



EUI Working Papers

LAW 2008/05

Au-delà des traités: l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel.

Francesco Francioni

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE
DEPARTMENT OF LAW

*Au-delà des traités: l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la
protection du patrimoine culturel.*

FRANCESCO FRANCONI

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

The author(s)/editor(s) should inform the Law Department of the EUI if the paper is to be published elsewhere, and should also assume responsibility for any consequent obligation(s).

ISSN 1725-6739

© 2008 Francesco Francioni

Printed in Italy
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

<http://www.eui.eu/>
<http://cadmus.eui.eu/>

Abstract

The rapid development of international law for the protection of cultural heritage in the past half century has occurred mainly at the level of treaties and to a certain extent of soft law. But what is the status of general international law on this subject? Are there obligations to respect and protect cultural heritage applicable to all states under customary international law? This essay explores recent international practice pertaining to the treatment of cultural heritage in four discrete areas - armed conflict, occupation, cooperation against illicit trade, and intangible heritage. It concludes that a core of substantive and procedural obligations are emerging in this field as a consequence of the awareness that preservation of the great diversity of cultural heritage is part of the the general interest of humanity

Keywords

International law - cultural property - cultural heritage

Au-delà des traités: l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel.

Francesco Francioni¹

1. Introduction

Le droit international applicable aux biens culturels a connu un progrès constant et remarquable dans les dernières cinquante années. A partir de la création de l'UNESCO, l'Organisation des Nations Unies pour la science, l'éducation et la culture², de nombreux traités multilatéraux ont été adoptés qui ont contribué à donner une définition précise du concept de « patrimoine culturel » - jadis éluif et fragmenté³. Le droit humanitaire a été intégré par des règles spécifiques de protection des biens culturels en cas de conflit armé, soit international, soit interne⁴. Des obligations de prévention et de répression du trafic illicite des biens culturels meubles⁵ ont été reconnues par un nombre

¹ Professeur de droit international à l'Université de Sienne et à l'Institut Universitaire Européen de Florence. L'auteur tient à remercier Hélène Boussard, candidate Ph.d à l'Institut Universitaire Européen, pour la révision linguistique du texte original.

² L'UNESCO a été fondée le 16 novembre 1945 par les représentants de 37 pays qui ont signé l'Acte constitutif (entré en vigueur le 4 novembre 1946, disponible à <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>).

³ L'expression synthétique « biens culturels » a été employée pour la première fois par la Convention de La Haye sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954, disponible à <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Dans les instruments internationaux précédents il n'y avait pas de notion unitaire des biens culturels mais une indication empirique d'objets d'intérêt historique, monumental ou humanitaire qui devaient être épargnés par les actes de guerre. Voir les articles 27 et 56 des Règles annexes à la Convention de La Haye IV de 1907 ainsi que l'article 5 de la Convention de La Haye IX.

⁴ Voir les Conventions de Genève de 1949 (Ie Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; Iie Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufrages des forces armées sur mer; IIIe Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre; IVe Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre) et leurs Protocoles Additionnels de 1977, en particulier les articles 52 para 1, 53 et 85 du Protocole I et 16 du Protocole II.

⁵ Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, adoptée à Paris le 14 novembre 1970, disponible à <http://www.unesco.org/culture/laws/1970/html_fr/page1.shtml>.

croissant d'Etats importateurs et exportateurs⁶. Le concept innovateur de "patrimoine mondial" a fourni la base pour le développement d'un système de coopération internationale pour la conservation et la mise en valeur de certains biens culturels et naturels de valeur exceptionnelle universelle⁷. Plus récemment, au début du XXI^e siècle, la protection internationale au niveau conventionnel a été étendue au patrimoine subaquatique⁸ et au patrimoine culturel immatériel⁹. Certains de ces traités ont acquis un caractère presque universel, étant donné que la quasi-totalité des Etats en est devenue partie contractante. C'est le cas de la Convention de 1972 sur la protection du patrimoine mondial culturel et naturel qui compte aujourd'hui 183 Etats contractants. D'autres traités, même s'ils n'ont pas atteint une valeur juridique universelle, ont connu une croissance constante du nombre des Etats parties; c'est le cas de la Convention de Paris de 1970 «concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels»¹⁰ et de la Convention de La Haye sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé¹¹, avec ses deux protocoles additionnels¹².

Mais, à côté de ce réseau d'instruments conventionnels, existe-t-il, aujourd'hui, un noyau de principes généraux de droit international général applicables à la protection du patrimoine culturel en tant que tel et contraignants pour tous les Etats indépendamment d'obligations éventuellement prises par voie de traités? La Cour Internationale de Justice n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Le litige qui avait opposé le Liechtenstein à l'Allemagne, concernant la restitution réclamée par le premier Etat de certaines oeuvres d'art expropriées après la II^e Guerre Mondiale dans un pays tiers, n'a pas dépassé le stade des objections préliminaires et la Cour a décliné sa compétence¹³. Dans un cas, la Cour Européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se pencher sur le balancement parfois difficile entre droits individuels et intérêt public par rapport aux objets culturels, mais elle n'est pas allée, dans son jugement, au-delà d'une application stricte des dispositions du Protocole 1 sur la protection de la propriété privée¹⁴. D'autre part, à côté de la pauvreté de la jurisprudence internationale,

⁶ Voir <http://www.unesco.org/culture/laws/1970/html_fr/page3.shtml>. Cette Convention compte 110 états contractants, parmi lesquels les majeurs importateurs de biens culturels, comme les Etats-Unis, le Royaume Uni, la Suisse, le Japon, la France..

⁷ Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, adoptée à Paris le 16 novembre 1972, disponible à <http://portal0.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

⁸ Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, adoptée à Paris le 2 novembre 2001, disponible à <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13520&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

⁹ Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée à Paris le 17 octobre 2003, disponible à <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=17716&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

¹⁰ Voir *supra* note 6.

¹¹ Les Etats parties sont 115, voir <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=13637&language=F>>.

¹² Protocole à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954 et Deuxième protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1999.

¹³ *Certains Biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, arrêt du 10 février 2005, voir à <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/cla/claframe.htm>>.

¹⁴ *Beyeler c. Italy*, Application n. 33202/96, décision 5 janvier 2000.

on peut constater que, dans ce domaine, la pratique internationale et l'élaboration doctrinale sont loin d'avoir dégagé des principes généraux comparables à ceux qui ont été reconnus pour la protection d'autres 'intérêts publics internationaux', à savoir les droits de l'homme et le droit de l'environnement, qui sont généralement reconnus comme faisant partie aujourd'hui du droit international coutumier¹⁵.

En dépit de ce retard au niveau de l'élaboration doctrinale et de la jurisprudence internationale, certaines manifestations de la pratique et de la jurisprudence indiquent que la protection du patrimoine culturel devient de plus en plus une préoccupation de la communauté internationale et que certaines obligations s'imposent aux Etats, sur le plan du droit coutumier, et cela pour la sauvegarde du patrimoine culturel d'autres Etats, dans les espaces au-delà de la juridiction nationale, et même dans leur territoire et dans leur juridiction.

Dans les limites de ce bref article, j'essaierai d'esquisser d'une manière synthétique quels sont, à mon avis, les principes émergents ainsi que les limites du droit international coutumier dans cette matière. La thèse de fond qui anime la reconstruction de ces principes est que le respect et la protection des biens culturels font partie de l'intérêt général de la communauté internationale parce que la destruction ou la dégradation d'une partie du patrimoine culturel constitue, dans les mots du préambule de la Convention UNESCO de 1972, « ... un appauvrissement néfaste du patrimoine de tous les peuples du monde »¹⁶. Pour faciliter une approche systématique de la question, la reconstruction de ces principes sera faite par rapport aux différents contextes (guerre ou paix) dans lesquels le problème de la protection des biens culturels se pose, aux différents types de biens (immeubles ou meubles), et à leur location et nature (territoriale ou extra-territoriale, matérielle ou immatérielle).

