



HAL
open science

L'éthique du droit international dans la restitution des restes humains

Vincent Negri

► **To cite this version:**

Vincent Negri. L'éthique du droit international dans la restitution des restes humains. Ethique et patrimoine culturel, L'Harmattan, pp.301-312, 2016, 978-2-343-10605-2. hal-04451653

HAL Id: hal-04451653

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-04451653v1>

Submitted on 16 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

L'éthique du droit international dans la restitution des restes humains

Publié dans :

Géraldine Goffaux-Callebaut (dir.), *Ethique et patrimoine culturel*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 301-312.

L'éthique du droit international dans la restitution des restes humains

Vincent Négri

Chercheur à l'Institut des sciences sociales du politique (UMR 7220)

La question de la restitution des restes humains et, en regard, l'irruption d'une rationalité juridique postulant la légitimité des revendications font écho au débordement de l'Etat comme sujet exclusif du droit international. Celui-ci, dans ses assises et ses développements postérieurs à la seconde guerre mondiale, est marqué entre autres doctrines, et dominé, par le volontarisme¹. Cette approche classique de l'équilibre fonctionnel d'une société internationale où « chaque Etat consent à respecter les limites que la souveraineté des autres trace à la sienne »² s'épuise aujourd'hui sur les revendications d'une société civile³, agrégat d'organisations et de mobilisations devenu acteur, autrement dénommée *internationale civile*⁴. Le temps où le contrat social international reposait sur la seule souveraineté des Etats, dont le pouvoir qu'ils en tiraient n'en admettait aucun autre, ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui⁵, est révolu ; un mouvement en faveur d'un nouvel équilibre des rapports composant ce contrat social s'exprime, posant les linéaments d'une conception démocratique du droit international⁶. L'évolution contemporaine du droit international du patrimoine culturel en est un symptôme.

Ce déplacement du centre de gravité du droit international, dans une galaxie où la société civile conteste aux Etats la légitimité de représenter le monde des humains, trouve un point d'ancrage dans certains des Principes qui forgent la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée lors de Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement en 1992. Le Principe 10, communément transcrit sous le générique *principe de participation*, dont la densité normative sera renforcée en Europe en 1998 par la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et

¹ « Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs » ; CPJI, *Affaire du « Lotus »*, 7 septembre 1927, Recueil des arrêts, Série A, n° 10, p. 18.

² Alain Papaux et Eric Wyler, *L'éthique du droit international*, PUF, 1997, p. 42.

³ Pour une analyse historique de ce concept, voir : Sunil Khilnani, « La 'société civile', une résurgence », *Critique internationale*, n° 10, janvier 2001, pp. 38-50.

⁴ Béatrice Pouligny, « Acteurs et enjeux d'un processus équivoque. La naissance d'une 'internationale civile' », *Critique internationale*, n° 13, octobre 2001, pp. 163-176.

⁵ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Paris, Recueil Sirey, 1920, p. 70.

⁶ Olivier de Frouville, « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales*, tome XXXIX, 2001, n° 120, pp. 101-144.

l'accès à la justice en matière d'environnement, introduit les ferments d'une démocratie environnementale. C'est une autre vision qui se dessine, rehaussant le droit du citoyen de l'Etat de prendre part à la vie de la société internationale et, en contrepoint, à celle de l'Etat. C'est en même temps un droit à la différence et une revendication de contextualisation du droit qui s'expriment, notamment, sous les atours de la diversité.

