

⁷¹ Cour eur. dr. h. (1^{ère} section), *Alexandridis c. Grèce*, arrêt du 21 février 2008, § 38 et Cour eur. dr. h. (2^{ème} section), *Sinan Isik c. Turquie*, arrêt du 2 février 2010, § 41.

⁷² Arrêt *Kosteski*, § 46.

⁷³ Id., § 39.

La Cour ne précise pas sur la base de quels types de preuve une personne peut démontrer son appartenance à une communauté religieuse. Mais elle valide implicitement l'approche suivie par les tribunaux macédoniens qui ont statué dans cette affaire. Ceux-ci ont eu égard à un ensemble d'éléments susceptibles d'indiquer si M. Kostas, dans les faits, pratiquait la religion musulmane : son régime alimentaire, son mode de vie, sa connaissance de la religion en cause. Autrement dit, ils ont cherché à déterminer si l'identité déclarée par M. Kostas correspondait à ses pratiques, à son identité « vécue » et s'il justifiait ainsi d'un réel besoin de bénéficier du régime dérogatoire de jours de congé.

L'arrêt *Kostas* peut être rapproché de l'affaire *Malone v. Haley*⁷⁴, décidée en 1989 par la Cour suprême du Massachusetts, aux Etats-Unis. Paul et Philip Malone, deux frères jumeaux résidant à Milton, dans le Massachusetts, participèrent en 1975 à un concours public de recrutement organisé par le corps des pompiers de Boston. Ils obtinrent des résultats médiocres et ne furent pas engagés. Lors de ce concours, les deux frères s'étaient identifiés comme « Blancs ». En 1977, ils tentèrent à nouveau leur chance mais s'identifièrent cette fois comme « Noirs ». Entre temps, le service des pompiers de Boston s'était vu imposer par un tribunal l'obligation de mettre en place un programme d'*affirmative action* : ils avaient donc instauré une procédure de recrutement séparée pour les candidats provenant de minorités. Les résultats obtenus par les frères Malone en 1977 étaient à nouveau insuffisants pour être recrutés en tant que candidats blancs, mais comme ils s'étaient déclarés « Noirs », ils furent engagés. Lorsque, dix ans plus tard, ils postulèrent pour une promotion, leur supérieur hiérarchique remarqua qu'ils étaient catégorisés comme Noirs, alors qu'il les avait toujours considérés comme Blancs. Estimant qu'ils avaient falsifié leur candidature lors de leur recrutement, l'Etat du Massachusetts les révoqua. Dans leur recours contre cette décision, les frères Malone se défendent de toute falsification. Au moment de leur recrutement, on leur a uniquement demandé à quelle race ils s'auto-identifiaient. Ils doivent donc être considérés comme noirs, puisqu'ils se sont auto-identifiés comme tels.

Pour trancher le conflit entre les requérants et leur employeur sur l'exactitude de leur identification raciale, le juge estime qu'il peut avoir égard à trois types de preuves : l'observation visuelle des traits physiques des deux intéressés, des preuves documentaires, comme des certificats de naissance démontrant qu'ils ont des ancêtres noirs, et des éléments démontrant qu'eux-mêmes et leurs familles se sont présentés comme noirs et étaient considérés comme tels dans leur environnement social (« *...evidence that they or their families hold themselves out to be Black and are considered to be Black in the Community.* »)⁷⁵ Si les deux premiers critères évoquent une époque où la « race » était considérée comme une réalité objective, fondée sur des données biologiques, indépendante du contexte social et de la subjectivité des individus, le troisième, en revanche, n'a de sens que si l'identité raciale est conçue comme une construction sociale, produite par l'interaction entre l'individu et son environnement⁷⁶. Or, le juge constate qu'en dehors du contexte spécifique des procédures de recrutement et de promotion au sein du corps des pompiers de Boston, tout indiquait que les deux frères s'identifiaient socialement comme « Blancs ». Et comme ils ont échoué à établir leur qualité de noirs sur la base des deux autres critères identifiés par le juge, ce dernier conclut qu'ils ne revendiquaient pas le statut de noirs « honnêtement et de bonne

⁷⁴ No. 88-339 (Sup. Jud. Ct. Suffolk County, Mass. July 25, 1989). Il s'agit d'une décision non publiée. La présentation qui en est faite se fonde sur la description que donne de cette décision Ch. A. Ford dans son article précité "Administering Identity: The Determination of "Race" in Race Conscious Law", 82 *California Law Review*, 1994, 1231-1286, p. 1232-1234.

⁷⁵ Cité par Ch. A. Ford, *op. cit.*, p. 1233.

⁷⁶ Pour une discussion des différentes conceptions de l'identité raciale observable dans le droit et la société américaines, voy. aussi I. F. Haney Lopez, « The Social Construction of Race: Some Observations on Illusion, Fabrication, and Choice », (1994) 29 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.* 1-62.

foi » (*honestly and in good faith*) mais uniquement pour bénéficier du programme d'*affirmative action* visant à promouvoir le recrutement comme pompiers de candidats issus des minorités défavorisées.

Un autre exemple d'identification problématique de certaines personnes à une minorité nous est fourni par les événements survenus lors de l'élection des premiers conseils d'auto-gouvernement des minorités nationales en Hongrie, dans les années 1990-2000. La loi hongroise LXXVII de 1993 sur les droits des minorités nationales ou ethniques confère aux treize minorités reconnues en Hongrie le droit de constituer un conseil d'auto-gouvernement, ou conseil autonome, au niveau local, régional ou national, dont les membres sont désignés par élection. Ces instances sont habilitées à prendre des décisions en matière d'éducation, d'usage des langues, de médias et de préservation des traditions et de la culture. Dans le système initial, il n'était pas précisé que les électeurs et les candidats devaient appartenir à la minorité concernée et aucun mécanisme de vérification de leur appartenance n'était prévu. En pratique, des personnes sans aucun lien avec la minorité concernée participèrent, en tant qu'électeurs ou candidats, aux élections de certains conseils d'auto-gouvernement, notamment dans le cas des minorités rom, allemande, roumaine, slovène et serbe⁷⁷. Dans le cas des instances représentatives de la minorité rom, en particulier, il apparut que cette attitude était motivée par la volonté d'entraver l'effectivité du conseil⁷⁸. Le cas le plus extrême eut lieu dans la localité de Jászladány : lors des élections 2002, un groupe de non-Roms se présentèrent comme candidats, sous la conduite de la femme du maire local, avec pour objectif déclaré de renverser le veto opposé par le conseil représentatif des Roms à la création d'une école privée réservée aux enfants non-Roms, laquelle aurait renforcé la ségrégation dans l'éducation. Grâce aux votes d'électeurs n'appartenant pas à la minorité Rom, la femme du maire et ses acolytes furent élus et autorisèrent la création de cette école⁷⁹.