2. L'obligation de protéger les biens culturels en cas de conflit armé

On sait que le droit international classique posait très peu de limites à la liberté des Etats de détruire ou de piller les biens artistiques ou historiques de l'adversaire en cas de guerre. Sans remonter à l'Antiquité, qui offre des exemples éclatants de destruction totale du patrimoine culturel de l'ennemi¹⁷, il suffit de rappeler que même durant la Renaissance, époque qui voit le triomphe de l'art et de la beauté comme symboles de puissance au service de l'Etat et de l'Eglise, le père de la science politique moderne,

¹⁵ B. Simma, *International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis*, Collected courses of the Academy of European Law, 1993, vol. IV-2, pp. 153-256; F. Francioni, *Customary International Law and the European Convention on Human Rights*, IYIL, 1999, p. 11 ss..

¹⁶ Troisième clause, voir *supra*, note 7.

¹⁷ S. Nahlik, *La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1967, vol. 1. L'invasion de Corinthe par les Turcs en 1715 est évoquée par chief judge Bauer dans sa décision *Greek Church of Cyprus and the Republic of Cyprus v. Goldberg*, 917 F. 2d 278 (7th Cir. 1990) par cette belle citation de Lord Byron: «There is a temple, in ruin stands, Fashion'd by long forgotten hands; Two or three columns, and many a stone, marble and Granite, with grass o'er grown! Out upon time! It will leave no more Of the things to come than the things before! Out upon Time! Who forever will leave But enough of the past and the future to grieve o'er that which hath been, and o'er that which must be: What we have seen our sons shall see; Remnants of things that have passed away, fragments of stone, rear'd by creatures of clay!"

Machiavelli, soutenait la nécessité d'une destruction totale des villes conquises, car « non ci è modo sicuro a possederle altro che la ruina. E chi diviene patrone di una città consueta a vivere libera e non la disfaccia, aspetti di essere disfatto da quella »¹⁸. Un siècle plus tard, Albericus Gentili, un des pères de la science moderne du droit international, donnait au Chapitre VI de son oeuvre principale *De Jure belli libri tres* le titre significatif « victos praeterea spoliare ornamentis licet »¹⁹. La mise à sac de Rome par l'armée allemande de Charles V, la Guerre de Trente Ans au XVII^e siècle²⁰ et le pillage systématique organisé par Napoléon, en particulier pendant la campagne d'Italie, semblent vérifier d'une manière efficace l'avertissement de Machiavelli avec le nouveau rôle assigné au patrimoine culturel comme élément célébrateur de la mission impériale des puissances Européennes.

C'est seulement vers la moitié du XIX^e siècle que la légitimité de la destruction et du pillage en cas de guerre commence à être mise en question. Aux Etats-Unis, un premier pas vers une limitation des moyens et modalités de conduite de la guerre fut franchi par la rédaction du « Lieber Code », du nom du professeur de l'Université de Columbia qui l'avait rédigé pendant la guerre civile américaine, et qui fut adopté par l'armée de l'Union en 1863. Ses principes se retrouvent dans la Déclaration de Bruxelles de 1874 adoptée à l'issue d'une conférence intergouvernementale et qui prévoit, aux articles VIII et XVII, l'interdiction pour les belligérants d'attaquer ou de piller les biens et établissements dédiés à la religion, l'éducation, l'art et les sciences. Même si la Déclaration de Bruxelles n'est jamais devenue juridiquement contraignante, à cause de l'opposition de la Grande Bretagne, son influence sur l'évolution du droit et de la pratique successive est considérable. Ses principes sont repris de manière presque textuelle dans le célèbre *Oxford Manual* sur la guerre terrestre, adopté en 1880 par le prestigieux Institut de Droit International, dont les articles 34 et 53 confirment l'interdiction des actes de guerre contre les monuments historiques, archives et oeuvres d'art, et sont ensuite incorporés dans les instruments conventionnels à caractère contraignant issus des Conférences de la Paix de 1899²¹ et de 1907²².

Malgré le progrès marqué par l'adoption de ces instruments conventionnels, on ne saurait encore pas constater, au début du XX^e siècle, l'existence d'une règle de droit international coutumier imposant aux Etats le respect du patrimoine culturel en temps de guerre. Ce qui manque encore à cette époque est une définition sur le plan normatif de ce que l'on doit considérer comme patrimoine culturel; la protection n'est pas accordée à une catégorie unitaire de « biens culturels » mais, d'une manière fragmentée, à certains biens identifiés d'une manière empirique, comme sites historiques, religieux et éducationnels, qui sont estimés dignes de protection en tant que sites non défendus, en tant que propriétés privées ou publiques, ou en tant qu'ils sont affectés à une fonction

¹⁸ Il Principe, Chap. V. «Quomodo administrandae sunt civitates et principatus, qui antequam occuparentur, suis legibus vivebant».

¹⁹ *De jure belli libri tres*, Lib. III, Chap. VI, 1612.

²⁰ Un des exemples des plus connus est la prise de la Bibliothèque Palatine de Heidelberg, ensuite offerte par l'Empereur bavarois Maximilien au Pape Grégoire XV. Voir F. Ch. De Visscher, *International Protection of Works of Art and Historic Monuments*, US Department of State, Documents and State Papers, June 1949, p. 823.

²¹ Règlement annexe à la II Convention de La Haye (1899) sur la guerre terrestre, Article 56.

²² Règlement annexe à la IV Convention de La Haye (1907) sur la guerre terrestre, Articles 27 et 56.

humanitaire, comme les hôpitaux²³. Enfin, la protection est conditionnée par la clause « autant que possible » et par la clause « si omnes »²⁴ qui affaiblissent considérablement le caractère normatif des dispositions conventionnelles.

C'est seulement après la IIe Guerre Mondiale²⁵, avec l'adoption de la Charte des Nations Unies, l'interdiction du recours à la force et la proclamation des principes fondamentaux des droits de l'homme et du droit humanitaire par la Déclaration Universelle de 1948 et les Conventions de Genève de 1949, que le contexte historique devient favorable à l'élaboration, sur le plan universel, de principes généraux en matière de protection des biens culturels en cas de conflit armé. Dans ce contexte, l'UNESCO a été l'acteur principal. A partir du début des années 1950, il a contribué à l'adoption de conventions internationales, de recommandations et déclarations qui, dans leur ensemble, contribuent au développement du droit international général.

On peut analyser cette contribution à différents niveaux.

Le premier niveau concerne la conceptualisation de la catégorie des « biens culturels » comme catégorie juridique autonome qui exige une protection internationale pour la valeur intrinsèque de la culture et non comme conséquence indirecte de la protection de la propriété ou de la souveraineté. Ce passage conceptuel est marqué par la Convention de La Haye de 1954 qui donne une définition originelle et homogène des « biens culturels » suivant trois critères juridiques : 1) la « grand importance » des biens pour la civilisation des peuples; 2) un critère typologique fondé sur l'identification de trois catégories de biens²⁶; et le critère de l'enregistrement sur une liste de protection spéciale qui vaut pour les biens d'importance exceptionnelle.

A un deuxième niveau, et à côté de sa définition juridique, la Convention de La Haye, introduit le concept que les biens culturels ne doivent pas être protégés en raison de leur valeur matérielle mais comme éléments de l'intérêt de l'humanité à la conservation de la grande variété de contributions données par tous les peuples à la civilisation du monde. Cette idée est énoncée dans le célèbre passage du Préambule de la Convention de 1954 qui récite: « *Being convinced* that damage to cultural property belonging to any people whatsoever means damage to the cultural heritage of all mankind, since each people makes its contribution to the culture of the world » (« Convaincues que les atteintes portées aux biens culturels, à quelque peuple qu'ils appartiennent, constituent des

²³ Voir l'article 22 des Règles de La Haye sur la guerre aérienne, disponible à <<http://www.lib.byu.edu/~rdh/wwi/1918p/hagair.html>>.

²⁴ Voir article 27, cit. *supra*, note 22, et article 2 de la IV Convention de La Haye.