La diversité, sous son épithète culturelle, serait garante d'un pluralisme d'appartenances singulières et de respect de ces singularités⁷. Elle est aussi source de paradoxe, car « la lutte contre toutes les formes de discrimination participe de ce même mouvement qui entraîne l'humanité vers une civilisation mondiale, destructrice de ces vieux particularismes auxquels revient l'honneur d'avoir créé les valeurs esthétiques et spirituelles qui donnent son prix à la vie, et que nous recueillons précieusement dans les bibliothèques et dans les musées »⁸. C'est dans cette ambivalence que le droit international du patrimoine culturel a opéré une mue à partir de 2005, jusqu'à redistribuer ou attribuer la titularité d'un droit au patrimoine – projection de droits culturels – à des groupes sociaux ou des communautés humaines infra-étatiques ou trans-étatiques. C'est dans cette transition que s'inscrit une part des dispositions de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée le 13 septembre 2007⁹, dont l'article 12 noue, dans le droit international, le droit au rapatriement des restes humains des membres des communautés autochtones¹⁰. Ce droit au rapatriement des restes humains est arrimé au droit au patrimoine culturel reconnu aux peuples autochtones, dont la rapporteure spéciale de la Commission des droits de l'homme, Mme Erica-Irene Daes, considérait qu'ils « devraient être reconnus comme les principaux gardiens et interprètes de leurs cultures, de leurs arts et de leurs sciences, créés dans le passé ou développés à l'avenir »¹¹. C'est alors un principe de transmission transgénérationnelle qui devrait régler le droit au rapatriement : « Les restes humains et les objets funéraires doivent être rendus aux descendants et à leurs territoires d'une manière culturellement appropriée, déterminée par les peuples autochtones concernés. Des documents ne pourront être conservés, exposés ou autrement utilisés que dans les formes et selon la manière convenues avec les peuples concernés »¹².

L'irruption de la question des restes humains dans le droit international intervient à un tournant alors que la diversité culturelle et les droits de l'homme investissent désormais les normes dédiées au patrimoine culturel, qui articulent la restitution des biens culturels sur le principe matriciel du lien culturel avec le contexte ou l'Etat d'origine (I.). La réparation des spoliations¹³

⁷ Vincent Négri (dir.), *La diversité dans la gouvernance internationale. Perspectives culturelles, écologiques et juridiques*, éd. Bruylant, 2016, p. 11.

⁸ Claude Lévi-Strauss, *Le regard éloigné*, Plon, 2009, p. 47.

⁹ A/RES/61/295. Pour une approche complète de la question des peuples autochtones et des enjeux de l'autochtonie, voir : Isabelle Schulte-Tenckhoff, *La question des peuples autochtones*, éd. Bruylant/LGDJ, 1997.

¹⁰ Article 12 – 1. Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement de leurs restes humains.

2. Les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés.

¹¹ Erica-Irene Daes, *Protection du patrimoine des populations autochtones*, Rapport final, 21 juin 1995, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/26, p. 9.

¹² Erica-Irene Daes, *op. cit.*, p. 11.

¹³ Avant d'être mobilisé, et pour ainsi dire monopolisé, pour désigner la dépossession des biens dont été victimes les Juifs pendant la Seconde guerre mondiale, le terme *spoliation* a été utilisé au tournant des 18^{ème} et 19^{ème} siècles pour caractériser le pillage des biens artistiques par les armées napoléoniennes – voir : Quatremère de

des biens culturels, comme celle de la soustraction des restes humains sollicitent des ressorts normatifs, fondés sur l'équité (II.), en déport du corpus classique et des principes, en droit international, qui régissent le retour ou restitution dans le contexte d'origine ou dans le pays de provenance culturelle.

I. – Une éthique fondée sur le lien culturel

La texture des normes internationales dédiée à la culture et au patrimoine, adoptées à partir des années 1950, est imprégnée par la conception du droit international contemporain.

« Le droit international de l'époque contemporaine est né avec l'adoption de la Charte des Nations unies. Elle affirme le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et c'est, [...], sur cette base que s'épanouira l'éclosion des indépendances politiques consécutives à la décolonisation. C'est, au cours de cette même période, incontestablement la première grande affirmation de la diversité permise par les instruments du droit, qu'il s'agisse de traités ou de résolutions d'organisations internationales dont les principales procèdent des organes de l'ONU, en particulier de son assemblée générale, entre 1960 et 1986. Tout au long de cette phase, la revendication du développement invoquera alors le droit à la différence en même temps qu'elle proclamera l'universalité des droits souverains [...]. »¹⁴

