

Kerstin Odendahl/Peter Johannes Weber (Hrsg.)

Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht

Festschrift für Kurt Siehr zum 75. Geburtstag aus dem Kreise
des Doktoranden- und Habilitandenseminars „Kunst und Recht“



Nomos



DIKE

facultas.wuv



Schriften zum Kunst- und Kulturrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Barbara Grunewald, Universität Köln

Prof. Dr. Burkhard Hess, Universität Heidelberg

Prof. Dr. iur. Dr. phil. h.c. Peter Michael Lynen,

Hochschule für Musik und Tanz Köln,

Prof. Dr. Kerstin Odendahl, Universität St. Gallen

Prof. Dr. Janbernd Oebbecke, Universität Münster

Prof. Dr. Rainer J. Schweizer, Universität St. Gallen

Prof. Dr. Armin Stolz, Universität Graz

Band 8

unterstützt durch



**KOMPETENZZENTRUM FÜR
KUNST- UND KULTURRECHT**

Kerstin Odendahl/Peter Johannes Weber (Hrsg.)

Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht

Festschrift für Kurt Siehr zum 75. Geburtstag aus dem
Kreise des Doktoranden- und Habilitandenseminars
„Kunst und Recht“



Nomos



DIKE

facultas.wuv



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-5770-4 (Nomos Verlag, Baden-Baden)
ISBN 978-3-03751-293-7 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)
ISBN 978-3-7089-0494-8 (facultas.wuv Verlag, Wien)

1. Auflage 2010

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Tabula Gratulatoria	11
Sponsoren	13
Vorwort	
<i>Kerstin Odendahl / Peter Johannes Weber</i>	15
75 Jahre Kurt Siehr – 15 Jahre Seminar „Kunst und Recht“ <i>Peter Johannes Weber</i>	17
Teil I: Kulturgüterschutz	
Zum Begriff des Denkmals im österreichischen Recht Entstehung – Entwicklung – Ausblick <i>Erika C. Pieler</i>	21
Cultural Heritage Protection in Turkey – Problems and Perspectives <i>Suzan Topal-Gökceli</i>	41
Safe Haven für gefährdete Kulturgüter – Überblick über eine erste Vorlage zur Umsetzung sogenannter „sicherer Häfen“ unter besonderer Berücksichtigung von Kulturgütern unbekannter Herkunft <i>Sophie Engelhardt</i>	55
Der Bedeutungswandel der Situs-Regel im Internationalen Sachenrecht der Kulturgüter <i>Volker Wiese</i>	83
Freies Geleit von Kulturgut im internationalen Leihverkehr – rechtsvergleichende und völkerrechtliche Überlegungen <i>Kerstin Asmuss / Robert Peters</i>	101

Die Kunstleihgabe: Fragen zur Vertragsgestaltung anlässlich der Kündigung des Leihvertrags für Hans Holbeins d.J. „Madonna des Baseler Bürgermeisters Jacob Meyer zum Hasen“ im Frankfurter Städel-Museum <i>Matthias Weller</i>	119
Raubkunst – Rückblick und Ausblick <i>Melinda Müller</i>	147
Pringsheim, Provenance and Principles: a Case Study on the Restitution of Nazi Looted Art and Compensatory Payments <i>Katja Lubina / Hildegard Schneider</i>	161
Die haushaltsrechtliche Bewältigung der Restitution von Holocaust Art im Freistaat Bayern <i>Robert Kirchmaier</i>	177
Human Rights Aspects of Indigenous Cultural Property Repatriation <i>Karolina Kuprecht</i>	191
Legacy of Serenissima. State Succession to ‘Istria’s jewels’ <i>Andrzej Jakubowski</i>	227
Existe-il des crimes contre la culture ? La protection des biens culturels et l’émergence de la responsabilité pénale internationale de l’individu <i>Vittorio Mainetti</i>	251
Antonio Canova und die Kulturgüterschutzgesetzgebung in Rom zu Beginn des 19. Jahrhunderts <i>Peter Johannes Weber</i>	271

Teil II: Kunstrecht

Der Begriff der Echtheit von Kunstwerken im Zivil- und Strafrecht <i>Friederike Gräfin von Brühl</i>	303
Zur Provenienz von vier chinesischen Kunstwerken aus dem Eigentum von Rosa und Jakob Oppenheimer im Museum Rietberg Zürich <i>Esther Tisa Francini</i>	313

„Kunstvertrieb“ – Absatzmittlung von Kunstwerken in Recht und Praxis <i>Michael Anton</i>	331
Zuständigkeiten bei internationaler Vermittlung im Kunsthandel <i>Boris Grell</i>	367
Going once, going twice, going three times, sold ... ! <i>Daniel-Philipp Häret</i>	385
Die Entwicklung des Gewährleistungsrechts bei Auktionen <i>Nicolai B. Kemle</i>	393
Liability for the Acquisition of Faked or Wrongly Attributed Works of Art in US Law <i>Marc Weber</i>	409
Folgerecht – Aktueller Stand und letzte Entwicklungen in Österreich und den Mitgliedstaaten der EU <i>Angelika Peukert</i>	435
Die Entstehungsgeschichte des Urheberpersönlichkeitsrechts <i>Christiane Thies</i>	457
Urheberrechtliche Auswirkungen der Mitwirkung eines Assistentenstabs an Werken zeitgenössischer Künstler <i>Yasmin Mahmoudi</i>	483
Die Apotheose des Kompromisses – Der Kunstbeirat und die Auftragskunst für den Reichstag <i>Lucas Elmenhorst</i>	501

Teil III: Kulturrecht

Der Theaterbesuchsvertrag – und die Möglichkeit seiner Anfechtung wegen Leistungsstörungen am Beispiel der „Fledermaus“-Entscheidung, LG Salzburg 53 R 417/02 h <i>Ursula Schrammel</i>	523
--	-----

Questions de culture(s) ? Convention Unesco 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles	
<i>Raphaël Contel</i>	537
Towards a Case Law on the Interface of Trade and Culture	
<i>Stefano Caldoro</i>	553
Alternative Dispute Resolution in Art and Cultural Heritage – Explored in the Context of the World Intellectual Property Organization’s Work	569
<i>Sarah Theurich</i>	
Colonies françaises et politique de protection du patrimoine culturel. Prémices de réflexion sur l’expérience coloniale et sa transposition en Métropole	
<i>Antoinette Maget Dominicé</i>	595
Die Schule von Athen. Eine Darstellung von Raphaels Bildprogramm in der Stanza della Segnatura	
<i>Valentine von Fellenberg</i>	611
Fotoquellen	633

Questions de culture(s) ?