Cette situation fut épinglée par le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Dans ses deux premiers avis sur la Hongrie, il invite les autorités hongroises à prendre des mesures pour éviter que des personnes n'appartenant pas à une minorité puissent se faire élire aux conseils représentatifs d'une minorité, nuisant ainsi à la crédibilité du système d'auto-gouvernement⁸⁰. Emboîtant le pas au Comité, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, dans une résolution concernant la Hongrie, indique lui aussi que des efforts sont nécessaires pour « éviter que des personnes ne constituent des instances autonomes au nom d'une minorité à laquelle elles n'appartiennent pas. »⁸¹

Suite à ces événements, les autorités hongroises amendèrent en 2002 l'article 70 de la Constitution de manière à limiter aux membres des minorités concernées le droit de participer, en tant qu'électeur ou candidat, aux élections des instances représentatives d'une minorité⁸². Cet amendement adopté, restait à décider comment garantir que les personnes prenant part

⁷⁷ Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, deuxième avis sur la Hongrie, ACFC/INF/OP/II(2004)003, adopté le 9 décembre 2004, § 29.

⁷⁸ Dans d'autres cas, cette attitude a pu parfois être motivée par des raisons financières (ibid.)

⁷⁹ National Democratic Institute, OSCE (ODIHR), "The Hungarian Minority Self-Government System as a Means of Increasing Romani Political Participation", *National Democratic Institute Assessment Report*, September/October 2006, p. 11 ; A. Danka and N. Pallai, "Legal but Illegitimate: The Gypsy Minority Self-Government in Jaszladany", article published on the website of the European Roma Rights Center, <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1302> (dernière visite : le 30 juin 2010).

⁸⁰ Comité consultatif de la Convention-cadre, premier avis sur la Hongrie, ACFC/INF/OP/I(2001)004, adopté le 22 septembre 2000, § 52 et deuxième avis sur la Hongrie, ACFC/INF/OP/II(2004)003, adopté le 9 décembre 2004, § 30.

⁸¹ Résolution ResCMN(2001)4 sur la mise en oeuvre de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales par la Hongrie, adoptée par le Comité des Ministres le 21 novembre 2001 à la 773^{ème} réunion des délégués des ministres.

⁸² Cet amendement est entré en vigueur en mai 2004. Voy. Comité consultatif de la Convention-cadre, deuxième avis sur la Hongrie, ACFC/INF/OP/II(2004)003, adopté le 9 décembre 2004, § 25.

aux élections d'un conseil autonome appartiennent bien à la minorité concernée. La loi adoptée par le Parlement hongrois en octobre 2005 conditionne désormais le droit de voter lors de l'élection d'un conseil autonome à l'obligation de s'enregistrer auprès d'un bureau électoral, trois mois avant la date du scrutin, sur une liste d'électeurs d'une minorité, étant entendu qu'une personne ne peut être inscrite sur plus d'une liste à la fois. Au moment de leur enregistrement, les personnes doivent déclarer par écrit être membres de la minorité concernée. Les instances électorales ne peuvent vérifier cette déclaration⁸³. Quant aux candidats, la loi de 2005 exige qu'ils soient présentés par une association qui, selon ses statuts, a vocation à représenter la minorité concernée, et qui existe depuis au moins trois ans⁸⁴. En revanche, la proposition de l'Ombudsman des minorités, Jenő Kaltenbach, de subordonner le droit de se porter candidat à l'obligation de remplir certains critères objectifs d'appartenance, à déterminer en consultation avec les minorités, comme la connaissance de la culture, des traditions, de la langue de la communauté visée, n'a pas été retenue⁸⁵.

La loi hongroise de 2005 définit donc deux critères différents pour établir l'appartenance à une minorité : dans le cas des électeurs, l'identification se fonde sur l'auto-déclaration des intéressés. Le mécanisme repose sans doute sur le postulat que l'obligation de se déclarer comme appartenant à une communauté représente une contrainte suffisamment forte pour dissuader, par elle-même, les déclarations purement opportunistes. Mais pour ce qui est des candidats aux élections, la seule auto-déclaration ne suffit pas : il faut, pour être habilité à se présenter, bénéficier du soutien d'une association représentative d'une minorité. C'est donc la reconnaissance par le groupe qui sert ici de critère pour certifier l'appartenance des candidats à la minorité. De manière intéressante, en optant pour l'auto-déclaration et la reconnaissance par le groupe, les autorités hongroises évitent d'avoir à identifier des *critères objectifs* d'appartenance à une minorité, comme l'avait proposé l'Ombudsman des minorités. Le pouvoir de déterminer qui appartient à une communauté donnée est ainsi dévolu à l'individu lui-même (dans le cas des électeurs) ou au groupe (pour ce qui est des candidats). Lors des élections des conseils d'autogouvernement de 2006, cependant, ces nouvelles règles, appliquées pour la première fois, n'ont pas empêché certains citoyens d'« abuser » à nouveau du système en s'enregistrant comme électeurs d'une minorité malgré le fait qu'ils n'avaient aucun lien avec cette minorité. Il a aussi été constaté que des associations représentatives d'une minorité ont parfois présenté des candidats non-membres de cette minorité dans le but d'augmenter leur nombre de voix. Devant ces constats, l'Ombudsman et le président de l'office hongrois pour les minorités nationales ou ethniques se sont dits d'avis que si des candidats aux élections avaient émis une fausse déclaration d'appartenance, celle-ci devait pouvoir être contestée devant les tribunaux en tant que fraude électorale ou falsification de documents⁸⁶. Un tel recours supposerait toutefois que les tribunaux définissent des critères en

⁸³ Loi CXIV de 2005 sur l'élection des représentants des auto-gouvernements de minorité et la modification de certaines lois relatives aux minorités nationales et ethniques. Pour protéger les données personnelles, seul un nombre limité de personnes peut avoir accès aux listes d'électeurs de minorités et celles-ci doivent être détruites après chaque élection. Voy. National Democratic Institute, OSCE (ODIHR), "The Hungarian Minority Self-Government System...", *op. cit.*, pp. 11-12 et troisième rapport soumis par la Hongrie en application de l'article 25, § 1 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, ACFC/SR/III(2009)007, reçu par le Comité consultatif le 4 juin 2009, p. 55.

⁸⁴ Loi CXIV de 2005 sur l'élection des représentants des auto-gouvernements de minorité et la modification de certaines lois relatives aux minorités nationale et ethniques. Voy. National Democratic Institute, OSCE (ODIHR), "The Hungarian Minority Self-Government System...", *op. cit.*, pp. 11-12 et troisième rapport soumis par la Hongrie en application de l'article 25, § 1 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, ACFC/SR/III(2009)007, reçu par le Comité consultatif le 4 juin 2009, p. 55.

⁸⁵ K. Jenő, "Report on the Minority Self-government Elections in 2002 and 2003, cité par A. Danka and N. Pallai, *op. cit.*

⁸⁶ Office for National and Ethnic Minorities, Budapest, Hungary, "Selection of news on national and ethnic minorities in Hungary – October 2006 – Overview of the 2006 elections of minority self-governments", document publié sur le site de la Federal Union of European Nationalities (FUEN) : www.fuen-press.info/archives/2006.html (dernière visite : le 30 juin 2010).

fonction desquels la « véracité » d'une déclaration d'appartenance à une minorité pourrait être vérifiée.

