

JUGER LA « RACE » ET L'« ETHNICITÉ ». LES TRIBUNAUX INTERNATIONAUX FACE AUX DILEMMES DU RÉFÉRENTIEL RACIAL

Julie Ringelheim

Presses de Sciences Po | « Critique internationale »

2020/1 N° 86 | pages 91 à 113

ISSN 1290-7839

ISBN 9782724636307

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-critique-internationale-2020-1-page-91.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Presses de Sciences Po.

© Presses de Sciences Po. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Juger la « race » et l'« ethnicité ».

Les tribunaux internationaux face aux dilemmes du référentiel racial

par Julie Ringelheim

Le 12 juillet 2018, les députés de l'Assemblée nationale française ont voté à l'unanimité en faveur de la suppression du mot « race » de l'article 1^{er} de la Constitution française¹. Cette décision, qui n'est pas encore effective², fait suite à un long débat. Depuis une vingtaine d'années, plusieurs intellectuels et responsables politiques français appellent à l'élimination de ce terme du texte constitutionnel, au motif que son usage semblerait valider officiellement l'idée selon laquelle les races, au sens d'entités biologiques déterminant les caractéristiques physiques et intellectuelles des individus, existeraient réellement³. D'autres, au contraire, défendent son maintien en arguant qu'il serait nécessaire pour combattre la discrimination produite par le racisme, la persistance du terme n'empêchant pas d'y voir une construction historique et sociale⁴.

1. *Le Monde*, 12 juillet 2018.

2. À l'heure de clôturer cet article, la réforme constitutionnelle plus vaste dans laquelle elle s'insère n'a pas encore abouti.

3. Mario Stasi, « Le mot "race" doit disparaître de notre Constitution », *Le Monde*, 26 juin 2018.

4. Alain Policar, « La race, une catégorie sociale », *Libération*, 3 juillet 2018 ; Étienne Balibar, « Le mot race n'est pas "de trop" dans la Constitution française », *Mots. Les langages du politique*, 33, 1992, p. 241-256.

Si ce débat s'est révélé particulièrement virulent en France, l'interrogation qui le sous-tend peut être soulevée à propos de nombreux textes juridiques internationaux qui font également référence au concept de race. Ceux-ci ont été adoptés dans le but de protéger les individus contre certains traitements préjudiciables – allant de la discrimination au génocide – dont ils pourraient être victimes parce qu'ils sont perçus comme appartenant à une certaine « race ». Or, en érigeant ainsi la race en catégorie juridique, ils posent la question du sens à attribuer à ce terme. Son usage renvoie-t-il aux conceptions anciennes, biologisantes et essentialisantes, désormais récusées par les scientifiques ? Ou peut-il être interprété dans une perspective critique et non substantialiste, tenant compte des réflexions contemporaines des sciences humaines et sociales ?

Dans les textes juridiques concernés, un autre concept se révèle étroitement associé à celui de « race », à savoir l'« ethnicité ». Dans certains cas, l'« origine ethnique » figure dans une liste de critères aux côtés de la « race », dans d'autres, seule la notion de « race » est mentionnée mais elle est interprétée comme englobant celle d'« origine ethnique ». Cette proximité fait écho à la convergence que l'on observe entre ces deux concepts dans le discours des sciences sociales comme dans les usages politiques et le langage ordinaire⁵. L'expression « origine ethnique » est aujourd'hui souvent utilisée comme un « substitut euphémisé » du terme « race »⁶. Certes il existe des différences entre les deux. L'ethnicité est souvent définie en référence au partage d'une culture, d'une langue ou d'une généalogie tandis que la race serait davantage imposée de l'extérieur. Cependant, comme pour le concept de race, on retrouve une opposition entre une conception ancienne de l'ethnicité, vue comme un ensemble de caractères immuables, pouvant être appréhendés comme des faits naturels, indépendants de la subjectivité des individus, et une autre vision, désormais dominante dans les sciences sociales, qui la conçoit comme une construction sociale, produite à travers les interactions entre individus et entre groupes dans un contexte historique donné et caractérisée par la croyance en une ancestralité commune.

Je me propose ici d'examiner comment les juges internationaux appréhendent les notions de race et d'ethnicité lorsqu'ils sont amenés à les appliquer dans le cadre d'affaires portées devant eux. C'est essentiellement dans deux domaines du droit international public que ces concepts interviennent : le droit international des droits humains et le droit pénal international. Dès lors, je me concentrerai sur des juridictions spécialisées dans chacun de ces deux domaines : la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), d'une part, les deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et

5. Rogers Brubaker, « Ethnicity, Race, and Nationalism », *Annual Review of Sociology*, 35, 2009, p. 25-28 ; Marco Martiniello, *L'ethnicité dans les sciences sociales contemporaines*, Paris, PUF, 1995, p. 94-100.

6. Magali Bessone, *Sans distinction de race ? Une analyse critique du concept de race et de ses effets pratiques*, Paris, Vrin, 2013, p. 13-14.

le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), d'autre part. Mise en place en 1959 au sein du Conseil de l'Europe, composée d'un juge par État partie au système, soit 47 aujourd'hui, et siégeant à Strasbourg, la Cour européenne des droits de l'homme examine les recours introduits par des individus qui se disent victimes d'une violation, par un État partie, de la Convention européenne des droits de l'homme⁷. Adoptée en 1950, celle-ci interdit, dans son article 14, toute discrimination « fondée notamment sur la race » dans la jouissance des droits et libertés qu'elle garantit. Bien que cette Convention ne reconnaisse pas de droit spécifique aux minorités dites « nationales » ou « ethniques », la CEDH a également eu à traiter de litiges touchant à la question des minorités. Inaugurés en 1995, le TPIR, établi à Arusha, et le TPIY, basé à La Haye, relevaient quant à eux du système des Nations unies. Institués chacun sur la base d'une résolution du Conseil de sécurité, leur mandat était plus circonscrit que celui de la CEDH : ils avaient pour mission de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international, et notamment du crime de génocide, dans des contextes spécifiques – les massacres perpétrés au Rwanda durant l'année 1994 pour l'un, le conflit des années 1990 en ex-Yougoslavie pour l'autre. Composés chacun de 11 juges⁸, ces deux tribunaux ont aujourd'hui cessé leurs fonctions : le TPIR a été dissous le 31 décembre 2015 et le TPIY deux ans plus tard. J'évoquerai également les travaux de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour, dite Commission Darfour, désignée en 2004 par le Secrétaire général des Nations unies, dont la réflexion prolonge les analyses du TPIR et du TPIY sur la question traitée ici.

Bien que s'inscrivant dans des branches distinctes du droit international et quoique la nature de leurs missions diffère, la CEDH, le TPIR et le TPIY ont en commun d'avoir été chargés de donner sens à des catégories juridiques portant la marque des préoccupations de l'après-guerre, à savoir la discrimination raciale et le génocide. Les deux tribunaux *ad hoc* ont été ainsi les premières juridictions internationales de l'histoire habilitées à appliquer la notion de génocide, telle que définie dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide adoptée en 1948. Ni la Convention européenne des droits de l'homme ni la Convention sur le génocide ne définissent les notions de race ou d'ethnicité. La tâche d'interpréter ces termes est dès lors laissée aux juges. Les catégories de discrimination et de génocide visant toutes deux à sanctionner des mauvais traitements subis par des individus en raison de leur race ou ethnicité supposée, leur application peut générer une difficulté similaire : comment reconnaître juridiquement une discrimination ou un acte de génocide lorsque l'existence même d'un groupe racial ou ethnique en tant qu'entité distincte est contestée ? Une

7. Selon les cas, les juges siègent en chambres de 7 juges, en une grande chambre de 17 juges, en comité de 3 juges ou en formation de juge unique.

8. Au sein de chaque tribunal, ces juges étaient répartis en chambres de première instance composées de 3 juges. Ces deux tribunaux partageaient une chambre d'appel commune composée de 5 juges.

seconde interrogation peut se poser aux juges, comme l'illustre la jurisprudence de la CEDH : lorsque l'appartenance à un groupe racial ou ethnique permet de bénéficier de droits ou programmes spéciaux, tels les dispositifs d'*affirmative action*, les autorités étatiques peuvent-elles prétendre « vérifier » la réalité d'une appartenance revendiquée au motif d'empêcher des fraudes ? Dans les deux cas, les juges se trouvent face à un dilemme : comment appliquer les concepts de race et d'ethnicité sans paraître confirmer les conceptions racistes ou ethnistes à l'origine des pratiques que l'on entend combattre ? Cette tâche est d'autant plus délicate pour les juges internationaux que non seulement les conceptions à cet égard ont profondément évolué entre la fin des années 1940 et l'époque actuelle mais qu'en outre ces notions restent controversées et perçues différemment selon les pays.