²⁵ Il faut mentionner que dans les années qui précèdent le deuxième conflit mondial deux initiatives importantes avaient été prises par rapport à la protection internationale des biens culturels. La première est le Pacte Roerich adopté à Washington le 15 avril 1935, qui introduisait pour la première fois l'idée que les biens culturels constituent le patrimoine commun de la culture de tous les peuples; le deuxième est le projet initié par la Société des Nations d'une convention générale sur la protection des objets culturels tenant compte de la dévastation causée à cette époque par la guerre civile espagnole. Mais la valeur de ces deux initiatives pour la reconstruction de principes généraux reste limitée car le premier instrument a un caractère exclusivement régional et le deuxième projet n'a pas abouti à l'adoption d'un instrument normatif.

²⁶ La première catégorie est celle des biens meubles et immeubles, monuments, sites archéologiques, oeuvres d'art et collections scientifiques, qui satisfont le test de la "grand importance". La deuxième catégorie est celle des bâtiments qui contiennent des biens culturels, comme les musées, bibliothèques, archives. La troisième catégorie est celle des centres historiques et monumentaux. Article 1.

atteintes au patrimoine culturel de l'humanité entière, étant donné que chaque peuple apporte sa contribution à la culture mondiale »).

A un troisième niveau, l'action de l'UNESCO a contribué au renforcement de la protection du patrimoine culturel en cas de conflit armé par le développement progressif du principe de responsabilité internationale pénale individuelle pour les actes graves de destruction et d'endommagement de biens culturels. Le deuxième Protocole Additionnel à la Convention de La Haye, adopté en 1999 et entré en vigueur en 2004, consacre ce principe au Chapitre 4 et prévoit l'obligation pour les Etats contractants d'introduire ou de maintenir dans leur droit national les normes pénales qui permettent de punir les responsables d'atteintes « graves » au patrimoine culturel. Pour les violations les plus graves, comme la destruction de biens inscrits dans le registre de la « protection renforcée »²⁷ ou la destruction sur une vaste échelle de biens protégés par le Protocole, l'article 16 prévoit la juridiction universelle à condition que la personne poursuivie se trouve dans le territoire du for²⁸. A côté des instruments de l'UNESCO, le principe de la responsabilité pénale pour les atteintes graves contre l'intégrité du patrimoine culturel dans le contexte des conflits armés a été consacré aussi par les Actes constitutifs des juridictions pénales internationales et dans leur jurisprudence. L'article 3(d) du Statut du Tribunal pénal international pour la Yougoslavie prévoit comme crimes de guerre la destruction, le pillage et l'endommagement intentionnel des institutions religieuses et éducationnelles et des monuments, oeuvres d'art et de science. Des dispositions similaires sont contenues dans le statut de la Cour Pénale Internationale (Articles 8(2)(b)(ix) et 8(2)(c)(iv)). Le Tribunal pour la Yougoslavie a déjà fait application de la disposition spécifique de l'article 3(d) dans une série de cas dont les plus importants sont ceux qui concernent l'attaque dans la ville historique de Dubrovnik. Dans ce cas, le Tribunal a eu l'occasion d'affirmer que

«...the crime of destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity, education, and the arts and sciences, and to historic monuments and works of art and science...represents a violation of values especially protected by the international community ».²⁹

La jurisprudence du Tribunal pour la Yougoslavie est allée au-delà de la disposition spécifique de l'article 3(d) de son Statut et a reconnu dans une série de cas que la destruction intentionnelle de biens religieux et culturels d'un peuple ou d'un groupe peut intégrer le crime « contre l'humanité », notamment le crime de persécution, prévu à l'article 5(h) du Statut :

²⁷ Ce type de protection a été introduite par le Protocole afin de remédier à l'échec de la « protection spéciale » prévue par les articles 8-11 de la Convention de La Haye. L'innovation principale du Protocole consiste en l'attribution, à un Comité intergouvernemental (article 24), de la compétence pour inscrire sur une Liste prévue par l'article 27, ainsi qu' à suspendre ou rayer de cette Liste, les biens culturels de la plus grande importance pour l'humanité qui sont soumis à une protection effective par le droit national et ne sont pas utilisés pour des fins militaires par l'Etat concerné (article 10).

²⁸ Pour un examen critique de ces dispositions, voir A. Gioia, *The Development of International Law Relating to the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: The Second Protocol to the 1954 Hague Convention*, IYIL, 2001, p. 25 ff., at pp. 53-55.

²⁹ *Prosecutor c. Jokic*, ICTY Case No. IT-01-42-1S, 18 mar. 2004, par. 46. Voir aussi le cas *Prosecutor c. Strugar*, ICTY Case No. IT-01-42, 31 jan. 2005.

«...for all of humanity is indeed injured by the destruction of a unique religious culture and its concomitant cultural objects »³⁰.

Enfin ce qui est plus important pour la question adressée dans cet article - la jurisprudence du Tribunal pour la Yougoslavie a reconnu expressément que la criminalisation de la destruction intentionnelle du patrimoine culturel est sanctionnée par le droit international coutumier³¹.

D'autres manifestations de la pratique internationale contemporaine montrent comment l'interdiction d'actes de destruction intentionnelle de biens culturels de grand importance, au dehors de toute justification de nécessité militaire, est en train de devenir sanctionné par le droit international coutumier. Le 17 octobre 2003 la Conférence générale de l'UNESCO a adopté par consensus la Déclaration concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel, qui s'applique tant en temps de guerre qu'en temps de paix³². Un an après cette importante Déclaration, la destruction intentionnelle d'un bien d'importance historique et culturel a été qualifiée comme illicite au sens du droit international coutumier par la jurisprudence internationale. Dans le cas de la destruction de la Stela de Matara dans le contexte du conflit qui avait opposé l'Erythrée à l'Ethiopie dans les années 1998-2000, la Commission des Réclamations, établie par les accords de paix conclus à Alger le 12 décembre 2000³³, a décidé que l'Ethiopie devait être tenue responsable, en tant qu'Etat occupant, de la destruction intentionnelle de la Stela, objet de grande importance historique pour l'Erythrée. Comme ni l'Ethiopie ni l'Erythrée n'étaient parties à la Convention de La Haye de 1954, cette décision est de grande importance pour la reconstruction du droit international coutumier faite par la Commission en matière de protection de biens culturels en cas de conflit armé. Dans le paragraphe 113 de la décision, la Commission reconnaît expressément « [...] that the felling of the stela was a violation of customary international humanitarian law ».³⁴

³⁰ Prosecutor c. Kordic & Cerkez, ICTY Case No IT-95-14/2-T, 26 feb. 2001, par. 207.

³¹ Si dans un premier temps la jurisprudence du Tribunal semblait s'orienter vers une interprétation plutôt restrictive de ce principe, en requérant le caractère réitéré et systématique de la destruction des biens religieux et culturels, dans la jurisprudence plus récente, et particulièrement dans le cas Kordic et Cerkez, cité *ibid.*, la responsabilité est affirmée même par rapport à des actes isolés à condition qu'ils révèlent l'intention discriminatoire de persécution.

³² Le texte de la Déclaration est disponible sur le site de UNESCO à <http://www.unesco.org>. Pour une étude critique approfondie, F.Lenzerini, *The Unesco Declaration concerning the intentional destruction of cultural heritage: one step forward and two steps back*, *Italian Ybk Int. Law*, vol. XIII, 2003, p. 131 sss.

³³ Voir <http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/EEBC/E-E%20Agreement.html> (Dernière visite, le 1^{er} Octobre 2006).

³⁴ Voir « PARTIAL AWARD, Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22 », 28 Avril 2004, sur le site <http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/EECC/ER%20Partial%20Award.pdf> (Dernière visite, le 1^{er} Octobre 2006), para. 113. Le texte est aussi reproduit avec un commentaire critique dans B.W. Daly, *The Potential for Arbitration of Cultural Property Disputes: Recent Developments at the Permanent Court of Arbitration*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Leiden,,2005, p. 261 ff. La Commission a fondé cette conclusion sur une interprétation des différents éléments de la pratique internationale et en particulier de l'article 56 du Règlement annexe à la Convention IV de La Haye, de l'article 53 de la Convention de Genève IV et de l'article 52 du Protocole 1. *Partial Award, Central Front., Eritrea's Claims 2,4,6,7,8 and 22*, 28 Avril al 2004.

