

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA PROTECTION DES BIENS CULTURELS EN CAS DE CONFLIT
ARMÉ ET LA BIPOLARITÉ DU DROIT INTERNATIONAL

MÉMOIRE PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA
MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL (L.L.M.)

PAR RÉMI FUHRMANN

MARS 2020

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.10-2015). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

Instead of asking whether the devices were adequate to the problems which they were supposed to solve, it was the general attitude of the internationalists to take the appropriateness of the devices for granted and to blame the facts for the failure. When the facts behave otherwise than we have predicted, they seem to say, too bad for the facts. Not unlike the sorcerers of primitive ages, they attempt to exorcise social evils by the indefatigable repetition of magic formulae. As the League of Nations was a failure, let us have another League. As the first and second Peace Conferences of The Hague did not succeed, let us have a third one. As arbitration never settled a political conflict which otherwise would have led to war, let us have more arbitration for the prevention of war. As the Disarmament Conference was a senseless waste of intellect and time, why not convoke another Disarmament Conference?

Hans J. Morgenthau*

Warfare today takes place in a political and legal context that draws on each phase in the history I have been tracing. Little has been lost. Military action is routinely challenged—and defended—in a rhetoric of “just war” that is hundreds of years old, updated by modern political theories of justice and ethical or religious theories of virtue. The sharp distinctions of nineteenth-century legal thought, confidence in the convergence of legitimate interests, and in the peaceful effects of an expanding global economic and commercial system structured by private ordering, remain vivid in the minds and discourse of international elites considering the legitimacy of warfare. Sixteenth-, seventeenth-, eighteenth-, and nineteenth-century ideas are all still to be found, as arguments which sometimes persuade. They have been joined by innovative twentieth century ways of speaking about the legitimacy of using force— new rules, new principles, and reinterpretations of the earlier traditions.

David Kennedy**

* Hans J. Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law » (1940) 34:2 AJIL 260 à la p 260.

** David Kennedy, *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006 à la p 99.

REMERCIEMENTS

Je souhaite tout d'abord remercier le Professeur Alejandro Lorite qui a bien voulu diriger ce mémoire et m'accompagner dans ce projet. Ses nombreux conseils, avis et réflexions, distillés au cours de nos nombreuses rencontres, ont été d'un apport inestimable pour la rédaction de ce mémoire. Cette direction, ainsi que les trois cours de maîtrise suivis sous son enseignement, ont profondément marqué et influencé ma façon d'aborder et de comprendre la discipline du droit international. Pour tout cela, ainsi que pour le soutien et les encouragements constants, je lui en suis sincèrement reconnaissant.

Je tiens particulièrement à remercier très chaleureusement mes parents qui m'ont toujours encouragé et soutenu dans mes études. Je ne vous remercierai jamais assez pour votre soutien constant, à la fois matériel, moral et affectif, et ce depuis mes débuts à l'université. Un merci tout particulier pour les nombreuses – et promptes – relectures de ce mémoire. Un grand merci à Houda également pour son support et ses nombreuses et minutieuses relectures.

Je tiens également à mentionner mes deux partenaires du concours Pictet, Juliette et Sophie, ainsi que nos deux coachs Andréanne et Mélissa avec qui j'ai pu, en plus de vivre une expérience unique, approfondir – certes différemment – mon intérêt pour le droit international humanitaire.

Pour terminer, je souhaite remercier toutes les personnes au sein de l'UQAM qui ont, de près ou de loin, fait de ma maîtrise (et de tout mon parcours à l'UQAM) un moment extraordinaire. Un merci tout particulier aux personnes présentes au CEDIM qui ont rendu plus agréables ces longues heures de travail et de rédaction.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AAA : American Anthropological Association

CAI/CANI : Conflit armé international/ Conflit armé non-international

CDI : Commission du droit international

CG : Conventions de Genève de 1954

CICR : Comité international de la Croix Rouge

CIJ : Cour internationale de justice

CPI : Cour pénale internationale

CPIJ : Cour permanente internationale de justice

DIDH : Droit international des droits humains

DIH : Droit international humanitaire

DIPC : Droit international du patrimoine culturel

DPI : Droit pénal international

ONU : Organisations des Nations-Unies

OTAN : Organisation du traité de l'Atlantique Nord

PA : Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1954 (PAI et PAII)

PCI : Patrimoine culturel immatériel

PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques

PIDESC : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TSL : Tribunal spécial pour le Liban

UNESCO : Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

RÉSUMÉ

Cette étude se propose d'examiner l'objet du bien culturel dans la dynamique de la fragmentation du droit international afin de comprendre sa protection juridique en cas de conflit armé. Il sera démontré dans cette étude que cette protection du droit international humanitaire (DIH), influencée par des régimes juridiques autres, tels que les droits humains ou le droit international du patrimoine culturel (DIPC), a évolué pour intégrer la dimension humaine du patrimoine culturel. Cette tendance du droit international est à la fois le fruit de l'évolution conventionnelle du droit international, du DIPC notamment, mais aussi des développements jurisprudentiels du droit pénal international au sein du TPIY et plus récemment – et substantiellement – au sein de la CPI avec l'affaire *Al Mahdi*. À ce titre, la notion du bien culturel et du patrimoine culturel qui l'englobe, ainsi que de la protection de ce dernier, représenterait le pôle utopiste du droit international. Cet état de fait serait, *inter alia*, le résultat des biais structurels du DIPC, et par extension, de l'UNESCO, laquelle a calqué ses conceptions du patrimoine culturel et plus largement de la culture au droit international. Toutefois, en replaçant ces évolutions et cet état du droit international concernant la protection des biens culturels en période de guerre dans le cadre du DIH et de ses logiques et fondements historico-philosophiques – lesquels sont apologétiques –, les contradictions internes du droit international, inhérente à la structure bipolaire de ce dernier, surgissent. Si ces deux pôles sont toutefois mutuellement exclusifs comme l'avance Koskenniemi, le DIH – le droit international en général – est à replacer à une juste place, c'est-à-dire de ne pas y voir dedans, que l'on soit critique ou non, un potentiel « salutaire » – présent ou désiré – démesuré. L'approche critique permet donc, non pas de jeter aux oubliettes le droit ou même de le réformer, mais le délimiter, ce qui permet, *in fine*, d'explorer ses potentialités. À ce titre, le DIH, notamment via les biens culturels, porte un discours, qui s'il n'est absolument pas abolitionniste vis-à-vis de la violence, propose une conception – pragmatique ? – de la guerre comme un fait social limité temporellement auquel la notion de permanence ne peut être associée.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	iii
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	iv
RÉSUMÉ	v
Introduction.....	1
Problématique et question de recherche	4
Cadre d'analyse	7
Hypothèses	16
CHAPITRE 1.	
LES BIENS CULTURELS, LA GUERRE ET LA FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL	18
Introduction.....	18
Section 1. La fragmentation du droit international comme point de départ	19
Section 2. La <i>lex specialis</i> : assurer le principe de distinction	24
2.1 Droit de Genève et droit de La Haye, la protection des biens civils	25
2.2 Les premiers développements : biens privés et biens privilégiés.....	27
2.3 Émergence et développement d'une catégorie spéciale	30
2.3.1 Protection contre les hostilités et les effets des hostilités	31
2.3.2 Protection contre les effets de l'occupation	32
2.3.3 Mise en œuvre de la protection	33
2.3.4 Coutume et cyber-guerre.....	35
Section 3 La <i>lex generalis</i> : les biens culturels comme ressource.....	37
3.1 Patrimoine culturel et identité	38
3.2 Participation à la vie culturelle et développement culturel	40

3.3 Les Rapporteuses spéciales des Nations Unies dans le domaine des droits culturels : la destruction du patrimoine comme violation des droits humains	42
Section 4 : Le droit pénal international et les biens culturels : d'un crime contre des biens à un crime contre des personnes.....	44
4.1 L'après-guerre et les destructions et spoliations de l'Allemagne Nazie	45
4.2 La criminalisation des atteintes envers les biens culturels	46
4.3 Le génocide culturel : les leçons oubliées de Raphael Lemkin.....	49
4.4 La destruction de biens culturels : seulement un crime de guerre ?.....	51
Conclusion	54
CHAPITRE 2.	
LE DROIT INTERNATIONAL DU PATRIMOINE CULTUREL : UN RÉGIME JURIDIQUE PLURIEL TRAVERSÉ PAR DIFFÉRENTES APPROCHES.....	56
Introduction.....	56
Section 1 : La rapide coexistence de différentes approches	56
1.1 L'UNESCO et la protection du patrimoine culturel : quel patrimoine ?.....	57
1.2 Approches universelle et nationale : une tension structurante	60
Section 2. Le tournant relativiste : diversité, approche locale et patrimoine immatériel	64
2.1 Le champ de l'anthropologie : une conversion tardive au relativisme.....	65
2.2 L'UNESCO et la diversité culturelle : l'élaboration d'une doctrine.....	67
2.3 De la doctrine au droit	72
Conclusion	78
CHAPITRE 3.	
<i>LEX SPECIALIS ET LEX GENERALIS</i> DANS L'AFFAIRE AL MAHDI.....	80
Introduction.....	80
Section 1. Sortir de la logique du droit international humanitaire.....	82

1.1 Les réparations : une échappatoire ?	82
1.2 Les individus derrière les biens	88
1.3 La Cour pénale internationale et les approches patrimoniales	91
Section 2. Du bon usage de la <i>lex generalis</i>	95
2.1 Le bien culturel en droit international humanitaire : une catégorie autonome ?	95
2.2 Dévoiler les droits subjectifs derrière les biens protégés	102
2.3 Des droits collectifs dans la guerre ?	108
Conclusion	111
CHAPITRE 4.	
ENTRE LÉGITIMATION ET DÉLÉGITIMATION DE LA VIOLENCE : QUELLE PLACE POUR LES BIENS CULTURELS ?	
Introduction.....	113
Section 1. Le paradigme de la guerre juste comme constante historique	115
1.1 De Vitoria et Suárez à la Charte des Nations-Unies : justifier la guerre	116
1.2 Rousseau et le droit international humanitaire : la possibilité d'une critique politique.....	120
1.3 Le droit international humanitaire et la légitimation de la violence militaire	128
Conclusion.....	133
Section 2. La protection des biens culturels dans la guerre : entre illusions, effets pervers et pragmatisme	134
2.1 Protéger les biens culturels : raffiner la guerre en la compartimentant ?	135
2.2 Les États et la <i>bamiyanization</i>	141
2.3 La spécificité des biens culturels: le droit et la transgression	145

2.4 Maintenir la spécificité des biens culturels	150
Conclusion	156
CONCLUSION	159
BIBLIOGRAPHIE	166

Introduction

Le 12 août 1898, le ministre russe des affaires étrangères faisait parvenir un message aux représentants des différentes puissances européennes de l'époque afin de les convier à des pourparlers de paix. Se faisant l'écho des « vues humanitaires et magnanimes » du Tsar Nicolas II, le comte Mouravieff invitait les États européens à une Conférence de la paix, laquelle se tiendrait à La Haye dans l'année 1899¹. Pour le Tsar et son ministre, « [c]ette conférence serait, Dieu aidant, d'un heureux présage pour le siècle qui va s'ouvrir »². Les deux conférences de la paix de La Haye de 1899 et 1907 ont, sous les auspices du Tsar, tout d'abord permis l'adoption de l'ossature actuelle des règles de droit international humanitaire (DIH) relatives aux moyens et méthodes de combat et à la conduite des hostilités³. Si les avancées juridiques ont été notables, le Tsar s'est en revanche révélé être un augure peu clairvoyant. Dix ans après l'adoption de ce qui constitue – encore aujourd'hui – le corps du droit de La Haye (voir *infra* chapitre 1), l'Empire russe et Nicolas II se faisaient emporter par la Première guerre mondiale, qui fût alors, pendant environ 20 ans, la plus meurtrière de l'histoire. La Seconde guerre mondiale ne vint pas davantage confirmer les bons présages que la codification du *jus in bello* devait avoir annoncé. Loin d'être une consécration du DIH, les deux conflits mondiaux sont plutôt venus porter au paroxysme les « calamités de la guerre » – que ce dernier devait pourtant atténuer et limiter⁴. Parmi ces calamités, si les « gueules cassées » ont montré comment la guerre pouvait marquer et mutiler les corps, la destruction et le pillage de monuments, de musées, de bibliothèques ou encore d'objets d'art ont également manifesté comment la guerre pouvait mutiler ce que les

¹ Alexandre Mérignhac, *La Conférence internationale de la paix : étude historique, exégétique et critique des travaux et des résolutions de la conférence de La Haye de 1899*, Paris, A. Rousseau, 1900 à la p 2.

² *Ibid* à la p 3.

³ Pour consulter la majorité des textes adoptés durant les conférences diplomatiques de 1899 et 1907 voir la base de donnée en ligne du CICR : CICR, *Traités, États parties et commentaires*, (en ligne) : <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>>.

⁴ *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre*, 11 décembre 1868, Annuaire de l'Institut de Droit international, Vol.I 1877 aux pp 306-307, au préambule [Déclaration de Saint-Pétersbourg].

hommes et les femmes avaient pu construire, imaginer, inventer ou encore produire. Le DIH avait pourtant, dès l'origine, prévu certaines protections afin de préserver ce que l'on appelle désormais les biens culturels. C'est cette protection particulière, dans le contexte tout aussi particulier de la guerre qui va constituer le large sujet de la présente étude. Dans le cadre plus étendu du droit international, cette protection et cette catégorie seront toutefois approchées à la fois de façon macro – afin de faire ressortir l'approche globale que peut, ou ne peut pas, offrir le droit international – ainsi que de façon micro, en replaçant cette protection singulière dans les logiques propres au régime du DIH.

Le bien culturel comme objet juridique

Si cette protection internationale peut constituer le thème général du travail, il s'agit toutefois de garder à l'esprit que la notion de bien culturel constitue un objet qu'il est important de correctement cerner pour mener à bien cette recherche. La notion de bien culturel, en tant que catégorie, peut sembler, *prima facie*, relativement intuitive et chaque individu ou même communauté trouverait aisé d'inclure de nombreux éléments dans cette dernière. Il convient néanmoins d'avoir à l'esprit qu'il s'agit d'une conception qui peut varier selon les cultures et le contexte historique ou politique, et surtout, qu'il ne s'agit pas d'un concept neutre. L'essor du nationalisme a par exemple fait émerger une certaine conception du bien culturel et lui a surtout assigné un rôle bien particulier dans le processus de construction nationale. Benedict Anderson l'a bien montré lorsqu'il parle de « muséification politique »; les monuments ou autres biens culturels vont alors être répertoriés, reproduits, photographiés et massivement diffusés – notamment dans les manuels scolaires ou sur les timbres – afin d'imprimer une certaine continuité historique ou pour assoir le roman national par exemple⁵. Edward Said a quant à lui montré comment les archéologues (parmi d'autres savants) européens, loin d'être

⁵ Benedict Anderson, *L'imaginaire national : Réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, Paris, La Découverte, 2002 à la p 185.

uniquement des amateurs de biens culturels sous forme de vieilles pierres, ont servi le discours et la politique orientaliste et impérialiste des puissances européennes au Moyen-Orient, notamment lors de l'expédition de Bonaparte en Égypte⁶. Plus récemment, l'exemple du régime fasciste italien de Mussolini peut être mentionné : de nombreux quartiers et monuments de Rome – notamment les vestiges ou ensembles datant du Moyen-âge – ont été rasés pour faire davantage ressortir les vestiges grandioses de la Rome impériale à laquelle s'identifiait le régime⁷. Encore aujourd'hui, la question de la restitution des biens culturels pillés pendant la colonisation demeure un sujet brûlant avec de nombreuses incidences politiques et juridiques⁸.

Lorsque cette notion de bien culturel vient à être transposée en droit, il est dès lors nécessaire de tenir compte du fait qu'il s'agit alors d'un choix politique et que la conception qui a été choisie s'inscrit dans le discours produit par le droit⁹, tandis que d'autres conceptions auraient pu être choisies – et existent en parallèle et pourront exister dans le futur. Il s'agira donc, en filigrane, de déterminer ce que le droit

⁶ Edward Said, *L'Orientalisme : L'Orient créé par l'Occident*, Paris, Éditions du Seuil, 2005 aux pp 152-153.

⁷ Colette Vallat, « Villes neuves de l'Italie fasciste : usage et limites d'un outil de propagande » (2001) 4:2 Histoire urbaine aux pp 163 et 164. Une simple visite de Rome nous permet de voir à quel point les principaux vestiges romains (Colisée, Arcs de triomphe, Forum, Marché de Trajan etc) sont coupés du reste du tissu urbain. Concernant les vestiges du Moyen-âge, l'auteure nous expose qu'en tant que symbole historique « du repli politique et économique de la ville », ces derniers n'avaient pas leur place dans la capitale italienne qui se devait d'être une vitrine pour un régime qui exaltait le souvenir de la Rome impériale.

⁸ La grande diversité de musées comme le Louvre ou le British Museum se mesure en partie par la taille des deux anciens empires coloniaux français et britannique et par l'étendue des spoliations. Pour plus de détails concernant la question de la restitution des biens culturels voir : Corinne Hershkovitch, « La restitution des biens culturels : Fondements juridiques, enjeux politiques et tendances actuelles » (2019) 39 : 1 Ethnologies 103. Pour un cas plus particulier qui permet de mettre en exergue les conséquences politiques et juridiques de la question de la restitution, de la colonisation et de l'occupation, voir le texte de Bernard Duhaime et Camille Labadie sur les manuscrits de la Mer morte, ballottés entre les réclamations palestiniennes, jordaniennes et israéliennes : Bernard Duhaime et Camille Labadie, « Les voyages des manuscrits de la mer Morte : Réflexions sur la restitution des biens culturels et le droit international » (2016) 24 : 2 Théologiques 183 [Duhaime et Labadie].

⁹ Pierre Bourdieu, « La force du droit » (1986) 64 : Septembre Actes de la recherche en sciences sociales 3 à la p 13. Bourdieu présente le droit comme « la forme par excellence du discours agissant, capable, par sa vertu propre, de produire des effets » en ajoutant que le discours du droit « fait le monde social » en même temps qu'il est également le fruit de ce monde social.

international entend par « patrimoine culturel » et par conséquent, ce qu'il entend par « biens culturels », et ce que cela implique, tant en DIH que dans d'autres branches du droit international.

L'étude de l'action de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) et surtout de ses choix politiques et idéologiques, sera alors primordiale compte tenu de son rôle fondamental dans la conception de la culture et du patrimoine dans le champ du droit international. En tant que productrice principale de normes internationales concernant la protection du patrimoine culturel, il sera donc nécessaire de tenter de dégager ce que peut être la vision du monde l'UNESCO et comment cela joue à la fois sur la conception donnée au bien culturel, et *in fine*, comment cela influence les différents régimes du droit international approchant le patrimoine culturel. S'il peut sembler problématique de parler de vision du monde pour une organisation internationale, nous nous attacherons à montrer qu'en dépit du rôle structurant de ses membres, l'UNESCO a développé une identité propre qui influence ses orientations, ses politiques et sa production normative¹⁰.

Problématique et question de recherche

Différents champs se sont saisis assez massivement de la question des biens culturels à partir des conflits de l'ex Yougoslavie. Les destructions de la vieille ville de Dubrovnik ou encore celle du Pont de Mostar ont par exemple été largement

¹⁰ Marie-Claude Smouts, «L'organisation internationale : nouvel acteur sur la scène mondiale ?», dans B. Korany, dir, *Analyse des relations internationales*, Montréal, Gaëtan Morin, 1987 à la p 164. Marie-Claude Smouts avance qu'une organisation internationale «favorise la création de normes, de valeurs, de codes dont l'ensemble forme – une culture, politique, économique, propre à l'organisation».

L'UNESCO est d'ailleurs souvent accusée d'être biaisée. L'accusation a été renouvelée récemment par les États-Unis et Israël concernant la question palestinienne suite à l'annonce de ces deux États de leur retrait de l'organisation. Sans nier que l'organisation puisse être biaisée, la singularité de l'UNESCO et le problème que cela semble poser aurait plutôt à voir avec des orientations plus favorables aux pays du tiers-monde que dans de nombreuses autres organisations internationales. Nous revendiquons le terme tiers-monde, qui malgré la désuétude dans lequel il semble être tombé, continue à véhiculer des réalités actuelles (mieux que le terme de pays moins avancés). Voir à ce propos Immanuel Wallerstein, « C'était quoi le tiers-monde ? », *Le Monde diplomatique*, n°557 (août 2000) à la p 18.

médiatisées, processus qui se répète depuis quelques années avec les destructions dont ont été victimes les patrimoines syrien et irakien¹¹. Le champ du droit international s'est également de plus en plus intéressé à la question et il s'agit aujourd'hui d'un thème de plus en plus étudié. Mais le développement contemporain le plus marquant demeure la tenue du procès *Al Mahdi* au sein de la Cour pénale internationale (CPI) concernant les atteintes subies par le patrimoine de Tombouctou en 2012. Bien que le droit pénal international (DPI) se soit déjà saisi de la question des biens culturels, notamment dans le cadre de l'action du Tribunal pénal pour l'ex Yougoslavie (TPIY) (voir *infra* : chapitre 1), il s'agissait ici du premier procès portant uniquement sur des atteintes à l'égard des biens culturels¹². Les différents documents et phases du procès nous offrent dès lors de nombreux éléments pour appréhender la protection des biens culturels aujourd'hui. Cela donne également la possibilité de saisir les développements ou raisonnements majeurs nés de cette affaire. L'analyse des documents issus des principales phases du procès nous paraît faire ressortir assez largement la question de l'usage ou des références à des régimes autres que le DIH¹³, ce qui détermine une approche basée à l'intersection entre le DIH, le droit international des droits humains (DIDH ou *droits humains* ci-après) et le droit international du patrimoine culturel (DIPC) – approche inscrite par là-même dans la problématique de la fragmentation du

¹¹ On peut relever le cas de la ville antique de Palmyre dont le sort a été largement médiatisé mais aussi approché dans d'autres champs culturels. On peut relever le touchant éloge funèbre consacré à la cité par l'historien spécialiste de la Rome antique Paul Veyne ou encore le roman *Boussole* de Mathias Énard, récipiendaire du Prix Goncourt 2015, qui fait de nombreuses références à Palmyre et à son sort actuel. Paul Veyne, *Palmyre : L'irremplaçable trésor*, Paris, Éditions du Seuil, 2016; Mathias Énard, *Boussole*, Paris, Actes Sud, 2015.