II.3. Collecte de données et politiques anti-discriminatoires

Les Etats qui recueillent des données sur l'origine ethnique ou raciale des individus dans le cadre des recensements ou d'autres types d'enquête afin de disposer des informations nécessaires pour élaborer et mettre en œuvre des politiques de lutte contre la discrimination, le font généralement sur la base de l'auto-identification des personnes interrogées⁸⁷. Telle est la méthode préconisée par les instances européennes et internationales compétentes en matière de non-discrimination⁸⁸. Pourtant, ce qui importe, dans le contexte de la lutte contre la discrimination, c'est moins le sentiment d'identité de l'individu que sa perception par autrui. Car comme l'écrit Nancy Denton, « the effects of racism all too frequently operate on the level of appearance, not identity »⁸⁹. Sans doute, dans bien des cas, l'auto-perception et la perception par autrui coïncident. L'identité des individus est elle-même influencée par l'image d'eux-mêmes que leur renvoie la société environnante. Comme l'observe T. Yang, « how we conceive ourselves is necessarily affected by others, including their racial perceptions, stereotypes and prejudices. »⁹⁰ A tout le moins, les individus ont-ils souvent suffisamment conscience de la manière dont ils sont perçus, pour fournir la réponse recherchée lors de la collecte de ce type de données. Mais cette concordance entre auto-classification et classification par autrui ne se vérifie pas toujours⁹¹. Soit qu'il y ait un décalage entre l'idée qu'une personne se fait de son identité et la façon dont elle est vue socialement, soit qu'un individu, pour des raisons diverses (crainte de révéler une information jugée sensible, opposition à la politique antidiscriminatoire du gouvernement, etc.), choisisse délibérément de ne pas se déclarer membre d'un groupe auquel il est sociologiquement lié, il peut y avoir discordance entre l'« identité déclarée » et l'« identité perçue ». Or, si un nombre

⁸⁷ P. Simon (coord.), *Etude comparative de la collecte de données...*, op. cit. ; P. Simon, « Statistiques « ethniques » et protection des données dans les pays du Conseil de l'Europe – Rapport d'étude », Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007. Le cas des Pays-Bas doit, toutefois, être distingué : ce pays est l'un des seuls Etats européens à avoir mis en place un système de recueil systématique de données destinées à appuyer ses politiques de lutte contre la discrimination ethnique. Les individus ne sont cependant pas catégorisés en fonction de leur auto-identification, mais sur la base de données objectives figurant dans les registres municipaux ou recueillies par voie d'enquêtes, à savoir le lieu de naissance des personnes, de leurs parents ou de leurs grands-parents. Les personnes d'origine étrangère sont catégorisées comme « allochtones », ceux d'origine néerlandaise comme « autochtones ». (V. Guiraudon, K. Phalet et J. Ter Wal, *Etude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact des discriminations – Pays-Bas*, Commission européenne, DG Emploi et Affaires sociales, 2004). L'ECRI critique ce mécanisme : elle fait observer « qu'avec l'augmentation du nombre de citoyens appartenant à la troisième génération de descendants de personnes nées en dehors des Pays-Bas, la classification fondée sur l'allochtonie semble être de moins en moins adaptée au suivi des formes de discrimination raciale » (Troisième rapport sur les Pays-Bas, CRI(2008)3, adopté le 29 juin 2007, § 114). Elle recommande également aux autorités, comme elle le fait habituellement dans ses avis par pays, de veiller, lorsqu'elles recueillent des renseignements servant à suivre la situation des groupes minoritaires dans les différents domaines de la vie sociale, à respecter dûment le principe d'auto-identification volontaire des personnes (§ 115). Curieusement, le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, dans son premier avis sur les Pays-Bas, se borne à remarquer que « ce type de classification n'est pas fondé sur l'auto-identification de la personne concernée », mais n'en tire pas de conclusion quant à sa conformité ou non avec la Convention-cadre (avis sur les Pays-Bas, ACFC/OP/I(2009)002, adopté le 25 juin 2009, § 25). Dans un autre passage de cet avis, pourtant, évoquant le projet des autorités néerlandaises de créer un fichier sur les jeunes dits à risque, qui pourrait inclure des données sur l'origine ethnique, le Comité « exhorte (...) les autorités à s'assurer que la collecte de données requises dans le cadre de telles mesures respecte pleinement le principe d'auto-identification avec une minorité, tel que défini à l'article 3 de la Convention-cadre » (§ 52).

⁸⁸ Voy. les positions précitées du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, du Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et de l'ECRI. Voy. aussi J. Ringelheim et O. De Schutter, op. cit., pp. 5-6 et J. Ringelheim, « Recueil de données, catégories ethniques et mesure des discriminations : un débat européen » (2010) 82 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 269-313.

⁸⁹ N. A. Denton, "Racial Identity and Census Categories: Can Incorrect Categories Yield Correct Information?" (1997) 15 *Law & Ineq.* 83-97, p. 92.

⁹⁰ T. Yang, op. cit., p. 386.

⁹¹ Voy. les observations de Simon in P. Simon (coord.), *Etude comparative de la collecte de données...*, op. cit., p. 38.

trop important d'individus fournissent une réponse qui ne reflète pas la réalité qu'on cherche à saisir, la fiabilité des données obtenues, et, par conséquent, leur utilité dans la lutte contre la discrimination, peuvent s'en trouver compromises.

Ainsi, on estime que le nombre réel de Roms résidant dans les pays d'Europe centrale et orientale est nettement plus élevé que ce qu'indiquent les résultats obtenus dans les recensements. Méfiants à l'égard des autorités étatiques, craignant de révéler une appartenance à un groupe fortement stigmatisé et discriminé, de nombreux Roms préfèrent ne pas s'identifier comme tels dans les recensements. Mais le manque de données fiables les concernant handicape l'évaluation de leur situation et l'élaboration de politiques destinées à améliorer leurs conditions socio-économiques. Le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales a reconnu la difficulté⁹². Sans abandonner le principe de l'auto-identification, il encourage les Etats à prendre des mesures pour renforcer la confiance dans les recensements afin d'améliorer le taux de déclaration d'une origine rom, par exemple, en engageant des Roms comme agents recenseurs, en les associant à la formulation des questions et en sensibilisant les communautés concernées à l'importance de la collecte d'informations et aux garanties de confidentialité des données⁹³. Le Comité recommande également aux gouvernements de recourir à d'autres sources d'information, comme des estimations fondées sur des études *ad hoc* ou des enquêtes spécifiques, sans plus de précision⁹⁴.