– Convention Unesco 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles –*

*Raphaël Contel***

Introduction	537
I. L'état de fait d'une norme est construit	540
II. La réserve naturelle du Sauvage	543
III. Trois linéaments de Sauvage	544
1. Le Sauvage hypothétique	544
2. Le Sauvage réel	545
3. Le retour du Sauvage	546
IV. Dangers (politiques) et sauvagerie du monde	547
V. Dangers (suite) et/ou la diversité culturelle des États-Unis	549
VI. Conclusion: Problèmes internationaux contemporains?	551

Introduction

Au 12 juillet 2010, 111 États ont ratifié la Convention UNESCO 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (ci-après, Convention). Malgré le nombre et la rapidité des ratifications, la validité juridique de la Convention est contestable: elle serait antinomique avec les accords de l'OMC, qui, l'emporteraient. Néanmoins, à l'heure actuelle, les États qui n'ont pas pris d'engagements spécifiques, par exemple, dans le sous-secteur des services audiovisuels, et qui œuvrent au soutien de leurs industries cinématogra-

* Merci à Mlle Boillat, assistante au Centre universitaire du droit de l'art, et Mlle Bandle, Candoc au Centre universitaire du droit de l'art, pour l'aimable relecture de la présente contribution.

** Doctorant en droit de l'art et des biens culturels, Centre universitaire du droit de l'art, Faculté de droit de l'Université de Genève. Ce texte fut originellement présenté à une séance de doctorant(E)s en droit de l'art et des biens culturels à l'Université de Genève. Nous nous excusons par avance pour ce texte à tendance lyrique (et transversal). Du moins, nous espérons qu'il puisse introduire quelque peu différemment aux problèmes de fond de la Convention, en particulier, quant à la tonalité affective.

phiques nationales, ne sont pas concrètement en porte à faux avec les règles de l'OMC. En revanche, une telle position, qui revient à bloquer les négociations, est en contradiction avec les principes de l'OMC (libéralisation progressive de tous les secteurs). Par ailleurs, les technologies de support « matériel » des biens culturels sont en mutations constantes. Dès lors, il faut se méfier d'associer un type de bien culturel et un support « matériel » qui lui serait comme inhérent (projections cinématographiques et bobines¹). Les enjeux « culturels » pourraient donc se déplacer par exemple vers le sous-secteur des télécommunications² et la libéralisation de celui-ci mettre « en danger » les politiques culturelles nationales³.

Quoiqu'il en soit, la question de la validité juridique de la Convention reste embarrassante. Comment expliquer qu'une centaine d'États ratifient une Convention jugée impropre, d'un point de vue juridique, à s'imposer face à l'OMC, « Goliath »⁴ du droit international, dont l'organe de règlement des différends n'est pas l'institution la moins notable ? Sans compter que la Convention n'instaure aucune nouveauté normative directement applicable mais affirme principalement que les États parties peuvent continuer à mener leurs politiques culturelles. Elle confirme en ce sens, sous forme de dispositions normatives internationales, les pratiques légales nationales souvent déjà effectives des États parties. On peut aussi s'étonner de l'usage toujours plus accru du concept de « diversité culturelle », aujourd'hui utilisé comme vocable de ralliement autant dans la presse quotidienne que dans les enceintes politiques (concept que d'ailleurs la Convention utilise de façon plus complexe⁵). Enfin, les règles de

- 1 Voir par exemple, le débat sur les nouveaux formats de projection numérique « 2K » des films en salle et le coût très élevé (qui de fait exclu des salles de projection qui ne peuvent pas suivre), *Le Temps* du 14 mars 2009, p. 17.
- 2 Sous-secteur C du secteur 2 « communication services » (l'audiovisuel étant le sous-secteur D), *Services sectoral classification list* (<http://tsdb.wto.org/default.aspx>).
- 3 Sur la question d'internet (digital ecology), voir en particulier Mira Burri-Nenova, « Trade Versus Culture in the Digital Environment: An Old Conflict in Need of a New Definition », in *Journal of International Economic Law* 12 (1), p. 17 à 62. Selon son point de vue, dans cet environnement « spécial », les politiques culturelles seraient contre productives. A noter que les Etas-Unis ont adopté une stratégie de libéralisation importante de ce secteur par le biais d'accords bilatéraux. Le but est simple: peu importe le contenant, il faut que le contenu soit accessible « world wide ».
- 4 Sur ce terme, devenu emblématique. par exemple la monographie écrite sous la direction de Yves Théorêt, *David contre Goliath, La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO*, HMH, 2008.
- 5 Art. 3 de la Convention, champ d'application: « La présente Convention s'applique aux politiques et aux mesures adoptées par les Parties relatives à la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles ».

l'OMC semblent elles-mêmes, en ces temps de crise, moins respectées par les puissances mondiales⁶. Les relations internationales seraient-elles donc une jungle ou la loi du plus fort règne?

Quoiqu'il en soit, un monde global « interconnecté » soulève des problèmes spécifiques, et de pair, en raison des régulations complexes qui émergent au niveau international, notamment sous forme de dispositifs de droit international, la pensée juridique doit, elle aussi, affronter de nouvelles questions.

D'un point de vue méthodique, ne soumettre la validité de la Convention qu'à la seule résolution de conflits entre traités internationaux serait anachronique et relèverait d'une vision dépassée *en fait* des relations internationales. Le problème qu'on résume sous l'étiquette « culture » déborde l'humanité au même titre que l'environnement: nous nous devons de répondre à une modification radicale des conditions d'existence de l'humain, qui impliquent tous les individus ; et les porte au-delà d'eux-mêmes. L'exercice de notre puissance (technologique) sur la nature comme sur la culture radicalise nos volontés et nous questionne d'autant plus fortement que nous pouvons à chaque moment faire disparaître notre environnement et même une certaine idée de l'humain: séquençage des gènes (brevetabilité)⁷, médias (récupération)⁸, produits pharmaceutiques (hormones)⁹.