¹² Marie Nicolas, «Le procès de Tombouctou : Un tournant historique ?» (2016) juin R des droits de l'Homme à la p 2 (<https://journals.openedition.org/revdh/2109>). Comme le note très justement l'auteure, le TPIY et la CPI sont les seules juridictions majeures à avoir intégré des dispositions relatives aux biens culturels dans leur statut. Les statuts du Tribunal pénal international pour le Rwanda ou encore du Tribunal spécial pour la Sierra Leone sont muets concernant les atteintes aux biens culturels, comme l'étaient les tribunaux militaires de Tokyo et Nuremberg auparavant. On peut toutefois noter la présence d'une disposition relative aux biens culturels dans la loi nationale cambodgienne de 2001 instituant les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens. Voir à ce propos Jiří Toman, *Les biens culturels en temps de guerre : quel progrès en faveur de leur protection ?*, Paris, Éditions UNESCO, 2015 à la p 893 et s.

¹³ Il s'agit principalement de considérer la phase du jugement et la phase des réparations.

droit international – laquelle se manifeste par « l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes »¹⁴.

La protection des biens culturels est principalement abordée dans la doctrine du DIH, mais aussi dans le cadre de la branche du *International cultural heritage law*, que beaucoup considère comme une branche à part entière du droit international¹⁵. Dans le cadre du DIH, cette protection est en grande majorité étudiée comme un élément autonome s'inscrivant dans le cadre de la protection des biens civils, rendant invisibles les convergences existantes – et nécessaires ? – avec d'autres régimes juridiques¹⁶. Dans le cadre de l'*International cultural heritage law* à l'inverse, la protection en cas de conflit armé si elle est inscrite dans un cadre plus large, paraît toutefois subsidiaire¹⁷. Cette étude se veut donc transversale et tend à montrer comment le DIH et les autres régimes juridiques communiquent. Pour autant, un retour au DIH et à ses logiques sera également la clef de ce mémoire, ce dernier étant partagé entre une partie doctrinale et une partie critique.

¹⁴ Martti Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rap du groupe d'étude de la comm du drt intl, Doc off AG NU, 58^{ème} sess, Doc NU A/CN.4/L.682 (2006) au par 8.

¹⁵ Janet Blake, *International cultural heritage law*, Oxford, Oxford University Press, 2015 à la p 272. En abordant la question des liens entre la protection des biens culturels et les droits humains, l'auteure semble raisonner en comparant et en tentant de faire ressortir les convergences de deux régimes juridiques différents. Loin de nier une telle approche, nous nous attacherons à montrer qu'il s'agit en effet d'un régime juridique à part entière. Voir chapitre 2.

¹⁶ Le précis de Robert Kolb offre par exemple un archétype du traitement des biens culturels dans la doctrine du DIH. Ces derniers sont traités dans le cadre de la protection des biens civils, de façon uniquement technique néanmoins, même si ces derniers jouissent bien souvent d'un traitement plus poussé que les autres biens civils. Robert Kolb, *Ius in bello : Le droit international des conflits armés*, 2^{ème} éd, Bruxelles, Helbing/Bruylant, 2010 aux pp 281 à 284.

¹⁷ Janet Blake. *International cultural heritage law*, Oxford, Oxford University Press, 2015; Craig Forest. *International law and the protection of cultural heritage*, Londres, Routledge, 2012. Dans ces deux monographies assez denses, seulement un chapitre est par exemple consacré particulièrement à la protection des biens culturels en cas de conflit armé dans le livre de Forest, tandis qu'il n'y en a aucun dans celui de Blake.

Dans la relation que peut entretenir le DIH avec d'autres régimes juridiques, tels que les droits humains ou le DIPC concernant la question de la protection des biens culturels, la question peut se poser du degré d'autonomie dont dispose le DIH dans ce domaine. Catégorie créée par un instrument de DIH¹⁸, le bien culturel demeure relativement indéterminé. Dès lors, il apparaît pertinent de se demander si le DIH peut s'appliquer, être appliqué et même interprété – correctement ? – en faisant l'économie d'une approche se situant à l'intersection de plusieurs régimes juridiques. En bref, le DIH peut-il être détaché de son contexte immédiat – l'ensemble des autres règles de droit international approchant la protection du patrimoine. Le cas échéant, le principe interprétatif de la *lex specialis* mis en avant par la CIJ, lequel donne primauté au DIH en cas de conflit armé, pourrait être inopérant ou du moins contre-productif dans le cas de la protection des biens culturels. *In fine*, à partir des considérations précédentes, il s'agira de se demander si la protection des biens culturels, et ce qu'elle signifie, peut s'intégrer et être efficace au sein du DIH, lequel demeure un régime marqué par une dimension de légitimation de la violence.

Cadre d'analyse

Cette étude s'insérant dans la problématique de la fragmentation du droit international, des questions d'interprétation émergent. Il est en effet question ici, en filigrane, de déterminer le sens de la notion de bien culturel en DIH. Pour ce faire, la relation entre ce dernier et d'autres régimes juridiques, mise en exergue par la jurisprudence et notamment l'affaire *Al Mahdi*, sera l'approche privilégiée dans le cadre de cette étude – faisant de cette dernière un travail fondamentalement ancré dans l'interprétation juridique. Les biais structurels, que Martti Koskenniemi présente comme des préférences¹⁹, présents dans ces régimes – notamment dans le DIPC et au sein de la communauté de l'UNESCO – seront à ce titre des éléments à faire ressortir afin de

¹⁸ *Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 14 mai 1954, 249 RTNU 215 (entrée en vigueur : 7 août 1956) à l'art 1.

¹⁹ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p 615 [Koskenniemi, *Apology to Utopia*].

comprendre comment ces derniers influent sur la conception et l'interprétation de la notion de bien culturel.

Théories de l'interprétation

Jean Salmon présente l'interprétation comme étant « une opération intellectuelle tendant à établir le sens d'un ou de plusieurs termes, ou celui de dispositions d'un instrument juridique, notamment d'un traité ou d'une coutume »²⁰. Il faut également, selon nous, avoir à l'esprit ce que nous dit Serge Sur concernant l'interprétation. Pour ce dernier, « interpréter c'est accomplir à coup sûr une activité juridique, même si ce n'est pas seulement ça »²¹. L'interprétation serait plutôt « une notion mixte, comme une charnière entre le droit et la politique »²². Une telle approche demeure nécessaire pour déterminer le sens de la notion du bien culturel, laquelle comme nous allons le voir, navigue dans la fragmentation du droit international.

Étant donné l'importance de l'affaire *Al Mahdi* dans cette étude, il paraît nécessaire de déterminer les raisonnements et les interprétations auxquelles se sont livrés les juges. Ceci a un grand intérêt concernant le sens qui a pu être donné à la protection des biens culturels en DIH, que cela ait été implicite ou explicite. L'action de la Cour se comprendra alors ici comme une interprétation des sources pertinentes pour les appliquer dans le contexte particulier des destructions de biens culturels ayant eu lieu à Tombouctou. Il sera possible, dès lors, de déterminer comment la référence et ou l'usage de règles de droit international pertinentes, mais issues d'un autre régime juridique, peuvent s'avérer nécessaires pour interpréter et appliquer les règles de DIH relatives à la protection des biens culturels. Dans cette perspective, selon une « conception sceptique – l'interprétation » serait « un acte de volonté [...] compte tenu de l'indétermination du langage normatif qui contraint à faire des choix quant à la

²⁰ Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p 603 [Jean Salmon].

²¹ Serge Sur, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974 à la p 68.

²² *Ibid* à la p 69.

signification d'une disposition »²³. Un tel raisonnement pourra alors nous permettre de déterminer la volonté des juges, le projet, mais surtout les conséquences, voulues ou non, sur la compréhension de la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

À cet égard, la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 nous offre un cadre d'analyse particulièrement pertinent avec les articles 31 et 32²⁴. L'article 31 prévoit que l'interprétation des « termes du traité » doit être faite « dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »²⁵. En interprétant les différentes règles pertinentes pour notre sujet à la lumière de leur objet, de leur contexte et de leur but, on ouvre alors, entre autre, potentiellement la voie à certaines interprétations téléologiques²⁶. En prenant effectivement en considération les finalités d'une disposition ou d'un traité, il devient alors plus aisé de mettre en lumière les convergences entre différents régimes juridiques lorsque cela vient à être nécessaire pour sa compréhension ou son application. La signification de la notion de patrimoine culturel en droit international est d'ailleurs potentiellement à même de nous éclairer sur les finalités de la protection desdits biens culturels. L'article 32 permet quant à lui d'avoir recours à des « moyens complémentaires d'interprétation » si le résultat de l'application de l'article 31 « laisse le sens ambigu ou obscur ou [...] conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable »²⁷. Outre les travaux préparatoires, les « circonstances dans lesquelles le traité a été conclu »²⁸ peuvent être utilisées, ce qui ouvre la voie à une interprétation qui s'ancre dans l'historique politique et ou intellectuel du moment. L'analyse de la jurisprudence, constitue – et constituera

²³ Pierre Brunet. « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative » (2011) 2 RGDIIP à la p 4.

²⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 29 mai 1969, 155 RTNU 331 (entrée en vigueur: 27 janvier 1980) [Convention de Vienne 1969].

²⁵ *Ibid* à l'art 31.

²⁶ Salmon, *supra* note 20 à la p 607. Jean Salmon définit l'interprétation téléologique comme suit : « expression doctrinale qualifiant les méthodes qui prennent en considération soit le but assigné par les parties à la disposition en cause ou au traité pris dans son ensemble, soit les finalités de celui-ci dégagées par l'interprète – de manière éventuellement évolutive ».

²⁷ Convention de Vienne 1969, *supra* note 24 à l'art 32.

²⁸ *Ibid*.

dans ce mémoire – un moyen complémentaire non négligeable. Ces outils d'interprétation s'avèrent toutefois limités, surtout s'ils sont utilisés de manière autonome. Cela nous amène à enrichir cette démarche, notamment pour la production normative de l'UNESCO, d'autres approches théoriques, lesquelles complètent efficacement les outils d'interprétation présentés.

Communautés épistémiques et autorité scientifique

Le concept des communautés épistémiques tire son origine dans les approches constructivistes des relations internationales. En ayant à l'esprit que « la démarche constructiviste s'intéresse essentiellement aux compréhensions et aux représentations que les agents sociaux se font du monde »²⁹, on peut dès lors faire le lien avec certains pans de la présente étude. En effet, les représentations du monde véhiculées par l'UNESCO – et la façon dont elles se construisent – jouent un très grand rôle dans l'existence et la forme des normes internationales relatives aux biens culturels. De surcroît, l'approche constructiviste présente également « la culture, le langage et les idées » comme « autant d'éléments intersubjectifs producteurs de normes, de règles et d'institutions »³⁰. De fait, les normes et règles produites sous l'égide de l'UNESCO (bien qu'en dernier lieu ce soit les États qui concluent les traités du moins), peuvent être comprises en suivant une telle logique, et ce afin d'en extraire le sens et les implications en droit international. De plus, la volonté d'étudier le droit comme un fait social n'entre pas en contradiction avec le constructivisme, dont « la prémisse ontologique centrale » tend à considérer « toute réalité » comme « socialement construite »³¹. La nécessité de protéger les biens culturels, la notion de biens qui méritent le qualificatif de culturel, sont autant d'éléments construits socialement, selon

²⁹ Isabelle Masson, « Constructivisme » dans Alex Macleod, dir, *Relations internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna Éditions, 2008 à la 45.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Dan O'Meara, « Le constructivisme », dans Alex Macleod et Dan O'Meara, dir, *Théories des relations internationales : Contestations et résistances*, Outremont, Athéna Éditions, 2010 à la p 246.

certaines conceptions, approches, visées, et qui ont dès lors des répercussions sur le droit³².

Ce concept de « communautés épistémiques », développé par Emmanuel Adler et Peter Hass, deux constructivistes très influents, s'avère utile pour aborder le rôle de l'UNESCO. Peter Hass présente une communauté épistémique de la manière suivante : « [a]n epistemic community is a network of professionals with recognized expertise and competence in a particular domain and an authoritative claim to policy-relevant knowledge within that domain or issue-area »³³. À cet égard, comme le note très justement Jutta Brunnée et Stephen Toope, « the critical question is how the shared knowledge generated within an epistemic community comes to be embraced by decision-makers or a wider public »³⁴. Cette question s'avère être d'une grande pertinence lorsque l'on sait que « les communautés épistémiques ont souvent une influence sur de nombreux aspects de la politique, que ce soit au niveau de la création de nouvelles politiques ou de régulations »³⁵.

En considérant l'UNESCO au-delà d'une simple organisation dans laquelle seuls les États membres agissent, nous proposons de l'appréhender comme une organisation qui voit ses choix déterminés, ou au moins influencés en grande partie, par des experts, chercheurs qui ont collaboré avec cette dernière – les anthropologues dans notre cas. À ce titre, l'influence de l'œuvre et la pensée de Claude Lévi-Strauss – qui fut dans la période post-1945 une des figures, si ce n'est la figure dominante du champ

³² Pour une étude approfondie de l'apport des théories constructivistes au droit international voir : Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « Constructivism and International Law » dans Jeffrey L. Dunoff et Mark A. Pollack (dir), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations : The State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 aux pp 119-145.

³³ Peter M. Hass, « Epistemic Communities and International Policy Coordination » (1992) 46:1 *Intl Organizations* 1 à la p 3.

³⁴ Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 à la p 60.

³⁵ Morgan Meyer et Susan Molyneux-Hodgson, « Communautés épistémiques : une notion utile pour théoriser les collectifs en sciences ? » (2011) 1 : 18 *Terrains et travaux* 141 à la p 141.

anthropologique³⁶ – sur le travail et la production normative de l'UNESCO, constitue un objet d'étude important dans une perspective d'interprétation.

Si l'UNESCO sera en partie appréhendée comme offrant à la communauté épistémiques des anthropologues un espace d'influence politique et *in fine* juridique, cette relation entre l'Organisation et la communauté doit toutefois se concevoir de manière dialectique. Dans cette perspective, le concept d'« autorité scientifique » développé par Pierre Bourdieu s'avère pertinent. Présentant le champ scientifique comme un espace de lutte, Bourdieu expose ce qu'il entend par autorité scientifique dans un tel contexte :

Le champ scientifique [...] est le lieu (c'est-à-dire l'espace de jeu) d'une lutte de concurrence qui a pour enjeu spécifique le monopole de l'autorité scientifique inséparablement définie comme capacité technique et comme pouvoir social, ou si l'on préfère, le monopole de la compétence scientifique, entendue au sens de capacité de parler et d'agir légitimement (c'est-à-dire de manière autorisée et avec autorité) en matière de science, qui est socialement reconnue à un agent déterminé³⁷.

Ce monopole de la compétence scientifique, dont Lévi-Strauss est le plus éminent représentant dans le champ anthropologique, peut également être approché dans une perspective d'instrumentalisation et de légitimation. Si la communauté épistémique des anthropologues a pu instrumentaliser l'UNESCO pour influencer les décisions politiques au sein de cette dernière, l'autorité scientifique que pouvait représenter l'anthropologie avec un représentant comme Lévi-Strauss a également permis à l'UNESCO de légitimer son discours politique, et par la même, sa production normative. Cette dialectique présenterait donc une relation symbiotique, mutuellement profitable, à la fois à l'UNESCO comme espace d'expression voyant son action

³⁶ Jacques Derrida, *De la grammatologie*, Paris, Éditions de Minuit, 1967 aux pp 148 et 151-154. Eduardo Viveiros de Castro avance à ce titre que Lévi-Strauss fut « le grand médiateur de l'anthropologie du xxe siècle » et que ce dernier a « réinventé l'anthropologie » : Eduardo Viveiro de Castro et Marc Kirsch, « Claude Lévi-Strauss vu par Eduardo Viveiros de Castro » (2008) 2 La Lettre du Collège de France 34 à la p 34.

³⁷ Pierre Bourdieu, « Le champ scientifique » (1976) 2 : 2-3 Actes de la recherche en sciences sociales 88 à la p 89.

légitimée par la communauté épistémique de l'anthropologie, laquelle influence à son tour les décisions politiques.

Indétermination du droit

Ce travail d'interprétation découle logiquement de l'indétermination du droit. L'indétermination du langage normatif a depuis longtemps été reconnue. D'éminents positivistes comme John Austin, Hans Kelsen et H.L.A Hart³⁸, ou même le « néogrotien »³⁹ Hersh Lauterpacht⁴⁰, ont rapidement reconnu et étudié le caractère indéterminé que pouvait revêtir la règle de droit. Hart a d'ailleurs illustré cette indétermination à l'aide de son fameux exemple du parc dans lequel les véhicules seraient interdits : face à l'indétermination du terme « véhicule », Hart se demande alors si, en plus des voitures, les bicyclettes, les patins à roulettes, les voitures en jouet ou même les avions peuvent être touchés par l'interdiction⁴¹. En somme, que ce soit chez Austin, Kelsen ou Hart, « les éléments les plus importants de l'indétermination du droit » demeurent « les lacunes et les ambiguïtés langagière des règles »⁴². Comme le note toutefois Rémi Bachand, « en raison du postulat fondamental du positivisme analytique qui exige que l'on sépare le *droit tel qu'il est* du *droit tel qu'il devrait être*, les trois auteurs [...] ont été très peu explicites sur l'identification [des] variables extra-juridiques » que ces derniers avaient toutefois considéré nécessaires pour l'exercice interprétatif⁴³. Si les outils interprétatifs de la Convention de Vienne ne résolvent pas

³⁸ Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, Neuchâtel, Éditions de la Bacconière, 1953 aux pp 136-138; H. L. A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals » (1958) 71:4 Harv L R 593 aux pp 606 et s [Hart, Law and Morals]; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd éd (1994), Oxford, Clarendon Press, 1961 aux pp 127 et s. Pour une étude approfondie des approches de ces trois auteurs sur l'indétermination du droit et l'interprétation, voir : Rémi Bachand, « L'indétermination et l'interprétation chez les positivistes analytiques : un échange avec Austin, Kelsen, Hart et... Dworkin » (2005) 37 : 1 Ottawa L R 35 [Bachand, Indétermination et interprétation].

³⁹ Rémi Bachand, « La critique du droit international : réflexions autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19 : 2 RQDI 1 à la p 5.

⁴⁰ Hersh Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Oxford University Press, 1933 (éd 2011) à la p 263.

⁴¹ Hart, Law and Morals, *supra* note 38 à la p 607.

⁴² Bachand, Indétermination et interprétation, *supra* note 38 à la p 46.

⁴³ *Ibid* à la p 70.

nécessairement ce problème, nous espérons que l'approche interdisciplinaire, qui est en partie la nôtre, permettra tout de même de combler ces lacunes – notamment via l'étude de l'impact du contexte historique et intellectuel sur le contenu des normes internationales liées au patrimoine. À ce titre, les trois premiers chapitres de cette étude reposeront sur une analyse positiviste du droit international, en tentant toutefois de compléter les outils d'interprétation classiques mis à disposition par ce dernier.

L'indétermination du droit international a également été abordée dans une autre perspective par des auteurs associés au mouvement des *critical legal studies*, particulièrement David Kennedy et Martti Koskenniemi. Chez ces auteurs, plus que l'indétermination linguistique, c'est le système même du droit international qui est indéterminé. À ce titre, Rémi Bachand a bien résumé comment ces deux auteurs appréhendaient la structure du droit international :

[c]e que Kennedy et Koskenniemi cherchent à faire remarquer, c'est que pour chaque règle, principe ou argument évoqué par une partie peut généralement se voir opposer une contre règle, un contre-principe ou un contre-argument de la partie adverse⁴⁴.

L'indétermination du droit international présenterait donc la caractéristique d'être un espace dans lequel il est possible de défendre différents projets plus ou moins contradictoires, le bon juriste étant capable de défendre la position qu'il estime la plus à même de faire avancer ledit projet. À ce propos, David Kennedy appréhende le droit international de la manière suivante :

[i]nternational law is not a bundle of rules governing relations among states. International law is a profession, a discipline, in which people [...] pursue projects, projects of affiliation and disaffiliation, of commitment and aversion, of power and submission-pursue them in a shared vocabulary, through the apparatus of shared professional practices and institutions⁴⁵.

Martti Koskenniemi continue dans la même lancée dans son ouvrage *From Apology to Utopia* et met en exergue cette structure particulière du droit international qui laisse le

⁴⁴ Rémi Bachand, *Les Subalternes et le Droit International*, Paris, Pedone, 2018 à la p 124 [Bachand, Subalternes].

⁴⁵ David Kennedy, « Tom Franck and the Manhattan School » (2003) 35:2 NYU J Intl L 397 aux pp 398-399.

champ ouvert aux juristes – talentueux – de soutenir une infinité de discours et de faire avancer tout autant de projets :

It follows that it is possible to defend any course of action – including deviation from a clear rule – by professionally impeccable legal arguments that look from rules to their underlying reasons, make choices between several rules as well as rules and exceptions, and interpret rules in the context of evaluative standards. The important point I wish to make in *From Apology to Utopia* is not that all of this should be thought of as a scandal or (even less) a structural “deficiency” but that indeterminacy is an absolutely central aspect of international law’s acceptability⁴⁶

La position de Koskenniemi repose sur le fait que le droit international est partagé entre deux pôles, cela permettant notamment de défendre à la fois tout et son contraire. Le spectre du droit international serait donc divisé en deux extrémités, l’une contenant des règles apologétiques, tandis que l’autre contiendrait des règles utopistes. Les règles apologétiques, ancrées dans la souveraineté étatique, seraient déterminées par le comportement, la volonté et l’intérêt des États, alors que les règles utopistes seraient inspirées de considérations morales de justice, de progrès et d’intérêt commun allant au-delà des considérations étatiques⁴⁷. Toutefois, ces « two patterns – or sets of arguments – are both exhaustive and mutually exclusive », entraînant ce que Koskenniemi nomme les dynamiques de contradiction :

The requirement of concreteness related to the need to verify the law’s content not against some political principles but by reference to the concrete behaviour, will and interest of States. The requirement of normativity related to the capacity of the law to be opposable to State policy. But these requirements tended to overrule each other⁴⁸.

Ces contradictions, inhérentes à la structure indéterminée du droit international, et les deux pôles de ce dernier, constituent finalement la structure de la présente étude. Si la partie doctrinale de ce mémoire (chapitre 1, 2, 3) tend à démontrer comment certaines règles ou logiques utopistes – à « haut contenu normatif »⁴⁹ – ont été mises en avant au sein du droit international concernant la protection des biens culturels, l’approche

⁴⁶ Koskenniemi, *Apology to Utopia*, *supra* note 19 à la p 591.