Ces sources d'information alternatives pourraient-elles comporter le recours à une autre méthode que l'auto-identification pour déterminer l'appartenance des individus ? L'examen du système mis en place en Irlande du Nord pour promouvoir l'égalité dans l'emploi entre catholiques et protestants a conduit le Comité consultatif à se prononcer directement sur cette question. En vertu du *Fair Employment and Treatment (Northern Ireland) Order 1998 (FETO)*, adopté en 1998, les employeurs publics ainsi que certains employeurs privés ont l'obligation de comptabiliser annuellement le nombre de leurs salariés ou candidats à un emploi appartenant à chacune des deux principales communautés d'Irlande du Nord⁹⁵. Ces résultats sont soumis à la *Northern Ireland Equality Commission* et servent à évaluer l'impact des politiques mises en place pour favoriser l'égalité entre catholiques et protestants. En principe, c'est en fonction de leur auto-déclaration que les travailleurs sont catégorisés comme « catholiques » ou « protestants ». Mais lorsqu'un employé ou un candidat à un emploi ne déclare d'affiliation à aucune des deux communautés, l'employeur est invité à recourir à une méthode résiduaire pour vérifier cette déclaration. En se fondant sur d'autres informations fournies par l'intéressé, comme son nom et prénom, son adresse, l'école qu'il a fréquentée, les clubs ou associations dont il est membre, ou une fonction ecclésiastique qu'il exercerait, bref sur un éventail de critères de type objectif, l'employeur peut requalifier le travailleur comme « catholique » ou « protestant » pour les besoins de ce monitoring annuel. Il doit cependant en

⁹² Voy. not. deuxième avis sur la République slovaque, 26 mai 2005, ACFC/OP/II(2005)004, § 30 ; premier avis sur la Hongrie, 22 septembre 2000, ACFC/OP/I(2001)004, § 17.

⁹³ Voy. not. deuxième avis sur la Serbie, 19 mars 2009, ACFC/OP/II(2009)001, § 49 ; deuxième avis sur la Pologne, 20 mars 2009, ACFC/OP/II(2009)002, §§ 43-44.

⁹⁴ Voy. not. deuxième avis sur la République slovaque, 26 mai 2005, ACFC/OP/II(2005)004, § 32 ; deuxième avis sur la Hongrie, 9 décembre 2004, ACFC/INF/OP/II(2004)003, §§ 35 et 53 ; deuxième avis sur la Slovaquie, 26 mai 2005, ACFC/INF/OP/II(2005)005, § 46.

⁹⁵ 1998 No. 3162 (N.I. 21), 16 December 1998. Cette législation a été amendée par le *Fair Employment and Treatment Order (Amendment) Regulations (Northern Ireland) 2003*, entré en vigueur le 10 décembre 2003 et qui vise à transposer la Directive 2000/78 en droit irlandais. Sur cette législation et son impact, voy. CH. MCCRUDDEN, R. FORD et A. HEATH, « Legal Regulation of Affirmative Action in Northern Ireland: An Empirical Assessment », (2004) 24(3) *Oxford Journal of Legal Studies* 363-415 et Ch. McCrudden, R. Muttarak, H. Hamill, A. Heath, « Affirmative Action without Quotas in Northern Ireland », (2009) 4 *The Equal Rights Review* 7-14.

informer l'intéressé qui, s'il estime cette qualification incorrecte, peut en demander la modification⁹⁶.

Ce dispositif complexe s'explique par le fait que la politique en jeu vise à rétablir un équilibre dans un contexte où un groupe a été traditionnellement avantagé (les protestants) et l'autre défavorisé (les catholiques). Si un nombre significatif d'individus décidaient de ne pas déclarer leur relation à une communauté à laquelle ils sont sociologiquement liés, ils pourraient par là entraver le suivi du programme de promotion de l'égalité et compromettre ainsi son effectivité. Dans une société marquée par un profond clivage entre ces deux groupes, les critères retenus seraient des indicateurs adéquats de l'origine socio-religieuse⁹⁷. Ces données restent, par ailleurs, anonymes et ne peuvent servir qu'à des fins statistiques⁹⁸.

Or, le Comité consultatif de la Convention-cadre n'a pas jugé que ce système contrevenait à la Convention. Tout en réaffirmant que « les restrictions au droit à la libre auto-identification des personnes appartenant aux minorités nationales sont contraires à l'article 3 de la Convention-cadre », il déclare que, « dans le contexte spécifique de l'Irlande du Nord, et en cette période précise, la détermination par les employeurs de l'origine communautaire de leurs salariés, stagiaires et candidats peut s'avérer pertinente pour garantir l'égalité en matière d'emploi des groupes sous-représentés »⁹⁹. A cette position, fait écho l'avis formulé par un groupe d'experts du Conseil de l'Europe, consultés sur le projet de déclaration des droits fondamentaux en Irlande du Nord. Ceux-ci ont recommandé de ne pas inclure dans la déclaration la reconnaissance d'un *droit* à l'auto-identification, au motif qu'une telle clause aurait pu entrer en conflit avec certaines dispositions législatives en matière d'égalité. Ils ont estimé qu'il valait mieux discuter de cette question dans le cadre d'une réforme législative plutôt que de clore le débat *a priori* dans la déclaration des droits fondamentaux¹⁰⁰.

III. La reconnaissance par le groupe : une forme d'auto-détermination collective ?

A côté de l'auto-définition et du classement sur la base de critères objectifs, la reconnaissance par le groupe constitue une troisième méthode de détermination identitaire. Procéder de la sorte revient à reconnaître à la communauté, plutôt qu'à l'individu ou à l'Etat, le pouvoir de définir qui en est membre, en fonction de ses propres critères d'appartenance. Cette approche suppose toutefois l'existence d'une communauté structurée, dotée de représentants aptes à parler au nom de la collectivité. En droit international, la règle de la reconnaissance par le groupe est associée à deux catégories de communautés : les peuples autochtones et les communautés religieuses¹⁰¹. Dans les deux cas, cette règle peut trouver un fondement dans certains droits : le droit à l'auto-détermination des peuples, le droit à la liberté religieuse. Mais elle peut aussi être source de tensions ou de conflits avec d'autres droits. Car les normes en

⁹⁶ Ch. MACCRUDDEN, « Consociationalism, Equality and Minorities in Northern Ireland Bill of Rights Debate : The Role of the OSCE High Commissioner for National Minorities », in J. Morison, K. McEvoy et G. Anthony (eds), *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, pp. 315-353.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, deuxième avis sur le Royaume-Uni, 6 juin 2007, ACFC/OP/II(2007)003, § 48.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Comments by Council of Europe Experts on certain aspects of a future Bill of Rights for Northern Ireland, 3 February 2004, Strasbourg, Council of Europe (DG II (2004) 4), §§ 61-69. Ce document est accessible sur le site *Bill of Rights for Northern Ireland* : <http://www.borini.info/information-guides.aspx> (dernière visite : le 30 juin 2010).

¹⁰¹ Bien entendu, il arrive que cette méthode soit appliquée à d'autres types de collectivités. Ainsi, la solution adoptée en Hongrie pour garantir que les candidats aux élections des conseils autonomes appartiennent bien à la minorité dont les intérêts sont en jeu, apparaît comme une forme de reconnaissance par le groupe. Depuis la modification législative intervenue en 2005, en effet, ces candidats doivent être présentés par une association représentative de la minorité concernée (voy. *supra*, section II.3).

fonction desquelles une communauté définit qui fait partie de ses membres et comment se transmet l'appartenance peuvent non seulement aller à l'encontre du sentiment d'identité de certains individus, mais en outre, contredire certaines exigences du droit international des droits de l'homme, en particulier, le principe de non-discrimination.