Deux types de problèmes se dressent devant nous: (a) Il faudrait pouvoir montrer que le Convention construit les faits auxquels son dispositif doit répondre.

6 Voir la mise en garde du directeur de l'OMC, M. Lamy, du 26 mars 2009, contre le protectionnisme (http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl_f.htm).

7 Tension entre intérêt public et intérêt privé, notamment lorsque des universités font des découvertes scientifiques et les brevètent. Voir Brendan Borrell, « Lawsuit rekindles gene-patent debate », disponible en ligne: <http://www.nature.com/news/2010/100126/full/463413a.html>.

8 « R&F: Mais il semble pourtant que pour la première fois depuis l'époque où vous, les Stones, avez percé, on trouve une résistance sensible au niveau de l'industrie. Et ça, c'est important... Mick Jagger: Oui, mais ça ne peut durer qu'un an. Un an, et tout est récupéré. Et on a Sandra Rose qui fabrique des vêtements punk... alors vraiment! Yves Saint-Laurent punk... Ca indique bien que le côté mode du mouvement est déjà révolu. Aucun punk qui se respecte ne voudrait s'habiller comme ça, c'est fini. » *Rock & Folk* n° 130 (novembre 1970). «Les nouveaux écrivains j'aimerais en trouver mais je n'y arrive pas. Nous vivons à une époque où les médias ont tout envahi. [...] Nous vivons dans un monde de science fiction, conquis par Disney. Toute la réalité est devenue un parc à thème, avec des lieux thématiques et des rues remplies de boutiques de souvenirs. C'est de la science-fiction. Le monde réel s'est transformé en autre chose. Qu'on s'en rende compte ou non. » Bob Dylan, *Rock & Folk* n° 140 (octobre 2001). Bob Dylan qui récupère Bau-drillard... Voir notes de bas de page 21 et 38.

9 Beatriz Precadio, *Testo Junkie, Sexe, drogue et biopolitique*, Grasset, 2008. « Six mois de testostérone et n'importe quelle biofemme [...] peut devenir membre de l'espèce masculine [...] », p. 347.

Celle-ci imagine plutôt le « réel » qu'elle s'y applique (le fonctionnement syllogistique du droit voilerait le travail politique à l'œuvre). (b) Si tel est le cas, une discussion critique¹⁰ sur ce qu'il faut appeler les visées utopiques de la Convention serait nécessaire.

La première partie de ce travail (I) propose, à partir d'un texte de Max Weber¹¹, d'une part, de rendre compte du travail sur le « réel » qu'opère les normes juridiques, d'autre part, tente de justifier l'utilisation des normes internationales comme indicateurs sociologiques et/ou politiques (visées typiques et par conséquent critique de ses visées).

La seconde partie (II) analyse un cas concret de « perte de diversité culturelle » en relation avec les peuples autochtones, comme exploration des difficultés de mise en œuvre du concept de « diversité culturelle ».

La troisième partie (III) vise à montrer la complexité des relations aux peuples dit « autochtones », comment ceux-ci, loin d'être renvoyés à une anomalie « sans solutions », sont partie intégrante de la pensée et de l'histoire occidentale moderne.

Les deux dernières parties (IV, V) tentent de rendre compte de la complexité du monde relativement aux solutions simplifiées de la Convention (IV. relations Europe / Tiers-Monde / peuples autochtones ; V. relations USA, « commercialisation de la culture »).

I. L'état de fait d'une norme est construit

Selon Weber « le juriste cherche quels sont les états de fait auxquels s'applique le droit, et de quelle manière il s'applique »¹². Il faudrait donc distinguer « l'ordre juridique » de « l'ordre économique ». En effet, ils se situent chacun sur un autre plan: « L'ordre juridique » sur le plan de la norme idéalement applicable, « l'ordre économique » sur celui de l'évènement réel. Néanmoins, ils sont en rapport l'un avec l'autre si l'on considère l'ordre juridique dans son sens sociologique, « c'est-à-dire dans son application réelle »¹³. Dès lors, « ordre juridique » signifie « complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de

10 Dans un sens large, recul nécessaire pour relever les potentialités. Au sens « classique », analyse des fondements à partir desquels les propositions de la Convention sont exprimées (et possibles).

11 Juriste et sociologue allemand (1864-1920).

12 Max Weber, *Economie et société* / 2, Pocket, 1995, p. 12.

13 Idem.

l'homme »¹⁴. Une règle de droit garantie par un appareil de coercition signifie une chance pour la prescription « d'entrer dans les faits »¹⁵.

Les premières pages de la sociologie juridique de Weber nous obligent à distinguer différentes significations du terme « fait »: les faits économiques qui sont des événements réels (qui se produisent sur le plan de la réalité), les faits juridiques que l'on peut entendre selon trois acceptions: (a) la norme idéalement applicable à un état de fait (hypothèse abstraite: Si... alors...), (b) le fait de sociologie juridique, soit l'orientation d'une activité parce que cela est prescrit par l'ordre juridique (qui se produit sur le plan de la réalité ; comportement orienté en fonction de l'ordre juridique), (c) l'application concrète d'une norme juridique (décision de tribunal), soit un fait de « droit » (qui se produit sur le plan de la réalité).

Les états de fait des normes ne sont pas des événements réels. Pour devenir un état de fait normatif, le réel subit une opération sélective. Dans le flux du réel il faut « déterminer le comportement d'un groupe d'homme délimité »¹⁶, il faut effectuer des découpages. L'entreprise de codification normative vise à isoler, à faire des lieux, des topiques, là où il n'y aurait que de l'indifférencié (continuum d'un flux ?). Il faut donc qu'à des normes différentes (numéro d'article, expression) correspondent des états de fait hypothétiques différents (cosmos logique des normes). Le comportement sanctionné par un tribunal fait entrer le droit dans le réel comme événement réel. Mais il ne faut pas y voir la confirmation de l'état de fait (syllogisme mathématique). L'état de fait est toujours une abstraction que l'on subit, c'est-à-dire qui nous réduit à l'élément politique de nos vies. Les normes juridiques sont une entreprise de sélection et/ou de formalisation des comportements humains. Elles sont politiques dans le sens où elles relèvent de l'organisation des groupes sociaux. La décision juridique et ses suites viennent s'inscrire dans notre histoire, notre dimension spatio-temporelle. L'appareil étatique de coercition nous cloisonne, nous confine dans des espaces d'obligations (et en cela il reflète l'économie des normes juridiques autant qu'il les garantit).