⁴⁷ *Ibid* à la p 59.

⁴⁸ *Ibid* à la p 58.

⁴⁹ Bachand, *Subalternes*, *supra* note 44 à la p 124.

critique adopté dans le chapitre 4 pointe les contradictions de cet état de fait dans le contexte du DIH, ce dernier demeurant largement apologétique.

Hypothèses

Cette étude se propose d'examiner l'objet du bien culturel dans la dynamique de la fragmentation du droit international afin de comprendre sa protection juridique en cas de conflit armé. Il sera démontré dans cette étude que cette protection du DIH, influencée par des régimes juridiques autres tels que les droits humains ou le DIPC, a évolué pour intégrer la dimension humaine du patrimoine culturel. Cette tendance du droit international est à la fois le fruit de l'évolution conventionnelle du droit international, du DIPC notamment, mais aussi des développements jurisprudentiels du droit pénal international au sein du TPIY et plus récemment – et substantiellement – au sein de la CPI avec l'affaire *Al Mahdi*. À ce titre, la notion du bien culturel et du patrimoine culturel qui l'englobe, ainsi que de la protection de ce dernier, représenterait le pôle utopiste du droit international. Cet état de fait serait, entre autre, le résultat des biais structurels du DIPC, et par extension, de l'UNESCO, laquelle a calqué ses conceptions du patrimoine culturel et plus largement de la culture au droit international. Toutefois, en replaçant ces évolutions et cet état du droit international concernant la protection des biens culturels en période de guerre dans le cadre du DIH et de ses logiques et fondements historico-philosophiques – lesquels sont apologétiques –, les contradictions internes du droit international, inhérente à la structure bipolaire de ce dernier⁵⁰, surgissent. Si ces deux pôles sont toutefois mutuellement exclusifs comme l'avance Koskenniemi⁵¹, le DIH – le droit international en général – est à replacer à une juste place, c'est-à-dire de ne pas y voir dedans, que l'on soit critique ou non, un potentiel « salutaire » – présent ou désiré – démesuré. À cet égard, l'approche critique permet, non pas de jeter aux oubliettes le droit ou même d'en proposer une réforme, mais le délimiter, ce qui permet, *in fine*, d'explorer ses potentialités. À ce titre, le DIH,

⁵⁰ Koskenniemi, *Apology to Utopia*, *supra* note 19 à la p 58.

⁵¹ *Ibid.*

notamment via les biens culturels, porte un discours, qui s'il n'est absolument pas abolitionniste vis-à-vis de la violence, propose une conception – pragmatique ? – de la guerre comme un fait social limité temporellement auquel la notion de permanence ne peut être associée.

Le premier chapitre abordera donc la protection des biens culturels dans la dynamique de la fragmentation en présentant comment le DIH, les droits humains et le droit pénal international appréhendent une telle protection. L'affirmation de la dimension humaine du patrimoine culturel – rendre visible le caractère relationnel entre le patrimoine et les individus – ressortira déjà de cette analyse, les droits humains et la jurisprudence du TPIY ayant mis en exergue un tel état de fait. Cela sera toutefois poursuivi dans le deuxième chapitre qui se concentrera plus précisément sur le DIPC en tant que régime juridique à part entière, traversé par des biais structurels, découlant notamment de l'UNESCO et de l'influence de l'anthropologie sur la production normative de cette dernière. Il sera principalement question de déterminer les approches patrimoniales de l'UNESCO, et par extension, du DIPC, ce qui ultimement, amène à déterminer les porteurs du patrimoine. Le chapitre 3 quant à lui sera une analyse de l'affaire *Al Mahdi*, laquelle vient confirmer, et en quelques sortes cristalliser, les évolutions et l'état du droit international exposé dans les deux chapitres précédents. À ce titre, en tant qu'interprétation la plus substantielle et exhaustive pour le sujet qui nous intéresse, cette affaire permettra de préciser la nature de l'objet du bien culturel, ainsi que sa protection en DIH. Enfin, le chapitre 4 viendra replacer cette protection des biens culturels dans le cadre du DIH. Les fondements historico-philosophiques de ce derniers seront donc examinés afin de faire ressortir, *in fine*, comment la protection des biens culturels peut s'inscrire dans un discours de légitimation de la violence produisant des effets pervers. Cette protection des biens culturels sera toutefois replacé à sa juste place, afin de mesurer son intérêt dans un DIH que nous allons nous efforcer de contenir dans les délimitations qui sont les siennes.

Chapitre 1. Les biens culturels, la guerre et la fragmentation du droit international

Introduction

Si le patrimoine paraît bien souvent vulnérable pendant les conflits armés, le droit international n'est pourtant pas muet sur la question. Au contraire, différents régimes juridiques approchent, de différentes manières, la protection des biens culturels dans la guerre. Alors que le DIH contient de nombreuses normes protégeant les biens culturels, sa criminalisation en droit pénal international (DPI) ainsi que certaines normes de droits humains offrent un paysage juridique relativement fourni à ce sujet. Ce mémoire s'insère de fait dans le cadre de la fragmentation du droit international, l'objet juridique du bien culturel étant appréhendé de manière diverse par ce dernier.

Si ce mémoire est à bien des égards un travail cherchant à mettre en exergue les convergences et la potentielle unité existant entre les différents régimes gravitant autour des biens culturels, il convient avant tout d'exposer de quelle façon la fragmentation se manifeste concernant la protection des biens culturels dans la guerre. À ce titre, il s'agit là d'une étape nécessaire pour se lancer ensuite dans un travail d'interprétation de l'objet du bien culturel en droit international. Aborder la relation entre le DIH et les droits humains relativement aux biens culturels implique de prime abord de les approcher séparément, le rôle assigné à l'objet du bien culturel étant différent selon le régime.

Dès lors, comprendre le phénomène de la fragmentation constituera la première étape de ce chapitre. À ce titre, il s'agira de mieux saisir les problématiques liées au travail d'interprétation qui vont ici retenir notre attention, notamment la relation entre *lex specialis* et *lex generalis* – question que la fragmentation du droit international a mis sur le devant de la scène. La protection des biens culturels par le DIH, puis par les droits humains sera ensuite abordée. Enfin, la perspective du DPI sur la question sera l'occasion de mettre en lumière ce que la fragmentation peut amener comme limite à une compréhension effective du sens et de la portée des biens culturels.

Section 1. La fragmentation du droit international comme point de départ

La fragmentation du droit international, que Martti Koskenniemi et Päivi Leino qualifient d'anxiétés postmodernes⁵², bien que largement discutée, demeure toutefois un sujet relativement nouveau. Avant 2000, le terme était en effet peu présent dans la doctrine, avant toutefois que la Commission du droit international (CDI) ne vienne inscrire la question à son ordre du jour en 2002⁵³. À la 55^{ème} session de la CDI, cette dernière a ainsi nommé Martti Koskenniemi à la tête d'un groupe d'étude chargé de discuter certains aspects liés à la fragmentation du droit international⁵⁴. Depuis, la question de la fragmentation est devenue un « classique » au sein du champ du droit international.

Dans son rapport destiné à la CDI, Martti Koskenniemi présente « [la] fragmentation en tant que phénomène »⁵⁵ comme suit :

L'une des caractéristiques de la modernité internationale tardive réside dans ce que les sociologues appellent la « différenciation fonctionnelle », c'est-à-dire la spécialisation croissante de parties de la société et, partant, leur autonomisation. [...] Paradoxe bien connu de la normalisation, alors qu'elle s'est traduite par une uniformisation croissante de la vie sociale à travers le monde, elle a aussi entraîné une diversification croissante, c'est-à-dire l'émergence de domaines d'action sociale et de structures spécialisés et relativement autonomes⁵⁶.

Dans le champ du droit international, cette fragmentation s'est alors traduite de la façon suivante :

⁵² Martti Koskenniemi et Päivi Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties » (2002) 15 : 3 *Leiden J Intl L* 553 à la p 553 [Koskenniemi et Leino].

⁵³ Olivier Corten et al, *Une introduction critique au droit international*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017 à la p 571 [Corten et al].

⁵⁴ Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international : Cinquante-septième session, Doc off AG NU, 57^{ème} sess, Doc NU Supplément no 10 A/60/10 (2005) au par 440. [Rapport CDI fragmentation].

⁵⁵ Martti Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rap du groupe d'étude de la comm du drt intl, Doc off AG NU, 58^{ème} sess, Doc NU A/CN.4/L.682 (2006) à la p 10 [Koskeniemmi, Rapport CDI].

⁵⁶ *Ibid* au par 7.

La fragmentation de la société internationale a pris de l'importance au plan juridique d'autant qu'elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes. Ce qui semblait à un moment donné réglementé par le «droit international général» relève désormais du champ d'application de régimes spécialisés [...] dont chacun possède ses propres principes et institutions. Le problème, de l'avis des juristes, tient à ce que l'élaboration d'un droit et la création d'institutions aussi spécialisés tendent à plus ou moins méconnaître l'activité législative et institutionnelle qui se déploie dans des domaines voisins et les pratiques et principes généraux de droit international. D'où des conflits entre règles ou ensembles de règles, des pratiques institutionnelles divergentes, voire même peut-être la perte d'une perspective globale du droit⁵⁷.

Cette question de la fragmentation a dès lors très vite été vue comme un problème par différents présidents de la CIJ au début des années 2000⁵⁸. Cette anxiété concerne particulièrement la fragmentation «substantielle» et la fragmentation «institutionnelle»⁵⁹. Alors que la première concerne la production «de décisions contradictoires mais d'autorité égale en droit international émanant de cours et tribunaux», la seconde concerne «l'expansion depuis les années 1980 du nombre de cours et tribunaux internationaux dotés de juridictions concurrentes»⁶⁰. Les inquiétudes émanant de la CIJ méritent toutefois d'être relativisées. Plus que le droit international, c'est davantage le rôle de la CIJ qui a pu être mis à mal par le phénomène de la fragmentation. Les interprétations divergentes entre la CIJ et le TPIY concernant la responsabilité étatique pour des actes perpétrés par des groupes privés illustrent parfaitement cette lutte «pour incarner l'interprétation correcte du droit international»⁶¹. Si en 1986 la CIJ avait choisi le critère assez contraignant du «contrôle effectif» pour déterminer si les actes des Contras au Nicaragua pouvaient être imputés aux États-Unis⁶², le TPIY avait en 1999 choisi le critère plus souple du «contrôle global», affirmant au passage que le critère choisi par la CIJ ne semblait

⁵⁷ *Ibid* au par 8.

⁵⁸ Koskeniemi et Leino, *supra* note 52 aux pp 553-555.

⁵⁹ James Crawford, *Hasard, ordre et changement : le cours du droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2015 à la p 234 [James Crawford].

⁶⁰ *Ibid*.

⁶¹ Corten et al, *supra* note 53 à la p 572.

⁶² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Jugement, [1986] CIJ Rec 14 à la p 65, par 115 [CIJ, Nicaragua].

« pas convaincant »⁶³. En 2007, la CIJ réaffirmait encore une fois sa position, critiquant à son tour le raisonnement du TPIY⁶⁴. Elle y affirmait notamment que le TPIY s'était « intéressé à une question dont l'examen n'était pas nécessaire pour l'exercice de sa juridiction »⁶⁵. Cette concurrence s'apparente davantage à une querelle de chapelle qu'à une réelle préoccupation pour la santé et l'avenir du droit international. Jouissant d'un statut privilégié – sa jurisprudence étant bien souvent enseignée comme étant l'interprétation correcte du droit international – la CIJ paraît davantage voir dans le TPIY une menace à son autorité morale plutôt qu'une menace pour le droit international. S'il est tout à fait légitime que la CIJ puisse avoir une interprétation différente du TPIY sur cette question, considérer que ce dernier s'est intéressé à un sujet dépassant son « domaine spécifique de compétence »⁶⁶ s'avère en revanche fallacieux. En effet, déterminer le niveau de contrôle d'un État sur un groupe armé non-étatique est une question cruciale pour l'exercice de la compétence du TPIY, cela déterminant dans certains cas la nature du conflit – CAI ou CANI – et *in fine*, le droit applicable. Dès lors, la menace de cette « prolifération » des courts et tribunaux – qui n'est pas un terme neutre comme le note justement Alain Pellet⁶⁷ – doit être replacée en dehors de ces luttes pour le monopole de l'interprétation juridique légitime. Georges Abi-Saab offre à ce sujet un éclairage important :

Of course, proliferation is extremely dangerous when we speak of lethal weapons of mass destruction. But it is a totally different matter when we speak of tribunals or other lawdetermining agencies in a system that has notoriously suffered, throughout its existence, from the dearth (not to say lack) of objective determinations⁶⁸.

⁶³ *Le Procureur C. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Arrêt (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) au par 115.

⁶⁴ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Jugement, [2007] CIJ Rec 43.

⁶⁵ *Ibid* au par 403.

⁶⁶ *Ibid*.

⁶⁷ Alain Pellet, « Should we (still) Worry about Fragmentation? » dans Andreas Follesdal et Geir Ulfstein (dir), *The Judicialization of International Law: A Mixed Blessing?*, Oxford, Oxford University Press, 2018 à la p 228 [Alain Pellet].

⁶⁸ Georges Abi-Saab, « Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks » (1999) 31:4 J Intl L Politics 919 à la p 925.

Le terme « multiplication » qu'Alain Pellet préfère à « prolifération », s'il ne permet pas nécessairement d'approcher de façon plus « neutre » ce phénomène, permet malgré tout de ne pas le voir comme un danger mais davantage comme une « bonne fortune »⁶⁹. Plus qu'un problème ou même une nouveauté potentiellement incontrôlable, la fragmentation serait plutôt logique « dans une société décentralisée sans législateur régulier, la production du droit se fait par pièces qui ne se joignent pas en un tout cohérent »⁷⁰. La fragmentation pourrait donc n'être, comme l'avance James Crawford, « pas grand-chose de plus que les retombées d'un système murissant de droit, bien que ce dernier soit dépourvu d'intégration verticale »⁷¹.

Ce phénomène de la fragmentation, lequel ne sera pas appréhendé comme un problème ou une menace, mais davantage comme un fait, sera dans ce travail d'un intérêt particulier concernant la question du développement de régimes spécialisés et la dichotomie entre le droit spécial (*lex specialis*) et le droit général (*lex generalis*). L'émergence de régimes spécialisés de plus en plus complets avec leurs logiques propres entraîne de potentiels « conflits normatifs », lesquels sont bien souvent analysés en opposant « le caractère général et le caractère spécial des normes en conflit »⁷². Dès lors, le principe *lex specialis derogat lege generali* (principe de la *lex specialis*), selon lequel « le droit spécial déroge au droit général, est généralement accepté en tant que règle d'interprétation juridique et technique pour le règlement des conflits normatifs »⁷³. Ce principe établit donc une hiérarchie entre les normes, la « règle la plus spécifique » devant l'emporter sur la « règle générale »⁷⁴. Toutefois,

⁶⁹ Alain Pellet, *supra* note 67 à la p 228. Ce dernier fait ici référence à la formule utilisée par Mohammed Bedjaoui.

⁷⁰ Robert Kolb, *Théorie du droit international*, 2^{ème} éd, Bruxelles, Bruylant, 2013 à la p 239.

⁷¹ James Crawford, *supra* note 59 à la p 253.

⁷² Koskenniemi, Rapport CDI, *supra* note 55 au par 47.

⁷³ *Ibid* au par 56.

⁷⁴ *Ibid*.

cette relation entre la généralité et la spécialité ne peut se comprendre dans l'abstrait, une règle étant générale ou spéciale qu'en « relation avec une autre règle »⁷⁵.

Dans le cadre de la relation entre le DIH et les droits humains, ce principe de la *lex specialis* s'est très vite révélé comme étant « the ultimate expression of the relationship between them in practice »⁷⁶. En effet, dans l'avis consultatif *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ a présenté le DIH comme la *lex specialis* alors que les droits humains constituaient la *lex generalis*⁷⁷. Dès lors, si ces derniers demeuraient applicables en cas de conflit armé, ils devaient toutefois être interprétés à la lumière du DIH⁷⁸. En l'espèce, il s'agissait de savoir si le droit à la vie contenu à l'article 6 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* pouvait s'appliquer en cas de conflit armé⁷⁹. La CIJ a alors affirmé qu'il appartenait néanmoins au DIH, la *lex specialis*, « de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie »⁸⁰. La CDI a d'ailleurs confirmé ce principe interprétatif, en affirmant que les droits humains devaient effectivement « être appliqués conformément au droit des conflits armés »⁸¹. Érigé en tant qu'orthodoxie au niveau du droit international, ce principe peut toutefois être discuté, notamment concernant le DIH. Tout d'abord, cela peut donner l'impression qu'en cas de conflit armé, peu importe le sujet, le DIH est toujours le mieux outillé. De plus, il peut s'avérer problématique de mettre en avant un tel principe en se basant sur un exemple aussi restreint que celui du droit à la vie. Le DIH portant en grande partie sur qui et comment il est légitime de tuer, il est alors assez

⁷⁵ *Ibid* au par 105.

⁷⁶ Alejandro Lorite Escorihuela, « Humanitarian Law and Human Rights Law: The Politics of Distinction » (2011) 19:2 Mich. St. Int'l L Rev 299 à la p 365 [Alejandro Lorite Escorihuela].

⁷⁷ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] CIJ rec 226 au par 25 [Licéité armes nucléaires].

⁷⁸ *Ibid*.

⁷⁹ *Ibid*.

⁸⁰ *Ibid*.

⁸¹ Rapport CDI fragmentation, *supra* note 54 au par 172.

aisé de voir comment ce dernier peut déterminer ce que constitue une privation arbitraire de la vie selon ses logiques propres.

Comme le note Martti Koskeniemi, « le conflit normatif est endémique en droit international »⁸². La fragmentation qui n'épargne pas non plus la protection des biens culturels, ne sera alors pas analysée comme un problème à régler. Il s'agira davantage de comprendre comment la relation entre les différents régimes approchant la protection des biens culturels peut permettre une collaboration efficace entre ces derniers et potentiellement démontrer un mûrissement du droit international sur la question. Il ne sera pas non plus question de remettre en cause le fait que le DIH demeure la *lex specialis* relativement à la protection des biens culturels en cas de conflit armé. En revanche la priorité interprétative donnée au DIH par le principe de la *lex specialis* ne sera pas ici considéré comme une panacée⁸³. Parlant différemment mais sur un même sujet, il conviendra donc dans ce chapitre de présenter comment les DIH, les droits humains ainsi que le DPI approchent la protection des biens culturels.

Section 2. La *lex specialis* : assurer le principe de distinction

La protection des biens culturels dans la guerre est relativement ancienne. Concrètement elle fait partie du DIH depuis les origines, ce dernier étant par ailleurs la première branche du droit international à se pencher sur la question. Les premiers développements du DIH, avec le code Lieber au niveau national (1863) et les projets internationaux de la *Déclaration de Bruxelles* (1874) et du *Manuel d'Oxford* (1880)⁸⁴ ont en effet inclus des dispositions concernant certains biens culturels. C'est toutefois après la Seconde guerre mondiale que la catégorie des biens culturels va se développer substantiellement, principalement grâce à la *Convention de La Haye de 1954 pour la*

⁸² Koskeniemi, Rapport CDI, *supra* note 55 au par 486.

⁸³ Alejandro Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 304.

⁸⁴ États-Unis d'Amérique, Présidence, Instructions pour les armées en campagne, Gen. Order No. 100 (1863) [Code Lieber] ; *Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre*, Bruxelles, 27 août 1874 [Déclaration de Bruxelles]; *Manuel des lois de la guerre sur terre*, Oxford, 9 septembre 1880 [Manuel d'Oxford].

protection des biens culturels en cas de conflit armé (Convention de 1954)⁸⁵. Il s'agira donc dans cette section de présenter les principales formes de protection que le DIH contient concernant les biens culturels. Loin d'être subsidiaire, la protection des biens culturels en DIH est, au moins en substance, relativement riche.

2.1 Droit de Genève et droit de La Haye, la protection des biens civils

Le DIH est bien souvent divisé entre le droit de Genève et le droit de La Haye. Le premier concerne principalement le traitement et le statut des personnes protégées tels que les blessés, malades, naufragés, les prisonniers de guerre (POW), les civils et aussi les personnels sanitaires et religieux par exemple. Ces dispositions se trouvent majoritairement dans les Conventions de Genève de 1949⁸⁶. Le droit de La Haye quant à lui, concerne majoritairement les méthodes et moyens de combat et les règles de la conduite des hostilités. La majorité des règles dans ce domaine se trouve dans les conventions de La Haye de 1899 et 1907⁸⁷. C'est dans le cadre de ce dernier, et dans l'opposition entre biens civils et objectifs militaires que la protection des biens culturels va se développer. L'adoption des deux protocoles additionnels aux Conventions de Genève (PA) en 1977⁸⁸, le premier concernant les conflits armés internationaux (CAI), le second les conflits armés non-internationaux (CANI), sont toutefois venu intégrer le

⁸⁵ *Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 14 mai 1954, 249 RTNU 215 (entrée en vigueur : 7 août 1956) [Convention de 1954].

⁸⁶ *Convention de Genève (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 RTNU 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [CGI]; *Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 RTNU 85 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [CGII]; *Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [CGIII]; *Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 287 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [CGIV].

⁸⁷ Pour consulter la majorité des textes adoptés durant les conférences diplomatiques de 1899 et 1907 voir la base de donnée en ligne du CICR : CICR, *Traités, États parties et commentaires*, (en ligne) : <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>>.

⁸⁸ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [PAI]; *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977, 1125 RTNU 609 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [PAII].

droit de La Haye dans celui de Genève. Cela a, entre autre, permis de compiler certaines normes du droit de La Haye dans un tout cohérent, notamment concernant la protection des biens civils.

Le titre IV du premier protocole additionnel (PAI) porte particulièrement sur la population civile. Dans cette perspective, le principe de distinction, en tant que « règle fondamentale »⁸⁹, constitue la fondation de la protection de la population civile et se trouve à l'article 48 :

En vue d'assurer le respect et la protection de la population civiles et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires, et, par conséquent ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires⁹⁰.