Deux critères ont présidé à la sélection des décisions examinées : d'abord, les concepts de race, d'ethnicité ou d'identité ethnique ou raciale y sont explicitement discutés. Ensuite, ces décisions apparaissent comme des points de référence pour ces institutions, parce qu'elles y ont pris position pour la première fois sur certains enjeux liés à ces questions ou y ont modifié une position antérieure. L'identification des décisions pertinentes a été opérée à partir d'une première analyse globale de la jurisprudence de ces juridictions, des renvois internes effectués par chacune d'elles à leurs propres décisions, et de l'examen de la littérature juridique spécialisée. Pour ce qui est de la CEDH, la jurisprudence examinée court jusqu'au 1^{er} mai 2019. Dans le cas du TPIR et du TIPY, l'ensemble de leurs jurisprudences a pu être pris en compte, ces deux institutions ayant clôturé leurs travaux en 2015 et 2017. Quant à la Commission Darfour, elle n'a rendu qu'un seul rapport, le 25 janvier 2005.

Si les visions anciennes, figées et naturalisantes, des notions de race et d'ethnicité conservent une certaine influence sur les juges internationaux, ceux-ci manifestent également un malaise croissant face à de telles conceptions et un effort de dépassement de celles-ci, qui se traduit par la volonté de prendre en compte les perceptions et le ressenti des individus. La plupart des juges étant cependant, par leur formation et leur pratique professionnelle, peu préparés à traiter de questions de nature socio-anthropologique, cette recherche de nouveaux modes d'interprétation de la race et de l'ethnicité se fait par tâtonnements, moyennant hésitations et ambiguïtés. La CEDH, d'une part, le TPIR et le TPIY, de l'autre, sont par ailleurs soumis à des contraintes juridiques et politiques d'ordres différents, qui expliquent en partie les différences d'approches que l'on peut observer dans la manière dont la première et les seconds appréhendent cette problématique. Malgré ces différences, ces trois juridictions utilisent une terminologie similaire pour caractériser l'enjeu qui se pose à elles : elles le décrivent comme une opposition entre approches *objective* et *subjective* de la race et de l'ethnicité. Je monterai cependant que cette distinction se révèle en partie trompeuse dans

la mesure où elle masque la pluralité des enjeux en présence et agrège des positions en réalité contradictoires.

Il ne sera pas possible ici d'examiner l'incidence des parcours et des propriétés socioprofessionnelles des juges sur les positions qu'ils prennent. Certes, comme le montrent de nombreux travaux, les juridictions internationales sont composées d'hommes et de femmes aux caractéristiques diverses et aux points de vue parfois opposés. Les jugements adoptés sont le fruit de discussions et de compromis, qui peuvent mettre en jeu des rapports de pouvoir entre juges⁹. Mon analyse, cependant, se concentre sur le discours jurisprudentiel produit collectivement par les juges, tel qu'il se reflète dans les décisions de la Cour européenne et des deux tribunaux pénaux internationaux. Mon objectif est de mettre en lumière les conceptions de la race et de l'ethnicité que recèle ce discours, les ambiguïtés qui le traversent et les évolutions qui s'y font jour. Il est également de montrer en quoi certaines contraintes structurelles pesant sur l'exercice de la fonction de juger au sein de ces juridictions permettent en partie d'expliquer ces tensions.

Race et ethnicité devant les deux tribunaux pénaux internationaux

Des deux tribunaux *ad hoc*, le TPIR est celui qui a consacré le plus d'attention à la problématique de la race et de l'ethnicité. Celle-ci représentait pour lui un enjeu particulièrement délicat. Selon les historiens et les anthropologues spécialistes de la région, l'idée que les Tutsis et les Hutus formaient deux groupes ethniques ou raciaux distincts, opposés par une animosité séculaire, proviendrait d'un mythe introduit par les colonisateurs européens. Dans le Rwanda précolonial, ces catégories renvoyaient à des positions sociales, associées à des activités spécifiques (élevage ou agriculture), plutôt qu'à des différences d'ordre culturel ou phénotypique. Projetant leur imaginaire racaliste sur la société rwandaise, les missionnaires et les anthropologues du début du XX^e siècle développèrent la théorie selon laquelle Hutus et Tutsis constituaient deux ethnies, voire deux races, possédant chacune des caractéristiques physiques et morales distinctes. Les colonisateurs belges institutionnalisèrent cette distinction dans les années 1930-1950. Après l'indépendance en 1962, les gouvernements successifs maintinrent ces catégories et les instrumentalisèrent politiquement, attisant l'antagonisme entre les deux groupes¹⁰.

9. John Hagan, *Justice in the Balkans. Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal*, Chicago, University of Chicago Press, 2003 ; Nigel Eltringham, *Genocide Never Sleeps. Living Law at the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019 ; Erik Voeten, « The Impartiality of International Judges. Evidence from the European Court of Human Rights », *American Political Science Review*, 102 (4), 2008, p. 417-433.

10. Jean-Pierre Chrétien, « Hutu et Tutsi au Rwanda et au Burundi », dans Jean-Loup Amselle (dir.), *Au cœur de l'ethnie*, Paris, La Découverte, 2005, p. 129-165 ; Claudine Vidal, « Situations ethniques au Rwanda », dans *ibid.*, p. 167-184 ; Florent Piton, *Le génocide tutsi au Rwanda*, Paris, La Découverte, 2018.

Au vu de cet arrière-plan historique, le fait, pour le TPIR, de reconnaître les Hutus et les Tutsis comme deux groupes ethniques ou raciaux distincts comportait un risque, celui de conforter la propagande raciste à l'origine du génocide. Mais le refus de les considérer comme tels rendait impossible la condamnation des responsables des massacres pour génocide. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 définit en effet le génocide comme un acte commis « dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel » (Art. II)¹¹. Certaines des personnes accusées du crime de génocide utilisèrent d'ailleurs comme défense l'argument selon lequel Tutsis et Hutus ne constituaient pas deux groupes distincts¹². Selon plusieurs commentateurs, la position du TPIR aurait progressivement évolué d'une approche centrée sur la recherche de critères *objectifs* de l'ethnicité vers une appréhension avant tout *subjective* de cette notion, fondée sur les perceptions de soi et d'autrui. Cette dernière perspective aurait été ensuite reprise par le TPIY¹³. À l'analyse, toutefois, les positions de ces deux tribunaux se révèlent plus tortueuses, ambiguës et hésitantes.

La jurisprudence du TPIR

Dans la toute première décision du TPIR, rendue en septembre 1998 dans l'affaire *Jean-Paul Akayesu* et qui constitue le premier jugement d'une juridiction internationale appliquant la notion de génocide¹⁴, la chambre entreprend de définir les groupes protégés contre le génocide. Le « groupe ethnique » est décrit comme qualifiant généralement « un groupe dont les membres partagent une langue ou une culture commune »¹⁵ ; le « groupe racial » comme classiquement fondé sur des « traits physiques héréditaires, souvent identifiés à une région géographique, indépendamment des facteurs linguistiques, culturels, nationaux ou religieux »¹⁶. La chambre constate que la population tutsie ne correspond pas à sa définition du groupe ethnique : elle n'a pas de langue propre ni de culture

11. L'acte en question doit être l'un des actes énumérés dans la Convention, à savoir le meurtre de membres du groupe, l'atteinte grave à leur intégrité physique ou mentale, la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique, des mesures visant à entraver les naissances ou le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe (Art. II de la Convention sur le génocide).

12. Argument invoqué par Jean-Paul Akayesu dans la première affaire jugée par le TPIR. Michael Bazylar, *Holocaust, Genocide, and the Law. A Quest for Justice in a Post-Holocaust World*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 45.

13. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^e édition, 2008, p. 138 ; Agnieszka Szpak, « National, Ethnic, Racial, and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals », *European Journal of International Law*, 23 (1), 2012, p. 155-173 ; Frédéric Mégret, « Protecting Identity by Denying It? A Critical Look at the French and Rwandan Paradoxes », *Dalbusie Law Review*, 38, 2015, p. 549-589 ; Carola Lingaas, « Imagined Identities: Defining the Racial Group in the Crime of Genocide », *Genocide Studies and Prevention : An International Journal*, 10 (1), 2016, p. 79-106.

14. *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, chambre de 1^{re} instance, 2 septembre 1998, Affaire No. ICTR-96-4-T.

15. *Ibid.*, § 513.

16. *Ibid.*, § 514.

différente du reste de la population rwandaise¹⁷. Les juges s'appuient alors sur les travaux préparatoires de la Convention sur le génocide pour tenter de sortir de l'impasse. L'une des questions qui avaient suscité les débats les plus vifs durant ces travaux était celle de savoir s'il convenait d'inclure les « groupes politiques » parmi les groupes protégés contre le génocide. L'une des objections formulées de façon récurrente par les États qui y étaient opposés était que les groupes politiques n'avaient pas la stabilité, la permanence et l'homogénéité qui caractériseraient les groupes raciaux, ethniques, nationaux et religieux¹⁸. Dans l'affaire *Akayesu*, les juges en déduisent que le critère commun aux groupes protégés par la Convention réside dans leur caractère « stable » et « permanent » : « L'appartenance à de tels groupes semblerait ne pouvoir être normalement remise en cause par ses membres, qui y appartiennent d'office, par naissance, de façon continue et souvent irrémédiable »¹⁹. Ils en concluent que « l'intention des auteurs de la Convention sur le génocide » est « d'assurer la protection de *tout* groupe stable et permanent » et pas seulement des quatre types de groupes expressément mentionnés (nationaux, ethniques, raciaux ou religieux)²⁰.

Examinant le cas des Tutsis, ils déclarent que plusieurs facteurs « objectifs » démontrent que ceux-ci constituaient « une entité dotée d'une identité distincte »²¹ : le « groupe ethnique » était mentionné sur les cartes d'identité des citoyens rwandais, les catégories ethniques étaient sanctionnées par la Constitution et les lois en vigueur, et il existait des règles de droit coutumier régissant la détermination de l'appartenance ethnique²². Ils ajoutent que les témoins rwandais qui ont déposé devant eux « se sont identifiés par leur groupe ethnique et savaient généralement à quel groupe ethnique appartenaient leurs amis et leurs voisins »²³. La chambre cite longuement l'historienne et militante des droits de l'homme américaine, spécialiste du Rwanda, Alison Des Forges, intervenue devant elle comme témoin-expert²⁴. Selon A. Des Forges, s'interroger sur la façon dont la population d'un pays se répartit à un moment donné revient à se demander « quels sont les groupes ethniques qui existent *dans l'esprit des participants* en ce moment précis »²⁵. Elle soutient que, dans le cas du Rwanda, les catégorisations ethniques, au départ imposées par les colonisateurs belges, ont été intégrées dans les pratiques et le mode de pensée, à tel point que cette division en groupes

17. *Ibid.*, § 170. Les juges n'évoquent pas en revanche la possibilité de qualifier les Tutsis de « groupe racial ».

18. William Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 134-140.

19. *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, § 511.

20. *Ibid.*, § 516 (je souligne).

21. *Ibid.*, § 170.

22. *Ibid.*, § 170.

23. *Ibid.*, § 171.

24. Alison Des Forges a été pendant vingt ans conseillère principale de la division Afrique de Human Rights Watch. Elle est l'auteure du rapport *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*, Human Rights Watch, 1999.

25. *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, § 172 (je souligne).

ethniques « est devenue une réalité absolue »²⁶. De cet ensemble d'éléments, la chambre conclut que les Tutsis constituaient au Rwanda en 1994 « un groupe stable et permanent et identifié par tous comme tel »²⁷.

Dans un entretien accordé à l'anthropologue Richard Wilson, la juge sud-africaine Navanethem Pillay, membre du siège dans l'affaire *Akayesu*, reconnaît l'embarras que leur a causé, à elle et à ses collègues, l'application des notions de race et d'ethnicité. Elle explique qu'ils avaient très peu d'aide pour élucider ces concepts et qu'ils ont entendu s'appuyer sur la vision des choses des Rwandais²⁸. Quoi qu'il en soit, la conception de l'ethnicité qui se dégage de ce jugement est profondément ambiguë. En insistant sur l'idée qu'un groupe ethnique – au même titre que tout groupe visé par la Convention sur le génocide – doit être « stable et permanent », en prétendant s'appuyer sur des facteurs « objectifs » pour constater l'existence d'une identité distincte tutsie, les juges semblent se fonder sur une conception réifiée de l'ethnicité, vue comme un tout homogène et immuable²⁹. À l'analyse, cependant, les choses se révèlent plus complexes : parmi les facteurs pris en compte pour établir l'identité distincte des Tutsis figure la perception que les individus avaient d'eux-mêmes et d'autrui dans la société rwandaise à l'époque considérée. Par ailleurs, la référence à des éléments tels que la mention du groupe ethnique sur les cartes d'identité et la reconnaissance de ces catégories par le droit rwandais peut être comprise comme destinée à montrer, non pas que ces catégories *avaient une existence objective*, mais qu'elles étaient *considérées comme telles* dans le contexte social en cause³⁰.

La question de la qualification de la population tutsie est à nouveau discutée dans l'affaire *Clément Kayishema et Obed Ruzindana* (1999), traitée par une autre chambre. Celle-ci reprend la définition du groupe ethnique proposée dans le jugement *Akayesu* mais y ajoute une dimension supplémentaire : une telle entité peut aussi consister en « un groupe qui se distingue comme tel (auto-identification) ; ou en un groupe reconnu comme tel par d'autres, y compris les auteurs des crimes (identification par des tiers) »³¹. Se référant aux propos d'un autre expert, André Guichaoua, professeur de sociologie et d'économie à l'Université de Lille, intervenu comme témoin à charge, les juges soulignent là encore les facteurs historiques et politiques qui ont contribué à ancrer les distinctions ethniques dans la société rwandaise. Cependant, pour conclure que les Tutsis constituent « au-delà de tout doute raisonnable » un « groupe

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*, § 702.

28. Richard Ashby Wilson, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 175.

29. *Ibid.*, p. 176-183.

30. Rebecca Young, « How Do We Know Them When We See Them? The Subjective Evolution in the Identification of Victim Groups for the Purpose of Genocide », *International Criminal Law Review*, 10, 2010, p. 1-22.

31. *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, chambre de 1^{re} instance, 21 mai 1999, ICTR-95-1-T, § 98.

ethnique », ils citent des éléments similaires à ceux évoqués dans le jugement *Akayesu*³².

Quelques mois plus tard, dans l'affaire *Georges Rutaganda* (1999), une chambre identique à celle du cas *Akayesu* revisite la problématique. Elle renonce cette fois à proposer une définition des groupes protégés : « Les concepts de nation, d'ethnie, de race et de religion ont fait l'objet de nombreuses recherches et [il] n'en existe pas, en l'état, de définitions précises et généralement et internationalement acceptées. Chacun de ces concepts doit être apprécié à la lumière d'un contexte politique, social et culturel donné »³³. Elle précise néanmoins que l'appartenance d'un individu à un groupe protégé, lorsqu'il s'agit d'appliquer la Convention sur le génocide, « est par essence une notion *plus subjective qu'objective* »³⁴ : « La victime est perçue par l'auteur du crime de génocide comme appartenant au groupe dont la destruction est visée. La victime peut elle-même, dans certains cas, se considérer appartenir audit groupe »³⁵. Elle accorde donc un poids déterminant à la *perception de la victime par l'auteur des faits*, mais c'est pour ajouter immédiatement que « la seule définition subjective n'est pas suffisante pour délimiter les groupes victimes, au sens de la Convention sur le génocide »³⁶. Elle renvoie aux travaux préparatoires, selon lesquels la Convention aurait pour objectif de protéger des groupes relativement stables et permanents³⁷.