III.1. Fondements de la règle de la reconnaissance par le groupe

Ni la Convention OIT n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux (1989) ni la Convention OIT n°107 relative aux populations autochtones et tribales (1957) n'évoque la question des critères d'appartenance d'un individu à un peuple indigène ou tribal. Mais dans son rapport de 2002 sur les droits humains et les questions autochtones, le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, Rodolfo Stavenhagen¹⁰², constate une acceptation croissante, de la part des Etats, de l'idée que le droit de décider qui est ou non autochtone appartient au peuple autochtone et à lui seul¹⁰³. Il ajoute que les autorités étatiques doivent respecter le *droit à l'auto-définition et à l'auto-identification* des peuples autochtones¹⁰⁴, suggérant ainsi que le droit collectif d'un peuple à l'auto-définition inclut le droit de définir qui fait partie de ses membres.

Depuis, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée en 2007, a reconnu le droit de ceux-ci « de décider de leur propre identité ou appartenance conformément à leurs coutumes et traditions, sans préjudice du [droit] d'obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l'Etat dans lequel ils vivent. » (article 33 § 1). Cette prérogative peut être vue comme une conséquence du droit général à l'auto-détermination, évoqué à l'article 3 de la Déclaration. En vertu de ce droit, les peuples autochtones « ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales » (article 4), ainsi que celui « de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes » (article 5). Certes, cette Déclaration n'est pas juridiquement contraignante. Elle constitue néanmoins un texte de référence, pourvu d'une forte autorité politique et morale. Elle se veut, selon son préambule, « une nouvelle étape importante sur la voie de la reconnaissance, de la promotion et de la protection des droits et libertés des peuples autochtones ». Elle invite d'ailleurs les instances des Nations Unies à favoriser le respect et la pleine application de ses dispositions¹⁰⁵.

Quant aux communautés religieuses, elles bénéficient, en vertu du droit à la liberté de religion, d'un droit à l'autonomie, comme l'a reconnu la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* du 26 octobre 2000. Soulignant que « les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées », la Cour déclare que « le droit des fidèles à la liberté de religion suppose que la communauté puisse fonctionner paisiblement, sans ingérence arbitraire de l'Etat »¹⁰⁶. Interprétant le droit à la liberté de religion, garanti par l'article 9 de la Convention

¹⁰² Rodolfo Stavenhagen fut rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones de 2001 à 2007. Depuis 2008, il a été remplacé à ce poste par S. J. Anaya.

¹⁰³ « ...whereas some States do regulate individual membership, it has become increasingly accepted that the right to decide who is or is not an indigenous person belongs to the indigenous people alone. » (« Human Rights and Indigenous issues », Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples, Mr. R. Stavenhagen, submitted pursuant to Commission resolution 2001/57, Commission on human rights, 4 February 2002, E/CN.4/2002/97, § 100).

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Pour un commentaire de cette Déclaration, voy. V. Prasad, "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Flexible Approach to Addressing the Unique Needs of Varying Populations" (2008) 9 *Chicago Journal of International Law* 297-322.

¹⁰⁶ Cour eur. dr. h. (Grande Chambre), *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, arrêt du 26 octobre 2000, § 62.

européenne, à la lumière du droit à la liberté d'association (article 11), elle affirme que l'autonomie des communautés religieuses représente une dimension centrale de la liberté religieuse :

...l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection offerte par l'article 9. Elle présente un intérêt direct non seulement pour l'organisation de la communauté en tant que telle mais aussi pour la jouissance effective par l'ensemble de ses membres actifs du droit à la liberté de religion¹⁰⁷.

De ce principe d'autonomie, la Cour déduit que les organisations religieuses doivent être libres de déterminer à leur entière discrétion les critères d'appartenance à la communauté. De telles décisions doivent pouvoir être prises sans ingérence des autorités étatiques :

...the State cannot oblige a legitimately existing private-law association to admit members or exclude existing members. Interference of this sort would run counter to the freedom of religious associations to regulate their conduct and to administer their affairs freely¹⁰⁸.

III.2. Tensions entre droits individuels et collectifs

On peut être tenté de voir dans la reconnaissance d'un droit des groupes à l'autonomie ou à l'auto-identification collective un prolongement du droit individuel à l'auto-détermination, analysé plus haut (voy. *supra*, section I). En réalité, il existe une tension évidente entre ces deux principes : les critères d'appartenance définis par une communauté peuvent entrer en contradiction avec le sentiment d'identité de certains individus. Autrement dit, une personne qui se considère comme membre d'une communauté ne sera pas forcément reconnue comme telle au regard des normes suivies par cette collectivité. Opter pour la règle de la reconnaissance par le groupe, c'est donc privilégier le point de vue de la communauté sur celui de l'individu. De même, le principe de l'auto-identification collective peut contredire l'identification sur la base de critères objectifs : une personne qui présente des liens objectifs avec un groupe culturel ou ethnique peut néanmoins se voir dénier la qualité de membre par cette communauté¹⁰⁹. A la contradiction entre les critères d'appartenance définis par une communauté et le sentiment d'identité d'un individu, peut s'ajouter un conflit entre ces critères et certaines garanties du droit international des droits de l'homme, tout

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Cour eur. dr. h. (5ème section), *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ukraine*, arrêt du 15 juin 2007, § 146. Voy. aussi § 150.

¹⁰⁹ Dans l'affaire *Ivan Kitok c. Suède*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies s'est ainsi spécialement interrogé sur la question de savoir si « le fait de ne pas tenir compte des critères objectifs pour définir l'appartenance à une minorité » était compatible avec l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), qui reconnaît aux personnes appartenant à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique, le droit d'avoir leur propre vie culturelle, de pratiquer leur religion et d'employer leur langue (Comité des droits de l'homme (Nations Unies), *Ivan Kitok c. Suède*, Communication n°197/1985, constatations du 27 juillet 1988, CCPR/C/33/D/197/1985, Rapport annuel, 1988, p. 221, § 9.7). Était en cause une loi suédoise de 1971 régulant l'élevage de renne, l'activité traditionnelle exercée par la communauté sami. Cette loi a réservé le droit de pratiquer l'élevage de rennes aux Samis qui ont la qualité de membres d'un village sami. Et c'est aux villages Samis eux-mêmes qu'a été reconnu le pouvoir d'accorder le statut de membre du village. M. Kitok, bien que d'origine sami, avait perdu la qualité de membre d'un village sami parce qu'il avait exercé une autre occupation pendant trois ans, et sa demande de réadmission avait été refusée par le conseil de village. Il ne pouvait donc plus bénéficier des droits liés à ce statut. Pour le Comité, M. Kitok étant « ethniquement Sami », cette situation s'analyse comme une limitation de son droit, au regard de l'article 27 du Pacte, d'avoir sa propre vie culturelle (§ 9.8). Or, le fait que le pouvoir de décision en la matière soit dévolu aux villages samis eux-mêmes n'intervient pas dans son raisonnement. Le Comité juge toutefois que la législation contestée repose sur une justification raisonnable et objective : limiter le nombre d'éleveurs de rennes afin d'améliorer les conditions de vies des Samis vivant principalement de cette activité, en assurant sa rentabilité et sa durabilité. La restriction imposée aux droits individuels de M. Kitok est donc nécessaire pour assurer la survie et le bien-être de la minorité dans son ensemble. Le Comité a également égard au fait que M. Kitok a été autorisé par le conseil de village à exercer certaines activités liées à l'élevage de rennes.

particulièrement, le droit à la non-discrimination. Quelle doit être l'attitude de l'Etat si de tels critères désavantagent certaines personnes en raison, par exemple, de leur sexe ou de leur origine ethnique ou raciale ? A quelle norme faut-il donner la prééminence : l'autonomie de la communauté, qui suppose de respecter les décisions du groupe, ou la non-discrimination, qui commande d'interdire la discrimination, y compris lorsqu'elle est commise par des personnes privées ?