Donc, sur la base des données de la pratique internationale, et contrairement à ce que certains auteurs continuent de soutenir³⁵, on peut conclure que, aujourd'hui, un principe général de droit international s'est formé qui impose à tous les Etats de s'abstenir, en cas de conflit armé, d'actes de destruction délibérés de biens culturels d'importance majeure pour un peuple ou pour la communauté internationale dans son ensemble.

3. L'obligation de s'abstenir de l'appropriation et du transfert de biens culturels dans des territoires occupés militairement et l'obligation correspondante de restitution

A côté de la destruction par des actes de guerre, le risque majeur pour le patrimoine culturel par les conflits armés consiste dans l'appropriation et le transfert non autorisés de biens culturels pendant des périodes d'occupation militaire. Dans le passé, ce risque se matérialisait dans la pratique officielle du pillage par les armées d'occupation. Aujourd'hui, même si cette pratique est officiellement condamnée, d'autres forces conjurent à la maintenir et à la renforcer: la demande, sur le marché international, de biens culturels et la haine ethnique. Les vicissitudes récentes des biens culturels volés dans les musées et collections en Afghanistan et en Iraq lors de l'invasion et de l'occupation militaires, et acquis par des personnes privées et des musées dans différentes parties du monde,³⁶ démontre l'énorme influence du marché international qui demande de plus en plus d'objets d'art et d'antiquités dont l'offre est très peu élastique. D'autre part, la guerre des Balkans des années 1990, avec ses innombrables atrocités, a démontré combien la haine ethnique est le meilleur carburant pour enflammer les pires passions de l'âme humaine en arrivant à cibler certaines institutions religieuses, culturelles et objets d'art avec l'intention discriminatoire et persécutrice d'effacer la culture de ceux qui les ont produits ou qui les possèdent.³⁷

Face à ces risques accrus, quelle est la réponse sur le plan du droit et de la pratique internationale?

Au niveau du droit conventionnel, l'interdiction de piller les biens culturels dans les territoires occupés était reconnue par le Règlement annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907 sur la guerre terrestre (articles 46 et 47) qui posait aussi une obligation pour les Etats parties de garantir des voies de recours légales contre la violation de cette interdiction (article 56).³⁸ Après la I^{ère} guerre Mondiale, l'obligation de restituer certains objets culturels était introduite dans les traités de paix, mais la mise en œuvre de cette

³⁵ Carducci, l'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé, *RGDI*, 2000, p. 290 ss.

³⁶ Pour une analyse détaillée de ces événements et des mesures prises par l'UNESCO, voir L.V. Prott, *The Protection of Cultural Movable Objects from Afghanistan: Developments in International Management*, in *Art and Archaeology of Afghanistan: Its Fall and Survival* (van Krieken-Peters ed.), Leiden-Boston, 2006, p. 189.

³⁷ Il suffit de rappeler ici l'attaque et l'incendie de la bibliothèque de Sarajevo, ainsi que la destruction intentionnelle d'églises, de mosquées et de centres historiques, les exemples les plus éclatants étant la démolition du pont de Mostar et le bombardement de la ville historique de Dubrovnik. Voir *supra*, note 31.

³⁸ Pour le texte de ces dispositions, voir J.B. Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, Oxford University Press-New York, 1918.

obligation s'est avérée problématique dans la pratique, comme le démontre le cas du refus par l'Autriche de restituer des biens à la Hongrie sur la base de l'argument discutable qu'ils étaient devenus partie d'une collection publique dont l'unité devait être préservée.³⁹ Malgré ces précédents, pendant la IIe Guerre Mondiale la plupart des territoires occupés militairement par l'Allemagne étaient soumis à une razzia systématique et scientifique d'œuvres d'art, sous la direction et le contrôle de l'organe officiel *Einsatzstab* Rosenberg. Mais déjà en 1943 les Puissances Alliées avaient adopté la Déclaration de Londres, qui notifiait leur intention de faire tout ce qui était dans leurs possibilités afin d'annuler tout acte d'acquisition de biens, biens culturels inclus, passé dans les territoires occupés par l'Allemagne et ses alliés, même si en apparence ces actes pouvaient revêtir un caractère légitime⁴⁰.

Bien sûr, la Déclaration de Londres n'obtint pas l'effet magique d'annuler tous les actes d'acquisition illicite de biens culturels. Toutefois, elle a influencé le procès de Nuremberg contre les grands criminels nazis, dont certains ont été condamnés pour crimes commis contre le patrimoine culturel⁴¹, et elle a déterminé l'incorporation de son principe de base – l'obligation de s'abstenir d'actes de confiscation de biens culturels dans les territoires occupés militairement – dans les travaux préparatoires de l'UNESCO pour la Convention de La Haye de 1954 et dans la rédaction du texte de la Convention de l'UNESCO de 1970 sur le trafic illicite de biens culturels⁴². On sait que, au moment de l'adoption de la Convention de La Haye, ce principe fut détaché du texte propre de la Convention et inclus dans le premier protocole additionnel pour venir à l'encontre des demandes de certains pays, en particulier le Royaume-Uni et les Etats-Unis⁴³. Mais le protocole, adopté en même temps que la Convention, confirme le principe de la Déclaration de Londres et le complète par d'autres dispositions, sans précédents, qui engagent les parties contractantes «.. à mettre sous séquestre les biens culturels importés sur son territoire et provenant directement ou indirectement d'un quelconque territoire occupé » et à «..remettre à la fin des hostilités, aux autorités compétentes du territoire précédemment occupé, les biens culturels qui se trouvent chez Elle » (Article I paras. 2 et 3).

Ni la Déclaration de Londres, ni les dispositions du Protocole à la Convention de La Haye n'ont empêché le pillage et le transfert hors des territoires occupés des biens culturels ni pendant la IIe Guerre Mondiale ni dans les conflits armés successifs. La faiblesse de ces instruments réside, en ce qui concerne la Déclaration de Londres, dans sa valeur purement politique; en ce qui concerne le Protocole annexe à la Convention

³⁹ Pour cette pratique, voir L.V. Prott & P. O'Keefe, *Law and the Cultural Heritage*, Vol. 3, London, 1989, p. 804 ss.

⁴⁰ Le texte de la Déclaration de Londres est disponible à <http://www.lootedartcommission.com/lootedart_interallied-declaration.htm>.

⁴¹ Pour un examen de la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg concernant les crimes commis contre le patrimoine culturel, voir J. Nowlan, *Cultural Property and the Nuremberg War Crimes Trial*, *Humanitaeres Voelkerrecht*, 1993, n. 4. p. 221-223.

⁴² Même si cette convention concerne la circulation des biens culturels en temps de paix, son article 11 prévoit que le transfert de propriété des objets culturels sous la contrainte causée par l'occupation d'un pays par une puissance étrangère est considéré comme illicite.

⁴³ Pour les travaux préparatoires de la Convention de La Haye, voir J. Toman, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Paris, UNESCO, 1994, p. 39 ss.

de La Haye, dans le risque que ses dispositions soient interprétées comme non-directement applicables par le juge interne en cas de demande de restitution. Il reste emblématique à ce propos le cas du juge hollandais qui a refusé l'application des dispositions spécifiques du Protocole invoquées par l'Eglise Orthodoxe de Chypre afin d'obtenir la restitution de mosaïques de grande valeur illicitement exportées de la zone de Chypre occupée par la Turquie, en tant que ces dispositions créaient des obligations de caractère purement intergouvernemental qui ne seraient pas capable de déroger aux dispositions du Code civil en matière d'acquisition du titre de propriété.⁴⁴

Mais en dépit des ces aspects de faiblesse, la pratique internationale en matière d'objets culturels volés ou illicitement transférés des territoires occupés a marqué un progrès constant vers la reconnaissance d'un principe général sanctionnant l'interdiction de ce type de transfert et l'obligation de restitution. Sur le plan conventionnel, la Convention de La Haye a été ratifiée par un nombre considérable et croissant d'Etats – 113 pour la Convention et 91 pour le premier Protocole; certains Etats très importants, comme les Etats-Unis, qui en restent en-dehors, affirment qu'ils respectent leurs principes en tant que droit coutumier⁴⁵; un code de principes directeurs en matière de restitution est en train d'être développé par l'UNESCO⁴⁶; une jurisprudence nationale s'est affirmée qui donne une interprétation aux règles de droit interne inspirées par une faveur de fond pour la restitution aux propriétaires originaires ou aux institutions dépossédées dans les territoires occupés.⁴⁷

Les événements liés à l'invasion de l'Iraq par les forces armées des Etats-Unis et du Royaume-Uni et à la reconnaissance par ces deux Etats de leurs obligations internationales en tant que forces d'occupation militaire, ont donné un essor ultérieur à l'affirmation du principe d'interdiction de tout acte d'appropriation de biens culturels dans le pays occupé et de l'obligation de restitution en cas de transfert illicite. Par la

⁴⁴ *Greek Orthodox Church of Cyprus v. Lans*, Rotterdam Civil Court, 44053HAZ95/2403, 4 fevr. 1999.