C'est dans ce même sillon que s'inscrira la construction d'un droit international du patrimoine culturel, reportant sur les Etats la charge et la responsabilité de patrimoines dont l'universalité légitimait à la fois un contrôle supranational de la conservation et le déploiement d'une législation nationale adaptée, entérinant la pleine souveraineté des Etats sur ce patrimoine. Le droit international du patrimoine culturel est bâti sur ce substrat, où s'agrège l'action normative de l'UNESCO et l'interprétation en conséquence des sources antérieures ou périphériques. La constitution d'un nouvel équilibre international sur la circulation et la sauvegarde des biens culturels que promut – et promeut encore aujourd'hui – la Convention UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, adoptée le 14 novembre 1970, participe de cette dynamique. De moindre portée, la Déclaration des Nations unies de 2007 sur les droits des peuples autochtones émerge à cet ordre international culturel que dessinent les Conventions de l'UNESCO sur la culture et le patrimoine.

La culture est ainsi devenue une matrice pour nouer une responsabilité collective des Etats envers le patrimoine et les biens significatifs d'une culture, dont les restes humains. Ce mouvement avait été amorcée par la Déclaration n° 1514 (XV) des Nations-Unies sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux adoptée le 14 décembre 1960, dont le point 2 énonce que « tous les peuples ont le droit de libre détermination » et qu' « en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur

Quincy, *Lettres sur le préjudice qu'occasionneroient aux Arts et à la Science, le déplacement des monuments de l'art de l'Italie, le démembrement de ses Écoles, et la spoliation de ses Collections, Galeries, Musées, etc.*, Paris, 1796 & Rome, 1815 – ou encore le sac du Palais d'été à Pékin par les armées franco-britanniques en 1860 – voir : *Lettre de Victor Hugo au Capitaine Buttler* en 1861 : « [...] Un jour, deux bandits sont entrés dans le Palais d'été. L'un a pillé, l'autre a incendié. [...] Grand exploit, bonne aubaine. L'un des deux vainqueurs a empli ses poches, ce que voyant, l'autre a empli ses coffres ; et l'on est revenu en Europe, bras dessus, bras dessous, en riant. Telle est l'histoire des deux bandits. [...] Devant l'histoire, l'un des deux bandits s'appellera la France, l'autre s'appellera l'Angleterre. [...] J'espère qu'un jour viendra où la France, délivrée et nettoyée, renverra ce butin à la Chine spoliée. [...] » –.

¹⁴ Pierre-Marie Dupuy, « La diversité comme nouveau paradigme du droit international ? », in *La diversité dans la gouvernance internationale. Perspectives culturelles, écologiques et juridiques* (sous dir. Vincent Négri), éd. Bruylant, 2016, p. 212.

développement économique social et culturel ». Ces prémisses seront confirmées par la Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale, proclamée par l'UNESCO le 4 novembre 1966, dont l'article premier précise que « toute culture a une dignité et une valeur qui doivent être respectées et sauvegardées ; tout peuple a le droit et le devoir de développer sa culture ; dans leur variété féconde, leur diversité et l'influence réciproque qu'elles exercent les unes sur les autres, toutes les cultures font partie du patrimoine commun de l'humanité ». Le principe de restitution des restes humains aux communautés autochtones, tel que proclamé par la Déclaration des Nations unies de 2007 sur les droits des peuples autochtones, fait écho à cette Déclaration de l'UNESCO de 1966.

C'est une partition classique qui orchestre le développement progressif d'un corpus normatif dédié à la protection internationale de patrimoines nationaux et à la reconnaissance d'un droit des peuples à recouvrer leur héritage. C'est cette voie qu'emprunte et affermit Amadou-Mahtar M'Bow, alors directeur général de l'UNESCO, lorsqu'il lance en 1978 son appel *Pour le retour, à ceux qui l'ont créé, d'un patrimoine culturel irremplaçable*¹⁵, où il prescrit que soient restitués aux peuples, « dépossédés d'une mémoire qui les aurait sans doute aidés à mieux se connaître eux-mêmes, certainement à se faire mieux comprendre des autres », les biens « les plus représentatifs de leur culture, ceux auxquels ils attachent le plus d'importance, ceux dont l'absence leur est psychologiquement le plus intolérable ».