Prenons un exemple. Tous les jours des flux d'objets matériels et immatériels traversent les frontières des États. Dans ces flux, nous pouvons tenter d'identifier des séries d'objets de même famille. Une série particulière est celle des biens culturels. Bien évidemment, les limites de la série sont sujettes à discussion. C'est toute la difficulté du champ matériel d'application d'une norme. Une autre série particulière est, par exemple, celles des bobines de cinéma. On peut

14 Idem.

15 Ibid., p. 13.

16 Weber, *op. cit.*, p. 12.

tenir des statistiques sur le nombre de bobines de cinéma qui traversent une frontière dans un sens ou un autre et établir une corrélation entre celui-ci et les projections de films dans un État donné. Donner une représentation de tous les éléments qui composent l'industrie du cinéma peut être la tâche d'un historien de l'art ou d'un économiste qui dégageront des explications plus ou moins orientées, favorables ou défavorables. Et toute cette industrie du cinéma, complexe dans son histoire comme dans ses montages économiques, est la résultante de comportements humains. La question juridico-politique peut alors se formuler, par exemple, comme suit: Quel barrage monter contre ce flux particulier (étant statistiquement prouvé que le nombre de films américains exportés est immense) ?

L'état de fait de la norme juridique est construit. Il est en ce sens politique parce qu'il vient circonscrire des comportements en les désignant comme *topos* stratégiques: simple enregistrement ou prélude à une orientation des comportements - infléchis par tous moyens (symboles, programmes, sanctions). Les normes juridiques sont donc un ordre qui nous renseigne sur les visées typiques de la société dans laquelle elles sont supposées trouver application concrète¹⁷.

Toute norme peut donc être questionnée selon deux axes: (a) Quels sont les faits auxquels elle s'applique (de quoi parle-t-on ? travail exégétique) ? (b) A quelle utopie ce syllogisme répond-t-il ? L'analyse du cosmos normatif apparaît comme une image des (nouveaux) types de comportements souhaités par les tendances à l'œuvre dans la société. Ces tendances politiques peuvent être de deux sortes: de domination ou de résistance¹⁸. Dès lors, le cosmos idéal du droit est toujours travaillé, traversé par des totalitarismes utopiques et des anarchies ilotières, par des régulations ordonnées et des insubordinations chaotiques. Il faut en rendre compte.

17 Sur l'utilisation des normes juridiques comme matériel d'étude sociologique, voir Émile Durkheim, *De la division du travail social*, puf, 2007, p. 28 et p. 29, précisément pour Durkheim: « Nous pouvons (...) être certains de trouver reflétées dans le droit toutes les variétés essentielles de la solidarité sociale ».

18 Max Weber, *Economie et société / 1*, Pocket, 1995, sur les types de domination, p. 285 et ss. Sur la question de la résistance, *L'abécédaire de Gilles Deleuze*, DVD, Éditions Montparnasse, 1 janvier 2004, lettre « C » comme « culture ».

II. La réserve naturelle du Sauvage

Le concept clé de la Convention est celui de « diversité culturelle »¹⁹. C'est un concept double: (a) ontologique, il est expression essentielle de la nature humaine, et (b) fonctionnel, c'est sous son autorité que les échanges doivent trouver leur mode de régulation. Il faut donc parvenir à conserver et promouvoir des noyaux d'identité culturelle et l'opportunité qu'ils s'enrichissent d'apports étrangers mais sans s'aliéner (sans perdre l'identité). La diversité culturelle c'est donc l'unité du multiple. C'est un concept qui *a priori* résiste parce qu'il oblige à repenser la différence, non plus comme hiérarchie, mais comme égalité de l'autre. « Car si les hommes peuvent parvenir à coexister à condition de se reconnaître tous *autant* homme, mais *autrement*, ils le peuvent aussi en se refusant les uns aux autres un degré comparable d'humanité, et donc en se subordonnant. »²⁰

La Convention fait spécifiquement référence aux peuples autochtones²¹. Ils sont la population humaine la plus touchée physiquement et spirituellement. Le concept de diversité culturelle doit trouver application à leurs égards. Mais il est extrêmement délicat d'usage. Dans un article du monde paru le 28 mars 2009, l'entretien avec le docteur Syeda Hammed est titré « une perte de diversité culturelle ». Il y est question des tribus vivant sur les archipels des Andaman et de Nicobar (1200 kilomètres au sud-est de l'Inde). Selon le docteur Hammed, la culture de ces tribus est en train de disparaître (ils naviguent sur des pirogues en plexiglas). Il propose « l'intervention minimale » et donc la clôture maximale de la réserve. Quels sont les premières idées qui nous viennent à l'esprit ? Réserve comme « zoo » ou encore comme « congélation »²². Toute la difficulté semble ici de réussir à réguler les échanges entre les tribus et le monde moderne sans perte définitive de « culture »²³. A lire la Déclaration des Nations Unies du 13

19 Voir l'art. 4 al. 1 de la Convention (définition de la « diversité culturelle »). Nous ne retenons ici que ce concept. Mais il faut encore une fois rappeler que le champ d'application de la Convention est complexe: l'art. 4 de la Convention (définitions) oblige à une lecture « emboîtée » de chacun des termes du champ d'application (par exemple « diversité culturelle » avec « expression culturelle » pour comprendre « diversité des expressions culturelles »).

20 Claude Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, Pocket, 1998, p. 170.

21 Voir art. 2 chiffre 3.

22 Voir Jean Baudrillard, *Simulacres et simulation*, éd. galilée, 1981, p.19: « (...) Le cordon de sécurité de la forêt vierge de Tasaday. (...) Ces Sauvages-là sont posthumes: gelés, cryogénisés, stérilisés, protégés à mort, ils sont devenus des simulacres référentiels, et la science elle-même est devenue simulation pure ».