⁴⁵ Dans le cas des Etats-Unis, l'absence de ratification de la Convention de La Haye est plus imputable aux incertitudes du Sénat qu'à une véritable opposition de l'exécutif. La section internationale du service juridique du Pentagone, Office of the Advocate General, donne une grande importance dans ses programmes de formation du personnel, au respect des biens culturels dans le pays où se déroulent des opérations militaires, et les manuels militaires et les règles d'engagement incluses dans l'Operational Law Handbook considèrent la plupart des dispositions contenues dans la Convention de La Haye et le Protocole comme règles coutumières contraignantes pour tous les membres de la communauté internationale et donc pour les commandements militaires américains.

⁴⁶ La dernière réunion du groupe d'experts gouvernementaux s'est tenue à Paris le 19-21 juillet 2006 et devrait conclure ses travaux en temps utile pour l'adoption des Principe à la Conférence Générale de 2007.

⁴⁷ Voir le cas bien connu *Church of Cyprus and The Republic of Cyprus v. Golberg*, concernant la restitution des anciens mosaïques de Kanakaria qui avait été volées sur le territoire de Chypre du Nord occupé par la Turquie et successivement exportées aux Etats-Unis, jugement du 7th Cir. 1990, 917 F. 2d 278, ainsi que le cas récent *Altmann* qui a opposé, devant les tribunaux fédéraux américains, un membre d'une famille juive, qui avait du quitter l'Autriche à cause des persécutions nazies, à l'Autriche, qui avait acquis des peintures appartenant originellement à la famille de la demanderesse. Le litige a été tranché par voie d'arbitrage en 2006 (voir décision du 15 jan. 2006, disponible sur le site www.adele.at/ après qu'une décision de la Cour Suprême des Etats-Unis ait nié l'immunité souveraine à l'Etat autrichien devant les juridictions des Etats-Unis. Voir *Republic of Austria et al. v. Maria V. Altmann*, No. 03-13, Supreme Court of the United States, 541 U.S. 677; 124 S. Ct. 2240; 2004 U.S. LEXIS 4030.

Résolution 1483 de 2003, adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, le Conseil de Sécurité a décidé que « tous les Etats Membres » des Nations Unies devaient prendre les mesures appropriées pour assurer la restitution aux institutions iraqiennes des biens culturels transférés illicitement du Musée National, de la Bibliothèque Nationale et d'autres sites in Iraq⁴⁸. Par cette Résolution, contraignante pour tous les Etats Membres en vertu du Chapitre VII de la Charte, le Conseil de Sécurité a apporté une contribution à l'affirmation, sur le plan du droit international général, de l'obligation des puissances occupantes de faire en sorte que les biens culturels dans les territoires occupés ne soient pas transférés et qu'ils soient restitués en cas de transfert illicite ou non autorisé⁴⁹.

4. Le principe de coopération en temps de paix en matière de prévention et de répression du trafic illicite de biens culturels mobiliers

Une des menaces les plus graves pour le patrimoine culturel à l'époque du marché globalisé dérive du commerce illégal et clandestin d'objets d'art et d'antiquités. Bien que, d'un certain côté, on théorise l'utilité d'une libéralisation la plus large possible du marché des biens culturels, au nom des échanges culturels et du progrès des connaissances scientifiques⁵⁰, il reste que le trafic clandestin et non autorisé d'objets d'art et d'antiquités contribue, aujourd'hui, à la dispersion du patrimoine culturel, à son démembrement, quelques fois à la mutilation d'objets complexes et à la destruction d'informations indispensables à la recherche archéologique. De plus, le commerce clandestin, s'il peut enrichir des trafiquants sans scrupules, résulte toujours en un appauvrissement du patrimoine public des pays d'origine qui se voient privés d'importantes ressources pour leur industrie culturelle et leur développement touristique. D'où la nécessité d'une coopération internationale qui prend différentes formes dans la pratique internationale contemporaine.

La première forme est constituée par l'adoption de traités multilatéraux qui engagent les Etats parties à coopérer au niveau du droit public afin de prévenir le trafic d'objets

⁴⁸ Le texte du paragraphe 7 de la Résolution est le suivant: “*Decides* that all Member States shall take appropriate steps to facilitate the safe return to Iraqi institutions of Iraqi cultural property and other items of archaeological, historical and, cultural, rare scientific, and religious importance illegally removed from Iraq since the adoption of Resolution 661 (1990) of 6 August 1990, including by establishing a prohibition on trade in or transfer of such items and items (*sic*) with respect to which reasonable suspicion exists that they have been illegally removed, and *calls upon* the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organisation, as appropriate, to assist in the implementation of this paragraph;” S/res/1483 (2003).

⁴⁹ Bien sûr, il faut rappeler que, dans certaines situations, le transfert de biens culturels peut être le meilleur moyen pour les protéger de la destruction et du pillage de la guerre. L'expérience de la guerre civile espagnole, pendant laquelle les oeuvres d'art du musée du Prado furent transférées en Suisse, et de la Pologne, dont certaines oeuvres d'art de Cracovie avaient été transférées au Canada en anticipation de l'agression allemande de 1939, le démontre. Mais dans ces cas c'était l'autorité compétente de l'Etat intéressé qui avait décidé le transfert des biens et non la puissance occupante. Pour cette pratique, voir L.V. Prott, *The Protection of Cultural Movables from Afghanistan : Developments in International Management*, cit. *supra*, note 36.

⁵⁰ J. Merryman, *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, AJIL, 1986, p. 831.

culturels volés ou illicitement exportés d'autres pays. L'exemple le plus important est donné par la Convention de Paris de 1970, dont l'article 2 reconnaît explicitement que

« ...l'importation, l'exportation et le transfert de propriétés illicites de biens culturels constitue l'une des causes principales de l'appauvrissement du patrimoine culturel des pays d'origine de ces biens, et qu'une collaboration internationale constitue l'un des moyens les plus efficaces de protéger leur biens culturels respectifs contre tous les dangers qui en sont les conséquences ».

Cette convention, au début ratifiée par des Etats pour la plupart 'exportateurs' de biens culturels, a vu l'adhésion des plus important pays 'importateurs', parmi eux les Etats-Unis, la France, la Suisse, le Royaume-Uni et le Japon.