Dans cette optique, le Chapitre III vient uniquement aborder la question de la protection des biens de caractère civil. L'article 52 vient mettre en place le régime de protection générale des biens civils, ces derniers ne devant pas « être l'objet ni d'attaques ni de représailles »⁹¹. Les biens civils y sont ici définis de façon négative vis-à-vis des objectifs militaires, tout bien n'étant pas un objectif militaire tombant alors dans la catégorie des biens civils⁹². Défini pour la première fois dans le PAI, le concept d'objectif militaire doit se comprendre de la façon suivante :

les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis⁹³.

En parallèle de cette protection générale, le PAI prévoit 4 catégories spécifiques de biens civils. On y trouve donc les biens culturels⁹⁴, les biens indispensables à la survie

⁸⁹ La CIJ a également présenté ce principe comme étant le principe fondamental du DIH. Licéité armes nucléaires, *supra* note 77 au par 78.

⁹⁰ PAI, *supra* note 88 à l'art 48.

⁹¹ *Ibid* à l'art 52(1).

⁹² *Ibid*.

⁹³ *Ibid* à l'art 52(2).

⁹⁴ *Ibid* à l'art 53.

de la population civile⁹⁵, l'environnement naturel⁹⁶ et les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses⁹⁷. Concernant les biens culturels, l'article 53 interdit de les attaquer mais aussi de les utiliser pour l'« appui de l'effort militaire », en plus d'interdire les représailles à leur égard⁹⁸. À ce titre, les biens culturels jouissent d'une double protection : ces derniers sont protégés dans le cadre du régime de protection générale des biens civils, mais aussi par les dispositions spéciales relatives aux biens culturels qui ont été développés en DIH⁹⁹. Ce sont ces dispositions spéciales, et aussi les instruments traitant uniquement des biens culturels, qu'il va être question de présenter dans la suite de cette section.

2.2 Les premiers développements : biens privés et biens privilégiés

Le code Lieber, rédigé par le juriste Francis Lieber et adopté sous la présidence d'Abraham Lincoln durant la guerre de sécession en 1863, fût le premier instrument à aborder la protection de certains biens culturels¹⁰⁰. Ce dernier prévoyait notamment une distinction entre biens publics et biens privés. À ce titre, l'appropriation ou la saisie des biens « publics » étaient légales¹⁰¹. En revanche, la propriété privé devait être protégée dans les cas d'occupation militaire¹⁰², et ne devait pas être saisie en général, hormis en cas de « crimes ou infractions graves de leurs propriétaires » ou « d'impérieuses nécessités militaires »¹⁰³. Toutefois, certains biens, très souvent propriété publique, furent considérés comme des « biens privilégiés »¹⁰⁴ par le code Lieber. C'est le cas des « biens appartenant aux églises, hôpitaux ou à des

⁹⁵ *Ibid* à l'art 54.

⁹⁶ *Ibid* à l'art 55.

⁹⁷ *Ibid* à l'art 56.

⁹⁸ *Ibid* à l'art 53. L'article 16 du PAII reprend substantiellement les prohibitions du PAI pour les appliquer aux CANI.

⁹⁹ François Bugnion, « La genèse de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé » (2004) 84 : 854 RICR 313 à la p 321 [Bugnion].

¹⁰⁰ Christianne Johannot-Gradis, *Le Patrimoine culturel matériel et immatériel : Quelle protection en cas de conflit armé*, Zurich, Schulthess, 2013 à la p 67 [Johannot-Gradis].

¹⁰¹ Code Lieber, *supra* note 84 à l'art 31.

¹⁰² *Ibid* à l'art 37.

¹⁰³ *Ibid* à l'art 38.

¹⁰⁴ Johannot Gradis, *supra* note 100 à la p 69.

établissements de caractère exclusivement charitable, aux établissements d'éducation ou fondations pour l'avancement de la science, qu'il s'agisse d'écoles publiques, d'universités, d'académies d'étude ou d'observatoires, musées des beaux-arts ou de caractère scientifique », ces derniers devant être considérés comme propriété privée, et non pas comme propriété publique que l'on peut légalement saisir¹⁰⁵. Dans la même lignée, les « œuvres d'art classiques, bibliothèques, collections scientifiques ou instruments de prix tels que télescopes astronomiques ainsi que les hôpitaux doivent être protégés » dans la conduite des hostilités, même lorsque ces derniers se trouvent dans « des places fortifiées, assiégées ou bombardées »¹⁰⁶. Le Code Lieber est un cas original étant donné que l'ennemi – pour l'Union – pourrait être considéré aujourd'hui comme un acteur non-étatique. La décision de protéger certains biens, alors même que l'avenir de la fédération Américaine était en jeu, montre bien qu'il y avait des considérations qui allaient au-delà de l'avantage militaire instantané. Il s'agissait également de ne pas impacter de façon trop durable le pays dans la perspective d'une fin de conflit. C'est donc cette approche, non systématique et énumérative du code Lieber qui va influencer les développements internationaux subséquents relativement à la protection des biens culturels.

Les projets de codification internationale de la *Déclaration de Bruxelles* (1874) et du *Manuel d'Oxford* (1880) reprennent substantiellement les mêmes logiques et dispositions que le code Lieber¹⁰⁷. Ces efforts de codification vont toutefois porter fruit avec les conférences de La Haye de 1899 et 1907 avec l'adoption du *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* de 1907 (Règlement de La Haye)¹⁰⁸. Encore aujourd'hui, le Règlement de La Haye constitue toujours – avec les

¹⁰⁵ Code Lieber, *supra* note 84 à l'art 34.

¹⁰⁶ *Ibid* à l'art 35.

¹⁰⁷ Déclaration de Bruxelles, *supra* note 84 aux arts 8 et 17; Manuel d'Oxford, *supra* note 84 aux arts 32, 34 et 53.

¹⁰⁸ *Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907 [Règlement de La Haye].

PA – l’ossature du droit de La Haye. À son article 27, ce dernier vient offrir une protection à certains biens culturels pendant les sièges et les bombardements, tout en donnant des devoirs aux forces en position défensive :

Dans les sièges et bombardements, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour épargner, autant que possible, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, les monuments historiques, les hôpitaux et les lieux de rassemblement de malades et de blessés, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire. Le devoir des assiégés est de désigner ces édifices ou lieux de rassemblement par des signes visibles spéciaux qui seront notifiés d'avance à l'assiégeant¹⁰⁹.

Comme on peut le voir, la protection des biens culturels n’est pas encore systématisée et on est encore loin d’une catégorie cohérente. La présence des hôpitaux parmi les biens énumérés est un bon exemple de ce manque de systématisation. Si l’on peut parler de protection des biens culturels, on ne peut pas parler pour autant d’une catégorie des biens culturels en 1907.

Quoi qu’il en soit, la protection est également élargie en cas d’occupation militaire. Le pillage sous toutes ses formes est ainsi interdit¹¹⁰. Même si cela ne concerne pas spécifiquement les biens culturels, cela offrait toutefois une protection aux biens culturels meubles non négligeable. L’article 56 quant à lui, dans la droite ligne du code Lieber, vient confirmer que certains biens, malgré qu’ils soient souvent propriété publique, doivent être considérés comme des propriétés privées et protégés en conséquence :

Les biens des communes, ceux des établissements consacrés aux cultes, à la charité et à l’instruction, aux arts et aux sciences, même appartenant à l’État, seront traités comme la propriété privée. Toute saisie, destruction ou dégradation intentionnelle de semblables établissements, de monuments historiques, d’œuvres d’art et de science, est interdite et doit être poursuivie¹¹¹.

¹⁰⁹ *Ibid* à l’art 27.

¹¹⁰ *Ibid* à l’art 47.

¹¹¹ *Ibid* à l’art 56.

Si la difficulté d'établir une catégorie cohérente se fait ressentir, on voit toutefois quels éléments, dans la culture européenne de l'époque, méritaient une protection et pouvaient revêtir un caractère « culturel ».

À l'instar de toutes les règles développées entre 1899 et 1907, les deux guerres mondiales n'auront pas été le laboratoire escompté pour la protection des biens culturels. La naissance de l'UNESCO en 1945 va toutefois venir permettre le développement d'un régime de protection particulier, élargissement substantivement la protection juridique des biens culturels dans les conflits armés.

2.3 Émergence et développement d'une catégorie spéciale

L'entre-deux-guerres va malgré tout voir l'adoption en 1935 du Pacte Roerich, avancée certes limitée au vue du nombre d'États parties, mais fondamentale du point de vue de l'influence du texte sur les travaux futurs de l'UNESCO¹¹². Adopté par l'Union panaméricaine et liant aujourd'hui dix États, majoritairement d'Amérique Latine en plus des États-Unis, le Pacte comporte certaines dispositions qui préfigurent celles de la Convention de la Haye de 1954. Le Pacte vise à protéger « les monuments historiques, les musées, les institutions dédiées aux sciences, aux arts, à l'éducation, et à la culture » en en faisant des biens « neutres » ; le Pacte prévoit en outre qu'une liste des biens que les États souhaitent voir protéger par le présent traité soit communiqué à l'Union panaméricaine¹¹³, ce qui n'est pas sans rappeler la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO (voir chapitre 2). En faisant mention du « patrimoine de la culture des peuples »¹¹⁴ le préambule du Pacte introduit « une référence importante qui inspirera

¹¹² Nébila Mezghani et Marie Cornu, dir, *Intérêt culturel et mondialisation : les aspects transnationaux Tome II*, Paris, L'Harmattan, 2004 à la p 79 [Mezghani et Cornu].

¹¹³ *Traité concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques (Pacte Roerich)*, 15 avril 1935, CLXVII RTSN 290 arts I et IV [Pacte Roerich].

¹¹⁴ *Ibid* au préambule.

tous les autres instruments élaborés par la suite, pour la plupart au sein de l'UNESCO »¹¹⁵.

C'est toutefois en 1954, sous l'égide de l'UNESCO, que la première convention internationale portant spécifiquement sur les biens culturels voit le jour. Son application, strictement limitée au cas de conflits armés, montre bien que les destructions des deux guerres mondiales méritaient, ne serait-ce que du point de vue juridique, une réponse exceptionnelle. L'adoption de la *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels* de 1970 (Convention de 1970)¹¹⁶ – applicable en temps de paix et de guerre – ainsi que les deux protocoles à la Convention de 1954 (Protocole de 1954 et Protocole de 1999) viendront également participer à l'élaboration d'un régime de protection spécifique et relativement complet. La catégorie des biens culturels va également prendre une dimension cohérente et va être systématisée, mais nous reviendrons toutefois à la définition des biens culturels au chapitre 3.

2.3.1 Protection contre les hostilités et les effets des hostilités

Dans le système de la Convention de 1954 – les articles 53 du PAI et 16 du PAII faisant d'ailleurs un renvoi à cette dernière¹¹⁷ –, la protection des biens culturels reposent à la fois sur les forces en posture offensive et sur celles en posture défensive. Les parties au conflit doivent notamment s'abstenir « de toute acte d'hostilités » à l'égard des biens culturels, tout en s'abstenant également de les utiliser ou de les exposer au danger de destruction ou de détérioration¹¹⁸. Il y a donc une obligation de ne pas cibler les biens culturels, mais aussi de ne pas les transformer en objectifs militaires. Toutefois, il peut

¹¹⁵ Mezghani et Cornu, *supra* note 112 à la p 80.

¹¹⁶ *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, 14 novembre 1970, 823 RTNU 231 (entrée en vigueur : 24 avril 1972) [Convention de 1970].

¹¹⁷ PAI, *supra* note 88 à l'art 53; PAII, *supra* note 88 à l'art 16.

¹¹⁸ Convention de 1954, *supra* note 85 à l'art 4(1). Les représailles envers les biens culturels sont également interdites par l'article 4(4).

être dérogé à cette règle en cas de « nécessité militaire impérative »¹¹⁹. Les Parties ont également l'obligation de prévenir et de faire cesser les actes de vol, de pillage, de détournement et de vandalisme, élargissant ainsi les obligations au-delà des effets directs des hostilités¹²⁰. Les représailles envers les biens culturels sont également strictement prohibées¹²¹. Ces règles de base, comprises sous le chapeau « respect des biens culturels », doivent également, dès 1954, être respectées en cas de CANI¹²². Cette application en CANI sera davantage renforcée avec l'adoption du Protocole de 1999, ce dernier s'appliquant entièrement en CANI également¹²³.

2.3.2 Protection contre les effets de l'occupation

Quelques règles importantes dans le contexte de l'occupation militaire ont également été incorporées aux fils des années. La Convention de 1954 prévoyait initialement que la puissance occupante soutienne les autorités nationales dans les territoires occupés pour sauvegarder et conserver les biens culturels¹²⁴, alors que le Protocole de 1954 imposait aux puissances occupantes d'empêcher l'exportation de biens culturels depuis les territoires occupés¹²⁵. Ces dispositions contre le trafic illicites vont être également développées dans la Convention de 1970, puis être confirmées dans Protocole de 1999. S'appliquant en temps de paix et de guerre, la Convention de 1970 interdit strictement l'exportation et le transfert de biens culturels meubles « résultant directement ou

¹¹⁹ *Ibid* à l'art 4(2). Le Protocole de 1999 est venu préciser dans quelle situation il était possible d'invoquer une telle dérogation, profitant au passage de la définition de l'objectif militaire offerte entre temps par le PAI. On peut dès lors cibler un bien culturel si ce dernier a été transformé en objectif militaire et qu'il n'existe pas d'autre solution pour obtenir un avantage militaire similaire à celui procuré par l'attaque. Quant à l'interdiction d'utiliser un bien culturel à des fins militaires, cela est possible également si aucun autre choix ne permet d'atteindre le même avantage militaire. Protocole 2 à l'art 6.

¹²⁰ *Ibid* à l'art 4(3).

¹²¹ *Ibid* à l'art 4(4).

¹²² *Ibid* à l'art 19.

¹²³ *Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 26 mars 1999, 2253 RTNU 172 à l'art 22 (entrée en vigueur : 9 mars 2004) [Protocole de 1999].

¹²⁴ Convention de 1954, *supra* note 85 à l'art 5.

¹²⁵ *Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 14 mai 1954, 249 RTNU 215 (entrée en vigueur : 7 août 1956) à l'art 1 [Protocole de 1954].

indirectement de l'occupation »¹²⁶. Ce régime de protection en contexte d'occupation sera complété en 1999 avec l'interdiction des fouilles archéologiques en territoires occupés ainsi que l'interdiction de transformer ou de changer l'utilisation des biens culturels¹²⁷. Cet ensemble de règles montre bien que nous sommes loin du vide juridique quand il est question de la protection des biens culturels en cas de conflits armés. Ces règles de base sont d'ailleurs agrémentées de mécanismes particuliers censés améliorer la mise en œuvre et l'effectivité de ces règles fondamentales.

2.3.3 Mise en œuvre de la protection

De nombreuses mesures visant à assurer la mise en œuvre de la protection des biens culturels ont été mises en place par la Convention de 1954 et son Protocole de 1999. Néanmoins, la majorité de ces mesures n'ont été que trop peu utilisées. Il est en premier lieu prévu que les États se doivent de prendre des mesures en temps de paix pour sauvegarder les biens culturels « contre les effets prévisibles d'un conflit armé », laissant toutefois le choix des mesures à ces derniers¹²⁸. Le Protocole de 1999 viendra toutefois présenter des exemples de mesures préparatoires, telles que « l'établissement d'inventaires, la planification de mesure d'urgence pour assurer la protection des biens contre les risques d'incendie ou d'écroulement [...], la préparation de l'enlèvement des biens culturels meubles »¹²⁹. En s'inspirant du Règlement de La Haye, il fut également décidé en 1954 l'utilisation d'un signe distinctif pour signaler les biens culturels¹³⁰. De l'aveu même de l'UNESCO, la plupart des États n'ont toutefois que très peu, voire jamais, eu recours à la signalisation des biens culturels¹³¹. Le constat est encore plus sévère pour le régime prévoyant le transport de biens culturels en dehors des zones de

¹²⁶ Convention de 1970, *supra* note 116 à l'art 11. Le protocole de 1999 confirme cette prohibition à l'art 9(a). Protocole de 1999, *supra* note 123 à l'art 9(a).

¹²⁷ Protocole de 1999, *supra* note 123 à l'art 9.

¹²⁸ Convention de 1954, *supra* note 85 à l'art 3.

¹²⁹ Protocole de 1999, *supra* note 123 à l'art 5.

¹³⁰ Convention de 1954, *supra* note 85 aux arts 6, 16 et 17.

¹³¹ UNESCO, *La protection des biens culturels : Manuel militaire*, Paris, Éditions UNESCO, 2017 au par 46 [Manuel militaire de l'UNESCO].

conflits¹³², qui à ce jour, n'a jamais été utilisé¹³³. Les systèmes de liste de biens sous protection spéciale¹³⁴ et sous protection renforcée¹³⁵ ont également été peu utilisés, le tout avec peu de succès¹³⁶. Aujourd'hui, seulement 16 biens sont par exemple inscrits sur la liste des biens sous protection renforcée¹³⁷. Comme l'avance Polina Levina Mahnad, ces deux systèmes ont été *de facto* remplacés par la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO, notamment dans le cadre de poursuites pénales¹³⁸. Un aspect intéressant dans le cadre de la mise en œuvre de la protection réside dans le rôle particulier donné à l'UNESCO. Le Protocole de 1999 est en effet venu instituer le *Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, composé de 12 États membres de l'UNESCO, faisant de cette dernière une actrice du DIH veillant à l'application du Protocole¹³⁹. La création de cet organe de suivi au sein même de l'UNESCO est importante car elle donne à cette dernière un mandat tout à fait particulier, qui dépasse ses attributions de base. En effet, en veillant à l'application de ce protocole, il s'agit pour l'UNESCO – via le Comité – de s'assurer de l'application du DIH (une partie précise de ce dernier), de la même façon que le CICR veille sur l'application des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels. Mais contrairement au CICR, l'UNESCO n'a qu'un seul pied dans le DIH, son mandat étant bien plus large que le CICR.

Ce bref survol des normes de DIH concernant la protection des biens culturels montre bien que ce dernier n'est pas muet sur la question, même si comme nous venons de le

¹³² Convention de 1954, *supra* note 85 à l'art 12.

¹³³ Manuel militaire de l'UNESCO, *supra* note 131 au par 111.

¹³⁴ Convention de 1954, *supra* note 85 à l'art 8.

¹³⁵ Protocole de 1999, *supra* note 123 à l'art 10.

¹³⁶ Polina Levina Mahnad, «Protecting cultural property in Syria: New opportunities for States to enhance compliance with international law?» (2017) 99:3 RICR 1037 à la p 1045 [Polina Levina Mahnad].

¹³⁷ UNESCO, *Conflit armé et patrimoine : Protection renforcée*, (en ligne) : <<http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/protection/enhanced-protection/>>.

¹³⁸ Polina Levina Mahnad, *supra* note 136.

¹³⁹ Protocole de 1999, *supra* note 123 à l'art 24.

voir, la plupart des mesures de mise en œuvre demeure peu efficace. Les Conventions et Protocoles évoqués précédemment n'ont par ailleurs pas été universellement ratifiés (133 États parties pour la Convention de 1954, 110 pour le Protocole de 1954, seulement 82 pour le Protocole de 1999 et 140 pour la Convention de 1970¹⁴⁰). Toutefois, certains développements doctrinaux (nous aborderons le cas de la jurisprudence dans la section 4) ont mis en avant le caractère coutumier de la majorité des règles fondamentales protégeant les biens culturels en DIH, tout en amenant certaines réflexions intéressantes.

2.3.4 Coutume et cyber-guerre

Deux travaux doctrinaux d'envergure vont ici retenir notre attention, à savoir l'étude du CICR sur le DIH coutumier et le Manuel Tallinn 2.0, fruit du travail d'universitaires à la demande l'OTAN¹⁴¹. L'étude du CICR est venue confirmer le caractère coutumier, autant en CAI qu'en CANI de la plupart des règles fondamentales élaborées depuis 1954. Les règles 38, 39 et 40 – en plus de venir faire la synthèse entre l'approche du Règlement de La Haye et l'approche de la Convention de 1954 – viennent confirmer les prohibitions présentées précédemment¹⁴². Seule la règle 41, qui donne l'obligation aux États d'empêcher l'exportation illicite de biens culturels depuis des territoires occupés, s'applique uniquement en cas de CAI¹⁴³.

Bien que non contraignant (tout comme l'étude du CICR), le Manuel Tallinn, dans sa partie sur la cyber-guerre, vient de son côté apporter de nouvelles réflexions

¹⁴⁰ UNESCO, *Conflit armé et patrimoine : Convention et protocoles*, (en ligne) : <<http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/convention-and-protocols/states-parties/>>; UNESCO, *Trafic illicite des biens culturels : États parties*, (en ligne) : <<http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/states-parties/>>.

¹⁴¹ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law : Volume I : Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [CICR, Étude du droit coutumier]; Michael N. Schmitt (dir), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 [Manuel Tallinn 2.0].

¹⁴² CICR, Étude du droit coutumier, *supra* note 141 aux règles 38, 39, 40.

¹⁴³ *Ibid* à la règle 41.

intéressantes. Si ce dernier prévoit que les biens culturels doivent, tels qu'on les conçoit traditionnellement, être protégés contre les cyber-attaques, ceux se trouvant dans le « cyber-space » bénéficient également d'une telle protection¹⁴⁴. Les biens culturels peuvent donc dans cette logique être immatériels, le manuel faisant par exemple référence aux « créations qui ont été créés de façon digitale et qui n'existent que sur ce support, ou encore des films sur plateforme digitale, des données scientifiques ou même certaines copies d'objets existant (ou ayant existé) physiquement »¹⁴⁵. Les commentaires du CICR concernant l'article 52 (protection générale des biens civils) avaient toutefois interprété le terme « bien » comme un élément devant être « visible » et « tangible »¹⁴⁶. Les rédacteurs et rédactrices du Manuel poussent la logique de la protection des biens culturels digitaux encore plus loin en spécifiant que les archives historiques digitalisées ne pourraient être utilisées pour « déterminer l'origine ethnique ou encore religieuse d'une population dans l'optique de commettre des crimes de guerre, contre l'humanité ou un génocide »¹⁴⁷. Cette perspective immatérielle offre finalement des possibilités intéressantes pouvant potentiellement permettre de dépoussiérer le DIH à l'avenir, tout en élargissant nos conceptions des biens culturels. Quoi qu'il en soit, ces deux travaux doctrinaux d'envergure viennent tout du moins prouver que la protection des biens culturels est loin d'être un sujet insignifiant en DIH.