23 Pour un exemple, qui vaut peut-être comme réussite, mais rien n'est moins sûr, l'actrice et chanteuse Quechua Chola, voir Magaly Solier, « la belle Chola n'a pas peur », in *Courrier international*, n° 1028 (15 juin au 21 juillet 2010), p. 36.

septembre 2007 sur les droits des peuples autochtones, on note l'existence de deux axes: le premier qui se développe à partir de l'idée d'autodétermination (art. 3) et le second sur celui de participation (art. 14 al. 2: accès à l'enseignement public ; art. 16 al. 2: faire en sorte que les médias publics reflètent la diversité culturelle des peuples autochtones). La diversité culturelle synthétise les deux axes. Elle peut donc être formulée comme suit: « Chance d'être soi-même et chance d'aller vers l'autre sans se perdre ». L'étanchéité de la réserve naturelle ne permet pas le jeu nécessaire aux échanges. Il s'agit ici de reléguer et de conserver (« moralement »?).

III. *Trois linéaments de Sauvage*

1. Le Sauvage hypothétique

Les rapports que nous entretenons avec les peuples autochtones (premiers, primitifs, sauvages) sont compliqués. La bienveillance, qui voudrait leurs existences intactes et perpétuées, une cohabitation, des restitutions de terres et d'objets sacrés, peut sembler suspecte parce que fondée sur la reconnaissance d'une différence fraîchement respectée. Le nouveau monde découvert par Colomb en 1492 fait débiter le dialogue de la conscience européenne avec ces autres, peut-être hommes, surtout sauvages. Ce qui débute là aussi, c'est à l'évidence l'histoire d'un massacre (par exemple, cent mille autochtones environ à Hispaniola, aujourd'hui Haïti et Saint-Domingue, deux cents un siècle plus tard²⁴). On a voulu y voir une première aube de l'humanité: notre lointain passé à titre de sauvages. On a pu trouver, dans ce rapport sous éclairage évolutionniste, bien des légitimités et des campagnes d'acculturation. Il a fallu des intelligences et des sensibilités plus posées pour y découvrir des « sociétés savantes »²⁵. Et pour oser cette remarque: « Il y a donc de fortes chances pour que ces Indiens soient les derniers descendants des grandes populations tupi du cours moyen et inférieur de l'Amazone, elles-mêmes parentes de celles de la côte que connurent, au temps de leur splendeur, les voyageurs du XVIe et du XVIIe siècle dont les récits sont à l'origine de la prise de conscience ethnographique des temps modernes: car ce

24 Lévi-Strauss, *op. cit.*, p. 79. Le livre de Claude Lévi-Strauss qui devait s'annoncer comme un livre d'aventures, d'explorations et de découvertes sur les Indiens d'Amazonie, n'est en fait que le récit doux-amer de la disparition inéluctable des Indiens ; physique et dès lors spirituel. On comprend la première ligne du livre seulement rétrospectivement: « Je hais les voyages et les explorateurs ».

25 *Ibid.*, p. 320. Par opposition à « une enfance de l'humanité ».

fut sous leur involontaire influence que la philosophie politique et morale de la Renaissance s'engagea sur la voie qui devait la conduire jusqu'à la Révolution française »²⁶.

L'état de nature et son corolaire le droit naturel sont des topiques classiques de la pensée politique du XVIIIe siècle. La référence précise aux Sauvages est sujette à de notables variations, de la référence explicite²⁷ à l'hypothèse spéculative. Rousseau développe, par exemple, une vision fameuse, souvent jugée naïve et romantique, du Bon Sauvage ; mais il faudrait lire sa pensée comme « un procédé de méthode »²⁸. Il s'agit de « déterminer quels sont les attributs fondamentaux de notre constitution psychologique »²⁹. Le Sauvage est alors une hypothèse spéculative qui sert à mesurer l'écart entre notre « nature » et l'organisation politique qui lui fait défaut (d'où la théorie du contrat social).

2. Le Sauvage réel

« Ils étaient là, tout prêts à m'enseigner leurs coutumes et leurs croyances, et je ne savais pas leur langue. Aussi proche de moi qu'une image dans le miroir, je pouvais les toucher, non les comprendre. Je recevais du même coup ma récompense et mon châtiment. Car n'était-ce pas ma faute et celle de ma profession, de croire que des hommes ne sont pas toujours des hommes ? Que certains méritent davantage l'intérêt et l'attention parce que la couleur de la peau et leurs mœurs nous étonnent ? Que je parvienne seulement à les deviner, et ils se dépouilleront de leur étrangeté: j'aurais aussi bien pu rester dans mon village. Ou que, comme ici, ils la conservent: et alors elle ne me sert à rien, puisque je ne suis pas même capable de saisir ce qui la fait telle. Entre ces deux extrêmes, quels cas équivoques nous apportent les excuses dont nous vivons ? »³⁰

Jean-Claude Bringuier réalise en 1974 un entretien filmé de Claude Lévi-Strauss³¹. Ce dernier apparaît dans son bureau privé, entouré de ses livres et d'objets ethnographiques, comme un immense totem amérindien acheté à New

26 Ibid., p. 399. Voir aussi l'étonnant *De Indis*, écrit en 1532 par Francisco de Vitoria, dans lequel il affirme que les indiens ont les mêmes droits que tout être humain.

27 Par exemple, John Locke, *Traité du gouvernement civil*, Calixte Volland, 1802, p. 41, 51, etc., ou Thomas Hobbes, *Léviathan*, Gallimard, folio essais, 2000, p. 227.

28 Émile Durkheim, « Le *Contrat social* de Rousseau », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, t. XXV, 1918, p. 7.

29 Idem.

30 Lévi-Strauss, *op. cit.*, p. 397.

31 Jean-Claude Bringuier, *Le siècle de Claude Lévi-Strauss*, DVD, édition Montparnasse, 2 décembre 2008.

York en compagnie d'André Breton. Autour des réponses de Lévi-Strauss, un malaise persiste. Une violence proprement médiatique est faite au savant qui, dans ce dialogue, ne parvient jamais à installer sa pensée, à tisser des complicités avec le journaliste. Il doit rentrer dans un cadre, un programme. Claude Lévi-Strauss ressemble à un oiseau exotique piégé par un chasseur. Il est objet d'étude et d'étonnement pour le journaliste - qui représente le grand public. Le Sauvage réel est toujours une espèce en voie de disparition, repoussé de l'autre côté d'un miroir opaque et brisé. Ce qui inquiète le plus cet oiseau exotique, précieux et rarissime, c'est la démographie galopante et les effets de masse³².