Cette question était présente en filigrane dans l'affaire *Sandra Lovelace c. Canada*, examinée par le Comité des droits de l'homme en 1981¹¹⁰. La requérante y dénonçait comme discriminatoire la règle selon laquelle les femmes autochtones qui épousaient des non-Indiens perdaient leur statut d'Indienne, alors que tel n'était pas le cas des hommes contractant un mariage exogamique. Suite à son mariage avec un homme non-Indien, elle avait elle-même perdu son statut d'Indienne Maliseet et se voyait dès lors privée du droit de retourner vivre sur une réserve après son divorce. Certes, la norme contestée trouvait sa source dans une loi étatique, la *Loi sur les Indiens* de 1869. Mais le Canada faisait observer devant le Comité qu'une modification de cette loi ne pouvait être réalisée qu'en consultation avec les communautés indiennes. Or, celles-ci, affirmait le gouvernement, étaient divisées sur la question de savoir s'il convenait de reconnaître aux femmes le même droit qu'aux hommes d'épouser une personne n'appartenant pas à la communauté tout en conservant le statut d'Indien. Dans des sociétés traditionnelles patrilinéaires, comme les sociétés autochtones, l'arrivée d'hommes extérieurs à la communauté, contrairement à celles de femmes, serait considérée comme une menace pour la propriété des terres, forcément limitées, de la réserve¹¹¹.

Quelle que soit la validité de cette caractérisation des sociétés autochtones, il est notable que le Comité n'accorde à cet argument aucune attention. Constatant que Sandra Lovelace est née et a grandi sur une réserve et qu'elle a toujours conservé des liens avec sa communauté d'origine et exprimé le souhait de les maintenir, le Comité considère qu'elle doit être considérée comme « appartenant à une minorité ethnique » et bénéficier, à ce titre, des droits reconnus par l'article 27 du Pacte, malgré le fait qu'au regard de la loi, elle a perdu le statut d'autochtone¹¹². La question de savoir si les représentants autochtones adhéraient ou non à la règle qui lui a été appliquée pour la priver de ce statut, ne joue aucun rôle dans le raisonnement du Comité. C'est sur l'identité *ressentie* et *vécue* par la requérante, dont attestent son histoire familiale, ses attaches effectives avec la communauté Maliseet et son auto-identification comme indienne, que le Comité se fonde pour estimer qu'elle appartient bien à la minorité autochtone. Dès lors, en l'excluant du statut d'Indienne, les autorités ont porté atteinte à ses droits culturels aux termes de l'article 27 du Pacte. Si le gouvernement peut légitimement limiter la catégorie des personnes habilitées à résider sur une réserve indienne, afin d'en protéger les ressources et de permettre aux Indiens qui y vivent de préserver leur identité, de telles restrictions doivent reposer sur une justification raisonnable et objective et être compatibles avec les autres dispositions du Pacte, notamment le droit à la non-discrimination. Ces conditions n'ont pas été respectées en l'espèce. La requérante est donc victime d'une violation de ses droits garantis par l'article 27. Quoique la question ne soit pas abordée directement, cette décision suggère qu'il faut reconnaître une primauté au principe de non-discrimination entre hommes et femmes sur la liberté d'une communauté de

¹¹⁰ Comité des droits de l'homme (Nations Unies), *Sandra Lovelace c. Canada*, Communication n°6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166, 30 juillet 1981.

¹¹¹ Id., § 9.8. Cette description des sociétés autochtones est toutefois contestée par les spécialistes. Voy. sur ce point et, plus généralement, sur le contexte de cette affaire, A. Bayefski, « The Human Rights Committee and the Case of Sandra Lovelace », (1982) 20 *Can. Y.B. Int'l L.* 244-266, spéc. pp. 257-261.

¹¹² Id., § 14.

définir ses règles d'appartenance – à tout le moins lorsqu'une telle détermination a des conséquences sur la possibilité, pour un individu, de jouir de droits garantis par le droit national et international.

Evoquant sa décision *Lovelace* dans son observation générale n°28 sur l'égalité entre les hommes et les femmes, adoptée en 2000, le Comité des droits de l'homme demande aux Etats de « faire rapport sur toutes lois ou pratiques administratives concernant l'appartenance à une communauté minoritaire qui peut constituer une atteinte à l'égalité de droits dont doivent jouir les femmes en vertu du Pacte (...) ». Il affirme par ailleurs que les droits reconnus aux minorités par l'article 27 « ne sauraient autoriser un Etat, un groupe ou une personne à violer le droit des femmes d'exercer à égalité avec les hommes tous les droits énoncés dans le Pacte (...) »¹¹³.

Plus récemment, la Cour suprême du Royaume-Uni a eu à connaître d'une affaire qui mettait en jeu un conflit entre le principe de non-discrimination et les critères d'appartenance définis par une communauté religieuse¹¹⁴. Le requérant est le père d'un enfant de treize ans qui avait demandé s'inscrire dans une école juive, la *Jewish Free School (JFS)*. Cet établissement, qui recevait plus de demandes d'inscription qu'il n'avait de places disponibles, avait pour politique de donner priorité aux enfants reconnus comme juifs selon les standards du judaïsme orthodoxe ou qui auraient entamé, avec l'accord de leurs parents, un processus de conversion approuvé par les instances du judaïsme orthodoxe. Si le requérant est juif de naissance, sa femme est née catholique mais s'est convertie au judaïsme avant la naissance de leur enfant. Cependant, sa conversion, réalisée dans une synagogue non orthodoxe, n'est pas reconnue par les instances du judaïsme orthodoxe. Conséquence : aux yeux de l'école, elle n'est pas juive et comme le judaïsme se transmet par la mère, son fils ne l'est pas non plus. Sa candidature est donc rejetée par l'école *JFS*. Le requérant allègue que son fils a été victime de discrimination raciale, en violation du *Race Relations Act 1976*, car, dit-il, c'est à cause de l'origine ethnique de sa mère que sa demande d'inscription a été refusée. Il échoue en première instance mais obtient gain de cause en appel. La Cour suprême confirme l'arrêt d'appel et déclare l'école responsable de discrimination raciale.

Les neuf juges de la Cour suprême se révèlent cependant très divisés sur cette affaire. Pour les cinq juges majoritaires¹¹⁵, la politique d'admission appliquée par l'école est entachée de discrimination *directe* à raison de l'origine ethnique. L'établissement a traité le fils du requérant (M) moins favorablement que d'autres enfants en raison de l'origine ethnique de sa mère. Certes, ce faisant, l'école n'a fait qu'appliquer les critères en fonction desquels la religion juive définit l'appartenance au judaïsme : selon ces principes, est juive toute personne née d'une mère juive ou convertie au judaïsme. Sauf en cas de conversion, c'est donc en fonction de son « ascendance matrilinéaire » qu'est déterminée la judéité d'un individu. Mais selon ces cinq juges, le fait que les responsables de l'école soient motivés par leurs convictions religieuses, et non par une intention raciste, n'a pas d'incidence sur le constat de discrimination : seul compte le fait que le critère sur lequel ils se sont fondés pour rejeter la candidature de M était d'ordre ethnique¹¹⁶. Et aux termes de la législation britannique, la discrimination directe pour motif racial ou ethnique ne souffre aucune exception.