Mais, le droit international du patrimoine culturel n'est qu'un surplomb ajouré de la souveraineté des Etats ; ceux-ci conservent leurs droits souverains sur les biens culturels situés sur leur territoire. L'article 6, § 1, de la Convention UNESCO concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel¹⁶, adoptée à Paris le 16 novembre 1972, affirme un principe de plein respect de la souveraineté des Etats sur un patrimoine universel dont est garant la communauté internationale. Cette articulation entre souveraineté et universalité n'est qu'un symptôme de cette prééminence de l'Etat, dont la notion d'Etat d'origine, que projette la Convention UNESCO de 1970 précitée, n'est qu'un déport pour asseoir une souveraineté culturelle hors des frontières nationales¹⁷. Le lien du bien culturel avec l'Etat d'origine innerve également la Convention UNESCO de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique ; les « droits préférentiels des États d'origine culturelle, historique ou archéologique » sont pareillement invoqués pour protéger le patrimoine culturel subaquatique et encadrer les interventions dans les fonds marins et leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale¹⁸.

L'agrégation de la valeur des biens culturels au contexte d'origine – intimement lié au territoire de provenance – seul susceptible de révéler l'histoire du bien et d'en exprimer l'intérêt culturel, s'est imposée comme une matrice du droit international du patrimoine culturel. Le préambule de la Convention UNESCO de 1970 considère ainsi « que les biens culturels sont un des éléments fondamentaux de la civilisation et de la culture des peuples, et qu'ils ne prennent leur valeur réelle que si leur origine, leur histoire et leur environnement sont connus avec la plus

¹⁵ Amadou-Mahtar M'Bow, « Pour le retour, à ceux qui l'ont créé, d'un patrimoine culturel irremplaçable », *Museum*, vol. XXXI, n° 1, 1979, p. 58.

¹⁶ Art. 6, § 1 : « En respectant pleinement la souveraineté des Etats sur le territoire desquels est situé le patrimoine culturel et naturel visé aux articles 1 et 2, et sans préjudice des droits réels prévus par la législation nationale sur ledit patrimoine, les Etats parties à la présente convention reconnaissent qu'il constitue un patrimoine universel pour la protection duquel la communauté internationale tout entière a le devoir de coopérer ».

¹⁷ Dans un contexte régional, la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique, révisée en 1992, articule également, sous son article 10, ii), une référence à l'Etat d'origine.

¹⁸ Art. 11 et 12 de la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, adoptée par l'UNESCO le 2 novembre 2001 ; art. 149 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, adoptée le 10 décembre 1982.

grande précision ». En écho et s'agissant du patrimoine archéologique, « chaque Etat a le devoir de protéger le patrimoine constitué par les biens culturels existant sur son territoire contre les dangers de vol, de fouilles clandestines et d'exportation illicite »¹⁹. La responsabilité collective²⁰ qu'institue la Convention UNESCO de 1970 est le fruit d'un consensus des Etats, clef de voute de l'architecture normative de la Convention, qu'exprime son article 2, § 1 : « Les Etats parties à la présente Convention reconnaissent que l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels constituent l'une des causes principales de l'appauvrissement du patrimoine culturel des pays d'origine de ces biens [...] ».