Dans ses décisions postérieures, le TPIR continue d'osciller entre facteurs dits objectifs et subjectifs lorsqu'il aborde la problématique de l'ethnicité³⁸. Le jugement *Laurent Semanza* (2003) tente de faire la synthèse des positions exprimées précédemment par les différentes chambres : « Le Statut du Tribunal n'apporte aucun éclairage sur la question de savoir si le groupe visé par l'intention génocide de l'accusé doit être défini selon des critères objectifs ou subjectifs ou sur la base de telle ou telle formule empruntant à chacun de ces deux critères. Les diverses chambres de première instance du Tribunal ont conclu que la question de savoir si tel ou tel groupe bénéficie de la protection (...) doit s'apprécier au cas par cas sur la base des caractéristiques objectives du contexte social ou historique considéré et des perceptions subjectives des auteurs présumés des infractions »³⁹.

32. *Ibid.*, §§ 523-525.

33. *Le Procureur c. Rutaganda*, chambre de 1^{re} instance, 6 décembre 1999, ICTR-96-3-T, § 56.

34. *Ibid.*, § 56 (je souligne).

35. *Ibid.*, § 56.

36. *Ibid.*, § 57.

37. *Ibid.*, § 57.

38. Voir en particulier *Le procureur c. Ignace Bagilishema*, chambre de 1^{re} instance, 7 juin 2001, ICTR-95-1A-T, § 65 et *Le procureur c. Emmanuel Nindababizi*, chambre de 1^{re} instance, 15 juillet 2004, ICTR-2001-71-T, § 468.

39. *Le Procureur c. Semanza*, chambre de 1^{re} instance, 15 mai 2003, § 317.

La jurisprudence du TPIY

Bien qu'elle occupe une place moins importante que dans la jurisprudence du TPIR, la question de la définition des groupes protégés contre le génocide est évoquée dans un certain nombre de jugements du TPIY. Dans un premier temps, ce tribunal adopte une approche qu'il qualifie lui-même de « subjective ». La chambre chargée de l'affaire *Goran Jelisić* ? (1999) – la première dans laquelle le TPIY s'est prononcé sur une accusation de génocide – commence par rappeler que les travaux préparatoires de la Convention sur le génocide indiquent que l'intention des rédacteurs était de limiter celle-ci « à la protection de groupes "stables", définis de façon objective et auxquels les individus appartiennent indépendamment même de leur volonté »⁴⁰. Cependant, elle considère cette vision comme dépassée : « Tenter aujourd'hui de définir un groupe national, ethnique ou racial à partir de critères objectifs et scientifiquement non contestables serait un exercice à la fois périlleux et dont le résultat ne correspondrait pas nécessairement à la perception des personnes concernées par cette catégorisation. Aussi est-il plus approprié d'apprécier la qualité de groupe national, ethnique ou racial du point de vue de la perception qu'en ont les personnes qui veulent distinguer ce groupe du reste de la collectivité »⁴¹. Citant le jugement *Kayishema et Ruzindana* du TPIR, elle affirme choisir « d'apprécier l'appartenance à un groupe national, racial ou ethnique à partir d'un critère subjectif : c'est la stigmatisation, par la collectivité, du groupe en tant qu'entité ethnique, raciale ou nationale distincte, qui permettra de déterminer si la population visée constitue, pour les auteurs présumés de l'acte, un groupe ethnique, racial ou national »⁴².

Le jugement *Radislav Krstić* (2001), prononcé par la même chambre, apporte une nuance en indiquant qu'il faut « dégager les caractéristiques culturelles, religieuses, ethniques ou nationales d'un groupe en le replaçant dans son contexte socio-historique »⁴³, mais précise ensuite que le groupe visé sera identifié « en ayant recours au critère de stigmatisation dudit groupe, notamment par les auteurs du crime, du fait de la perception qu'ils ont de ses traits nationaux, ethniques, raciaux ou religieux »⁴⁴. Pour établir que les musulmans de Bosnie peuvent être considérés comme un « groupe national » aux fins de la Convention sur le génocide, les juges relèvent qu'ils ont été reconnus comme « nation » par la Constitution yougoslave en 1963 mais aussi qu'ils étaient considérés comme « un groupe national spécifique » par les forces serbes de Bosnie opérant à Srebrenica en juillet 1995⁴⁵.

40. *Le Procureur c. Jelisić* ?, chambre de 1^{re} instance, 14 décembre 1999, IT-95-10-A, 69.

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*, § 70.

43. *Le Procureur c. Krstić*, chambre de 1^{re} instance, 2 août 2001, IT-98-33-T, § 557.

44. *Ibid.*

45. *Ibid.* § 559.

Par contre, dans l'affaire *Radoslav Brdanin* (2004), jugée par une chambre différente, les juges expriment leur réticence à s'en remettre à une appréhension « purement subjective » des groupes protégés : « Les seuls critères subjectifs risquent de ne pas suffire pour déterminer le groupe voué à la destruction et protégé par la Convention sur le génocide, parce que les actes énumérés [dans les dispositions du Statut du Tribunal relatives au génocide] doivent en fait viser des “membres du groupe” »⁴⁶. Finalement, dans l'arrêt *Milomir Stakić*, la chambre d'appel rejette explicitement l'idée que les groupes protégés pourraient être définis de manière uniquement subjective, par la façon dont le génocidaire stigmatise ses victimes. Au vu de la jurisprudence pertinente du TPIY et du TPIR, ces groupes doivent, selon elle, être appréhendés *à la fois* à partir de critères subjectifs et objectifs⁴⁷.

Au-delà de l'opposition entre critères objectifs et critères subjectifs

Une même tendance se dégage des jugements des deux tribunaux : les juges éprouvent un malaise croissant face à l'idée qu'un groupe ethnique – ou, plus largement, « national, ethnique ou racial » – puisse être appréhendé uniquement à partir de caractéristiques « objectives », permanentes, indépendantes de la subjectivité des individus. Ils reconnaissent la nécessité de tenir compte des perceptions qu'ont les individus d'eux-mêmes et d'autrui dans le contexte socio-historique considéré. Un groupe « national, ethnique ou racial » peut-il pour autant être identifié exclusivement sur la base de facteurs dits subjectifs ? Sur ce point, les décisions révèlent des hésitations et des désaccords parmi les juges.

La difficulté que rencontrent les juges du TPIR comme du TPIY à construire une position cohérente sur la question de la définition du groupe ethnique s'explique en partie par deux contraintes d'ordre juridique qui pèsent sur leur travail d'interprétation. D'abord, selon une règle classique d'interprétation des traités internationaux, lorsque le texte n'est pas clair, il convient de rechercher l'intention des parties au traité en s'appuyant au besoin sur les travaux préparatoires. Or les discussions qui ont entouré la rédaction de la Convention sur le génocide montrent que les délégués des gouvernements concevaient les « groupes nationaux, ethniques et raciaux » comme des groupes « stables et permanents ». Ce premier principe d'interprétation entre toutefois en tension avec un second, qui veut que les traités soient interprétés en fonction de leur objet et de leur but, de façon à leur donner un « effet utile », à assurer leur application effective aux

46. *Le Procureur c. Radoslav Brdanin*, chambre de 1^{re} instance, 1^{er} septembre 2004, IT-99-36-T, § 684. Les juges se réfèrent au jugement *Semanza* du TPIR.

47. *Le Procureur c. Stakić*, chambre d'appel, 22 mars 2006, IT-97-24-A, § 25.

faits en cause⁴⁸. Les juges des deux tribunaux *ad hoc* constatant le caractère inadéquat de la conception du groupe ethnique qui sous-tend les travaux préparatoires, cette seconde règle justifie qu'ils adaptent leur interprétation à la réalité qu'ils ont à traiter et à l'évolution des conceptions concernant l'ethnicité. Les juges de l'affaire *Jelisić* vont jusqu'à caractériser comme dépassée la vision des groupes protégés qui émane des travaux préparatoires, mais les autres juges se montrent réticents à dénier explicitement toute pertinence à ces travaux⁴⁹.

La seconde contrainte qui pèse sur les juges du TPIR et du TPIY tient au niveau élevé de preuve exigé dans le domaine du droit pénal. Pour qu'un fait constitutif de l'un des crimes soumis à leur compétence puisse être considéré comme démontré, il doit être établi « au-delà de tout doute raisonnable ». Il est probable que certains juges craignaient qu'une preuve basée sur les perceptions de certains individus n'apparaisse trop floue ou trop fragile pour satisfaire cette exigence⁵⁰. Des sociologues travaillant sur le concept de génocide ont pourtant fait valoir que prendre en compte la façon dont les victimes sont perçues par l'auteur des faits est en accord avec son principe : pour qu'un acte criminel ait été commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux, il faut nécessairement que l'auteur de cet acte ait perçu les victimes comme appartenant à un tel groupe⁵¹. Cette idée se retrouve dans certains jugements, en particulier la décision *Jelisić* qui met en avant le critère de la stigmatisation. Toutefois, plusieurs juristes objectent qu'une telle approche pourrait aboutir à protéger des groupes imaginaires. William Schabas, en particulier, spécialiste renommé de la question du génocide en droit international, juge cette méthode problématique parce qu'elle impliquerait qu'un génocide pourrait être commis contre un groupe qui n'aurait « aucune existence objective réelle »⁵².