¹¹³ UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 10, § 32 (nous soulignons).

¹¹⁴ *R (on the application of E) v Governing Body of Jewish Free School and the Admissions Appeal Panel of JFS (Appellants) and others*, judgment given on 16 December 2009 [2009] UKSC 15.

¹¹⁵ Il s'agit de Lord Phillips (Président), de Lady Hale, de Lord Mance, de Lord Kerr et de Lord Clarke.

¹¹⁶ Lady Hale résume ainsi : « We do not need to look into the mind of the Chief Rabbi to know why he acted as he did. If the criterion he adopted was (...) in reality ethnicity-based, it matters not whether he was adopting it because of a sincerely held religious belief. » (jugement de Lady Hale, § 65)

En désaccord avec cette position, les quatre juges minoritaires estiment que le critère utilisé par l'école pour refuser la demande de M était de nature religieuse et non d'ordre ethnique. Ce n'est pas l'origine ethnique de sa mère qui a déterminé cette décision, c'est le fait que les instances du judaïsme orthodoxe ne reconnaissent aucune validité à sa conversion. Si elle s'était convertie dans une synagogue orthodoxe, elle aurait été considérée comme juive, ainsi que son fils, quelles que soient leurs origines¹¹⁷. Or, la législation britannique autorise les écoles confessionnelles à tenir compte de critères religieux dans leur politique d'admission : une telle attitude n'est pas considérée comme discriminatoire¹¹⁸. Et le *School Admissions Code 2007* précise qu'il appartient au groupe religieux lui-même de décider comment l'appartenance à la communauté sera établie¹¹⁹.

Restait cependant, pour les quatre juges minoritaires, à résoudre une seconde question : à défaut de discrimination directe, y avait-il eu discrimination *indirecte* pour motif racial ou ethnique ? C'est là que la discussion entre les juges devient particulièrement intéressante pour notre objet. La politique d'admission de l'école, bien que fondée sur des éléments religieux, défavorise *dans les faits* les enfants qui, comme M, ne sont pas d'origine ethnique juive par leur mère par rapport à ceux qui le sont. Aux termes de la législation antidiscriminatoire, une mesure qui entraîne un désavantage particulier pour les personnes d'une origine ethnique donnée par rapport aux autres individus, constitue une discrimination indirecte, *à moins d'être justifiée par un objectif légitime et de représenter un moyen proportionné d'atteindre ce but*. Les quatre juges sont tous d'accord pour dire que la politique de l'école visait un objectif légitime : offrir une éducation dans un cadre juif orthodoxe à des enfants qui, selon les critères du judaïsme orthodoxe, sont juifs et ce, indépendamment des convictions et du degré de pratique religieuses de ces enfants¹²⁰. Mais ils divergent sur l'appréciation de la proportionnalité de la mesure.

Lord Rodger et Lord Brown jugent le moyen proportionné. Tous deux insistent sur l'idée que ce qui sous-tend en réalité le recours, c'est un conflit entre différents courants du judaïsme sur ce qui constitue une conversion valide. Or, il n'appartient pas à un tribunal étatique de trancher un litige sur la définition religieuse de la judéité : « No court would ever intervene on such a question or dictate who, as a matter of orthodox religious law, is to be regarded as Jewish. »¹²¹ D'autre part, Lord Rodger et Lord Brown jugent qu'il est logique, pour une école confessionnelle, de se référer aux règles établies par leur religion pour déterminer qui appartient à la communauté qu'elle s'est donnée pour mission de servir. Car du point de vue du judaïsme orthodoxe, ce sont les seuls critères qui aient un sens¹²². En obligeant les écoles juives à modifier leurs critères d'admission, en se fondant, par exemple, non plus sur l'appartenance au judaïsme mais sur la pratique religieuse des enfants, le tribunal leur imposerait sa propre définition de l'identité juive. « Jewish schools will be forced to apply a concocted test for deciding who is to be admitted. That test might appeal to this secular court but it has no basis whatsoever in 3,500 years of Jewish law and teaching. »¹²³ Les deux juges

¹¹⁷ Lord Rodger observe ainsi : « It was her resulting non-Jewish religious status in the Chief Rabbi's eyes, not the fact that her ethnic origins were Italian and Roman Catholic, which meant that M was not considered for admission. » (jugement de Lord Rodger, § 228).

¹¹⁸ Equality Act 2006, Section 50. Voy., à ce sujet, le jugement de Lord Hope, § 175.

¹¹⁹ Voy. le jugement de Lord Hope, §§ 176-178.

¹²⁰ Voy. les jugements de Lord Hope, § 207 ; de Lord Rodger, § 223 et de Lord Brown, §§ 255-256.

¹²¹ Jugement de Lord Brown, § 239. Voy. aussi le jugement de Lord Rodger : « If anything, this looks like a dispute between two rival religious authorities, the Office of the Chief Rabbi and the Masorti authorities, as to who is Jewish. » (§ 224).

¹²² Jugement de Lord Rodger, § 223.

¹²³ Id., § 225. Voy. aussi le jugement de Lord Brown : « The Court of Appeal's judgment insists on a non-Jewish definition of who is Jewish » (§ 248). Plus loin, il ajoute que la solution avancée par la Cour d'appel équivaut à « the imposition of a test for

défendent donc la liberté, pour une communauté religieuse, et par extension, pour une école liée à une confession, de définir l'identité religieuse de ses membres en fonction des règles établies par cette religion.

Lord Hope, suivi par Lord Walker, développe un autre point de vue. Il observe lui aussi que les cours et tribunaux n'ont pas à intervenir dans le conflit purement religieux qui oppose les membres de la communauté juive sur la validité des critères appliqués par les instances du judaïsme orthodoxe pour définir qui est juif. Mais il souligne que lorsque ces principes sont appliqués dans une sphère réglementée par le droit étatique, comme celle de l'accès à l'enseignement, la matière ne relève plus du seul domaine religieux. Les tribunaux sont compétents pour connaître d'une allégation de discrimination¹²⁴. Et contrairement aux Lords Rodger et Brown, Lord Hope, de même que Lord Walker, juge que les critères d'admission établis par l'école n'étaient pas proportionnés à l'objectif recherché. Le fils du requérant a donc été victime de discrimination indirecte à raison de son origine ethnique. L'élément déterminant, aux yeux de Lord Hope, est que l'école n'a pas pris en compte l'impact de sa politique sur les individus dans la situation de M et cherché à déterminer si des moyens moins discriminatoires n'auraient pas pu être appliqués sans pour autant compromettre le caractère religieux de l'école. Les enfants dans la situation de M, qui se considèrent comme juifs et vivent dans un environnement familial juif, se trouvent totalement exclus de l'accès à un enseignement subsidié par l'Etat conforme aux convictions religieuses de leurs parents. En revanche, des enfants qui ne partagent absolument pas l'ethos religieux de l'école mais dont la mère est juive selon les standards du judaïsme orthodoxe, sont privilégiés par rapport à ceux-là dans l'accès à ce type d'établissement. Et Lord Hope de conclure :

The school claimed to serve the whole community. But the way the policy was applied deprived members of the community such as M, who wished to develop his Jewish identity, of secondary Jewish education in the only school that is available¹²⁵.