Au fur et à mesure que l'on prend conscience de l'inacceptabilité, sur le plan éthique, politique et juridique, d'un marché sans règles des biens culturels, l'esprit de coopération avance et devient de plus en plus un principe à contenu juridique et obligatoire au moins sur le plan procédural. Cela est confirmé par la législation de l'Union Européenne qui, par la Directive 93/7 du 15 mars 1993, a introduit pour les biens culturels un mécanisme dérogatoire à la liberté de circulations des marchandises et l'obligation pour les Etats Membres de collaborer au niveau diplomatique et judiciaire en vue d'assurer la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat Membre⁵¹ et, en même temps, a introduit une licence communautaire pour l'exportation de biens culturels en-dehors du territoire douanier de l'Union⁵². A côté de ce cadre juridique au niveau mondial et régional, la coopération internationale en matière de lutte contre le trafic illicite d'objets culturels se réalise également sur le plan opérationnel par le moyen d'Interpol (International Criminal Police Organization), qui a, parmi ses fonctions, celle de faciliter la coopération internationale pour le recouvrement des biens culturels volés⁵³, et l'Icom (International Council on Museums) une organisation professionnelle dévouée à la préservation du patrimoine et à la lutte contre le trafic illicite et qui a son secrétariat et centre d'information auprès de l'UNESCO à Paris.⁵⁴

La deuxième manifestation du principe de coopération qui se réalise dans la pratique récente de la lutte contre le trafic illicite de biens culturels est constituée par le réseau de plus en plus répandu d'accords bilatéraux par lesquels des Etat d'importation acceptent de prendre des mesures d'urgence pour aider d'autres Etats dans leurs efforts à supprimer un trafic accru de certains objets culturels, spécialement d'antiquités. Les Etats-Unis ont été les pionniers de ce type d'accord. A partir des années soixante-dix, des accords de coopération ont été conclus avec des pays d'Amérique Latine pour combattre le pillage accru d'art pré-colombien⁵⁵ et, après l'adhésion des Etats-Unis à la

⁵¹ Voir Directive du Conseil 93/7, Journal Officiel, L 074, 27.03.1993, p. 0074.

⁵² Voir Règlement du Conseil 3911/92 du 9 Décembre 1992, Journal Officiel L 395, 31.12.1992, p. 0001 ss.

⁵³ Interpol, mission statement, <http://www.interpol.int/Public/Icipo/default.asp>.

⁵⁴ Icom, mission, <http://icom.museum/mission.html>. Voir aussi le bulletin de Icom, "Cent objets disparus".

⁵⁵ Treaty of Cooperation between the United States of America and the United Mexican States, 22 US Treaty Series 494, T.I.A.S. n. 7088, 1971.

Convention de l'UNESCO de 1970, le réseau s'est étendu à d'autres pays comme le Canada et l'Italie⁵⁶.

La troisième forme de coopération dans ce domaine, qui peut se révéler la plus importante, se manifeste au niveau du droit privé et plus précisément dans le domaine de la reconnaissance de titre de propriété sur les biens culturels volés ou illicitement exportés. Cette matière n'avait pas été réglée par la Convention de l'UNESCO de 1970 dont le champ d'application était limité aux transactions intéressant les musées et « autres institutions similaires » (article 7), en laissant en-dehors toutes les situations de commerce de biens culturels entre personnes privées. Cette lacune a été comblée par la Convention d'UNIDROIT de 1995⁵⁷ qui pose des principes très avancés de coopération et de coordination entre ordres juridiques par voie de fixation de règles uniformes en matière d'acquisition du titre de propriété sur des biens culturels. D'abord, la Convention établit que « le possesseur d'un bien culturel volé doit le restituer »⁵⁸, ce que signifie que les États de tradition continentale de *civil law*, qui permettent, dans leur ordre juridique, l'acquisition *a non domino* de la propriété par le possesseur de bonne foi, doivent modifier leur législation dans l'intérêt prééminent de la restitution du bien volé. En outre, la Convention requiert une forme de coopération au niveau judiciaire très subtile, qui consiste dans l'obligation pour le juge du for d'avoir égard pour la législation publique de l'État d'origine des biens culturels quand cette législation sanctionne comme vol les fouilles non autorisées. La conséquence est que les objets qui sont le produit de fouilles archéologiques illicites, même faites dans des terrains privés, doivent être considérés comme des objets volés au sens de la Convention.

Bien sûr, ces formes très spécifiques de coopération internationale établies par la Convention d'UNIDROIT ne peuvent pas être considérées comme faisant partie d'ores et déjà du droit international général. Mais ils constituent un aspect très progressiste du principe général de coopération internationale en matière de lutte contre la destruction et la dispersion du patrimoine culturel qui s'est formée dans la conscience juridique contemporaine et qui requiert de chaque État qu'il tienne compte en bonne foi de l'intérêt légitime d'autres États et personnes à conserver leur patrimoine culturel.

5. Biens culturels en tant que patrimoine commun de l'humanité

Comme on le sait, le principe du 'patrimoine commun de l'humanité' a été élaboré dans le droit international moderne par rapport au statut des ressources des espaces communs, notamment les fonds marins et la Lune. Dans le domaine des biens culturels, ce principe joue un rôle tout à fait différent: il ne s'applique pas au statut juridique des biens culturels, qui peuvent rester soumis à la souveraineté de l'État territorial ou à la

⁵⁶ Voir pour l'Italie, Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Italy Concerning the Imposition of Import Restrictions on Categories of Archaeological Material Representing the Pre-Classical, Classical and Imperial Roman Periods of Italy, U.S.-Italy, January 19, 2001, State Department No. 01-32. Cet accord a été renouvelé en 2006.

⁵⁷ Pour le texte et un commentaire, voir Commentaire relatif à la convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (1995), Editions UNESCO, Paris, 2000.

⁵⁸ Article 3 (1).

propriété de personnes privées ou d'institutions publiques, mais il indique que, à côté des titres individuels et nationaux, il existe un intérêt général de la communauté internationale à leur conservation et jouissance. Dans ce sens, le concept de patrimoine commun applicable aux biens culturels est plus proche du principe de « common concern of humankind », développé par rapport aux biens publics environnementaux, qu'au principe du « common heritage of mankind » concernant les ressources des espaces communs. Les domaines où ce principe a été reconnu, ou est en voie de formation, sont, respectivement, les biens culturels d'importance exceptionnelle universelle et les biens du patrimoine subaquatique qui peuvent se trouver dans des espaces au-delà de la juridiction nationale.

La première catégorie consiste dans les biens culturels qui tombent dans le champ d'application de la Convention de l'UNESCO concernant la protection du « patrimoine mondial ». Cette convention, adoptée à Paris le 23 novembre 1972 en concomitance avec la conférence de Stockholm sur l'environnement humain, établit un lien entre la protection des biens culturels et des sites naturels d'importance extraordinaire et met en place un système multilatéral de coopération pour la sauvegarde de ces biens aux fins de leur conservation et transmission aux générations futures. La Convention sur le patrimoine mondial incarne le principe très progressiste que certaines parties du patrimoine culturel et naturel ont une importance universelle et donc que c'est à la communauté internationale dans son ensemble de coopérer afin d'en garantir la conservation. Avec 183 Etats parties à la convention on peut vraiment dire que la référence à la communauté internationale dans son ensemble cesse ici d'être une pure fiction juridique pour devenir une réalité au niveau politique et institutionnel. Le Comité du Patrimoine Mondial, organe élu par les Etats parties à la convention, décide l'inscription sur la Liste prévue par l'article 11 des biens d'importance exceptionnelle et universelle proposés par les Etats parties; il administre le Fond du patrimoine mondial, dans lequel confluent soit les contributions budgétaires des Etats, soit les contributions extraordinaires en-dehors du budget de la convention (articles 15-18). La disponibilité des fonds permet une assistance internationale pour les pays en voie de développement, soit au niveau préparatoire – préparation de dossiers de proposition de sites, élaboration des plans de gestion etc. -soit au niveau du soutien technique à la conservation, soit dans des cas d'urgence (conflits armés ou calamités naturelles). L'intérêt général de l'humanité dans la gestion de ce système de coopération est renforcé par la participation directe d'organismes non gouvernementaux, scientifiques et professionnels (ICROM, ICOMOS et IUCN), dans les procédures de décision. Dans les trente-cinq ans qui sont passés depuis son adoption, la Convention a évolué et s'est adaptée à de nouvelles réalités: son champ d'application a été élargi à partir des années quatre-vingt-dix aux paysages culturels, qui n'étaient pas prévus par la convention; des critères d'identification de la valeur « exceptionnelle et universelle » ont été élaborés qui mettent en valeur la diversité et la grande variété des patrimoines culturels et naturels du monde; plus récemment, des critères restrictifs ont été introduits par le Comité afin de limiter le nombre de sites que chaque Etat peut proposer pour l'inscription dans la Liste, qui compte, au début de 2006, 628 biens culturels, 160 sites naturels et 24 mixtes. Même si la Convention de 1972 ne modifie pas les titres éventuels de propriété ni la souveraineté de l'Etat territorial sur les biens inscrits dans la Liste, le fait que ces biens soient reconnus être « patrimoine de l'humanité » justifie que l'Etat territorial ne pourra pas invoquer l'exception du domaine réservé pour justifier n'importe quelle utilisation ou réglementation d'un bien culturel inscrit dans la Liste qui pourrait mettre en danger

sa valeur universelle exceptionnelle. Le domaine réservé de l'Etat doit céder devant l'intérêt prédominant à la conservation des biens qui revêtent cette valeur universelle exceptionnelle. Les Etats parties de la Convention – qui représentent presque la totalité de la communauté internationale des Etats - ont accepté cette limitation, constituée par des formes d'intervention dans la sphère de la juridiction nationale non prévues par le Comité du Patrimoine Mondial soit dans le cas du suivi systématique de l'Etat de conservation des biens, sur la base des rapports périodiques prévus par l'article 29, soit dans le cas de dangers actuels ou potentiels qui peuvent compromettre l'intégrité d'un certain bien et, par conséquence, provoquer la décision du Comité d'inscrire le bien dans la Liste du Patrimoine en Périil (article 11 para. 4).