À y regarder de plus près, cependant, l'opposition entre approches dites objectives et subjectives des groupes protégés masque un enjeu plus fondamental : les juges conçoivent-ils l'ethnicité comme un fait naturel ou comme une construction sociale ? Comme constituée par un ensemble de caractères immuables et a-historiques ou comme le produit d'un processus historique, social et politique par lequel certains éléments se voient chargés d'une signification sociale ? La distinction entre objectif et subjectif ne coïncide pas avec cette dernière opposition. En effet, concevoir la race et l'ethnicité comme des constructions sociales ne signifie pas forcément leur dénier toute existence objective, si l'on entend par là un fait social susceptible d'être constaté par un observateur extérieur et ne

48. Sur cette tension dans le travail des juges internationaux, voir Daniel Terris, Cesare P. R. Romano, Leigh Swigart, *The International Judge. An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*, Waltham, Brandeis University Press, 2007, p. 102-130.

49. C. Lingaas, « Imagined Identities : Defining the Racial Group in the Crime of Genocide », art. cité, p. 97.

50. R. A. Wilson, *Writing History in International Criminal Trials*, op. cit., p. 187.

51. En particulier Martin Shaw, *What Is Genocide?*, Cambridge, Polity Press, 2007.

52. W. Schabas, *Genocide in International Law*, op. cit., p. 110 (je traduis).

dépendant pas de la seule volonté de l'individu. Comme l'écrit Magali Bessonne, « la race peut être réelle même s'il n'y a pas de base biologique pour la justifier, même si elle est une fiction du point de vue de l'ancrage naturel »⁵³. Les processus de racialisation ou d'ethnisation peuvent aboutir à faire *exister socialement* race et ethnicité : même s'il s'agit de créations humaines, historiquement contingentes, elles ont un effet concret sur les interactions et les pratiques sociales. Dans cette optique, certains des critères que les deux tribunaux *ad hoc* qualifient d'« indicateurs objectifs » de l'existence d'un groupe ethnique peuvent en réalité être compris comme démontrant que ce groupe est, dans un contexte socio-temporel spécifique, *considéré* comme possédant une ethnicité spécifique. Il en va ainsi du critère de la reconnaissance d'un groupe ethnique par la Constitution et la législation en vigueur ou de la mention de l'ethnicité sur les cartes d'identité : ces éléments ne prouvent pas que ces catégories existent en elles-mêmes mais qu'elles ont été instituées et entretenues dans un système juridico-politique donné⁵⁴. La jurisprudence des deux tribunaux *ad hoc* reste toutefois ambiguë sur le sens donné à la notion de « critères objectifs ». Il est probable d'ailleurs que les juges eux-mêmes, au sein de ces deux juridictions, avaient des points de vue différents sur ce point.

C'est cette ambiguïté qu'une autre instance, la Commission Darfour, tente de dépasser. Mise en place en 2004 par le Secrétaire général des Nations unies sur la base de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité, elle était composée de 5 experts du droit international humanitaire et présidée par Antonio Cassese, ancien président du TPIY. Bien que ne constituant pas une juridiction, elle était chargée de déterminer si des actes de génocide avaient été commis dans la région du Darfour au Soudan dans le conflit alors en cours. Évoquant la notion de « groupe protégé » au sens de la Convention sur le génocide, la Commission se réfère à la jurisprudence des deux tribunaux *ad hoc* pour affirmer que « l'on est passé d'une approche objective à une approche subjective »⁵⁵. Cette évolution tient compte, selon elle, du fait que « les identités collectives, et en particulier l'ethnicité, sont de par leur nature même des constructions sociales, des identités "imaginées" entièrement tributaires de perceptions variables et contingentes, et *non pas* des faits sociaux qui sont vérifiables de la même manière que les phénomènes naturels ou les faits physiques »⁵⁶. En parlant de « construction sociale » et d'« identités imaginées », la Commission reprend des expressions propres aux sciences sociales⁵⁷.

53. M. Bessone, *Sans distinction de race ? Une analyse critique du concept de race et de ses effets pratiques*, op. cit., p. 86.

54. R. Young, « How Do We Know Them When We See Them? The Subjective Evolution in the Identification of Victim Groups for the Purpose of Genocide », art. cité.

55. *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général United Nations*, 25 janvier 2005 (UN Doc. S/2005/60) § 499.

56. *Ibid.* (souligné dans le texte cité).

57. La notion d'« identité imaginée » renvoie à Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1991.

Elle cite en réalité un article de Guglielmo Verdirame⁵⁸, qui, bien que juriste, a travaillé au cours de sa carrière avec une anthropologue⁵⁹. La Commission observe qu'il faut tenir compte d'un facteur crucial, « le processus de formation de la perception et de l'autoperception d'un autre groupe comme étant distinct ». Et ajoute : « Si historiquement et socialement parlant, ce point de vue est au départ subjectif – une façon de considérer les autres comme constituant un groupe différent et antagoniste –, il se radicalise progressivement et se transforme en une opposition de fait réelle, qui conduit à un antagonisme objectif. Ainsi, de subjectif, le conflit devient objectif »⁶⁰. La Commission en vient ainsi à interroger la distinction même entre critères « subjectifs » et « objectifs ».

Dans le champ juridique international, les notions de race et d'ethnicité n'interviennent pas seulement dans la définition du concept de génocide, elles jouent également un rôle dans le droit de la non-discrimination et le droit des minorités, deux domaines relevant du droit international des droits humains. Aussi la question de l'appréhension de ces concepts s'est-elle également posée au sein de la Cour européenne des droits de l'homme.

Race et ethnicité devant la Cour européenne des droits de l'homme

Les notions de race et d'ethnicité sont peu discutées en tant que telles par la Cour européenne. Sa jurisprudence relative au droit à la non-discrimination fournit certaines indications à cet égard. Mais c'est surtout de façon implicite qu'elle traite de la question du sens de l'ethnicité, dans des affaires mettant en jeu une problématique différente de celle traitée par le TPIR et le TPIY : ces affaires opposent des requérants qui, invoquant la liberté d'expression, la liberté d'association ou le droit au respect de la vie privée, réclament la liberté d'affirmer publiquement une certaine identité ethnique, voire d'en obtenir la reconnaissance officielle, à un État qui en nie l'existence « objective ». Pour la CEDH, le problème est alors de déterminer si l'identité ethnique peut faire l'objet d'une « vérification » par l'État.

Une définition ambiguë

L'application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui interdit la discrimination, n'a presque jamais suscité de controverse quant à

58. Guglielmo Verdirame, « The Genocide Definition in the Jurisprudence of the *ad hoc* Tribunals », *International and Comparative Law Quarterly*, 49 (3), 2000, p. 592.

59. Guglielmo Verdirame, Barbara Harrell-Bond, *Rights in Exile : Janus-faced Humanitarianism*, New York, Oxford, Berghahn Books, 2005.

60. *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général United Nations*, op. cit., § 500.

la caractérisation raciale ou ethnique d'un individu se disant victime de discrimination raciale. La CEDH accepte comme un fait l'appartenance déclarée par le requérant, dans la mesure où celle-ci n'est pas contestée par l'État mis en cause. Dans l'affaire *Timichev c. Russie* (2005)⁶¹, cependant, elle entreprend de donner des éléments de définition des concepts de race et d'ethnicité. Le requérant disait avoir été discriminé par des policiers en raison de son « origine tchétchène ». Les parties s'accordaient pour considérer l'origine tchétchène comme une « origine ethnique ». Or l'article 14 ne mentionne pas l'origine ethnique, à la différence de la race, parmi les motifs prohibés de discrimination qu'il énumère. La Cour déclare que l'« origine ethnique et la race sont des notions liées, qui se recoupent »⁶² : « Si la notion de race trouve son origine dans l'idée d'une classification biologique des êtres humains en sous-espèces selon leurs particularités morphologiques (couleur de la peau, traits du visage), l'origine ethnique se fonde sur l'idée de groupes sociaux ayant en commun une nationalité, une appartenance tribale, une religion, une langue, des origines et un milieu culturels et traditionnels »⁶³.