Lord Hope invite ainsi l'école à adopter une conception plus souple de l'identité juive, tenant compte des liens effectifs que les individus entretiennent avec la religion et la communauté religieuse concernées, plutôt que de se fonder uniquement sur un critère formel, détaché de leur expérience concrète et sur lequel ils n'ont aucune prise, à savoir l'origine de leur mère, même si telle est la règle établie par les instances religieuses dont l'école se réclame. Il suggère par là que lorsque la définition d'une appartenance confessionnelle a des conséquences sur la jouissance d'un droit, comme le droit d'accès à une éducation conforme à ses croyances religieuses, le respect de l'autonomie de la communauté peut être contrebalancé par les exigences découlant de la logique propre à la garantie des droits individuels.

Conclusion

A la question de savoir comment l'identité ethnique ou culturelle d'un individu peut être déterminée, dans les contextes où le recueil de cette information par l'Etat est jugé nécessaire, le droit international des droits de l'homme actuel n'apporte pas de réponse univoque. Trois règles coexistent : l'auto-identification par la personne concernée, l'auto-définition certifiée par des critères objectifs et la reconnaissance par le groupe. Jusqu'à une époque récente, l'auto-identification confortée par des éléments objectifs a pu être considérée comme la

admission to an Orthodox Jewish school which is not Judaism's own test and which requires a focus (as Christianity does) on outward acts of religious practice and declarations of faith, ignoring whether the child is or is not Jewish as defined by Orthodox Jewish law." (§ 258).

¹²⁴ Jugement de Lord Hope, § 160.

¹²⁵ Id., § 211.

méthode privilégiée par le droit international pour déterminer l'appartenance à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique. Mais depuis les années 1990, un nombre croissant d'institutions internationales ont pris position en faveur de l'idée qu'au regard des droits fondamentaux, c'est, sauf exception, en fonction de la seule auto-définition des individus qu'il convient d'établir leur identité culturelle ou ethnique. Cette approche est en phase avec l'importance croissante prise par la notion d'auto-détermination individuelle dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme. Elle s'accorde également avec l'évolution de la conception de l'identité dans les sciences sociales : ces analyses insistent sur le caractère multiple, fluctuant et en partie indéterminé des identités, qu'on ne saurait réduire à une donnée objective, fondée sur des caractéristiques essentielles et stables. Dans ces conditions, l'individu apparaît comme le meilleur juge de sa propre identité. C'est là que réside l'une des différences fondamentales entre l'approche classique de l'appartenance à une minorité et celle fondée sur la seule auto-identification : tandis que la première confère à l'Etat le pouvoir d'apprécier en dernier ressort l'appartenance d'une personne, en vérifiant que son auto-définition correspond à des critères objectifs, la seconde revient à reconnaître à l'individu le droit de décider comment il souhaite se définir.

Dans certaines situations, cependant, s'en remettre uniquement à l'auto-identification des individus se révèle problématique. Pour saisir les limites du critère de l'auto-déclaration, il faut prendre en compte l'objectif de la détermination d'une identité ou d'une appartenance. Lorsque cet exercice vise à identifier les bénéficiaires potentiels de droits spéciaux reconnus à une minorité ou à un peuple autochtone, soit pour répondre à leurs besoins culturels ou religieux, soit pour remédier à une discrimination structurelle dont ils sont victimes, la méthode de l'auto-déclaration peut conduire à ce que des individus s'identifient comme appartenant à un groupe *dans le seul but* de bénéficier de ces prérogatives. Or, celles-ci sont accordées au vu des conditions spécifiques que connaissent les membres des groupes visés. Dans de telles hypothèses, il faut bien reconnaître que l'identité qu'il s'agit d'apprécier ne dépend pas de la seule subjectivité de l'individu : c'est aussi un phénomène social, qui se traduit, selon les cas, par certaines pratiques culturelles ou religieuses ou par l'expérience du risque de la discrimination. Dans un tel contexte, se fonder sur la seule auto-définition des individus sans possibilité de vérifier, dans des cas douteux, si l'identité déclarée correspond à une identité « sociale », peut compromettre le dispositif mis en place pour protéger une minorité ou un peuple autochtone, puisque toute personne pourrait alors en réclamer le bénéfice, sans devoir justifier de liens réels avec la communauté concernée. Un problème comparable peut se présenter lorsqu'un Etat recueille des informations sur l'origine ethnique, raciale ou religieuse des individus pour appuyer ses politiques de lutte contre la discrimination : si un trop grand nombre d'individus fournit une réponse qui ne reflète pas la manière dont ils sont perçus socialement, la capacité des autorités à mesurer la discrimination et à évaluer l'impact des politiques antidiscriminatoires peut s'en trouver compromise. Dans ces situations, c'est la protection des droits des minorités ou des peuples autochtones elle-même qui peut appeler une limitation du droit à l'auto-identification. La jurisprudence et la pratique internationales admettent que dans ce type de contextes, les autorités puissent tenir compte d'autres critères pour déterminer l'identité, l'appartenance ou l'origine d'une personne. Cela signifie toutefois que c'est alors l'Etat, et plus l'individu, qui aura le dernier mot sur la détermination de son identité, à tout le moins dans le contexte en cause.

Troisième méthode d'identification, la reconnaissance par le groupe est invoquée, en droit international, à propos de deux catégories de collectivités, les peuples autochtones et les communautés religieuses. Dans ce cas, le pouvoir de détermination identitaire est dévolu non plus à l'Etat ni à l'individu, mais à la communauté, à travers les instances habilitées à parler

en son nom. Cette règle trouve un fondement dans le droit à l'auto-détermination des peuples, reconnu dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, et dans le principe d'autonomie des communautés religieuses, qui dérive du droit individuel à la liberté de religion. Cependant, les critères en fonction desquels une communauté définit qui fait partie de ses membres peuvent se révéler en porte-à-faux avec l'exigence de non-discrimination posée par le droit international des droits de l'homme. Et lorsque cette appréciation a une incidence sur la possibilité, pour un individu, de bénéficier d'un droit, garanti par le droit étatique, la tendance internationale semble être de considérer que le pouvoir de la communauté doit être limité par les exigences des droits individuels. Ainsi, la règle de la reconnaissance par le groupe, tout comme la norme de l'auto-identification individuelle, n'est pas absolue : toutes deux peuvent être limitées lorsque la défense de certains droits individuels l'exige. Une telle limitation suppose de permettre à un individu de contester la décision du groupe quant à son appartenance. Mais là aussi, elle aboutit à rétablir le pouvoir de l'Etat d'apprécier *in fine* l'identité de l'individu, pour les besoins de la mise en œuvre des droits visés : c'est en effet au juge ou à l'administration qu'il reviendra de trancher la contestation.