3. Le retour du Sauvage

« How many goodly creatures ares there here !
How beauteous mankind is ! O brave new world !
That has such people in 'it ! »³³

Dans *Le Meilleur des mondes* d'Aldous Huxley le Sauvage lit Shakespeare et découvre le monde « moderne » (le meilleur des mondes) comme le nouveau monde. Le nouveau monde est toujours situé dans le futur. Celui-ci est ainsi une utopie politique en acte et l'ancien monde (qui est ici pêle-mêle celui des sauvages comme celui de l'histoire européenne) est enclos dans une *réserve interdite*. On a rompu avec les instabilités: le politique situe la société hors temporalité discursive. Le Sauvage échappé de la réserve, de retour, n'amène que des distractions. Il ne peut plus faire penser.

Un roman propose une pensée logique des conditions d'existence d'un groupe social donné. Dans le *Meilleur des mondes* le groupe social est planétaire. Il émerge suite à une guerre mondiale. Sa légitimité repose sur la destruction des bibliothèques et des musées³⁴ et sur le bonheur par élimination des émotions négatives ; son organisation sur un Etat mondial dont la devise est: « Communauté, Identité, Stabilité »³⁵.

32 Voir, par exemple, Lévi-Strauss, *op. cit.*, p. 405: « Le piétinement de la foule ».

33 Shakespeare, épigraphe du *Meilleur des mondes* d'Aldous Huxley, Plon, 1958.

34 « Les méthodes plus lentes, mais infiniment plus sûres, de l'ectogénèse, de conditionnement néo-Pavlovien, et de l'hypnopédie... (...) Accompagné d'une campagne contre le passé ; de la fermeture des musées ; de la destruction des monuments historiques (...) ; de la suppression de tous les livres publiés avant l'an 150 de N.F. » Aldous Huxley, *Le Meilleur des mondes*, Plon, 1958, p. 46-47.

35 Ibid., p. 1.

IV. Dangers (politiques) et sauvagerie du monde

L'utopie politique d'Aldous Huxley est la réalisation du meilleur des mondes possible. Il est rendu possible par la subordination de la science à des fins politiques, « c'est le progrès de la science en tant qu'il affecte les individus humains »³⁶. Le bonheur créé au moyen de la science dans le meilleur des mondes « consiste à faire aimer aux gens leur servitude »³⁷, c'est-à-dire à produire dans la subjectivité de chacun une adéquation immédiate et totale avec les conditions de la vie en société (fonction de travail et activité divertissante). Comme pour tout grand roman prospectif, nous lisons avec horreur ces pages où nous reconnaissons, non pas un futur possible, mais un présent auquel il ne manque que la perfection du système. Aldous Huxley lui-même avoue dans sa préface qu'il imaginait la réalisation possible du meilleur des mondes à 600 ans mais réduit sa prévision à un siècle à peine (en 1946). Le point de rencontre entre le roman d'Huxley et le monde contemporain semble bien la révolution dans la chair et les âmes, non plus les révolutions par des changements d'organisation politique: « Conjointement avec la liberté de se livrer aux songes en plein jour sous l'influence des drogues, du cinéma et de la radio, [la liberté sexuelle] contribuera à réconcilier ses sujets avec la servitude qui sera leur sort. »³⁸

Ce roman fait mieux comprendre que n'importe quel « rapport » un des soucis principaux qui fondent la Convention: la domination par la mobilisation des moyens techniques de production et de diffusion de biens, activités et services culturels (modes de vie et/ou puissance économique). C'est une critique classique³⁹ de la société de consommation: la création de besoins suivis d'achats compulsifs car induits par la publicité et la projection par tous les moyens des modes de vie qui les justifient. Et comme le marché est un marché de masse, les produits doivent être standardisés ; d'où perte de diversité culturelle.

36 Huxley, *op. cit.*, préface d'Aldous Huxley, p. V.

37 Ibid., p. IX, selon un autre terme bien connu en politique « soft-power ».

38 Ibid., p. XI.

39 Critique rendue impossible selon Baudrillard par « l'implosion hyperréelle »: Il n'existe plus que la « carte » du monde, les images, les signes, et le réel, le monde lui-même, est devenu un « désert », un lieu vide, absent. La critique suppose une mise en représentation, en relation du réel, qui le double et le « corrige », alors que la société de consommation provoque non la consommation des biens (comme le pensait Arendt, voir *La crise de la culture*) mais la mise en relation des biens comme signe dans un système sans clôture. Voir Jean Baudrillard, *La société de consommation: ses mythes, ses structures*, Denöel, 2003. Aussi, pour le plaisir: « Je dis: une fleur ! [...], l'absente de tous bouquets » (Stéphane Mallarmé, *Pages*, éditeur Edmond Deman, 1891, p. 100).

Le débat sur une domination culturelle et technologique est monté sur la scène internationale par l'intermédiaire des pays décolonisés. Dans sa préface au rapport *Voix multiples, Un seul monde*⁴⁰, l'ancien Directeur de l'Unesco M'Bow en résume parfaitement la teneur: « [La coopération et le respect entre les peuples] ne se réaliseront que dans la mesure où l'on résistera à la tentation de mettre les moyens de la communication de masse au service d'intérêts étroits, d'en faire de nouveaux instruments de pouvoir, justifiant les atteintes à la dignité humaine et aggravant les inégalités qui existent déjà entre les nations et à l'intérieur d'elle ».

Ce qui nous semble étonnant, c'est la réduction de la Convention à une défense, par le truchement du concept de diversité culturelle, élevée contre la domination culturelle par les moyens de communication (ou industries culturelles⁴¹). C'est-à-dire à un slogan qui vaut pour tous: Peuples autochtones (Quart-monde), pays en voie de développement (Tiers-monde) et développés (Europe).