Cette définition évoque les conceptions anciennes qui voient dans la race et l'ethnicité des entités réifiées, de nature biologique pour l'une, culturelle pour l'autre. Le positionnement des juges à l'égard de cette caractérisation reste toutefois ambigu : ils décrivent la notion de race comme ayant pour origine « l'idée d'une classification biologique » et celle d'origine ethnique comme fondée sur « l'idée de groupes sociaux » ayant certains traits en commun. En réalité, leur objectif est pragmatique. Il s'agit d'établir que la discrimination fondée sur l'origine ethnique « est une forme de discrimination raciale »⁶⁴, ce qui permet d'en souligner la gravité et la nécessité d'appliquer un contrôle très strict aux agissements de l'État.

La Cour précise par ailleurs que la discrimination raciale inclut la discrimination fondée sur l'« origine ethnique réelle ou perçue » d'un individu⁶⁵. Ainsi, pour établir l'existence d'une discrimination raciale, il suffit de montrer qu'une personne a subi un traitement défavorable parce qu'elle était perçue comme étant d'une certaine origine ethnique, quelle que soit son origine « réelle ». Alors que la question du poids à accorder au critère subjectif de la *perception de la victime par l'auteur des faits* restait controversée dans la jurisprudence du TPIR et du TPIY, la CEDH énonce ici clairement que cet élément est suffisant pour établir le caractère discriminatoire du comportement d'un individu.

61. Cour européenne des droits de l'homme, *Timichev c. Russie*, arrêt du 13 décembre 2005.

62. *Ibid.*, § 55.

63. *Ibid.*, § 55.

64. *Ibid.*, § 56.

65. *Ibid.*

L'identité ethnique comme opinion : le droit d'affirmer une identité ethnique dans l'espace public

La question de savoir si les individus peuvent revendiquer un droit à définir leur propre identité ethnique et s'il existe des circonstances dans lesquelles l'État peut limiter cette liberté a d'abord émergé dans une série d'affaires portées devant la Cour à partir des années 1990 contre la Grèce et la Bulgarie concernant des cas de figure semblables : des individus affirmaient leur volonté de défendre ce qu'ils présentaient comme leur identité ethnique tandis que le gouvernement contestait l'authenticité de cette identité. Dans *Sidiropoulos et autres c. Grèce* (1998)⁶⁶, les requérants se plaignaient du refus des tribunaux grecs d'enregistrer l'association qu'ils avaient créée pour promouvoir la culture « macédonienne ». Dans *Stankov et l'Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie* (2001)⁶⁷, une association fondée en Bulgarie pour assurer la défense de l'identité « macédonienne » s'était vu interdire d'organiser des réunions publiques. Dans *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce* (2008), une association visant à préserver la culture des « Turcs de Thrace occidentale » avait été dissoute sur décision d'un tribunal⁶⁸. Les gouvernements mis en cause justifiaient ces mesures par des arguments similaires : l'identité ethnique dont se réclamaient les requérants en réalité n'existait pas. En cherchant à promouvoir l'idée qu'une telle communauté existait en tant que groupe distinct, ils menaçaient l'identité et l'unité nationales. Ainsi, dans l'affaire *Sidiropoulos*, la Cour d'appel de Thessalonique, en confirmant le refus d'enregistrer l'association, a déclaré qu'une « minorité macédonienne slave » en Grèce était « inexistante du point de vue ethnologique et disparue du point de vue historique »⁶⁹. Dans *Stankov*, le gouvernement bulgare a accusé les requérants de vouloir « imposer à la population bulgare une identité nationale étrangère », cherchant à « convertir la population bulgare en une population macédonienne, puis à séparer la région du pays »⁷⁰. L'identité ethnique est ici conçue à la fois comme un phénomène vérifiable scientifiquement et comme un enjeu politique.

Dans ces affaires, la Cour se démarque de cette approche essentialiste de l'identité. Elle ne cherche pas à déterminer si l'identité revendiquée par les requérants est réelle ou authentique. Elle construit la question comme un problème d'*opinions divergentes* quant à l'identité d'un groupe et insiste sur la liberté des habitants d'un pays de former des associations pour promouvoir les « spécificités »

66. Cour européenne des droits de l'homme, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, arrêt du 10 juillet 1998.

67. Cour européenne des droits de l'homme, *Stankov et l'Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, arrêt du 2 octobre 2001.

68. Cour européenne des droits de l'homme, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, arrêt du 27 mai 2008.

69. Cour européenne des droits de l'homme, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, cité, § 11.

70. Cour européenne des droits de l'homme, *Stankov et l'Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, cité, § 72.

de leur région et protéger un « patrimoine culturel et spirituel » au nom d'une « conscience minoritaire »⁷¹.

Cette position est renforcée par une évolution interne à la jurisprudence de la Cour, qui s'est déployée au départ dans d'autres domaines. Dans leur interprétation du droit au respect de la vie privée, les juges reconnaissent, à partir des années 2000, une importance centrale aux notions d'autonomie personnelle et de respect de l'identité individuelle⁷². Cette évolution se manifeste notamment dans des affaires concernant des personnes transgenres : les juges déclarent qu'à travers le droit au respect de la vie privée, « la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »⁷³. Ils en viennent à parler d'un « droit à l'autonomie personnelle »⁷⁴. Ce discours est révélateur de l'importance prise par les idées de liberté de choix et d'autoréalisation dans les sociétés contemporaines. Or, comme le souligne Rogers Brubaker, l'expansion de l'idéal du choix individuel à l'époque actuelle constitue un facteur majeur de remise en cause des catégories identitaires établies, de race comme de genre, et des pratiques institutionnelles de classification⁷⁵. Dans l'arrêt *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, la Cour a fini par opérer un lien entre ces deux jurisprudences. Invoquant à la fois la notion d'autonomie personnelle et les libertés d'expression et d'association, elle a affirmé « le droit de chacun d'exprimer, dans le cadre de la légalité, ses convictions sur son identité ethnique »⁷⁶.

L'identité ethnique comme support de droits spéciaux : les limites du droit à l'auto-identification

L'affaire *Gorzelik et autres c. Pologne* (2004)⁷⁷ paraît à première vue poser un cas de figure similaire à celui soulevé dans les arrêts qui viennent d'être examinés. Ici aussi, les requérants dénoncent le refus des tribunaux nationaux d'enregistrer l'association qu'ils ont créée dans le but de promouvoir la culture et l'identité d'un groupe particulier, les « Silésiens ». L'argumentaire du gouvernement polonais se distingue toutefois sur un point crucial de celui des gouvernements grec et bulgare : il ne conteste pas l'existence des Silésiens en tant que groupe distinct mais invoque les conséquences juridiques qu'entraînerait l'usage des termes

71. Cour européenne des droits de l'homme, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, cité, § 44.

72. Jill Marshall, *Human Rights Law and Personal Identity*, Londres, New York, Routledge, 2016.

73. Cour européenne des droits de l'homme (grande chambre), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, § 90. Sur la notion d'autonomie personnelle, voir Cour européenne des droits de l'homme, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, § 61.

74. Cour européenne des droits de l'homme, *Tysiac c. Pologne*, 20 mars 2007, § 107.

75. Rogers Brubaker, *Trans. Gender and Race in an Age of Unsettled Identities*, Princeton, Princeton University Press, 2016, p. 50-56.

76. Cour européenne des droits de l'homme, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, cité, § 56.

77. Cour européenne des droits de l'homme (grande chambre), *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 avril 2004.

« organisation de la minorité nationale silésienne » dans les statuts de l'association. Si celle-ci avait été enregistrée sous cette définition, elle aurait pu, selon le gouvernement, se prévaloir d'une disposition de la loi électorale exemptant les « organisations enregistrées de minorités nationales » de l'obligation d'atteindre le seuil électoral normalement exigé pour obtenir des sièges au Parlement. Or, selon le gouvernement, les « Silésiens » ne constituent pas une « minorité nationale » mais un simple « groupe ethnique ».