Alors que DIH fût le premier à approcher les biens culturels au sein du droit international, les droits humains, le DPI mais aussi le droit international du patrimoine (le chapitre 2 sera entièrement consacré à ce régime spécialisé) ont également approché, avec des langages différents, la protection des biens culturels. Le rôle particulier de l'UNESCO que nous avons brièvement abordé illustre d'ailleurs parfaitement le fait que le patrimoine et les biens culturels qui le composent voyagent

¹⁴⁴ Manuel Tallinn 2.0, *supra* note 141 à la p 534 (règle 534).

¹⁴⁵ *Ibid* à la p 535.

¹⁴⁶ CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1987 au par 2007 [Commentaires des PA].

¹⁴⁷ Manuel Tallinn 2.0, *supra* note 141 à la p 536.

à travers les différents régimes du droit international. Pour résumer, le DIH s'est « essentiellement intéressé aux obligations qu'ont les belligérants de ne pas mener des attaques contre des biens culturels, l'obligation positive de protéger ces biens, et l'obligation de ne pas se les approprier illégalement »¹⁴⁸. Il convient toutefois de présenter comment d'autres régimes ont pu aborder et concevoir les biens culturels dans le contexte particulier de la guerre. Si le but ou la finalité peut être la même, le langage, il demeure toutefois pertinent de montrer comment le langage utilisé peut diverger sur un même sujet.

Section 3 La *lex generalis* : les biens culturels comme ressource

Si la protection du patrimoine culturel est souvent présentée comme constituant « un ensemble de règles à part de celui » des droits humains, il s'agit pourtant d'un des biais par lequel la réalisation de certains objectifs de ces derniers peuvent être atteints¹⁴⁹. Dans l'autre sens, les droits humains servent aussi et surtout de justification pour protéger les biens culturels¹⁵⁰. La protection des biens culturels permet en effet d'appliquer de nombreux objectifs ayant un lien avec le droit à la culture¹⁵¹. Les droits culturels, habituellement présentés comme composant les droits de seconde génération, à savoir les droits économiques sociaux et culturels – en opposition aux droits civils et politiques de première génération – ont émergé avec le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC)¹⁵². Le caractère résolument collectif des droits culturels¹⁵³, notamment vis-à-vis des droits civils et politiques, nous amènera par la suite à se demander si le DIH peut, durant la guerre, protéger autre chose

¹⁴⁸ Duhaime et Labadie, *supra* note 8 à la p 197.

¹⁴⁹ Clémentine Borjes, *La patrimoine culturel en droit international : Les compétences des États à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, Paris, Pedone, 2011 à la p 204 [Borjes].

¹⁵⁰ Janet E. Blake, *International cultural heritage law*, Oxford, Oxford University Press, 2015 à la p 271 [Blake].

¹⁵¹ Borjes, *supra* note 149 à la p 207.

¹⁵² *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 993 RTNU 3, (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) à l'art 1 [PIDESC].

¹⁵³ Voir à ce propos : Miodrag Jovanović, « Cultural Rights as Collective Rights » dans *Cultural Rights as Collective Rights*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016 aux pp 15-35.

que les droits collectifs de l'État. Comme nous l'avons vu précédemment, les droits humains ne cessent pas de s'appliquer en cas de conflit armé, ce que la CIJ a d'ailleurs maintes fois confirmé¹⁵⁴. Pour autant, de façon encore plus prononcé en temps de guerre, les droits culturels jouissent bien souvent d'une attention moindre, notamment par rapport aux droits civils et politiques. La catégorie des crimes contre l'humanité témoigne de ce déséquilibre entre les deux catégories de droits humains, la majorité de ces crimes étant traditionnellement une criminalisation de violations des droits civils et politiques¹⁵⁵. Cette section aura donc pour objectif d'offrir un bref survol des droits humains connectés à la protection des biens culturels, tout en montrant également comment un discours sur la protection des biens culturels en cas de guerre axé sur les droits humains a émergé.

3.1 Patrimoine culturel et identité

Le patrimoine culturel joue un rôle « central » dans la construction de l'identité culturelle, que cela soit au niveau des communautés, des peuples ou des nations¹⁵⁶. La Conférence générale de l'UNESCO a d'ailleurs affirmé que le patrimoine culturel était « le principal mode d'expression de l'identité d'un peuple »¹⁵⁷. Il est également indéniable que la préservation de l'identité culturelle « is often of crucial importance to a sense of well-being and self-respect that lie at the heart of human dignity »¹⁵⁸. En concevant l'identité comme « composante » de la dignité humaine – cette dernière constituant le « soubassement de la protection internationale » des droits humains « dans son ensemble »¹⁵⁹ – il est alors logique de faire de la question de l'identité un

¹⁵⁴ Licéité armes nucléaires, *supra* note 77 au par 25; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ Rec 136 à la p 178, par 106; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Jugement, [2005] CIJ Rec 168 aux pp 242-243, par 216.

¹⁵⁵ Evelynne Schmid, « War Crimes Related to Violations of Economic, Social and Cultural Rights » (2011) 71:3 Heidelberg J Intl L 523 à la p 524.

¹⁵⁶ Blake, *supra* note 150 à la p 275.

¹⁵⁷ Bories, *supra* note 149 à la p 218.

¹⁵⁸ Blake, *supra* note 150 à la p 275.

¹⁵⁹ Bories, *supra* note 149 à la p 221.

thème de droits humains. Dans cette perspective, l'affaire *Communauté Moiwana c. Suriname* de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a été l'occasion d'affirmer le lien vital entre le territoire – et ce qui s'y trouve, notamment des biens culturels – et l'identité des communautés¹⁶⁰. Ce lien important impliquait alors selon la Cour, dans l'optique de préserver l'identité de la communauté en question, l'accès de cette dernière à son territoire (et donc de la jouissance de ce qui s'y trouve)¹⁶¹. Autant d'éléments qui ici, même en temps de guerre, dépassent une logique qui s'articulerait seulement autour des droits et devoirs des belligérants.

Nous n'effectuerons pas ici de distinction entre l'identité religieuse, nationale, ethnique ou autre. Pour reprendre Amin Maalouf, « l'identité ne se compartimente pas, elle ne se répartit ni par moitiés, ni par tiers, ni par plages cloisonnées [...] je n'ai pas plusieurs identités, j'en ai une seule, faite de tous les éléments qui l'ont façonnée, selon un dosage particulier qui n'est jamais le même d'une personne à l'autre »¹⁶². En suivant ce raisonnement, il nous paraîtrait alors difficile de catégoriser certains biens culturels comme constituant l'identité nationale, ou alors plutôt religieuse d'un individu ou d'un groupe. De nombreux édifices religieux revêtent par exemple à la fois une importance considérable pour une communauté religieuse ou pour les fidèles, en même temps qu'ils peuvent souvent avoir une importance majeure dans l'identité nationale d'un peuple, le nationalisme s'étant attaché à inclure le patrimoine dans le récit ou mythe national. Cette complexité des liens identitaires entre les individus et les biens culturels nous fait préférer l'usage d'identité culturelle, qui de façon générique, assume la complexité et la polymorphie du concept d'identité¹⁶³.

¹⁶⁰ *Case of Moiwana Village v. Suriname*, Series C No. 124, Judgment (15 June 2005) (I/A Court H.R.) au par 86 (6) [Moiwana case] “The N'djuka community's relationship to its traditional land is of vital spiritual, cultural and material importance. In order for the culture to maintain its integrity and identity, its members must have access to their homeland”.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Amin Maalouf, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998 à la p 8.

¹⁶³ Ingrid Plivard, « Chapitre 2 : L'identité culturelle » dans Ingrid Plivard, dir, *Psychologie interculturelle*, De Boeck Supérieur, 2014 à la p 19. Cette dernière avance notamment : « Parler

Des travaux (notamment du Conseil des droits de l'Homme) ou encore certains textes comme la *Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples* ou la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* mentionnent et insistent sur l'importance de préserver ou respecter l'identité des peuples¹⁶⁴. Sur cette base, on peut donc en conclure « que le droit international reconnaît l'existence d'identités culturelles collectives propres à des communautés culturelles de dimensions variées, ainsi que la nécessité de les protéger »¹⁶⁵. Il n'est pas avancé ici qu'un droit positif à la préservation ou au respect de l'identité culturelle existe explicitement. Nous soutenons plutôt qu'une étude téléologique des droits humains nous amène à conclure que ce respect et cette protection est induite par la logique même des droits humains qui ont pour finalité d'assurer la dignité humaine des individus. Si l'existence d'un droit au respect et à la protection de l'identité culturelle n'est pas des plus évidentes, ce droit peut être assuré ou déduit¹⁶⁶ par les droits culturels, lesquels constituent un moyen important pour justifier la protection des biens culturels, comme c'est le cas pour le droit de participer à la vie culturelle.

3.2 Participation à la vie culturelle et développement culturel

Il ne fait peu de doutes que l'accès aux biens culturels fasse partie intégrante de la liberté de participer à la vie culturelle. Cette liberté est consacrée par de nombreuses normes internationales et régionales comme la *Déclaration Universelle des droits de l'Homme* (DUDH), le PIDESC, la *Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples* ou encore le *Protocole de San Salvador additionnel à la Convention*

d'identité culturelle revient à parler d'identité globale. Cette identité est un large spectre d'identifications particulières à autant d'instances distinctes ».

¹⁶⁴ *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 RTNU 217, (entrée en vigueur : 21 octobre 1986) à l'art 22 [Charte Africaine]; Commission des droits de l'Homme Promotion de la jouissance effective des droits culturels pour tous et respect des différentes identités culturelles, Rés Commission des droits de l'Homme, Doc off Commission des droits de l'Homme NU, 50ème séance, Doc NU E/CN.4/2005 (2005) au préambule; Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés AG 2007, Doc off AG NU, 107ème sess, Doc NU A/61/L.67 (2007) [Droits des peuples autochtones].

¹⁶⁵ Bories, *supra* note 149 à la p 220.

¹⁶⁶ *Ibid* à la p 221.

*interaméricaine de protection des droits de l'homme*¹⁶⁷. Il est aussi indéniable que la destruction, l'endommagement, le vol ou le pillage de biens culturels empêchent, ou limitent substantiellement cette liberté de participer à la vie culturelle¹⁶⁸.

Le droit au développement culturel est également un élément à garder à l'esprit. Ce droit au développement culturel va au-delà des seuls droits culturels et s'insère dans le cadre plus large du droit des peuples à l'autodétermination. L'article premier commun au PIDESC et au PIDCP consacre ce droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et ce que ce droit implique : les peuples doivent ainsi assurer « librement leur développement économique, social et culturel »¹⁶⁹. La *Déclaration des Nations Unies sur le droit au développement* ajoute à cela que « le droit au développement est un droit inaliénable de l'Homme » et qui « suppose aussi la pleine réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes »¹⁷⁰. Dans cette perspective, en plus de rappeler qu'en tant que sujets de droit collectif, les peuples autochtones ont droit à l'autodétermination, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* insiste également sur le fait que ces derniers ont le droit de « protéger et développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques »¹⁷¹. On voit ici apparaître une sorte de synthèse qui affirme que les peuples autochtones, sujets de droit collectif, ont à la fois le droit de protéger leur identité culturelle, dont des biens culturels peuvent en être la manifestation, mais aussi de développer leur culture, qui nécessite notamment l'accès et la jouissance de certains

¹⁶⁷ *Ibid* à la p 229.

¹⁶⁸ Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, Doc off HRC NU, 20e sess, supp n° 13, Doc NU A/HRC/17/38 (2011) au para 15 [Rapport Farida Shaheed, 2011].

¹⁶⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, (entrée en vigueur : 23 mars 1976) à l'art 1 [PIDCP]; PIDESC, *supra* note 152.

¹⁷⁰ *Déclaration des Nations Unies sur le droit au développement*, Rés AG 41/128, Doc off AG NU, 41ème sess, Doc NU A/RES/41/128 (1986) à l'art 1.

¹⁷¹ Droits des peuples autochtones, *supra* note 164 à l'art 11.

biens culturels. Il serait de toutes évidences douteux de refuser de mettre en évidence le lien entre biens culturels et développement culturel dans cette optique.

L'exercice pourrait ici être élargi à d'autres droits humains comme le droit à la liberté religieuse et le droit à la liberté d'expression (artistique), ou encore le droit des minorités de protéger leur cultures¹⁷². Toutefois, plus qu'une présentation exhaustive des droits humains liés au patrimoine culturel¹⁷³, cette section tend d'avantage à offrir certains exemples illustrant la logique derrière cette connexion. C'est notamment avec cette base juridique et ce type de raisonnements que s'est développé un discours de droits humains sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

3.3 Les Rapporteuses spéciales des Nations Unies dans le domaine des droits culturels : la destruction du patrimoine comme violation des droits humains

Depuis maintenant 10 ans, deux Rapporteuses spéciales dans le domaine des droits culturels ont été mandatées par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU¹⁷⁴. De nombreux rapports des rapporteuses spéciales Farida Shaheed (2009-2015) et Karima Bennouna (2015-2019), ont grandement participé à l'émergence d'un discours faisant de la protection du patrimoine une question de droits humains. Ce discours se base sur la prémisse suivante : « la nécessité de préserver et de sauvegarder le patrimoine culturel relève des droits de l'homme »¹⁷⁵. L'accent a notamment été mis sur le droit d'accéder au patrimoine – qui comme on peut le concevoir peut être rendu difficile voire impossible selon les conséquences de la guerre –, ce dernier permettant par ricochet la réalisation des droits humains que nous avons présenté précédemment et que Farida Shaheed confirmait déjà en 2011 :

Le droit d'accéder au patrimoine culturel et aux bénéfices qui en découlent fait partie du droit international des droits de l'homme et trouve son fondement juridique, en particulier, dans le droit

¹⁷² PICDP, *supra* note 169 aux arts 18, 19 et 27.

¹⁷³ Pour une analyse plus exhaustive sur la question voir : Christianne Johannot-Gradis, *supra* note 100 aux pp 135-147.

¹⁷⁴ Nations-Unies, *Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, (en ligne) : <<https://www.ohchr.org/FR/Issues/droitsculturels/Pages/SRCulturalRightsIndex.aspx>>.

¹⁷⁵ Rapport Farida Shaheed, 2011, *supra* note 168 au par 77.

de participer à la vie culturelle, le droit des membres de minorités de jouir de leur propre culture et le droit des peuples autochtones de disposer d'eux-mêmes et de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel. D'autres droits de l'homme doivent également être pris en considération, en particulier le droit à la liberté d'expression, le droit à la liberté de conviction et de religion, le droit à l'information et le droit à l'éducation¹⁷⁶

Cette approche prend racine en partie dans l'Observation générale no 21 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels¹⁷⁷. Il était en effet affirmé que les obligations envers les droits des individus étaient inséparables des obligations envers le patrimoine, les liens évidents entre les deux rendant alors impossible un traitement séparé¹⁷⁸.

La question du patrimoine culturel dans la guerre va venir prendre une autre dimension dans le travail de la seconde rapporteuse Karima Bennouna. Les destructions de l'État islamique, à Palmyre notamment, vont faire de la destruction intentionnelle du patrimoine culturel une des priorités du mandat de cette dernière¹⁷⁹. À ce titre, Karima Bennouna a orienté son travail afin de mettre en exergue, notamment, la « dimension humaine » du patrimoine culturel, « compte tenu de ce qu'il signifie pour les individus et les groupes, pour leur identité et pour leur développement »¹⁸⁰. Par conséquent, cette dernière propose de comprendre le patrimoine culturel, et donc les biens culturels qui le composent, comme suit :

Le patrimoine culturel doit être appréhendé comme l'ensemble des ressources qui rendent possibles les processus d'identification et de développement culturels des personnes et des groupes et que ces derniers, de façon implicite ou explicite, veulent transmettre aux générations suivantes¹⁸¹.

Dans cette logique, la Rapporteuse spéciale a grandement insisté sur le fait que certaines destructions intentionnelles, en période de conflit ou non, s'apparentait à du

¹⁷⁶ *Ibid* au par 78.

¹⁷⁷ *Observation générale no 21 Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Doc off AGNU, 43^{ème} sess, Doc NU E/C.12/GC/21, (21 décembre 2009).

¹⁷⁸ *Ibid* au par 50.

¹⁷⁹ *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, Doc off AGNU, 31^e sess, Doc NU A/HRC/31/59, (3 février 2016) au par 34.

¹⁸⁰ *Ibid* au par 47.

¹⁸¹ *Ibid*.

« nettoyage culturel »¹⁸². Plus qu'une affaire de DIH, la destruction du patrimoine en période de conflit armé (ou non) est appréhendé dans ces rapports comme une question relevant d'abord des droits humains. Selon Karima Bennouna, avant de considérer les potentiels violations du DIH, la destruction du patrimoine culturel doit être « *prima facie* [...] considérée comme une violation des droits culturels »¹⁸³.

La logique est donc radicalement différente si l'on compare une approche basée sur les droits humains à une approche basée sur le DIH. De prime abord, les biens culturels en DIH sont des éléments, comme d'autres, que les belligérants se doivent de respecter dans un régime de droits et d'obligations réciproques. En revanche, les droits subjectifs liés à l'existence, à la jouissance ou à l'accès de ces biens ne sont guère visibles, visibilité qu'offre une approche comme celle des Rapporteuses spéciales. Cette dimension humaine du patrimoine, qui fait ressortir les individus derrière les biens, n'est toutefois pas une nouveauté, le TPIY ayant déjà tenté d'apporter une dimension humaine à la destruction du patrimoine, malgré les difficultés juridiques de l'entreprise.

Section 4 : Le droit pénal international et les biens culturels : d'un crime contre des biens à un crime contre des personnes

À l'instar de nombreuses règles de DIH, les violations à l'encontre des biens culturels ont depuis 1945 été criminalisées et également poursuivies. C'est toutefois la naissance du TPIY – comme pour l'ensemble de la justice pénale internationale – qui est venu réveiller un projet qui avait été relégué aux oubliettes durant la guerre froide après l'expérience des Tribunaux militaires de Nuremberg et Tokyo. Si ce dernier n'a jamais poursuivi d'individus uniquement pour des atteintes à l'encontre des biens culturels, il a tout de même été, comme nous allons le voir, un laboratoire intéressant. Nous nous attacherons d'ailleurs à démontrer dans ce mémoire que l'affaire *Al Mahdi* de la CPI s'inscrit en continuité des développements et réflexions apportés par le TPIY. Il s'agira

¹⁸²Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels, Doc off AGNU, 71e sess, Doc NU A/71/317, (9 août 2016).

¹⁸³ *Ibid* au par 13.

également dans cette section de dresser un bref historique de la question des biens culturels dans les développements du DPI, en pointant notamment les limites de ce dernier.

4.1 L'après-guerre et les destructions et spoliations de l'Allemagne Nazie

Le Tribunal international militaire de Nuremberg (Tribunal de Nuremberg) fut la première instance internationale à condamner un individu pour des atteintes envers les biens culturels en cas de conflit armé. La catégorie des crimes de guerre du Statut du Tribunal de Nuremberg prévoyait par notamment une responsabilité pénale individuelle pour « le pillage des biens publics ou privés »¹⁸⁴. À ce titre, Alfred Rosenberg fut reconnu coupable de crime de guerre, notamment du pillage systématique de nombreux biens – dont des biens culturels – appartenant aux juifs et aux peuples occupés d'Europe de l'est :

Rosenberg is responsible for a system of organized plunder of both public and private property throughout the invaded countries of Europe. Acting under Hitler's orders of January, 1940, to set up the "Hohe Schule," he organized and directed the "Einsatzstab Rosenberg," which plundered museums and libraries, confiscated art treasures and collections, and pillaged private houses. His own reports show the extent of the confiscations. In "Action-M" (Moebel), instituted in December, 1941, at Rosenberg's suggestion, 69,619 Jewish homes were plundered in the West, 38,000 of them in Paris alone, and it took 26,984 railroad cars to transport the confiscated furnishings to Germany. By 14th July, 1944, more than 21,903 art treasures, including famous paintings and museum pieces, had been seized by the Einsatzstab in the West¹⁸⁵.

On pourrait également citer certaines affaires relatives aux crimes nazis qui, au niveau national, ont abordé la question de la destruction ou de la spoliation des biens culturels. La Cour suprême polonaise a par exemple condamné en 1949 Gaultier Artur Greiser pour persécution de la population polonaise juive et catholique¹⁸⁶. Les actes de

¹⁸⁴ *Accord de Londres concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, annexe : Statut du Tribunal militaire international à l'art 6(a).

¹⁸⁵ *The Trial of German Major War Criminals*, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Judgement (1 October 1946), (en ligne) : <https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf> à la p 114.

¹⁸⁶ *Trial of Gaultier Artur Greiser*, Supreme National Tribunal of Poland, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol XIII au par 70.

persécution comprenaient, *inter alia*, la spoliation ou la destruction de nombreuses Églises, archives ou bibliothèques¹⁸⁷, ou encore la destruction et les incendies volontaires de synagogues ou de cimetières juifs¹⁸⁸. On peut également ajouter le procès Eichmann tenu en Israël en 1961. Si ce dernier a bien documenté les atteintes systématiques à l'encontre des biens culturels dont Eichmann fut responsable¹⁸⁹, ce dernier fut toutefois poursuivi pour ses crimes entre 1941 et 1945, ce qui a dès lors exclus les crimes liés aux biens culturels¹⁹⁰.

Loin d'être nombreuses, ces poursuites ont au moins eu l'avantage de présenter deux facettes. La destruction ou spoliation de biens culturels a en effet été vue à la fois comme un crime de guerre, mais aussi comme un crime contre l'humanité, ces actes étant assimilé à de la persécution. Il faudra toutefois attendre 1977 pour que la responsabilité pénale individuelle dans le cas d'atteintes aux biens culturels soit codifiée en droit international.

4.2 La criminalisation des atteintes envers les biens culturels

Le PAI fut la première codification internationale à venir ancrer la question des biens culturels dans le DPI. Ce dernier est en effet venu inclure les attaques intentionnelles contre les biens culturels dans la catégorie des infractions graves aux Conventions de Genève¹⁹¹. Les atteintes aux biens culturels rentraient donc spécifiquement dans la catégorie des crimes de guerre¹⁹² et pouvaient dès lors entraîner l'engagement de la responsabilité pénale des auteurs de tels actes, notamment via le mécanisme de la compétence pénale universelle. Ce régime n'a toutefois pas été élargi aux CANI, le PAII n'incluant pas d'infractions. C'est toutefois sur ce modèle des infractions graves

¹⁸⁷ *Ibid* au par 82.