Le contexte d'origine, défini par le lien culturel avec le territoire de provenance, est le pivot des mesures qui composent la double articulation de la Convention, en faveur de la prévention du trafic illicite, d'une part, et de la restitution des biens culturels illicitement exportés, d'autre part. Sur le premier versant, l'article 9 de la Convention dispose que « tout Etat partie [...] dont le patrimoine culturel est mis en danger par certains pillages archéologiques ou ethnologiques peut faire appel aux Etats qui sont concernés » et qu'alors « les Etats parties [...] s'engagent à participer à toute opération internationale concertée dans ces circonstances, en vue de déterminer et d'appliquer les mesures concrètes nécessaires, y compris le contrôle de l'exportation, de l'importation et du commerce international des biens culturels » ; sur le second versant, l'article prévoit notamment que « Les Etats parties à la présente Convention s'engagent [...] à prendre toutes les mesures nécessaires, conformes à la législation nationale, pour empêcher l'acquisition, par les musées et autres institutions similaires situés sur leur territoire, de biens culturels en provenance d'un autre Etat partie à la Convention » et à prendre des mesures appropriées pour saisir et restituer les biens culturels, à la requête de l'Etat d'origine partie à la Convention. L'application de tels principes exige au préalable que les Etats concernés – Etat requérant et Etat requis – soient liés par la Convention au moment des faits. Mais au-delà de cette condition classique de l'application du droit international dédié à la protection du patrimoine culturel qui requiert que l'infraction ait été commise alors que la convention était en vigueur à l'égard de ou des Etats concernés, la Convention UNESCO de 1970 peine à produire un système équilibré garantissant un retour des biens culturels illicitement exportés. Sur la question du retour des biens culturels dans leur pays d'origine, cette Convention est frappée d'asthénie²¹.

Le droit au rapatriement des restes humains dans la communauté d'origine, qu'expose l'article 12 de la Déclaration des Nations unies de 2007 sur les droits des peuples autochtones, est un reflet de ce dispositif. Sa moindre portée juridique, en raison de la seule valeur déclaratoire des principes qu'elle tend à insuffler, n'oblige les Etats que dans les limites de leur volonté d'y adhérer et de les appliquer. Un texte conventionnel n'aurait pas manqué de susciter des difficultés d'interprétation au regard du principe de non-rétroactivité des traités, que pose l'article 28 de la Convention de Vienne sur les traités²², quelles qu'auraient été pu être les intentions des rédacteurs, à supposer qu'un consensus existerait sur la formulation d'une telle intention pour caractériser une situation antérieure à la convention et en déduire des obligations conventionnelles ; ce qui relève d'une pure fiction.

¹⁹ Préambule de la Convention UNESCO de 1970.

²⁰ Etienne Clément, « Le concept de responsabilité collective de la communauté internationale pour la protection des biens culturels dans les conventions et recommandations de l'UNESCO », *Revue belge de droit international*, 1993/2, pp. 535-551.

²¹ Vincent Négri, « La conservation du patrimoine africain au péril du droit », in *African Memory in Danger. Mémoire africaine en péril* (sous dir. Anne Mayor, Vincent Négri et Eric Huysecq), *Journal of African Archaeology Monograph Series*, vol. 11, 2015, p. 123.

²² Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée le 23 mai 1969.

C'est une autre dynamique que postule le deuxième alinéa de l'article 12 de la Déclaration des Nations unies de 2007 sur les droits des peuples autochtones ; sa formulation est exempte de tout dispositif contraignant. Il réserve aux Etats le pouvoir de statuer sur l'accès aux restes humains et de définir des mécanismes justes, transparents et efficaces pour leur rapatriement. La prescription d'établir une concertation avec les peuples autochtones concernés déplace sur le terrain de l'équité la mise en œuvre d'un principe de rapatriement dans la communauté d'origine.

II. – Une éthique fondée sur l'équité

Parmi les restitutions, somme toute récentes, de restes humains, le rapatriement en Afrique du Sud en 2002 de la dépouille de Saarlte Baartman²³, dont l'humanité avait été mise à distance sous le cryptonyme de Vénus Hottentote, et celui en 2010 des têtes maories à la Nouvelle-Zélande²⁴ ne sont pas imprégnés des principes qui forment l'ossature des conventions UNESCO. Ces dernières n'ont pas été invoquées – et ne pouvaient pas l'être au regard notamment du principe de non-rétroactivité – pour consolider un processus de réparation par la restitution à la communauté d'origine. C'est une autre syntaxe qui se joue, que compose l'équité. Cette parure de l'éthique est toutefois plastique, chacun pouvant y signifier ce que son système de valeur lui assigne.

En 2010, en France, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a rendu un avis²⁵ en faveur d'une prise en considération positive de la Déclaration des Nations unies de 2007 sur les droits des peuples autochtones :

[...] Sur le plan du Droit international, le refus de faire droit aux demandes des peuples concernés mettrait la France en porte-à-faux avec les principes fondamentaux auxquels elle a pourtant adhéré à travers [...] la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale du 13 septembre 2007.