Dans ce contexte-ci, contrairement aux affaires précédentes, où le débat identitaire se situait uniquement sur un plan social, l'affirmation d'une identité donnée a potentiellement des implications juridiques : à la qualité d'« organisation enregistrée d'une minorité nationale » sont attachés des droits spéciaux, dérogatoires par rapport au droit commun. L'enjeu est comparable à celui posé par les programmes d'*affirmative action* institués aux États-Unis et ailleurs pour promouvoir l'accès à l'emploi ou à l'enseignement supérieur de certaines minorités dites raciales ou ethniques. Ces dispositifs étant destinés à compenser la position sociale désavantagée de ces minorités, leur mise en place pose la question de savoir comment déterminer si les individus qui prétendent en bénéficier appartiennent réellement aux groupes visés. Si le critère en principe utilisé aux États-Unis est celui de l'auto-identification, des allégations de fraude ou d'abus ont parfois conduit à des processus de vérification officielle – notamment par les tribunaux – d'une appartenance autodéclarée⁷⁸.

Dans l'affaire *Gorzelik et autres c. Pologne*, la CEDH juge fondée la crainte des autorités polonaises. Le risque que l'enregistrement de l'association sans modification de ses statuts permette à celle-ci de revendiquer par la suite l'exemption du seuil électoral constitue, selon elle, une raison légitime pour limiter la liberté d'association des requérants. La Cour s'abstient cependant d'évaluer la pertinence de la distinction opérée par le gouvernement polonais entre « groupe ethnique » et « minorité nationale » et l'affirmation selon laquelle les Silésiens relèveraient de la première et non de la seconde catégorie. Elle accepte donc que l'État puisse opérer un contrôle sur la nature d'une identité ethnique déclarée par un groupe dans les cas où l'affirmation de cette identité ouvre l'accès à des droits spéciaux, mais ne dit rien des critères sur lesquels est susceptible de se fonder une telle vérification. Sur les 17 juges composant la grande chambre chargée de cette affaire, 3 formulent toutefois une opinion séparée dans laquelle ils expriment leurs doutes sur la décision adoptée⁷⁹. Ils s'inquiètent du décalage entre ce jugement et les arrêts *Sidiropoulos* et *Stankov*, mais expliquent qu'ils se sont finalement ralliés à l'idée que, dans le cas *Gorzelik*, le refus d'enregistrer

78. Christopher A. Ford, « Administering Identity: The Determination of "Race" in Race-Conscious Law », *California Law Review*, 82 (5), 1994, p. 1231-1285. Voir également, dans le cas du Brésil, Elena Calvo-González, Ricardo Ventura Santos, « Problematizing Miscegenation: The Fact/Fiction of Race in Contemporary Brazil », *Journal of Anthropological Sciences*, 96, 2018, p. 250-252.

79. Il s'agit des juges Costa, Zupančič et Kovler, respectivement de nationalité française, slovène et russe.

l'association pouvait se justifier par la volonté des autorités d'éviter des conséquences juridiques imprévues⁸⁰. Ils précisent par ailleurs ne pas vouloir contester la définition des notions de « nation » et de « minorité nationale » appliquée par les juridictions polonaises parce qu'elle constitue, selon eux, « un choix politique qu'une Cour internationale ne saurait dicter à un État contractant sans enfreindre le principe de subsidiarité »⁸¹.

**L'identité ethnique comme donnée administrative :
« plus qu'une perception subjective »**

La question des critères permettant de « prouver » une identité ethnique déclarée par un individu est au centre de l'affaire *Ciubotaru c. Moldavie* (2010)⁸². Le requérant se plaint du refus des autorités moldaves de modifier l'ethnicité sous laquelle il est enregistré dans les registres de population. Ayant découvert qu'il était enregistré comme « ethniquement moldave », il a demandé à être reconnu comme « ethniquement roumain ». L'administration lui a répondu que cette modification était impossible car ses parents étaient tous deux enregistrés comme « ethniquement moldaves » sur leurs certificats de naissance et de mariage.

Le requérant et le gouvernement défendent deux visions radicalement différentes de l'établissement de l'ethnicité. M. Ciubotaru soutient que son droit au respect de la vie privée l'autorise à choisir librement, selon son sentiment d'appartenance, l'identité ethnique sous laquelle il souhaite être enregistré⁸³, tandis que le gouvernement affirme qu'un changement des données ethniques enregistrées ne peut être autorisé que sur la base de preuves démontrant que l'intéressé a au moins un ancêtre possédant l'ethnicité revendiquée⁸⁴.

La Cour rejette la thèse selon laquelle le droit à la vie privée autorise chacun à *choisir* librement son appartenance à un groupe ethnique, sans être tenu d'en fournir des preuves⁸⁵. Elle considère qu'un gouvernement est en droit d'exiger une « preuve objective » d'une ethnicité déclarée et de refuser d'enregistrer une personne comme appartenant à un groupe ethnique sur la base de motifs « purement subjectifs »⁸⁶. Elle juge cependant que le système moldave est trop restrictif. D'autres critères que l'existence d'un ancêtre possédant l'ethnicité revendiquée devraient pouvoir être invoqués pour démontrer ses « liens objectifs » avec un groupe ethnique : « La revendication de M. Ciubotaru est fondée sur plus que

80. Opinion séparée des juges Costa, Zupančić et Kovler, annexée à l'arrêt *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 avril 2004, § 12.

81. *Ibid.*, § 8.

82. Cour européenne des droits de l'homme, *Ciubotaru c. Moldavie*, arrêt du 27 avril 2010.

83. *Ibid.*, §§ 38-39.

84. *Ibid.*, § 44.

85. *Ibid.*, § 38.

86. *Ibid.*, § 57.

sa *perception subjective* de sa propre ethnicité. Il est évident qu'il est capable de faire état de *liens objectivement vérifiables* avec le groupe ethnique roumain comme la langue, le nom, l'empathie et d'autres »⁸⁷. Pour cette raison, la Cour conclut à une violation du droit à la vie privée.

Les juges de la CEDH, comme ceux du TPIR et du TPIY, construisent le problème posé dans cette affaire en termes d'opposition entre conceptions subjective et objective de l'ethnicité : l'identité ethnique serait fondée soit sur la perception subjective de l'individu, soit sur des critères objectifs. À l'examen pourtant, cette dichotomie se révèle là aussi en partie trompeuse car si la Cour paraît suivre la thèse du gouvernement en affirmant qu'une identité ethnique peut être établie sur la base d'une « preuve objective », les critères qu'elle juge pertinents pour établir cette preuve sont bien différents. Alors que le gouvernement n'admet que l'ascendance comme preuve de l'ethnicité alléguée, la Cour cite divers éléments – langue, nom, « empathie », la liste restant ouverte – destinés à montrer l'existence de liens actuels entre la personne et le groupe ethnique concerné. Si la position du gouvernement moldave, qui fait de l'hérédité la seule preuve possible d'une appartenance ethnique, évoque les conceptions anciennes, essentialistes et biologisantes, les critères mis en avant par la Cour semblent inspirés de l'idée que l'identité ethnique est un phénomène vécu, qui se traduit par des liens concrets avec un groupe donné. Cette position n'est pas incompatible avec une conception de l'ethnicité vue comme une construction sociale.

Cependant, il n'apparaît pas qu'une modification de l'identité ethnique du requérant dans les registres officiels lui aurait permis de bénéficier de droits ou d'avantages spéciaux⁸⁸. La Cour accepte donc que le seul fait qu'un enregistrement officiel de l'ethnicité soit en jeu suffise à légitimer l'exigence, par les autorités, d'une preuve de cette identité. Ce raisonnement est critiqué par le juge bosniaque Mijovic dans une opinion séparée. Il affirme que l'appartenance ethnique doit être considérée comme un concept « politique et subjectif » et non comme une notion « juridique et objective ». Pointant le fait que le gouvernement moldave n'a pas montré que l'enregistrement de l'ethnicité avait des implications juridiques, il estime que c'est le refus des autorités de modifier les données du registre pour refléter l'autoperception du requérant qui doit, en tant que tel, être déclaré contraire au droit à la vie privée.

La maîtrise des identités comme enjeu de souveraineté ?

Si la tentative de définition de la race et de l'ethnicité par les juges de la CEDH dans leur jurisprudence relative à la discrimination est éminemment ambiguë, en

87. *Ibid.*, § 58 (je traduis, je souligne).