¹⁸⁸ *Ibid* au par 94.

¹⁸⁹ *The Attorney General v. Adolf, son of Karl Adolf, Eichmann*, Criminal Case No. 40/61 (11 December 1961) (District Court of Jerusalem) au par 57.

¹⁹⁰ Ann Marie Thake, « The Intentional Destruction of Cultural Heritage as a Genocidal Act and a Crime Against Humanity » (2017) 10:5 ESIL Conference Paper Series 1 à la p 11 [Ann Marie Thake].

¹⁹¹ PAI, *supra* note 88 à l'art 85(4)(d).

¹⁹² *Ibid* à l'art 85(5).

que le Protocole de 1999 à la Convention de 1954 est venu intégrer un régime de « violations graves » plus spécifique mais aussi applicable aux CANI¹⁹³. Néanmoins, le réel tournant aura lieu avec la création du TPIY en 1993 pendant que les peuples de l'ex-Yougoslavie subissaient les conséquences d'un conflit qui n'aura épargné ni les êtres humains, ni leurs réalisations.

Face aux nombreuses destructions du patrimoine, il fût décidé dès 1993 d'inclure dans le Statut du TPIY un article permettant de poursuivre les auteurs d'atteintes envers les biens culturels sous le chapeau des « Violations des lois ou coutumes de la guerre »¹⁹⁴. Inspiré du Règlement de La Haye de 1907, le Statut du TPIY est venu confirmer que la violation de certaines règles de DIH concernant les biens culturels constituait un crime de guerre :

Le Tribunal international est compétent pour poursuivre les personnes qui commettent des violations des lois ou coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées : a) l'emploi d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles ; b) la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ; c) l'attaque ou le bombardement, par quelque moyen que ce soit, de villes, villages, habitations ou bâtiments non défendus ; **d) la saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, à des monuments historiques, à des oeuvres d'art et à des oeuvres de caractère scientifique** ; e) le pillage de biens publics ou privés¹⁹⁵.

S'il est spécifiquement fait mention des biens culturels – tels qu'ils étaient conçus par le Règlement de La Haye – la plupart des autres dispositions de l'article 3 peuvent selon le contexte concerner certains biens culturels. Cette inclusion spécifique permettra toutefois au TPIY de mettre en exergue le caractère coutumier de la

¹⁹³ Les actes suivant, lorsque commis intentionnellement, constituent des infractions grave au Protocole : « (a) faire d'un bien culturel sous protection renforcée l'objet d'une attaque ; (b) utiliser un bien culturel sous protection renforcée ou ses abords immédiats à l'appui d'une action militaire ; (c) détruire ou s'approprier sur une grande échelle des biens culturels protégés par la Convention et le présent Protocole ; (d) faire d'un bien culturel couvert par la Convention et le présent Protocole l'objet d'une attaque; (e) le vol, le pillage ou le détournement de biens culturels protégés par la Convention, et les actes de vandalisme dirigés contre des biens culturels protégés par la Convention. Protocole de 1999, *supra* note 123 à l'art 15.

¹⁹⁴ *Statut actualisé du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Nation Unies, 25 mai 1993, amendé le 7 juillet 2009 à l'art 3 [Statut du TPIY].

¹⁹⁵ Nous soulignons. *Ibid.*

protection des biens culturels en cas de conflit armé. Les juges ont par exemple précisé dès 1995, dans le fameux arrêt *Tadic*, le caractère coutumier de cette protection même en cas de CANI, ajoutant par ailleurs que l'article 19 de la Convention de 1954 était de nature coutumière¹⁹⁶. Concernant les CAI, les juges ont également reconnu, dans l'affaire *Strugar*, le caractère coutumier en cas de CAI de l'article 27 du Règlement de La Haye¹⁹⁷. En reconnaissant dans l'affaire *Jokic* que l'attaque de biens civils constituait une violation grave du DIH, les juges ont de surcroît établi que cela revêtait une gravité accrue lorsqu'il s'agissait de biens culturels¹⁹⁸.

En revanche, le Tribunal pénal pour le Rwanda, créé un an plus tard, ne comprendra pas quant à lui de dispositions portant spécifiquement sur les biens culturels. Néanmoins, cela ne se reproduira pas lors de l'adoption du Statut de Rome de la CPI en 1998. Reprenant la même logique que le Statut du TPIY et donc celle du Règlement de La Haye, ce dernier inclus finalement deux articles identiques sous le chapeau des crimes de guerre, l'un pour les CAI, l'autre pour les CANI :

[constitue un crime de guerre] Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés, à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires¹⁹⁹.

Si la disposition est très semblable à celle du TPIY, on peut toutefois regretter qu'il ne soit fait mention que de l'attaque contre des biens culturels, alors que le Statut du TPIY mentionnait également la saisie. Quoi qu'il en soit, cette inclusion dans le Statut de Rome a permis la tenue de la première affaire de DPI à porter uniquement sur les

¹⁹⁶ *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) au par 127 [Arrêt Tadic].

¹⁹⁷ *Le Procureur c. Pavle Strugar*, IT-01-42-T, Jugement portant condamnation (31 janvier 2005) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance II) au par 229.

¹⁹⁸ *Le Procureur c. Vidoje Blagojević Bragan Jokić*, IT-02-60-T, Jugement portant condamnation (17 janvier 2005) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance I) au par 227.

¹⁹⁹ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juin 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002) aux arts arts 8-2-b-ix & 8-2-c-iv [Statut de Rome].

atteintes envers les biens culturels, menant ainsi à la condamnation d'Ahmad Al Faqi Al Mahdi à 9 ans de prison²⁰⁰. Les développements majeurs de cette affaire – qui feront l'objet d'une analyse particulière dans le chapitre 3 – s'inscrivent toutefois dans la continuité de deux affaires du TPIY, lesquelles constituent des tournants dans la conception des crimes liés aux atteintes envers le patrimoine culturel. Avant cela, il demeure néanmoins important de revenir en arrière et de présenter ce que l'on pourrait nommer un « acte manqué » du droit pénal international.

4.3 Le génocide culturel : les leçons oubliées de Raphael Lemkin

Juriste polonais, Raphael Lemkin fut « l'homme qui inventa le concept de génocide »²⁰¹. C'est dans son ouvrage de 1943 (publié en 1944) *Axis Rule in Occupied Europe* que ce dernier mentionne pour la première fois le terme « génocide » :

New conceptions require new terms. By "genocide" we mean the destruction of a nation or of an ethnic group. This new word, coined by the author to denote an old practice in its modern development, is made from the ancient Greek word *genos* (race, tribe) and the Latin *cide* (killing), thus corresponding in its formation to such words as tyrannicide, homicide, infanticide, etc.' Generally speaking, genocide does not necessarily mean the immediate destruction of a nation, except when accomplished by mass killings of all members of a nation. It is intended rather to signify a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves. The objectives of such a plan would be disintegration of the political and social institutions, of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups, and the destruction of the personal security, liberty, health, dignity, and even the lives of the individuals belonging to such groups. Genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group²⁰².

Lemkin utilise d'ailleurs par la suite l'exemple particulier des spoliations de biens pour illustrer son propos et montrer les conséquences de tels actes lorsque ces derniers sont exécutés à grande échelle dans le cadre d'une politique planifiée :

²⁰⁰ *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Jugement portant condamnation (2016) (Cour pénale internationale, Chambre de Première Instance VIII) [Jugement *Al Mahdi*].

²⁰¹ Anson Rabinbach, « Raphael Lemkin et le Concept de Génocide » (2008) 2 : 189 R d'Histoire de la Shoah 511 à la p 511 [Rabinbach].

²⁰² Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe; Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944 à la p 79 [Lemkin].

The following illustration will suffice. The confiscation of property of nationals of an occupied area on the ground that they have left the country may be considered simply as a deprivation of their individual property rights. However, if the confiscations are ordered against individuals solely because they are Poles, Jews, or Czechs, then the same confiscations tend in effect to weaken the national entities of which those persons are members²⁰³.

Comme le démontre Anson Rabinbach, le terme fut très vite adopté, et dès 1944, le *Washington Post* et le *New-York Times* mentionnent plusieurs fois ce nouveau concept²⁰⁴. Si l'ONU célèbre donc aujourd'hui à juste titre l'homme derrière la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1948)²⁰⁵, il demeure toutefois nécessaire de rappeler que les États n'ont pas adhéré totalement à la définition du génocide élaborée par Lemkin.

La définition de Lemkin contenait plusieurs dimensions. Basé sur les écrits de ce dernier, le projet de convention de 1947 faisait dès lors référence au génocide physique, biologique et culturel²⁰⁶. Cette forme de génocide était présentée comme la destruction « des caractères spécifiques du groupe » en faisant usage des moyens suivants :

a) transfert forcé des enfants dans un autre groupe humain; b) éloignement forcé et systématique des éléments représentatifs de la culture du groupe; c) interdiction d'employer la langue nationale, même dans les rapports privés; d) destruction systématique des livres imprimés dans la langue nationale ou des ouvrages religieux ou interdiction d'en faire paraître de nouveaux; e) destruction systématique ou désaffectation des monuments historiques et des édifices du culte, destruction ou dispersion des documents et des souvenirs historiques, artistiques ou religieux et des objets destinés au culte²⁰⁷.

Au sein de cette définition, les biens culturels tenaient alors une place prépondérante. La dimension humaine du patrimoine ressortait clairement du projet de convention : à travers les biens culturels, ce sont les individus, les groupes, leur identité et même leur existence que l'on atteint lorsque ces derniers sont pris pour cible. Avant même que le PAI, le Statut du TPIY et le Statut de Rome ne viennent reconnaître la destruction des biens culturels comme un crime de guerre – un crime contre des biens –, l'opportunité

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Rabinbach, *supra* note 201.

²⁰⁵ UNHCR, *Raphael Lemkin*, (en ligne) : <<https://www.unhcr.org/ceu/9486-lemkin-raphael.html>>.

²⁰⁶ Ann Marie Thake, *supra* note 190 à la p 6.

²⁰⁷ *Projet de convention sur le crime de génocide*, doc off ECOSOC, Doc NU E/447, (26 juin 1947).

de codifier ces atteintes comme des actes de génocide – et donc comme des crimes contre des personnes – s’était donc déjà manifestée. Pourtant, l’opposition de certains États, notamment des puissances coloniales comme le Royaume-Uni, la France ou encore les Pays-Bas ont fait échouer le projet, ces derniers refusant que le génocide culturel soit inclus dans une définition de ce dernier²⁰⁸. La France refusa par exemple catégoriquement cette inclusion au prétexte que cela pourrait entraîner de l’ingérence dans les affaires internes des États, les éléments soulevés par la notion de génocide culturel étant selon elle une question relevant du droit des minorités²⁰⁹. Il était en effet peu concevable pour la France coloniale de 1947 d’accepter une telle disposition tant cette dernière aurait pu être opposée aux pratiques françaises dans ses possessions coloniales. Les puissances coloniales moribondes de l’époque auront donc réussi à exclure le génocide culturel de la version finale de la convention, cette dernière ne reconnaissant que l’aspect physique et biologique de la destruction, seule la disposition relative au transfert forcé d’enfant ayant survécu²¹⁰.

Cet acte manqué du droit international est grandement venu impacter le travail du TPIY, ce dernier ayant dû composer avec les limites du DPI. Face à ces limites structurelles, le TPIY a toutefois su faire preuve d’ingéniosité pour reconnaître qu’à travers la destruction des biens culturels, ce sont les groupes et les communautés qui sont ciblés.

4.4 La destruction de biens culturels : seulement un crime de guerre ?

Alors que le Statut du TPIY faisait des atteintes aux biens culturels des crimes contre des biens sous le chapeau des crimes de guerre, le TPIY a toutefois tenté de se détacher de cette conception restreinte. Cela était d’autant plus problématique dans le cadre d’un

²⁰⁸ Ann Marie Thake, *supra* note 190 à la p 7.

²⁰⁹ Hiram Abtahi et Phillipa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Vol. I, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008 à la p 383.

²¹⁰ *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951) à l’art 2(e) [Convention Génocide].

conflit ou les tensions ethniques, nationales, religieuses, identitaires pour simplifier, avaient entraîné le ciblage systématique de certains éléments du patrimoine.

À ce titre, comme ce fut le cas pour Gaultier Artur Greiser en Pologne, le TPIY a notamment condamné *inter alia* Tihomir Blaskic pour le crime contre l'humanité de persécution²¹¹ en lieu et place de crime de guerre pour « la destruction et le pillage de biens, et en particulier d'édifices consacrés à la religion ou à l'enseignement »²¹². Les juges ont justifié le choix de qualifier de telles atteintes comme des actes de persécution de la façon suivante :

Mais les persécutions peuvent se manifester autrement que par des atteintes à la personne humaine, et notamment, par des actes qui tirent leur gravité, non pas de leur cruauté apparente, mais de la discrimination qu'ils cherchent à établir au sein du genre humain. Comme le Procureur l'envisage dans l'acte d'accusation dressé à l'encontre de l'accusé, la confiscation ou la destruction d'habitations ou d'entreprises privées, de bâtiments symboliques ou de moyens de subsistance appartenant à la population musulmane de Bosnie-Herzégovine peuvent être qualifiés d'actes de persécution²¹³.

Le TPIY confirmera cette orientation dans l'affaire *Kordic et Cerkez*, en montrant que le Tribunal de Nuremberg ainsi que la CDI avaient également reconnu « que la destruction d'édifices consacrés à la religion constituait sans équivoque un acte de persécution au sens de crime contre l'humanité »²¹⁴. La logique derrière une telle qualification sera également davantage détaillée, montrant au passage comment cette orientation permettait de mieux répondre aux événements se déroulant en ex-Yougoslavie :

Cet acte, lorsqu'il est perpétré avec l'intention discriminatoire requise, équivaut à une attaque contre l'identité religieuse même d'un peuple. En tant que tel, il illustre de manière quasi exemplaire la notion de « crimes contre l'humanité », car de fait, c'est l'humanité dans son ensemble qui est affectée par la destruction d'une culture religieuse spécifique et des objets culturels qui s'y rattachent. La présente Chambre conclut en conséquence que la destruction ou l'endommagement délibéré

²¹¹ Il s'agit de « persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ». Statut TPIY, *supra* note 194 à l'art 5(h).

²¹² *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, Jugement (3 mars 2000) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance I) au par 809 [Jugement *Blaskic*].

²¹³ *Ibid* au par 227.

²¹⁴ *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, IT-95-14/2-T, Jugement (26 février 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance) au par 206.

d'édifices musulmans consacrés à la religion ou à l'éducation peuvent constituer, si elles sont commises avec l'intention discriminatoire requise, un acte de persécution²¹⁵

De cette façon, le TPIY se libéra des carcans imposés par le DIH et la codification du DPI en considérant les atteintes envers les biens culturels non pas uniquement comme des crimes contre des biens. Les juges ont également tenté d'aller plus loin concernant du génocide dans l'affaire *Krstic*, ces derniers se heurtant toutefois à la mise aux oubliettes du génocide culturel par le DPI.

Reconnaissant les limites structurelles du droit international héritées de l'abandon de l'aspect culturel du génocide qu'avait développé Lemkin, les juges ont toutefois réussi à inclure d'une certaine façon les atteintes envers les biens culturels dans la sphère du crime de génocide :

La Chambre de première instance se sait toutefois tenue d'interpréter la Convention en tenant dûment compte du principe *nullum crimen sine lege*. Elle reconnaît donc qu'en dépit de ses développements récents, le droit international coutumier limite la définition du génocide aux actes visant à la destruction physique ou biologique de tout ou partie du groupe. N'entrerait donc pas dans le cadre de la définition du génocide une entreprise qui s'en prendrait exclusivement, en vue de les annihiler, aux traits culturels et sociologiques d'un groupe humain, fondements de son identité. La Chambre de première instance fait toutefois remarquer que la destruction physique ou biologique s'accompagne souvent d'atteintes aux biens et symboles culturels et religieux du groupe pris pour cible, atteintes dont il pourra légitimement être tenu compte pour établir l'intention de détruire le groupe physiquement. La Chambre considérera donc en l'espèce la destruction délibérée de mosquées et de maisons appartenant aux membres du groupe comme une preuve de l'intention de détruire ce groupe²¹⁶.

Dans cette affaire, les juges ont à la fois fait preuve de lucidité, tout en comblant de façon ingénieuse les lacunes du droit international. Contrairement à ce qui a été fait pour le crime contre l'humanité, les juges savaient qu'il était impossible de qualifier juridiquement la destruction de biens culturels comme constituant un crime de génocide. En venant établir que ces actes pouvaient toutefois servir à établir le *dol special*, le TPIY a réussi à faire entrer, certes par la petite porte, la destruction du

²¹⁵ *Ibid* au par 207.

²¹⁶ *Le Procureur c. Radislav Krstic*, IT-98-33-T, Jugement (2 août 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance) au par 580.

patrimoine dans le champ du crime de génocide, 53 ans après l'abandon du concept de génocide culturel.

À ce titre, l'héritage du TPIY concernant la protection des biens culturels est double. Premièrement, ce dernier est venu exposer comment les êtres humains, les groupes pouvaient être ciblés voire détruits à travers les atteintes envers le patrimoine. Dans un second temps, tout en composant avec les limites du droit international, la jurisprudence du TPIY est toutefois venue montrer que le droit pouvait malgré tout rendre visible le fait que les atteintes aux biens culturels constituaient également des crimes envers les personnes.

Conclusion

Ballotée dans la fragmentation du droit international, la protection des biens culturels n'est toutefois pas un sujet nouveau ou encore lacunaire d'un point de vue juridique. Si le DIH fût le premier à considérer cette question dans le cadre des règles de conduite des hostilités et d'occupation militaire, sa criminalisation en DPI ainsi que les droits humains sont venus compléter et également ouvrir les horizons d'une telle protection. Si le DIH et le DPI considèrent les atteintes envers les biens culturels comme des atteintes envers les biens, les droits humains et la jurisprudence du TPIY sont venus apporter une dimension humaine à la question en mettant en évidence qu'à travers le patrimoine, ce sont les individus et les groupes humains que l'on cible. Cette interprétation semble d'ailleurs bien mieux s'accorder à la réalité sociologique des conflits armés, ce que la jurisprudence du TPIY illustre parfaitement. À ce titre, le DPI est certainement le régime du droit international qui a le mieux saisi la complexité de la notion de bien culturel, créant des ponts entre l'approche du DIH et l'approche des droits humains. Naviguer dans la fragmentation du droit international, en passant d'un régime à un autre, permet à cet égard de distinguer les différents fragments traitant des biens culturels. Il s'agit là d'une condition essentielle à toute tentative de re-

fragmentation et, *in fine*, d'interprétation et de compréhension de l'objet du bien culturel.

Ce tour d'horizon du paysage juridique entourant la protection des biens culturels s'est toutefois penché sur des régimes juridiques faisant des biens culturels des éléments parmi tant d'autre, le patrimoine n'étant pas le dénominateur commun du DIH, des droits humains et du DPI. Parcellaires sur la question des biens culturels, ces régimes exposent malgré tout certains éléments fondamentaux attachés à cet objet particulier – sans pour autant être exhaustifs sur le sujet. Dans cette optique, l'UNESCO dont nous avons brièvement mentionné le rôle particulier, a participé à l'élaboration d'un régime juridique concernant le patrimoine que nous considérerons ici comme un régime spécialisé, et à ce titre, comme un régime du droit international à part entière. Cela permettra notamment d'avoir à l'esprit ce que le droit international entend ou a pu entendre à travers le terme *patrimoine*. Dans la lignée de ce chapitre, il sera également question de montrer que la dimension humaine du patrimoine, dans une perspective spécifique cette fois-ci, est une tendance du droit international qui est rendue évidente, voire indispensable.

Chapitre 2. Le droit international du patrimoine culturel : un régime juridique pluriel traversé par différentes approches

Introduction

Si une approche de la protection des biens culturels dans le cadre de trois régimes de droit international que l'on pourrait qualifier de « classiques » a pour le moment été favorisée, cette protection peut, et doit se comprendre également dans le cadre plus large du droit international du patrimoine culturel (DIPC). L'expression se trouve être fort peu développée dans la littérature francophone, cette dernière préférant bien souvent des formules telles que « patrimoine culturel en droit international »²¹⁷. Le patrimoine en tant qu'objet juridique semble, dès lors, naviguer entre différents régimes du droit international, comme nous l'avons présenté au chapitre précédent. Toutefois, la littérature anglophone utilise davantage l'équivalent anglais *International cultural heritage law*²¹⁸. Loin d'être anodin, cela traduit une approche qui permet d'aborder les normes internationales relatives au patrimoine culturel comme appartenant à un régime juridique particulier, relativement autonome, avec ses logiques propres.

Section 1 : La rapide coexistence de différentes approches

Si le principe de distinction et le principe de non-discrimination structurent le DIH pour le premier, et le DIDH pour le second²¹⁹, qu'en est-il pour le DIPC ? Si « comprendre c'est avant tout unifier »²²⁰ comme l'avancait Albert Camus, il convient de déterminer, s'il y a, l'unité de ce régime juridique. S'il peut s'avérer ardu d'extraire un principe cardinal de ce régime juridique, son évolution historique lui offre toutefois, si ce n'est une certaine cohérence, un fil conducteur relativement éclairant. Cette évolution

²¹⁷ Bories, *supra* note 149.

²¹⁸ De nombreuses sources utilisées ou consultées dans ce mémoire ou utilisent cette formule dans leur titre, dont : Blake Janet E, *International cultural heritage law*, Oxford, Oxford University Press, 2015; Lucas Lixinski, « Cultural Heritage Law and Transitional Justice: Lessons from South Africa » (2015) 9 *International Journal of Transitional Justice* 278; ou encore Lucas Lixinski, « International Cultural Heritage Regimes, International Law, and the Politics of Expertise » (2013) 20 *International Cultural Property Society* 407.

²¹⁹ Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 347.

²²⁰ Albert Camus, *Le Mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942, à la p 32.

historique, que l'on peut appréhender à travers les principaux instruments internationaux adoptés sous l'égide de l'UNESCO, expose un cheminement (toujours en cours) qui traduit une prise en considération de la pluralité des contextes dans lesquels s'insèrent le patrimoine, ainsi que des acteurs gravitant autour de ce dernier.