[...]

La France devrait aborder la question des restitutions de certains vestiges humains lorsqu'ils sont réclamés par les peuples d'origine dans le respect de la Déclaration des Nations Unies [...]. Plutôt que de les éluder, il est préférable de se confronter loyalement à ces questions dont la portée n'est pas seulement diplomatique mais revêt également un caractère éthique. Chaque peuple doit pouvoir exprimer son devoir envers ses morts. [...]

A front renversé, le directeur du Museum d'histoire naturelle de Londres, lors d'une audition devant la Commission de la culture, des médias et des sports du Parlement britannique, estimait en 2000 que les musées avaient :

a duty to the nation to retain those objects and we have a duty to the scientific international community to use them as a very valuable scientific resource. We would find it extremely difficult to return any such objects if there was any doubt at all about their continued safety and accessibility (Culture, Media and Sport Select

²³ Loi n° 2002-323 du 6 mars 2002 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de S. Baartman à l'Afrique du Sud, *JO* 7 mars 2002, p. 4265.

²⁴ Loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections, *JO* 19 mai 2010, p. 9210.

²⁵ Avis n°111 du 7 janvier 2010, du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale.

Committee 2000: § 162)²⁶.

Ces positions divergentes, exprimées à une décennie d'intervalle, entre la France et l'Angleterre, expriment bien plus que la volatilité de l'équité. Elles mettent en jeu la diversité des acceptions de la notion de restitution ; fondée sur l'équité, elle est sujette à une pluralité d'interprétations selon les affiliations intellectuelles, scientifiques ou spirituelles des acteurs. En 2001, la Commission du droit international relevait que « la notion de restitution n'a pas de définition uniforme »²⁷.

La restitution, dans le prisme du droit international général, et plus spécifiquement dans les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des Etats, correspond à une gamme de réalités, ordonnées sur la violation d'une obligation primaire, dont elle constitue un des modes de réparation.

De manière générique, la restitution consiste alors à effacer les conséquences juridiques et matérielles d'une situation ou d'un fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis²⁸. Cette hypothèse, tout aussi séduisante qu'elle puisse être pour les organisations représentant les peuples autochtones auprès de la Commission des droits de l'homme²⁹, s'épuise sur l'exigence d'une obligation primaire dont la violation du contenu impliquerait une réparation ; l'obligation violée devant alors présenter un caractère continu ou découler d'une norme impérative du droit international général.

C'est donc bien sur le seul terrain des « mécanismes justes, transparents et efficaces » que présume l'article 12 de la Déclaration des Nations unies de 2007 sur les droits des peuples autochtones, que peuvent être concrétisées des mesures de rapatriement des restes humains aux communautés autochtones.

De telles mesures peuvent procéder du double ressort de la reconnaissance du lien ancestral et étroit avec la terre – support de la préservation de l'héritage culturel et de la transmission générationnelle de cet héritage – et du respect de la dignité des communautés autochtones, tels qui découlent de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a ainsi souligné dans l'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*³⁰ que pour les communautés autochtones, la relation avec le terre n'est pas juste une affaire de possession et de production, mais un élément matériel et spirituel dont ils doivent jouir, y compris pour préserver leur héritage culturel et en assurer la transmission aux générations futures :

149. [...]. Among indigenous peoples there is a communitarian tradition regarding a communal form of collective property of the land, in the sense that ownership of the land is not centered on an individual but rather on the group and its community. Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual

²⁶ Cité par Tiffany Jenkins, *Contesting Human Remains in Museums Collections. The Crisis of Cultural Authority*, Routledge, New-York & Londres, 2011, p. 2. Six ans plus tard, cette position bascula en faveur d'une restitution de dix-sept squelettes d'Aborigènes de Tasmanie, prononcée par les *trustees* du Museum d'histoire naturelle de Londres.

²⁷ *Rapport de la Commission du droit international*, Cinquante-troisième session, 2001, Assemblée générale des Nations unies, Suppl. n° 10 (A/56/10), p. 256.