Dans un contexte différent, le principe du patrimoine commun de l'humanité a conditionné l'évolution des formes de réglementation des activités de recherche et de recouvrement d'objets archéologiques sous-marins. Même s'il serait irréaliste de considérer la récente Convention de l'Unesco sur la protection du patrimoine culturel subaquatique (2001) comme déclaratoire du droit international coutumier - étant donné que son adoption a vu l'opposition ou l'abstention de plusieurs Etats ⁵⁹ - on ne peut pas nier que l'élément central de cette convention, à savoir la reconnaissance de la protection du patrimoine culturel subaquatique comme élément de l'intérêt général de l'humanité, a été confirmé dans la pratique internationale. L'article 149 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui est considérée, au moins en ce qui concerne ses normes fondamentales, comme déclaratoire du droit international général, prévoit que tous les objets de nature archéologique et historique situés sur les fonds marins internationaux doivent être conservés et utilisés dans l'intérêt de l'humanité dans son ensemble. Dans le même esprit l'article 303 prévoit l'obligation pour tous les Etats de protéger le patrimoine culturel sous-marin et de coopérer afin de réaliser concrètement cette protection. La Convention UNESCO de 2001 confirme ces principes en proclamant l'obligation générale de protection du patrimoine culturel qui est resté sous l'eau pour au moins cent ans dans l'intérêt de l'humanité (article 1) et surtout à travers des mesures de sauvegarde *in situ* (article 2). Conformément à ce principe, l'article 4 prévoit l'exclusion de la « law of salvage » et de la « law of finds », qui autrefois auraient encouragé l'exploitation commerciale et le trafic de biens culturels sous-marins; l'article 7 oblige les Etats à adopter des mesures de protection dans les zones côtières de leur juridiction nationale en conformité avec des standards techniques établis dans l'Annexe à la Convention; les articles 9-11 prévoient une procédure visant à garantir la transparence et la coopération internationale à travers la notification aux autorités nationales et à l'UNESCO d'activités relatives à la recherche et au recouvrement d'objets archéologiques sous-marins. Ces dispositions de la convention ont été critiquées à cause de leur complexité et on ne saurait pas les considérer comme partie du droit international coutumier. En même temps, le bref délai passé depuis l'adoption de la convention ne permet pas de pronostiquer s'il deviendra ou non un instrument conventionnel de caractère universel comme d'autres conventions de l'UNESCO. Toutefois, ce qui est intéressant dans le contexte de la présente discussion c'est la reconnaissance non controversée par la communauté internationale de l'intérêt public à la conservation des biens culturels subaquatiques contre le risque

⁵⁹ Ont voté contre l'adoption de la Convention la Russie, la Norvège, la Turquie et le Venezuela. Se sont abstenus le Brésil, la République Tchèque, la Colombie, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Islande, Israël, Guinée-Bissau, Les Pays Bas, Paraguay, Suède, la Suisse, le Royaume Uni et l'Uruguay.

de destruction et de dispersion qui pourrait être posé par une exploitation commerciale sans règles d'un patrimoine qui demeure largement inconnu et qui est indispensable à l'avancement de la connaissance de l'histoire de l'homme et de sa civilisation.

6. La protection des cultures vivante

Les catégories de normes internationales qui ont fait l'objet de l'analyse qui précède se réfèrent toutes à des biens culturels, meubles ou immeubles, mais de nature matérielle, conformément à la conception que le monde occidental a du patrimoine culturel comme expression artistique, monumentale, et, dans tous les cas, matérielle, de la créativité humaine. Mais on sait que la protection d'un bien sur le plan juridique ne se heurte pas à sa nature immatérielle, comme il est suffisamment démontré par les systèmes de garantie internationale des droits de la propriété intellectuelle qui couvrent aussi les produits culturels comme la musique, la littérature, et les arts visuels. Cependant, les instruments internationaux qui couvrent les droits de propriété intellectuelle tendent à protéger l'intérêt de l'auteur d'une œuvre ou d'une invention quant à son exploitation économique. Ils ne protègent pas l'expression artistique ou culturelle en tant que telle et encore moins les structures et institutions sociales qui sont à la base des processus d'expressions créatrices dans une certaine société.

C'est pour combler cette lacune que, à partir de la fin du siècle dernier, plusieurs initiatives ont été entreprises au niveau diplomatique afin de développer un droit international spécifique pour la protection du patrimoine culturel immatériel et des manifestations vivantes de la culture et de sa diversité. La première initiative remonte à 1989 et est représentée par la Recommandation de l'UNESCO pour la sauvegarde de la culture traditionnelle et du folklore⁶⁰. Il s'agit d'un instrument de *soft law* qui témoigne encore du climat de guerre froide dans son opposition entre culture d'élite et culture populaire et vernaculaire et dans l'utilisation du terme « folklore », aujourd'hui considéré réducteur en ce qu'il se réfère à des traditions qui ont perdu leur vitalité et leur capacité à se reproduire et donc sont ré-interprétées pour des raisons principalement commerciales. Dans les années 1990, deux initiatives de l'UNESCO ont produit une approche nouvelle dans la protection des cultures vivantes. La première consiste en l'adoption de lignes directrices pour la sauvegarde des trésors humains vivants, un programme de l'UNESCO visant à stimuler le développement d'une législation interne capable de garantir la survie d'arts et de métiers anciens risquant de disparaître dans une économie mondialisée, mais encore très importants pour la cohésion de la société et pour la conservation du patrimoine culturel matériel⁶¹. La deuxième initiative consiste dans le programme approuvé par la Conférence Générale de l'UNESCO en 1997 pour la proclamation des chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité. C'est un programme visant à sélectionner, par la voie d'un concours international, les formes

⁶⁰ Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, adoptée à Paris par la Conférence générale le 15 novembre 1989, disponible à <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000846/084696f.pdf#page=250>>.

⁶¹ Voir <http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=2243&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, adoptée à Paris par la Conférence générale le 15 novembre 1989, disponible à <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000846/084696f.pdf#page=250>>.

et places de célébration des traditions culturelles de qualité excellente dans les domaines du théâtre, de la danse, du mimodrame, de la musique et dans d'autres domaines. C'est sur la base de ces expériences qu'au début des années 2000 la décision a été prise au sein de l'UNESCO d'entreprendre des négociations pour l'adoption d'un instrument normatif multilatéral pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Un premier pas fut franchi en mars 2001 par une réunion d'experts organisée à Grinzane Cavour, Italie, afin de formuler une définition du concept très élastique de « patrimoine immatériel ». La définition adoptée par le groupe d'experts avait un caractère éminemment anthropologique et incluait dans la notion de patrimoine immatériel « les procédés, les pratiques et les connaissances des peuples, les arts et la créativité desquels dérivent leurs inspirations et qui en déterminent l'évolution, les produits qui en dérivent, les ressources, les espaces et le contexte social qui sont nécessaires à leur durabilité; ces procédés confèrent aux communautés vivantes le sens de continuité par rapport aux générations précédentes et sont importants pour leur identité culturelle et pour la sauvegarde de la diversité et de la créativité culturelle de l'humanité ». Cette définition a été retravaillée et adoptée avec de légères modifications dans le texte (article 2) de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 17 octobre 2003 qui est entrée en vigueur le 20 janvier 2006.