1.1 L'UNESCO et la protection du patrimoine culturel : quel patrimoine ?

Si le début du XX^{ème} a vu l'émergence et le développement, certes modestes, de normes internationales visant à protéger certains biens culturels en temps de guerre, le véritable tournant aura toutefois lieu à partir de 1945. La mise en place du système des Nations-Unies va entraîner l'apparition de nombreuses institutions spécialisées, dont l'UNESCO, qui, au fil des décennies, va devenir l'actrice internationale principale concernant le patrimoine. Cette dernière n'hésite pas d'ailleurs à se présenter en tant que « championne de la protection du patrimoine culturel dans le monde » dans ses observations présentées dans le cadre de l'affaire *Al Mahdi*²²¹. L'organisation s'est en effet rapidement fait connaître dans ce domaine, notamment dans le sauvetage de sites en périls, l'exemple du temple d'Abou Simbel en Égypte étant certainement l'opération organisée par l'UNESCO la plus marquante²²².

Toute la production normative estampillée UNESCO prend racine dans son acte constitutif de 1945. Celui-ci lui donne comme mandat notable de veiller « à la conservation et protection du patrimoine universel de livres, d'œuvres d'art et d'autres monuments d'intérêt historique ou scientifique, et en recommandant aux peuples intéressés des conventions internationales à cet effet »²²³. De la *Convention de La Haye* de 1954²²⁴ jusqu'à la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*

²²¹ *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Observations présentées par l'UNESCO en qualité d'amicus curiae (2 décembre 2016) [Observations UNESCO].

²²² David Berliner, Chiara Bortolotto, « Introduction. Le monde selon l'UNESCO » (2013)18 *Gradhiva* : R d'anthropologie et d'histoire des arts 4 à la p 4 [Berliner et Bortolotto].

²²³ *Convention créant une Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, Paris, 16 novembre 1945, à l'art 1 c [Acte constitutif UNESCO].

²²⁴ *Convention de 1954*, *supra* note 85.

de 2003²²⁵, ce sont sept conventions ou protocoles²²⁶ portant spécifiquement sur le patrimoine culturel qui auront été adoptés dans cette perspective²²⁷. S'appliquant uniquement en temps de paix ou de guerre, ou encore dans les deux circonstances, ces conventions sont les manifestations des tentatives de l'UNESCO d'appréhender le patrimoine dans toute sa complexité et sa pluralité. Si cela peut entraîner un apparent manque de cohérence entre certains de ces instruments, il semble toutefois que les différences notables entre ces derniers dénotent davantage d'une évolution cohérente d'un régime juridique qui doit appréhender un objet si complexe que celui du patrimoine culturel. Face à ces apparentes contradictions au sein d'un système dont nous tentons pourtant d'exposer la cohérence, nous nous retrouvons devant le problème fondamental « de l'Un et du Multiple », qui hantait déjà « la mentalité antique » à l'époque présocratique²²⁸. La notion de totalité, comme « unité d'une pluralité », que les néoplatoniciens ont commencé à développer²²⁹, offre dès lors un bon point de départ face à un tel problème. Cela permet alors de s'engager dans une « opération intellectuelle par laquelle [la] multiplicité d'objets ou de points » peut être « embrassée »²³⁰.

En 1983, John Merryman avançait qu'il existait « two ways of thinking about cultural property »: l'une consisterait à appréhender les biens culturels « as components of a common human culture, whatever their places of origin or present location, independent of property rights or national jurisdiction »²³¹; l'autre, quant à elle, verrait

²²⁵ *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, 17 octobre 2003, 2368 RTNU 3 (entrée en vigueur : 20 avril 2006) [Convention PCI].

²²⁶ Les deux protocoles de la Convention de la Haye de 1954.

²²⁷ D'autres instruments qui sont directement liés au patrimoine, sans pour autant concerner exclusivement ce dernier, seront abordés, tout comme certains textes de *soft law*.

²²⁸ Lucien Jerphagnon, *Histoire de la Pensée*, Paris, Tallandier, 2009, à la p 73.

²²⁹ Jean Trouillard, « Philosophie de l'Un » dans *Encyclopædia Universalis* (<https://www.universalis.fr/encyclopedie/philosophies-de-l-un/>).

²³⁰ Emmanuel Lévinas, « Totalité » dans *Encyclopædia Universalis* (<https://www.universalis.fr/encyclopedie/totalite/>).

²³¹ John Merryman, « Two ways of thinking about cultural property » (1983) 80:4 *The American J of IL* 831 à la p 831 [Merryman].

les biens culturels « as part of a national cultural heritage », ce qui donnerait aux nations « a special interest, implies the attribution of national character to objects, independently of their location or ownership, and legitimizes national export controls and demands for the "repatriation" of cultural property »²³². Sans nier l'importance, encore aujourd'hui, de ces deux manières d'appréhender le patrimoine culturel, nous partageons l'avis de Francesco Francioni pour qui la position de Merryman « can hardly be adequate to explain the present state [...] of international law »²³³.

Aujourd'hui, le DIPC propose en effet des façons plus « complexes et sophistiquées »²³⁴ d'appréhender le patrimoine culturel. Ce régime n'est donc pas un bloc monolithique qui serait parfaitement cohérent, sans aucune contradiction. Le DIPC ne doit pas être considéré comme un objet ayant atteint sa maturité et dont le contenu futur pourrait être présumé à partir de sa forme actuelle. Il s'agit plutôt de le considérer comme un processus historique de rationalisation juridique de la notion de patrimoine culturel, dès lors traversé par les contradictions inhérentes à cet objet particulier. Contrairement à d'autres notions, comme la souveraineté, il est plus difficile de désigner un acteur unique qui détiendrait un monopole sur le patrimoine culturel : désigner en tant que tels différents éléments, faire valoir ses droits sur des biens ou encore déterminer l'espace d'appartenance du patrimoine ne peuvent être l'apanage d'un acteur unique. Le patrimoine étant porteur de potentiels conflits, luttes, le DIPC traduit dès lors différentes approches patrimoniales et voit son évolution marquée par certaines grandes dynamiques politico-historiques du XX^{ème} siècle.

²³² *Ibid* à la p 832.

²³³ Francesco Francioni, « The Evolving Framework for the Protection of Cultural Heritage in International Law » dans Silvia Borelli et Federico Lenzerini, dir, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Lieden, Brill, 2012, 1 à la p 3.

²³⁴ *Ibid*. [notre traduction].

1.2 Approches universelle et nationale : une tension structurante

Janet Blake a raison quand elle avance que « a continuing challenge to international cultural heritage law is and has been whether to characterize the heritage that merits protection as a cultural heritage of humankind, a ‘national treasure’, or the source of value and identity to local and indigenous communities »²³⁵. La structure et l'évolution historique du DIPC montrent effectivement que les instruments internationaux de ce régime s'inscrivent chacun dans une de ses approches²³⁶. D'autres éléments sont également avancés pour rationaliser le droit de l'UNESCO relatif au patrimoine culturel. Lyndel V. Prott propose par exemple – pour une certaine époque – de comprendre la production normative et les actions de l'organisation « as a response to the legacy of conquest, colonization, and commerce »²³⁷. Cela étant, les réponses ou les manières de répondre aux impacts du colonialisme, de la conquête ou du commerce sur le patrimoine dépend, *in fine*, de l'approche patrimoniale choisie.

Revenons en toutefois à John Merryman et à ses deux approches du patrimoine culturel. Si une telle vision peut effectivement s'avérer insuffisante aujourd'hui, son propos n'est pas moins pertinent pour appréhender l'évolution historique du DIPC. Au moment d'écrire ces lignes, John Merryman cernait d'ailleurs correctement la tension fondamentale sous-tendant ce régime juridique. Dans la droite ligne du système des Nations-Unies dont elle fait partie, l'UNESCO « s'est donnée dès le début un objectif universaliste »²³⁸, universalisme que l'on retrouve notamment dans son acte constitutif²³⁹. Il est toutefois évident qu'elle n'a pas pu s'autonomiser totalement des États membres qui la composent, ce qui n'ira pas sans entraîner des conséquences sur

²³⁵ Blake, *supra* note 150 à la p 12.

²³⁶ Certains, comme nous allons le voir, traduisent plusieurs approches. Cela étant, une approche dominante est toujours observable.

²³⁷ Lyndel V. Prott, « UNESCO International Framework for the Protection of the Cultural Heritage » in James A.R. Nafziger and Ann M. Nicgorski, dir, *Cultural Heritage Issues: The Legacy of Conquest, Colonization and Commerce*, Lieden, Brill, 2009, 257 à la p 268 [Lyndel V. Prott].

²³⁸ Chloé Maurel, « L'UNESCO entre européocentrisme et universalisme (1945-1974) » (2012) 1 : 9 Les cahiers Irice 61 à la p 61.

²³⁹ Acte constitutif UNESCO, *supra* note 223.

sa production normative. Les premiers instruments adoptés sous les auspices de l'UNESCO, à savoir la *Convention de la Haye* de 1954 (Convention de 1954 ci-après)²⁴⁰ et la *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels* de 1970 (Convention de 1970 ci-après)²⁴¹ traduisent effectivement une approche universelle pour l'une, nationale pour l'autre.

Merryman nomme « cultural internationalism »²⁴² l'approche que la Convention de 1954 va en quelque sorte inaugurer. Le patrimoine culturel y est ici présenté comme celui « de l'humanité entière », sans que l'appartenance à un quelconque peuple n'impacte cette assertion²⁴³. Cet « internationalisme culturel » suppose dès lors « a cosmopolitan notion of a general interest in cultural property ("the cultural heritage of all mankind"), apart from any national interest »²⁴⁴. En revanche, la logique de la Convention de 1970 est toute autre. Cette dernière, en luttant contre « l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels », entend empêcher « l'appauvrissement du patrimoine culturel des pays d'origine »²⁴⁵ et non pas celui de l'humanité entière. Alors que la Convention de 1954 tend à protéger de la destruction le patrimoine culturel, celle de 1970 est plus axée sur la rétention (nous ne donnons pas à ce terme l'aspect péjoratif que semble quelques fois suggérer Merryman) et la conservation des éléments de ce dernier dans leur sphère nationale²⁴⁶.

²⁴⁰ Convention de 1954, *supra* note 85.

²⁴¹ Convention de 1970, *supra* note 116.

²⁴² Merryman, *supra* note 231 à la p 842.

²⁴³ Convention de 1954, *supra* note 85 au préambule.

²⁴⁴ Merryman, *supra* note 231 à la p 841.

²⁴⁵ Convention de 1970, *supra* note 116 à l'art 2.

²⁴⁶ Merryman, *supra* note 231 à la p 844. Merryman semble voir dans la logique de la Convention de 1970 le chemin vers ce qu'il nomme la « destructive retention ». La volonté de conserver des biens culturels dans les « source nations » (souvent plus pauvres), plutôt que dans les « market nations », mettrait en danger ces biens par le manque de moyens des États d'origines quant à leur conservation adéquate. *In fine* cela finirait, selon lui, par mettre en danger le patrimoine commun de l'humanité. Sa vision internationaliste devient plus évidente au fil du texte où il avance par exemple : « *To the cultural nationalist, the destruction of national cultural property through inadequate care is regrettable, but might be preferable to its "loss" through export. To a cultural internationalist, the export of threatened*

Ces deux approches, si différentes, s'expliquent notamment par les différentes forces politiques ayant menées à l'adoption des deux conventions. La Convention de 1970 a en effet été bien plus polarisante par ses objectifs que ne l'a été la Convention de 1954²⁴⁷. Celle-ci a eu un certain succès initial, notamment car « all the major states on the European continent, which had suffered so much damage to and destruction and loss of their cultural heritage, signed and promptly ratified the convention »²⁴⁸. La protection du patrimoine contre les effets des conflits armés était effectivement un objectif plus consensuel que ne l'a été la protection contre l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels.

En tant que réponse à des legs coloniaux²⁴⁹, la Convention de 1970 n'a dès lors pas connu le même succès initial. Elle fait en effet écho à de nombreuses demandes des États nouvellement indépendants, notamment concernant la restitution de biens culturels ayant été déplacés durant la période coloniale²⁵⁰. Cette approche nationale, et ses conséquences (tentatives de corriger des situations héritées du colonialisme), a amené Merryman à voir dans cette dernière une division du monde entre les « source nations » (pays d'origine des biens culturels déplacés) et les « market nations » (pays « d'accueil » desdits biens)²⁵¹. La Convention s'inscrit parfaitement dans le contexte international de l'époque, grandement marqué par les tentatives d'émancipation de

artifacts from Peru to some safer environment would be clearly preferable to their destruction through neglect if retained. » Il s'agit selon nous d'une simplification problématique dans le sens où il n'est jamais fait mention d'autres moyens qui pourraient permettre au Pérou, dans le cas présent, d'assurer une meilleure préservation des biens en question.

²⁴⁷ On notera toutefois les efforts américains à la fin des années 1950, bien que signataires, pour persuader de nombreux États anglophones de ne pas ratifier la Convention de 1954. Lyndel V. Prot, *supra* note 237 à la p 258.

²⁴⁸ *Ibid* à la p 259.

²⁴⁹ Ou impérialiste. Le cas des marbres d'Elgin est un bon exemple de la complexité de ce type de conflit patrimonial.

²⁵⁰ *Ibid* à la p 262. Dans la sphère plus restreinte de l'UNESCO, la convention fait suite à la recommandation concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'exportation, l'importation et le transfert de propriété illicites des biens culturels de 1964. *Recommandation de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'exportation, l'importation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, Rés CG, Doc off UNESCO, 13^e session, 1964.

²⁵¹ Merryman, *supra* note 231 à la p 832. Il ajoute également que la plupart de ces « source nations » faisaient partie du tiers-monde.

pays du tiers-monde – nouvellement indépendants pour beaucoup – qui a notamment vu le mouvement des non-alignés prendre une place importante au sein de l'ONU²⁵². La *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*, préparée par UNIDROIT²⁵³ à la demande de l'UNESCO²⁵⁴, viendra compléter la Convention de 1970 selon une même logique, dans un climat international toutefois moins marqué par les revendications des États du tiers-monde.

En 1954, l'approche universelle s'inscrit quant à elle logiquement dans les contextes international et onusien « post *déclaration universelle des droits de l'homme* ». Le tiers-monde, en tant que force politique structurée et porteuse d'un discours (notamment au sein des organisations internationales), en était encore à ses grands débuts²⁵⁵. Cela étant, l'approche nationale n'est pas venue, en 1970, enterrer l'approche universelle. Elle paraît même plus circonstancielle, venant, au bénéfice d'un contexte international « favorable », quelque peu perturber la production normative de l'UNESCO que l'on imagine plus portée vers l'universel. Pourtant, dès 1972, l'approche universelle va revenir en force avec la *Convention concernant la protection du Patrimoine mondial culturel et naturel* (Convention de 1972 ci-après)²⁵⁶, sans doute l'instrument adopté sous les auspices de l'UNESCO le plus connu. Il s'agit d'ailleurs à ce jour de l'instrument relatif au patrimoine comportant le plus de parties, 193 États l'ayant ratifié (contre 133 pour la Convention de 1954 et 137 pour celle de 1970). Cette dernière renoue avec une conception d'un « patrimoine mondial de l'humanité tout

²⁵² Pour un bref retour historique sur la notion de tiers-monde, sur le mouvement des non-alignés voir : Immanuel Wallerstein, « C'était quoi le tiers-monde ? », *Le Monde diplomatique*, n°557 (août 2000) à la p 18.

²⁵³ L'Institut international pour l'unification du droit privé.

²⁵⁴ Lyndel V. Prott, « UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects » (1996) 1 *Uniform L R* à la p 59.

²⁵⁵ C'est en effet en 1954 que Nehru, Nasser, Tito, Sukarno et Kofélawala décidaient de tenir une conférence à Bandung (1955), qui marqua le point de départ du mouvement tiers-mondiste. Wallerstein, *supra* note 252 à la 18.

²⁵⁶ *Convention concernant la protection du Patrimoine mondial culturel et naturel*, 16 novembre 1972, 1037 RTNU 151 (entrée en vigueur : 17 décembre 1975) [Convention patrimoine mondial].

entière »²⁵⁷. Le rajout de la mention « mondial » par rapport à la Convention de 1954 clarifie encore d'avantage l'ancrage de la Convention de 1972 dans une approche universelle. La logique de 1954 est en effet poussée plus loin avec l'objectif de la Convention qui vise une « protection collective du patrimoine culturel et naturel de valeur universelle exceptionnelle »²⁵⁸. L'élément le plus important de la Convention est certainement la mise en place de la fameuse « liste du patrimoine mondial »²⁵⁹ sur laquelle y figurent des éléments « qui ont une valeur universelle exceptionnelle »²⁶⁰. Christianne Johannot-Gradis résume d'ailleurs parfaitement l'approche patrimoniale embrassée par la Convention (et le mécanisme mis en place avec la liste du patrimoine mondial) et aussi, par conséquent, les approches écartées : « *Ce patrimoine mondial impliquait que de tels biens, propriété de l'humanité entière constituent un patrimoine universel commun à tous, et non un patrimoine local, voire national* »²⁶¹.

Cela étant, si la Convention de 1972 est venue redonner une certaine vigueur à l'approche universelle, elle va également venir, malgré son indéniable succès, cristalliser autour d'elle de nombreuses critiques qui vont amener l'UNESCO à explorer une troisième voie.

Section 2. Le tournant relativiste : diversité, approche locale et patrimoine immatériel

L'émergence des droits humains au lendemain de la Seconde Guerre mondiale a fondamentalement changé la structure du droit international et a très vite entraîné des débats, mais aussi des remises en cause quant à la nature de ces derniers. De nouveaux thèmes sont apparus dans le champ du droit international ouvrant la voie à d'autres disciplines que celui du droit. Une organisation internationale comme l'UNESCO, par

²⁵⁷ *Ibid*, au préambule.

²⁵⁸ *Ibid*.

²⁵⁹ *Ibid* à l'art 11.

²⁶⁰ *Ibid* à l'art 1.

²⁶¹ Johannot-Gradis, *supra* note 100 à la p 127.

sa nature même, a offert un important forum pour de nombreux champs disciplinaires, dont celui de l'anthropologie.

2.1 Le champ de l'anthropologie : une conversion tardive au relativisme

À la fin de l'année 1947, l'*American Anthropological Association (AAA)* publiait son fameux « Statement on human rights » et le soumettait à la Commission des droits de l'homme de l'ONU²⁶². La déclaration critiquait notamment le caractère uniquement libéral et occidental-centré de la DUDH (qui était au stade de projet à ce moment), critère pouvant dès lors rendre cette dernière inopérante²⁶³. Face aux problèmes que soulevait la DUDH, l'*AAA* proposa alors à la Commission d'ajouter les trois mentions suivantes :

1. *The individual realizes his personality through his culture, hence respect for individual differences entails a respect for cultural differences.*
2. *Respect for differences between cultures is validated by the scientific fact that no technique of qualitatively evaluating cultures has been discovered.*
3. *Standards and values are relative to the culture from which they derive so that any attempt to formulate postulates that grow out of the beliefs or moral codes of one culture must to that extent detract from the applicability of any Declaration of Human Rights to mankind as a whole.*²⁶⁴

Si ces propositions n'ont pas été incorporées dans la DUDH, elles nous offrent malgré tout des indications sur ce que pourrait être une autre approche des droits humains que celle embrassée par la DUDH. L'*AAA* prend ici totalement à contre-pied l'approche universaliste des rédacteurs et rédactrices de la DUDH en abordant le problème avec un point de vue résolument relativiste. Le supposé universalisme de la DUDH est ici frontalement attaqué, ce dernier relevant davantage d'un projet d'universalisation de certaines conceptions occidentales, notamment américaines. Olivier Barsalou note d'ailleurs à ce propos que la DUDH « emerged as a political repertoire promoting an

²⁶² Executive board of The American Anthropological Association, « Statement on human rights » (1947) 49:4 *American anthropologist*, New series à la p 539 [Executive board of the AAA].

²⁶³ *Ibid.* Il était par exemple posée la question (rhétorique) suivante: « How can the proposed Declaration be applicable to all human beings, and not be a statement of rights conceived only in terms of the values prevalent in the countries of Western Europe and America? ».

²⁶⁴ Executive board of the AAA, *supra* note 262 aux pp 541-542.

American conception of the human, morality and the universal »²⁶⁵. L'AAA critique principalement l'approche individualiste des droits choisie par la commission. Il est en effet déploré que le respect dû à l'individu soit conçu comme découlant uniquement de cette qualité d'individu, et non pas également en fonction de l'appartenance à un groupe social²⁶⁶. Luttant contre toutes formes de hiérarchie entre les différentes cultures humaines, l'accent est mis sur la diversité culturelle et l'importance de la respecter.

Que ces critiques aient si vite émergé du champ anthropologique n'est pas anodin et s'avère important pour comprendre en partie la production normative adoptée sous l'UNESCO. En effet, cette dernière a « historiquement entretenu des relations étroites avec l'ethnologie »²⁶⁷, ce qui, nous allons le voir ne manque pas de se manifester dans certains instruments. Pourtant, de nombreux anthropologues ont historiquement pris part à la grande entreprise colonialiste. Edward Saïd exposait d'ailleurs cette réalité historique dans *Culture and Imperialism*: « Of all the modern social sciences, anthropology is the one historically most closely tied to colonialism, since it was often the case that anthropologists and ethnologists advised colonial rulers on the manners and mores of the native people »²⁶⁸. Les anthropologues et ethnologues ont donc joué un rôle majeur dans la légitimation du colonialisme, en opposant les valeurs du colonisateur – synonyme de « civilisation » – aux valeurs du colonisé, « primitives » et donc à éliminer ou marginaliser. En offrant de telles « garanties scientifiques », l'anthropologie permettait dès lors de justifier le colonialisme au nom de la mission civilisatrice de l'occident. Cette tendance va toutefois être renversée durant le XX^{ème}

²⁶⁵ Olivier Barsalou, « The Cold War and the rise of an American conception of human rights », in Pamela Slotte and Miia Halme-Tuomisaari, dir, *Revisiting the Origins of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 à la p 363.

²⁶⁶ Executive board of the AAA, *supra* note 262 à la p 539. Dès la première page de la déclaration ce point est abordé: « *The problem is thus to formulate a statement of human rights that will do more than just phrase respect for the individual as an individual. It must also take into full account the individual as a member of the social group of which he is a part, whose sanctioned modes of life shape his behavior, and with whose fate his own is thus inextricably bound.* »

²⁶⁷ Berliner et Bortolotto, *supra* note 222 à la p 4.