88. Le gouvernement alléguait qu'accepter une demande de changement d'identité ethnique sur la base d'une simple déclaration pourrait avoir des conséquences graves de nature administrative mais sans étayer cette affirmation. *Ibid.*, § 47.

revanche, lorsqu'ils discutent de la manière dont l'ethnicité d'un groupe ou d'un individu peut être concrètement déterminée, ils prennent leurs distances par rapport aux conceptions anciennes et réifiées de ces concepts, à l'instar de leurs collègues des tribunaux internationaux *ad hoc*. Ils acceptent l'idée que, pour établir une discrimination, il suffit de montrer que la victime a été *perçue* par l'auteur des faits comme possédant une certaine race ou ethnicité, alors même que ce principe, appliqué au concept de génocide, reste controversé dans la jurisprudence des deux tribunaux. Dans les affaires mettant en jeu des controverses sur l'identité proclamée par un groupe donné, leur attitude varie selon qu'est revendiqué le droit d'affirmer une identité dans le débat public en général ou dans un contexte institutionnel. Dans le premier cas, les juges européens semblent être inspirés par une conception qu'on peut qualifier de « purement subjectiviste ». Ils reconnaissent la liberté de chacun d'exprimer sa vision subjective de son identité, quoi qu'en pensent les autorités ou le reste de la population. Dans le second cas, la majorité des juges admettent que les autorités puissent prétendre vérifier que l'appartenance déclarée correspond à une « réalité objective ». Cependant, les critères susceptibles d'être pris en compte ne peuvent se limiter au facteur de l'hérédité : ils doivent être multiples et permettre à la personne de montrer qu'elle entretient des liens avec le groupe concerné.

La conception de l'ethnicité sur laquelle s'appuient les juges de la Cour reste néanmoins fluctuante et largement implicite : ils raisonnent de façon intuitive et casuistique, en évitant de théoriser leurs positions. Au demeurant, le pouvoir qu'ils reconnaissent aux autorités nationales d'exiger la preuve d'une identité ethnique, non seulement lorsque l'accès à des droits spéciaux est en jeu, mais aussi lorsqu'il s'agit simplement d'inscrire cette donnée dans les registres administratifs, entre en tension avec l'importance conférée aux principes d'autonomie personnelle et de respect de l'identité dans leur jurisprudence relative au droit à la vie privée. On retrouve cette tension de façon récurrente dans le travail d'interprétation de la Cour, tiraillée entre, d'une part, sa volonté de faire respecter des normes internationales, ici l'autonomie personnelle, d'autre part, l'expression d'une certaine déférence envers la souveraineté des États, qui se traduit, selon sa propre terminologie, par la reconnaissance d'une « marge nationale d'appréciation » dans la mise en œuvre de la Convention⁸⁹. En tant que Cour internationale, elle est en effet soumise à une double contrainte dans la mesure où sa crédibilité tient à sa capacité à exercer sa mission de protection des droits et libertés individuelles tandis que sa survie institutionnelle dépend de la légitimité que lui reconnaissent les États, légitimité toujours susceptible d'être remise en cause⁹⁰.

89. Petr Agha (ed.), *Human Rights between Law and Politics: The Margin of Appreciation Doctrine in Post-National Contexts*, Londres, Bloomsbury, Hart, 2017.

90. Jonas Christoffersen, Mikael Rask Madsen (eds), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Les trois juridictions que sont le TPIR, le TPIY et la CEDH ont été confrontées à une même question : comment interpréter les concepts de race et d'ethnicité dans l'application des conventions internationales dont elles assurent le respect ? Les différences qu'on peut observer dans les débats suscités par cette question au sein de ces juridictions reflètent en partie le fait qu'elles ne sont pas soumises aux mêmes contraintes. La jurisprudence du TPIR et du TPIY est avant tout marquée par une tension entre la référence aux travaux préparatoires de la Convention sur le génocide, au cours desquels les notions de groupe racial et ethnique avaient été discutées, et la volonté de donner un effet utile à la notion de génocide, compte tenu du contexte des faits à juger et de l'évolution des conceptions. En tant que juridictions de nature pénale, ces deux tribunaux sont par ailleurs tenus de respecter un niveau élevé de preuve, y compris lorsqu'il s'agit de démontrer l'existence d'un groupe racial ou ethnique. Du côté de la Cour européenne, on observe un autre tiraillement, qui oppose la volonté d'affirmer et de développer des principes internationaux, comme ceux d'autonomie personnelle et de respect de l'identité, et la crainte d'empiéter sur la souveraineté des États dans un domaine jugé sensible. Malgré ces différences, on distingue des tendances similaires dans leurs jurisprudences respectives. Ces trois juridictions s'écartent des visions anciennes et essentialistes des notions de race et d'ethnicité, en reconnaissant l'importance du critère subjectif des perceptions de soi et d'autrui. Dans le même temps, elles continuent d'affirmer la pertinence de facteurs dits « objectifs » dans l'appréciation de ces concepts. À l'analyse, il apparaît cependant que cette notion de « critères objectifs » est comprise de façon multiple et variable par les juges. La distinction entre approche objective et approche subjective se révèle en définitive problématique. Elle masque une opposition plus fondamentale entre deux visions de la race et de l'ethnicité, comme faits naturels ou comme constructions sociales. Sur ce plan, la position de ces trois juridictions demeure ambiguë et hésitante. Elle contraste avec celle de la Commission Darfour qui, dans son rapport, n'hésite pas à caractériser race et ethnicité comme des « constructions sociales » et des « identités imaginées »⁹¹. ■

Julie Ringelheim est chercheure qualifiée au Fonds de la recherche scientifique (FRS-FNRS) en Belgique et au Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain. Spécialisée en droit international des droits humains, elle travaille notamment sur le droit de la non-discrimination et l'usage du droit par les mouvements sociaux. Elle a notamment publié, avec Aude Lejeune, « Workers with Disabilities between Legal Changes and Persisting Exclusion: How Contradictory Rights Shape Legal Mobilization », *Law & Society Review* (53 (4), 2019, p. 983-1015) et, avec Ginette Herman et Andrea Rea, *Politiques antidiscriminatoires* (Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015).

julie.ringelheim@uclouvain.be

91. Je remercie Juliette Galonnier, Patrick Simon, Daniel Sabbagh et les trois évaluateurs anonymes de *Critique internationale* pour leurs remarques stimulantes sur une version antérieure de cet article. Je remercie également Raphaël Van Steenberghe et Alice Sinon pour leurs conseils en matière de droit pénal international.

Résumé. Comment trois juridictions internationales – le Tribunal pénal international pour le Rwanda, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et la Cour européenne des droits de l'homme – interprètent-elles les concepts de race et d'ethnicité lorsque la résolution d'affaires portées devant elles nécessite une telle interprétation ? Si les juges internationaux manifestent un malaise croissant face aux visions anciennes, figées et naturalisantes de ces notions, la recherche de nouveaux modes d'élucidation de celles-ci se fait par tâtonnements, moyennant hésitations et ambiguïtés. Les trois juridictions caractérisent l'enjeu qui se pose à elles comme une opposition entre approches *objective* et *subjective* de la race et de l'ethnicité. À l'analyse, cette distinction se révèle en partie trompeuse car elle masque la pluralité des enjeux en présence et agrège des positions en réalité contradictoires. On observe par ailleurs certaines différences dans l'approche de la Cour européenne, d'une part, des deux tribunaux internationaux, d'autre part, qui peuvent s'expliquer en partie par les différences de contraintes structurelles pesant sur ces deux types de juridiction.

Abstract

Adjudicating "Race" and "Ethnicity": International Courts and the Dilemmas of the Racial Lexicon

How do three international courts – the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the European Court of Human Rights – interpret the concepts of race and ethnicity when it is necessary to do so in order to rule on cases brought before them? While international judges are increasingly uncomfortable with the older, rigid and essentializing visions of these notions, the search for new modes of elucidating them has taken place via a process of trial and error that has been a source of hesitation and ambiguity. The three courts characterize the issue that arises for them as an opposition between objective and subjective approaches to race and ethnicity. Upon examination, this distinction is revealed to be partly misleading as it masks the plurality of competing issues and conflates what are in reality contradictory positions. One further observes certain differences in the approach taken by the European Court, on the one hand, and the two international tribunals, on the other hand, that may partly be explained by the distinct structural constraints that impinge upon them.