²⁸ *Rapport de la Commission du droit international*, *ibid.*, p. 257.

²⁹ Commission des droits de l'homme, *Le droit des peuples autochtones à la restitution*, doc. E/CN.4/2005/WG.15/CRP.4.

³⁰ CIDH, 31 août 2001, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Série C, n° 79.

life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations.

Quant à la question du respect de la dignité, elle trouve une de ces expressions dans la sauvegarde de l'intégrité spirituelle d'une communauté et dans l'appréciation du dommage résultant de la privation des dépouilles de ses membres, et de l'impossibilité pour la communauté d'accomplir les rites funéraires unissant les vivants aux morts³¹ :

195. The Court's assessment of moral damage in the instant case particularly takes into account the following aspects of the Moiwana community members' suffering: [...]

b) they do not know what has happened to the remains of their loved ones, and, as a result, they cannot honor and bury them in accordance with fundamental norms of N'djuka culture, which causes them deep anguish and despair [...]. Since the various death rituals have not been performed according to N'djuka tradition, the community members fear "spiritually-caused illnesses," which they believe can affect the entire natural lineage and, if reconciliation is not achieved, will persist through generations [...]; and

c) the Moiwana community members' connection to their ancestral territory was brusquely severed – dispersing them throughout Suriname and French Guiana. Since a N'djuka community's relationship to its traditional land is of vital spiritual, cultural and material importance, their forced displacement has devastated them emotionally, spiritually, culturally, and economically [...].

En l'espèce, l'interprétation particulièrement souple, par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de la convention américaine des droits de l'homme, adoptée en 1969, introduit la réparation – au sens juridique – de l'atteinte à l'intégrité spirituelle et culturelle d'une communauté³². Loin d'être un principe dont il pourrait être tiré une portée plus large, cette reconnaissance d'un droit à réparation, incluant la relation d'une communauté aux restes humains de ses membres et aux rites funéraires, est circonscrit au cas d'espèce jugé par la Cour. Il n'en demeure pas moins un symptôme de la prégnance de cette question dans le droit international.

C'est une sinuosité de l'éthique du droit dans la restitution des restes humains qui se révèlent et qu'accentuent les acceptions plurielles de l'équité dont chacun a la capacité d'accepter, de refuser ou d'interpréter les principes.

L'équité dispose toutefois d'un potentiel pouvant inspirer le positionnement ou l'attitude des

³¹ CIDH, 15 juin 2005, *Moiwana Community v. Suriname*, Série C, n° 124. Voir également : Ludovic Hennebel, « La protection de l' 'intégrité spirituelle' des indigènes. Réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Comunidad Moiwana v. Suriname* du 15 juin 2005 », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 66/2006, pp. 253-276.

³² « 99. If the various death rituals are not performed according to N'djuka tradition, it is considered a profound moral transgression, which will not only anger the spirit of the individual who died, but also may offend other ancestors of the community [...]. This leads to a number of "spiritually-caused illnesses" that become manifest as actual physical maladies and can potentially affect the entire natural lineage [...]. The N'djuka understand that such illnesses are not cured on their own, but rather must be resolved through cultural and ceremonial means; if not, the conditions will persist through generations [...]. In this way, Ms. Difienjo stated that, if the death ceremonies are not performed: it will burden all the children, also be after ourselves. [...] It is if we do not exist on earth. I mean, that will be the burden. [...] If it is not done properly with those killed, then many things can happen with us [...]. So if it is not taken care of properly for those died, then we are nowhere. » ; CIDH, 15 juin 2005, *Moiwana Community v. Suriname*, préc.

Etats. Sur la question de la restitution des restes humains et par référence aux « mécanismes justes, transparents et efficaces » que présume l'article 12 de la Déclaration de 2007 sur les droits des peuples autochtones, les États ne devraient pas appliquer une mesure moins efficace quand ils sont confrontés à une demande de restitution que celle dont ils revendiquent la mise en œuvre quand leurs propres intérêts sont en jeu et qu'ils exigent la restitution.