Le Sauvage nous confronte avec l'altérité radicale, à l'autre opaque (hypothétique, réel ou en retour, il est toujours ailleurs). Le jeu par lequel nous l'introduisons, sous le vocable de « peuples autochtones », dans les dispositifs juridiques, la figure institutionnelle⁴² qui le représente et les tensions liées, nous oblige à questionner nos politiques comme l'histoire de nos pensées. Le report des revendications des pays du Tiers-monde, au titre d'une domination continuée par d'autres moyens suite à la décolonisation, aux pays d'Europe, ferait figure de malentendu. Nous aurions là un enjeu proprement culturel (par amplitude) et ici économique, dans le sens où, pour les pays d'Europe, la gagueuse est de se réaliser avant tout comme centre de pouvoir politique et économique⁴³.

40 Rapport de la Commission internationale d'étude des problèmes de la communication, *Voix multiples, Un seul monde*, La Documentation française, Les nouvelles Editions Africaines, UNESCO, 1980, p. XII. Notons au passage qu'une grave erreur pourrait être commise à ne voir l'origine de la Convention qu'uniquement dans son face à face avec l'OMC (de l'exception culturelle à la diversité culturelle). A l'évidence d'autres lignes de force sont aussi à l'origine de la Convention et à son adoption au sein d'une organisation internationale consacrée à la culture (critère de spécialité).

41 Je raccourcis volontairement. Il faudrait réserver un développement complet à la relation entre communication et industrie culturelle.

42 « En tant que communauté imaginée internationale, la catégorie de « peuple autochtone » est efficace puisqu'elle donne du poids à certaines revendications généralement ignorées par les États concernés. » Anne Lavanchy, *Comment rester Mapuche au Chili ? Autochtonie, genre et transmission culturelle*, Thèse, Faculté des Lettres Université de Neuchâtel, juin 2007, p. 88. Pour des développements sur la construction d'une stratégie « autochtone » au niveau international, p. 79 ss.

43 Pour un enjeu intéressant (patrimoine culturel / économie / accès / technologie): le projet de numérisation de Google (<http://books.google.fr/>) et le contre projet européen « Europeana » (<http://www.europeana.eu/portal/>). Pour des éléments du débat voir, par exemple, le texte de l'ancien conservateur de la Bibliothèque nationale de France, Jean-Noël Jean-

Le concept de diversité culturelle n'est pas la panacée: il ne suffit pas de le brandir pour s'avouer du bon côté. Les dangers du politique restent les visées utopiques et totalitaires qui animent nos désirs de sécurité, physiques bien sûr, mais surtout spirituels. A ce titre la diversité culturelle est consommée comme signe rassurant: il me suffit de maintenir des conditions d'existence même si elles me restent incompréhensibles (réserve naturelle interdite); alors que les peuples autochtones depuis 1492 sont partie intégrante de la modernité (des cultures (re)fleurissent et d'autres sont encore vouées à la disparition définitive). Car il ne suffit ni de maintenir en « congélation » (avec la crainte que peut-être nous ayons torts et les plumes et les chants valent mieux que nos autoroutes) ni de faire jouer les mille et une formes de la diversité: dans le chatoiement des couleurs ne demeure que le cinéma de l'humanité, nullement ses nécessités. Le monde est toujours rejoué comme totalité ouverte parce qu'il est un monde sauvage. Les peuples autochtones sont une ligne de tension qui nous empêche de nous satisfaire à bon compte de nos institutions. Mais l'art aussi est sauvage parce qu'il introduit dans le monde une part de mystère définitif. La culture n'est pas bonne parce qu'elle est de la culture mais seulement parce qu'elle nous propose des issues là où, à l'évidence, nous créons des conditions de vie indignes de nos humanités.

V. *Dangers (suite) et/ou la diversité culturelle des États-Unis*

Un des paradoxes les plus étranges de la Convention repose sur son absence de consensus. On trouve en matière de trafic illicite de biens culturels des Conventions internationales élaborées sous les auspices d'une négociation entre des États dont les intérêts sont divergents (pays importateurs et pays exportateurs). La norme internationale est le résultat d'un consensus, qui fait suite à d'après négociations. Ce ne fut pas le cas pour la Convention puisque celle-ci formule sous forme de dispositions de droit uniquement les revendications des pays « importateurs », lésés par la domination marchande des produits culturels prin-

nemy, *Quand Google défie l'Europe, plaidoyer pour un sursaut*, éditions de Minuit, 2005, p. 114. Par ailleurs, la frontière entre culture et économie reste floue voire ambiguë. Il est peut être question ici surtout de *vitesse* (réparation – construction – négociation). A juger s'il est possible à quel point la Convention fait office de ralentisseur pour l'Europe et les industries culturelles, de rempart temporaire bienvenu pour consolider une industrie débordée par son concurrent direct en provenance des États-Unis.

cipalement américains⁴⁴. Il semble que l'absence de consensus trouve son point d'encre dans des points de vue (politiques, économiques, culturels) diamétralement opposés.

Si les rapports aux peuples autochtones et au Tiers-Monde sont compliqués et demandent à être déployés, il en est de même pour les relations avec les États-Unis. Là encore les positions stratégiques des uns et des autres reposent sur des généralités réductrices qui œuvrent pour des lignes de défense trop évidentes⁴⁵.

Reste que des dangers, peut-être plus sous-terrains, hantent les projets de la Convention comme nos sociétés: il suffit de lire les pages édifiantes de Martel sur la transformation du MoMa ou encore de la National Gallery, dès les années 80, en « blockbuster »⁴⁶. Et bien sûr, plus près de nous, on peut penser au « Louvre d'Abou Dhabi » ou encore à la réforme du Musée national suisse⁴⁷. La tendance, qui semble inéluctable, à laquelle tous les musées ajustent leurs missions et leurs gestions, confirme la prévision de Wharol: « Tous les grands magasins vont devenir des musées et tous les musées des grands magasins. » Selon Frédéric Martel, ces mutations répondent à la conjonction du marché, de la démocratie et de la masse⁴⁸. Une question difficile nous est alors soumise: Quel est le futur de l'humanité en tant que la culture est ce qui permet de nous définir et de nous projeter, de nous questionner et de faire jouer les potentialités qui sont à notre disposition ?