Bien que cette convention soit formellement un instrument traditionnel de création consensuelle d'obligations inter-étatiques, d'un point de vue substantiel elle va instituer un système d'obligations internationales que les Etats contractants prennent à l'égard des groupes humains, des communautés culturelles, établis dans leur territoire ou à l'étranger, en vue d'en sauvegarder les traditions et la culture vivante. En ce sens, l'idée d'une sauvegarde du patrimoine culturel immatériel est très proche de la protection des droits de l'homme. Comme pour les droits de l'homme, l'objet de la sauvegarde n'est pas un intérêt étatique, mais au contraire la valeur humaine de l'autonomie créatrice, de la liberté de manifestation des propres croyances et convictions, soit individuellement soit en communauté, tant en public qu'en privé, des peuples, des groupes ou des minorités. Comme pour les droits de l'homme, l'obligation internationale découlant de cet instrument de protection du patrimoine culturel tend à pénétrer dans le *domaine réservé* de l'Etat, lui imposant des règles de respect et des engagements vers les individus et les communautés culturelles situées sur son territoire. La raison d'être de la convention, donc, est que la protection du patrimoine culturel immatériel n'est pas adressée à la sauvegarde d'un intérêt national de chaque Etat, mais plutôt à la conservation d'un bien collectif de la communauté internationale dans son ensemble, c'est-à-dire, la variété et diversité culturelle de l'humanité⁶². En même temps, le lien entre la convention et les droits de l'homme se manifeste dans l'exclusion du champ d'application de la convention des pratiques et traditions qui ne sont pas compatibles avec les droits de l'homme reconnus au niveau international – comme les pratiques discriminatoires envers les femmes ou contraires à la dignité humaine⁶³ – et de l'autre côté dans la forte connotation du patrimoine immatériel comme élément fondamental de

⁶² Voir le Préambule de la Convention.

⁶³ Article 2, « Définitions », spécifie expressément que la convention s'applique exclusivement au patrimoine culturel qui est compatible avec les instruments internationaux sur les droits de l'homme, avec les principes de respect mutuel entre communautés, groupes et individus, ainsi qu'avec le développement durable.

l'identité des groupes humaines qui l'ont créé et dont ils sont dépositaires. Ce dernier aspect est bien souligné à l'article 2, concernant les définitions, où l'on peut lire que « [...] [c]e patrimoine culturel immatériel, transmis de générations en générations, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et de la créativité humaine ». En accord avec cette définition, la convention attribue sur le plan normatif un rôle important aux communautés, groupes et même individus qui créent, maintiennent et transmettent leur patrimoine immatériel dans le cadre des mesures de sauvegarde adoptées par chaque Etat⁶⁴. Malheureusement, c'est sur le plan institutionnel que la convention s'avère plutôt faible et décevante par rapport à ses ambitions sur le plan normatif. L'article 5 prévoit la création d'un Comité pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, mais cette institution, qui a la fonction d'établir et de publier une liste représentative du patrimoine culturel immatériel, est un organe étatique qui n'inclut pas les représentants des communautés dont le patrimoine culturel fait l'objet des délibérations du Comité⁶⁵. Il existe un doute quant à savoir comment le patrimoine culturel immatériel peut effectivement être sauvegardé par le biais d'un organe diplomatique qui n'admet pas une participation institutionnelle des représentants des communautés qui créent et maintiennent ce patrimoine.

En dépit de cet aspect de faiblesse la convention sur le patrimoine immatériel a eu le mérite d'attirer l'attention internationale sur l'impact de la globalisation sur la variété des cultures du monde. Cela a stimulé la négociation en temps très bref d'une nouvelle convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle⁶⁶ qui a été adoptée à Paris le 20 octobre 2005. Une des tâches les plus importantes de cette convention est d'intégrer la sauvegarde de la diversité culturelle des nations dans le système de l'Organisation Mondiale du Commerce. Un précédent existe dans le GATT qui prévoit une exception explicite à la liberté des échanges en fonction de la protection du patrimoine culturel (Article XX (f) qui concerne les trésors nationaux de valeur artistique, historique et archéologique). Cependant, la conciliation entre liberté de commerce et protection de l'infinie variété des cultures vivantes des peuples pose un problème bien plus difficile, étant donné le caractère juridique de « services » et d'« industrie » que présentent beaucoup des manifestations culturelles comme le cinéma, la télévision et l'éducation dans le contexte de l'économie globale. L'article 20 de la convention, qui concerne les relations avec d'autres traités, aborde ce problème d'une manière très souple et sur la base de principes très généraux de « soutien mutuel, complémentarité et non-subordination ». En même temps le paragraphe 2 de cet article prévoit que « rien dans la présente Convention ne peut être interprété comme modifiant les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties ». Donc le problème doit être résolu à travers un processus politique d'intégration graduelle de considérations relatives à la sauvegarde de la diversité culturelle dans le système juridique du

⁶⁴ Voir l'article 15.

⁶⁵ Toutefois l'article 9 prévoit l'accréditation d'organisations non-gouvernementales, compétentes dans le domaine du patrimoine culturel immatériel, et l'article 8 par. 4 donne au Comité le pouvoir d'inviter des organisations privées ou publiques, ainsi que des individus compétents, pour des consultations sur des matières spécifiques.

⁶⁶ Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 20 Oct. 2005, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf>.

commerce global. En même temps la Convention peut être d' hors et déjà une source d'inspiration pour les interprètes et les juges qui devront décider si dans un cas concret de conflit la priorité doit être donnée à la sauvegarde de la diversité des expressions culturelles ou à d'autres obligations internationales, à savoir les obligations en matière de liberté de commerce.

7. Conclusion

Quelles conclusions peut-on tirer de cette brève analyse du système international de protection des biens culturels? Comme on vient de le voir, ce système, assez complexe, est constitué en grande partie de traités et dans une moindre mesure d'instruments normatifs de *soft law* adoptés au sein de l'UNESCO. Mais, la thèse que nous avons soutenue sur la base de la pratique internationale examinée ci-dessus est que, à l'heure actuelle, des principes généraux se sont formés au niveau de droit coutumier ou sont en voie de formation en matière de protection du patrimoine culturel. A l'origine de ces principes il y a l'idée que le patrimoine culturel de chaque peuple est l'objet d'un intérêt général de la communauté internationale dans sa conservation et dans sa jouissance : son respect fait donc l'objet d'une obligation à caractère *erga omnes*, fonction d'un intérêt public. La projection de ce principe dans le domaine de la pratique internationale nous a permis d'en reconstruire différentes applications concrètes. La première concerne l'interdiction d'actes de destruction en temps de guerre de biens culturels de grande importance en-dehors de toute justification de nécessité militaire. Comme on l'a vu, quand cette destruction est associée à une intention discriminatoire envers une certaine communauté ou groupe, elle peut entraîner la responsabilité pénale internationale des auteurs pour crime international. La deuxième application concerne l'obligation de restitution de biens culturels illicitement transférés d'un territoire occupé militairement. La troisième application que nous avons identifiée concerne l'obligation procédurale de coopération en temps de paix pour faciliter la restitution de biens culturels volés ou illicitement exportés, ainsi que l'obligation de prévenir la destruction et la dispersion du patrimoine culturel au-delà de la juridiction nationale, notamment le patrimoine subaquatique. En ce qui concerne les cultures vivantes et la diversité culturelle, il ne serait pas possible de reconstruire d'ores et déjà des normes coutumières applicables à tous les Etats. Toutefois, il faut reconnaître que les initiatives conventionnelles récentes dans cette matière obtiennent déjà le double résultat : 1) de rendre plus difficile pour un Etat de cacher derrière la défense du domaine réservé des pratiques néfastes ou nuisibles au patrimoine culturel immatériel de communautés ou groupes dans son territoire; 2) de rendre impératif l'effort de conciliation et d'intégration entre la protection de la diversité culturelle et les autres obligations internationales, notamment celles en matière de liberté de commerce.