La Convention énonce pour la première fois que les biens, activités et services culturels ont une double nature: symbolique et économique. Mais la formule ne vise pas à mesurer la part économique et la part culturelle d'un bien. L'idée d'une proportion périlleuse n'effleure pas son dispositif, ni celle, plus radicale, qui impose aux modes d'apparition, de ce qui fut jusqu'alors considéré comme culture/art, des conditions nouvelles de production/diffusion qui obligent à penser et à nommer différemment ce qui nous fut si habituel.

« A l'abri d'un rationalisme juridique et formaliste, nous nous construisons pareillement une image du monde et de la société où toutes les difficultés sont

44 Les États-Unis se sont opposés à l'adoption de la Convention au sein de l'Unesco et ne l'ont bien sûr pas ratifiée.

45 Voir sur cette question le volumineux ouvrage de Frédéric Martel, *De la culture en Amérique*, Gallimard, 2006, en particulier p. 454 ss.

46 Ibid., « la commercialisation de la culture », p. 409 ss.

47 Message relatif à la loi fédérale sur les musées et les collections de la Confédération (Loi sur les musées et les collections, LMC), FF 2007 6437 (<http://www.bak.admin.ch/bak/themen/kulturpolitik/01544/index.html?lang=fr>).

48 Ibid., p. 414.

justiciables d'une logique artificieuse, et nous ne nous rendons plus compte que l'univers ne se compose plus des objets dont nous parlons. »⁴⁹

VI. Conclusion: Problèmes internationaux contemporains?

Pour la première fois dans l'histoire de l'humanité notre interdépendance relève d'une dimension planétaire: Tous les humains de la terre sont reliés entre eux ; pas seulement technologiquement (internet, autoroute, avions, mégapoles) mais aussi spirituellement (métissage). Question cruciale s'il en est: Comment « vivre ensemble » ? Nous avons toujours cherché face à la disparité des modes d'expression, les identités intrinsèques qui nous définissent: l'identité comme Humanité et la diversité des humanités. Le nouveau monde global nous oblige à (re)penser des utopies juridiques et politiques (encore et toujours)⁵⁰.

Il semble que des normativités idéales (les droits de l'homme, la diversité culturelle, le bien-être par le commerce) tendent à valoir comme des noyaux à intensité constitutionnelle. Il faudrait les lire doublement (exercice très difficile, qui requiert des compétences transdisciplinaires, par exemple, sciences économiques, « cultural studies », sciences juridiques): D'une part, selon leurs *imbrications* comme norme de droit dans l'ordre juridique international (horizontalement), y compris les relations entre les institutions internationales y afférentes (Conseil de l'Europe, UNESCO, OMC), et selon leurs *imbrications* avec les ordres juridiques nationaux (verticalement), voire transnationaux, et d'autre part, selon les intentions ou les visées politiques et utopiques qui les traversent. Ce sont ces « visées » que nous avons essayé d'indiquer ici pour la Convention. A ce titre, nous pouvons retenir au moins quatre indications importantes: 1. Une altérité radicale traverse le monde et les hommes. La figure du sauvage, par laquelle nous avons fait un détour, n'était pas seulement folklorique mais recelait cet enseignement. 2. Les problèmes de définition juridique sont peut-être inévitables. Ils relèvent d'une circularité intrinsèque propre au champ « culture »⁵¹. La

49 Lévi-Strauss, *op. cit.*, p. 485.

50 Voir par exemple, parmi d'autres, le travail de Mireille Delmas-Marty (Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, I, II, III au Seuil et, en cours, sous « laboratoire » http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/index.htm).

51 Le sujet qui veut poser l'objet « culture », étant lui-même culture, ne peut saisir la culture comme objet sans que lui échappe le mouvement par lequel son objet est aussi un sujet. Même plus, la détermination d'un champ d'étude (quel qu'il soit) est *lato sensu* une invention culturelle. C'est cette invention que la culture « saisit » quant elle se pose elle-même comme champ d'étude.

culture ne serait donc pas saisissable. Mais c'est justement peut-être sa valeur. Elle est ce processus même qui permet d'imaginer des issues, de questionner sans cesse nos destinées. 3. Une Convention dont le champ est *lato sensu* « la culture » ne définit pas un champ d'application matériel spécial (qui lui échappe) mais questionne l'Humanité selon des potentialités. C'est du politique par définition. 4. Les interfaces en tension ne sont pas seulement culture *vs.* commerce *contra* culture *avec* commerce (le champ économique ayant envahi le champ culturel ou l'inverse), mais aussi, politique *vs.* culture, ou encore, droit international *vs.* politique. Les textes de doctrine juridique en la matière semble passer d'une interface à l'autre sans réussir à les coordonner (ces interfaces semblent des plateaux qu'on parcourt mais sans comprendre ce qui les relie).

Les questions thématiques soulevées par la Convention ne relèvent donc pas seulement de « choix de société » mais touchent profondément aux valeurs, à la définition même de l'humain. Peut-être est-ce la raison qui fait que la plupart des textes écrits par des juristes sur la Convention semble osciller entre thématique politique et analyse juridique ? Ou bien, ces allers-retours sont-ils des symptômes du politique comme conscience globale, comme gestion de l'Humanité et de ses corollaires, et même comme fabrique « décentralisée » de lois-traités au niveau international (cf., art. 38 chiff. 1 let. d des statuts de la Cour internationale de justice) ?

Enfin, l'interdépendance de tous fait des hommes une immense colonie confinée sur un espace terrestre réduit et perturbé. Alors nous cherchons peut-être moins à savoir ce qui nous relie, en tant qu'il existe des points de comparaison, mais plus à nous défendre. Ce qui fait notre Humanité aujourd'hui, moins qu'une ontologie, c'est une agression: Ce sont les possibilités de vivre encore sur la Terre qui sont conditionnelles. Notre Humanité est définie par ce qui risque de nous détruire, par ce qui fait pression de l'extérieur. Et ce n'est pas seulement la gestion de l'environnement qui pose problème mais la gestion même de l'humain – en tant qu'il est « culture ». Il est certain, qu'au même titre que la diversité biologique, les singularités culturelles, et l'invention de nos humanités, sont possibles seulement si certaines conditions impératives sont données.