²⁶⁸ Edward Saïd, *Culture and Imperialism*, Vintage Books, New-York, 1993 à la p 152.

siècle, la Première Guerre mondiale ayant offert un aperçu peu réjouissant de la supposée supériorité de l'occident et de l'indéniable progrès dont il était considéré comme porteur. L'une des premières amorces du renversement est due à Bronisław Malinowski qui dans l'entre-deux guerres écrivait : « L'anthropologie est désormais non plus le garde-fou de la civilisation en face des coutumes « aberrantes », mais le garde-fou de la vie authentique en face des « aberrations » de la société industrielle »²⁶⁹. Cette « fuite romantique loin de notre culture standardisée »²⁷⁰ signifiait que l'anthropologue ne serait plus l'idiot utile du colonialisme, si ce n'est l'allié. Notamment grâce à l'école américaine du relativisme culturel, l'anthropologie se muait au lendemain de la Seconde Guerre mondiale en « instrument et langage de la décolonisation »²⁷¹. Cette nouvelle forme de l'anthropologie (sans toutefois vouloir homogénéiser cette dernière) va entretenir une relation féconde avec l'UNESCO, et notamment le DIPC.

2.2 L'UNESCO et la diversité culturelle : l'élaboration d'une doctrine

Pour comprendre cette troisième approche patrimoniale, il convient de comprendre certains développements au sein de l'UNESCO qui ont amené cette dernière à produire une doctrine²⁷² largement influencée par le relativisme culturel. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'UNESCO a commencé à se faire connaître en devenant sur la scène internationale l'une des principales actrices de l'antiracisme. Face aux désastres engendrés par les théories raciales, dont le nazisme fut le paroxysme, il fut donc envisagé de répondre à ces discours pseudos scientifiques par un véritable discours scientifique. La volonté constante de l'UNESCO d'offrir un contre discours aux différentes formes de racisme rythme donc depuis le début la vie de l'organisation.

²⁶⁹ Tel que cité dans : Gérard Leclerc, *Anthropologie et colonialisme*, Paris, Fayard, 1972 à la p 59-60.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Une certaine doctrine. Il ne s'agit pas ici de présenter une doctrine qui serait l'unique doctrine de l'UNESCO et qui permettrait de comprendre toute l'activité de cette dernière. Il s'agit plutôt de présenter une certaine doctrine diffusée par l'organisation et qui existe en parallèle d'autres doctrines.

La première stratégie de l'UNESCO à cet égard fut élaborée par le psychologue canadien et haut fonctionnaire de l'organisation Otto Klineberg²⁷³. Le premier volet de cette stratégie consistait dans la production de déclarations scientifiques sur la question de la race. La première fut la *Déclaration sur la Race*²⁷⁴ de 1950. Majoritairement composé d'anthropologues (comme Claude Lévi-Strauss) et de sociologues, mais aussi de biologistes, dont Julian Huxley²⁷⁵, le panel de rédacteurs « strongly emphasized the unity of the human species, arguing that biological differences between humans were secondary »²⁷⁶. Une des conclusions de la *Déclaration* montre bien comment des scientifiques, certes de domaines différents, mettent leur expertise au service d'un objectif politique :

Enfin, les recherches biologiques viennent étayer l'éthique de la fraternité universelle; car l'homme est, par tendance innée, porté à la coopération et, si cet instinct ne trouve pas à se satisfaire, individus et nations en pâtissent également²⁷⁷.

On voit bien ici comment « l'autorité scientifique [...] entendue au sens de capacité de parler et d'agir légitimement »²⁷⁸, pour emprunter les mots de Pierre Bourdieu, est mobilisée pour légitimer les politiques de l'UNESCO. Cette conclusion de la *Déclaration*, endossée par un panel interdisciplinaire de scientifiques, et par la biologie comme champ scientifique particulier, soutient l'objectif de coopération au cœur de l'acte constitutif de l'UNESCO²⁷⁹. Wiktor Stoczkowski note à cet égard qu'en postulant « l'instinct de coopération » comme une « tendance naturelle chez

²⁷³ Wiktor Stoczkowski, « Racisme, antiracisme et cosmologie lévi-straussienne. Un essai d'anthropologie réflexive » (2007) 182 : 2 L'Homme 7 à la p 18 [Wiktor Stoczkowski, Racisme, antiracisme]

²⁷⁴ UNESCO, « Déclaration sur la race de juillet 1950 » dans Jean Hiernaux et Michael Banton, *Quatre déclarations sur la question raciale*, Paris, Éditions de l'UNESCO, 1969, 30 [Déclaration de l'Unesco sur la race de 1950].

²⁷⁵ Julian Huxley fut le premier Secrétaire général de l'UNESCO.

²⁷⁶ Wiktor Stoczkowski, « UNESCO's doctrine of human diversity: A secular soteriology? » (2009) 25 Anthropology Today 7 à la p 8 [Wiktor Stoczkowski, UNESCO's doctrine of human diversity]. Le terme groupe ethnique est d'ailleurs préféré à celui de race.

²⁷⁷ Déclaration de l'Unesco sur la race de 1950, *supra* note 274 à la p 35.

²⁷⁸ Pierre Bourdieu, « Le champ scientifique » (1976) 2 : 2-3 Actes de la recherche en sciences sociales 88 à la p 89.

²⁷⁹ Acte constitutif UNESCO, *supra* note 223.

l'homme »²⁸⁰, la *Déclaration* vient opérer un retournement ontologique par rapport aux conceptions qui prévalaient alors, et qui, poussées à l'extrême avait entraîné le nazisme²⁸¹. Selon lui, la vision de la nature humaine passe d'un extrême à l'autre» dès lors que « l'ontologie de la coopération remplace l'ontologie du conflit »²⁸².

Le deuxième volet de la stratégie antiraciste de l'UNESCO, qui prévoyait la publication de monographies sur le sujet de la « race », a été confié à l'anthropologue français Alfred Métraux²⁸³. C'est dans ce cadre que va paraître l'ouvrage *Race et Histoire*²⁸⁴ de Claude Lévi-Strauss, que Wiktor Stoczkowski n'hésite pas à qualifier de « première *doxa* antiraciste après la défaite du nazisme »²⁸⁵. Il voit également la monographie de Lévi-Strauss comme un prolongement de la *Déclaration* de 1950 :

Race et Histoire constitue un supplément logique à la première *Déclaration* de l'UNESCO. Les deux textes abordent le problème des différences entre les êtres humains, le premier dans la dimension biologique, le second dans la dimension culturelle. Leurs buts sont donc complémentaires. Tandis que la déclaration proclame l'absence de différences ontologiques entre humains sur le plan biologique [...] *Race et Histoire* assure qu'il n'y a pas de différences ontologiques entre cultures (les différences résultent de « leur conduite plutôt que de leur nature »). Les deux textes affirment donc de concert que l'humanité est une et que les différences entre les humains et entre leurs cultures ne relèvent pas de leurs propriétés essentielles, mais d'accidents de l'histoire²⁸⁶

Mais cette démarche antiraciste de Lévi-Strauss lui permet également d'élaborer une doctrine, qui va s'avérer féconde à l'UNESCO, de la diversité culturelle. *Race et Histoire*, en plus d'être un discours scientifique (anthropologique cette fois) s'opposant aux théories raciales, est un plaidoyer pour la diversité culturelle et contre l'ethnocentrisme. Dès le début de l'ouvrage, Lévi-Strauss affirme que la diversité des

²⁸⁰ Déclaration de l'Unesco sur la race de 1950, *supra* note 274 à la p 34.

²⁸¹ Wiktor Stoczkowski, Racisme, antiracisme, *supra* note 273 à la p 20.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibid* à la p 18.

²⁸⁴ Claude Lévi-Strauss, *Race et Histoire*, Paris, Éditions UNESCO, 1952 [Race et Histoire].

²⁸⁵ Wiktor Stoczkowski, Racisme, antiracisme, *supra* note 273 à la p 7. Thomas Hylland Eriksen note quant à lui que « *Race et Histoire* has become a classic of anti-racism in the french speaking word. ». Thomas Hylland Eriksen, «Between universalism and relativism: a critique of the UNESCO concept of culture » dans Jane K. Cowan, Marie-Bénédicte Dembour et Richard A. Wilson, dir, *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 127 à la p 138. [Thomas Hylland Eriksen].

²⁸⁶ *Ibid.*

cultures est « un phénomène naturel »²⁸⁷. Plutôt que d'accepter ce « fait naturel », l'être humain aurait dès lors eu tendance à faire preuve d'ethnocentrisme, rejetant « hors de la culture, dans la nature tout ce qui ne se conforme pas à la norme sous laquelle [il] vit »²⁸⁸. L'idée principale défendue dans l'ouvrage serait que les cultures ne peuvent être hiérarchisées en fonction de leur niveau de développement et que ces dernières seraient « equal but different »²⁸⁹. La « civilisation mondiale » ne pourrait être autre chose selon lui que « la coalition, à l'échelle mondiale, de cultures préservant chacune son originalité »²⁹⁰. Une grande partie de l'ouvrage s'inscrit donc parfaitement dans la mouvance relativiste. Comme le fait très justement remarquer Thomas Hylland Eriksen, « while Lévi-Strauss structuralism is a universalist doctrine about the way human minds function, his position regarding culture has always been that of a classic cultural relativist »²⁹¹. Cette position de l'anthropologue français sur le concept de culture et l'accent mis sur la diversité culturelle vont largement influencer les développements de l'organisation²⁹², jusqu'à devenir partie intégrante de ce que l'on pourrait nommer la « doctrine officielle » de l'UNESCO. Ce dernier présentera d'ailleurs son ouvrage comme une « petite philosophie de l'Histoire à l'usage des fonctionnaire »²⁹³, ce qui malgré le trait d'humour, dénote d'une certaine volonté d'influencer les pratiques au sein de l'organisation.

Il faudra toutefois attendre 1995 pour que l'on puisse clairement affirmer l'inscription d'une conception relativiste de la culture dans la doctrine de l'UNESCO²⁹⁴. *Le Rapport*

²⁸⁷ Race et histoire, *supra* note 284 à la p 19. Il ajoute également qu'en dépit de cet aspect naturel, les humains « y ont plutôt vu une sorte de monstruosité ou de scandale ».

²⁸⁸ *Ibid* à la p 20.

²⁸⁹ Thomas Hylland Eriksen, *supra* note 285 à la p 138.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ Thomas Hylland Eriksen, *supra* note 285 aux p 137-138.

²⁹² *Ibid* à la p 128. « the work of Claude Lévi-Strauss on cultural relativist and culture contact [...] has been influential in UNESCO. »

²⁹³ Wiktor Stoczkowski, Racisme, antiracisme, *supra* note 273 à la p 18.

²⁹⁴ « A few publication nevertheless stand out as implicit policy documents. The most important exemple of the latter is clearly the report *Our creative diversity* ». Thomas Hylland Eriksen, *supra* note 285 à la p 129. Claude Lévi-Strauss est d'ailleurs membre d'honneur au sein de la commission.

de la Commission mondiale de la culture et du développement « *Notre diversité créatrice* » de 1995²⁹⁵, qui peut se lire comme une certaine idéologie *unescoienne*²⁹⁶, démontre bien qu'une vision relativiste est venue s'adjoindre « officiellement » à la vision traditionnellement universaliste de l'Organisation. On voit dès lors poindre la contradiction si souvent avancée entre universalisme et relativisme, qui paraît pourtant inévitable au sein de l'UNESCO. Cela se répercute notamment concernant le sens qui est donné au concept de culture. *Notre diversité créatrice* jongle donc entre la culture en tant que manière de vivre et la culture comme travail artistique (au sens occidental)²⁹⁷. Pour autant, la notion de culture dans le rapport est majoritairement teintée par le relativisme²⁹⁸. En embrassant une telle conception, la lecture du rapport peut ressembler, à certains moments, à une énumération de différentes activités humaines²⁹⁹. Cela est toutefois cohérent avec un des buts du rapport qui est de célébrer, d'encourager et de protéger la diversité culturelle³⁰⁰. Le second but de *Notre diversité créatrice* est de poser les jalons de ce qui pourrait constituer une « éthique universelle »³⁰¹. Les « principes » de cette dernière devraient pour les rédacteurs et rédactrices, constituer « des normes minimales que toute communauté politique se devrait d'observer »³⁰². On retrouve ici l'engagement universaliste de l'UNESCO auquel elle ne peut totalement se détacher. Faisant partie intégrante du système onusien, l'organisation s'est toujours réclamée de la DUDH, du PIDCP et du PIDESC.

²⁹⁵ Commission mondiale de la culture et du développement, *Notre diversité créatrice*, Paris, Éditions UNESCO, 1995 [Notre diversité créatrice].

²⁹⁶ Thomas Hylland Eriksen, *supra* note 285 à la p 129.

²⁹⁷ *Ibid* aux p 130-131.

²⁹⁸ *Ibid* à la p 134.

²⁹⁹ *Ibid* à la p 131.

³⁰⁰ On sent toute l'influence des thèses de *Race et Histoire* dans certains développements du rapport. Ainsi, il est notamment écrit : « Il ne s'agit pas simplement de faire preuve de tolérance à l'égard des autres cultures, il faut également se réjouir des différences culturelles et s'en enrichir au lieu de les rejeter. » ; « Il en va de la diversité et de la pluralité des cultures comme de la biodiversité. Le pluralisme est bénéfique parce qu'il prend en compte l'ensemble des richesses accumulées par l'humanité [...]. Toute culture s'enrichit de la confrontation avec d'autres cultures qui lui fait découvrir ses propres particularités ». *Notre diversité créatrice*, *supra* note 295 à la p 58.

³⁰¹ *Notre diversité créatrice*, *supra* note 295 à la p 34. Le premier chapitre s'intitule : « Vers une éthique universelle ».

³⁰² *Ibid* à la p 51.

Toutefois, bien que le rapport s'en défende³⁰³, les deux engagements sont contradictoires. Alors qu'une partie du rapport célèbre la diversité des cultures et en fait une source de créativité qu'il est vital de préserver, une autre veut imposer une éthique dite universelle. Or, on se retrouve ici face aux mêmes problèmes qu'avait soulevés l'AAA concernant la DUDH en 1947. On revient alors au point de départ, tant l'éthique universelle proposée ici s'insère dans le cadre libéral occidental-centré, en parfait prolongement du discours des droits humains³⁰⁴. Ernesto Laclau relève d'ailleurs très justement que l'universel tel que conçu aujourd'hui – repris par *Notre diversité créatrice* – est en réalité une universalisation du particularisme européen³⁰⁵. Il devient alors nécessaire que le relativisme côtoie et même concurrence l'universel au sein de l'UNESCO, condition d'une action culturelle internationale cohérente. Une sorte de double fidélité semble dès lors caractériser l'organisation : à la fois une fidélité au projet universel onusien et des droits humains, mais aussi une fidélité aux particularismes culturels et au maintien de ces derniers. Le solide ancrage de la notion de diversité culturelle – ainsi que du relativisme qui l'accompagne – dans la doctrine unescienne va dès lors venir influencer la production normative de l'organisation, ce qui va également constituer un tournant majeur en DIPC.

2.3 De la doctrine au droit

La traduction des grandes lignes avancées dans *Notre diversité créatrice* en instruments juridiques ayant plus de force qu'un simple rapport commença en 2001. C'est en effet à cette date que la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle* fut adoptée par la Conférence générale de l'Organisation³⁰⁶. Il s'agit, entre autre, d'une

³⁰³ À la suite de la deuxième citation se trouvant en note 300, il est écrit : « Qu'on ne voie là aucun relativisme culturel, aucune contradiction avec l'affirmation de la validité de normes absolues ». *Ibid* aux p 58-59.

³⁰⁴ Comme éléments de cette éthique on peut notamment relever la « vulnérabilité de l'être humain », « l'égalité », « la démocratie » ou encore le règlement pacifique des différends.

³⁰⁵ Ernesto Laclau, « Universalism, Particularism, and the Question of Identity » (1992) 61 October 83 à la p 8 [Laclau]. Laclau ajoute également : « the universal has found its body, but this was still the body of a particularity – European culture of the nineteenth century. »

³⁰⁶ *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, Paris, 2 novembre 2001.

démarche visant à concilier l'engagement universaliste de l'UNESCO envers les droits humains avec sa doctrine en développement célébrant la diversité culturelle. L'article premier présente d'ailleurs cette dernière comme faisant partie du « patrimoine commun de l'humanité »³⁰⁷. On peut y voir une tentative voulant faire d'un concept universaliste le résultat de la somme des particularismes culturels. On peut y voir la volonté de détacher l'universalisme d'un unique particularisme qui aurait été universalisé – la culture européenne du XIX^e siècle selon Laclau³⁰⁸ – pour y adjoindre l'ensemble des particularismes. En parfait prolongement de *Race et Histoire* et de *Notre diversité créatrice*, la déclaration postule non pas seulement l'aspect naturel de la diversité culturelle comme chez Lévi-Strauss, mais également le caractère vital de cette dernière pour le genre humain³⁰⁹. La déclaration peut être lue comme un acte de foi célébrant les vertus de la diversité culturelle pour la société internationale. Une partie de la déclaration tente également de présenter les droits humains comme « garants de la diversité culturelle », et les droits culturels, comme « cadre propice » à cette dernière³¹⁰. On retrouve donc en grande partie la substance de *Notre diversité créatrice* dans la déclaration, et la tentative – vaine – de concilier une partie de la doctrine relativiste de l'UNESCO avec son engagement universaliste.

Ce tournant relativiste va se manifester encore plus fortement avec l'adoption en 2003, sous l'égide de l'UNESCO, de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* (Convention PCI par la suite)³¹¹. *Notre diversité créatrice*, dans son chapitre 7 surtout, avait déjà fait du patrimoine culturel immatériel (PCI) un sujet qui

³⁰⁷ *Ibid* à l'art 1.

³⁰⁸ Laclau, *supra* note 305 à la p 86. Il écrit notamment: « the universal has found its body, but this was still the body of a particularity – European culture of the nineteenth century. »

³⁰⁹ *Ibid*. « Source d'échange, d'innovation et de créativité, la diversité culturelle est, pour le genre humain, aussi nécessaire que l'est la biodiversité dans l'ordre du vivant.»

³¹⁰ *Ibid* aux arts 4 et 5.

³¹¹ Convention PCI, *supra* note 225.

devait être au centre des préoccupations de l'organisation³¹². De nombreuses délégations africaines, mais aussi la Corée et le Japon ont très vite montré un grand intérêt pour cette problématique³¹³. Il s'agit également d'une réaction à la Convention de 1972, souvent critiquée d'être euro-centrique. Le biais « monumentale » de la convention à propos du patrimoine a été soulevé, notamment par Lévi-Strauss³¹⁴. Le manque de représentativité du *Patrimoine mondial* avait été pointé au sein même de l'UNESCO. Le comité chargé d'examiner la liste « jugea que le patrimoine physique construit, les monuments religieux européens, le patrimoine produit par des hommes plutôt que par des femmes et celui de l'Antiquité étaient surreprésentés, évinçant ainsi des monuments et sites plus contemporains »³¹⁵.

L'adoption de la Convention PCI va dès lors permettre l'émergence d'une autre approche patrimoniale au sein de l'UNESCO, ce qui va également ouvrir la voie à de nouveaux acteurs aux côtés des nations et de la communauté internationale. Les origines géographiques de cette dernière sont en effet très « éloignées » de celles des conventions de 1972 et 1954³¹⁶. Des pays comme la Bolivie, la Corée ou encore le Japon vont ainsi être des acteurs majeurs dans la perspective d'adopter un texte protégeant de nouvelles formes de patrimoine³¹⁷. Mais c'est certainement le Japon qui

³¹² Lourdes Arizpe, « Comment parvenir à un consensus. De la Commission sur la culture et le développement à la Convention de 2003 » (2013)18 *Gradhiva* : R d'anthropologie et d'histoire des arts 146 à la p 152 [Lourdes Arizpe].

³¹³ *Ibid* à la p 153.

³¹⁴ Cité dans : David Berliner, Chiara Bortolotto, « Introduction. Le monde selon l'UNESCO » (2013)18 *Gradhiva* : R d'anthropologie et d'histoire des arts 4 à la p 16.

³¹⁵ Lourdes Arzipe, *supra* note 312 à la p 152. Toutefois, l'aspect immatériel a tout de même commencé à être pris en considération pour l'établissement de la liste du patrimoine mondial. En effet, cette dernière a commencé à s'étoffer avec l'ajout de biens « dont l'intérêt tient au rapport qu'ils entretiennent avec des événements, des idées ou des personnages importants ». Voir Christoph Brumann, « Comment le patrimoine mondial de l'Unesco devient immatériel » (2013)18 *Gradhiva* : R d'anthropologie et d'histoire des arts 22 à la p 25.

³¹⁶ Chiara Bortolotto, « L'Unesco comme arène de traduction. La fabrique globale du patrimoine immatériel » (2013)18 *Gradhiva* : R d'anthropologie et d'histoire des arts 50 à la p 57 [Bortolotto].

³¹⁷ *Ibid* aux pp 53-57. L'UNESCO donne d'ailleurs la parenté au concept de PCI à une lettre de 1973 rédigée par le Ministre des Relations extérieures et des Cultes de Bolivie, adressé au directeur général de l'UNESCO, dans laquelle ce dernier encourageait l'organisation à adopter un texte permettant de protéger le patrimoine immatériel.

va exercer la plus grande influence dans ce processus. Chiara Bortolotto affirme en effet que la Convention PCI « universalise une catégorie patrimoniale inhérente à sa propre histoire culturelle et institutionnelle »³¹⁸. On peut certes encore y voir l'universalisation d'un particularisme pour mentionner de nouveau Laclau. Toutefois, il s'agit d'un concept patrimonial rejoignant de nombreux autres pays non-occidentaux et qui permet une forme de rééquilibrage par rapport aux approches occidentales³¹⁹.

La définition du PCI dans la convention montre très rapidement la différence entre l'approche de cette dernière par rapport aux autres conventions de l'UNESCO. Si le préambule mentionne la « volonté universelle et la préoccupation partagée de sauvegarder le patrimoine culturel immatériel de l'humanité »³²⁰, il n'est à aucun moment fait mention des termes « humanité » et « universel » dans la définition du PCI. Affirmant que le PCI est le « creuset de la diversité culturelle »³²¹, la convention diversifie également les acteurs porteurs du patrimoine. Ici ce ne sont pas les États, l'humanité entière ou la communauté internationale qui sont porteurs du PCI. En effet, le PCI au sens de la convention, se fait en fonction d'autres acteurs :

On entend par "patrimoine culturel immatériel" les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que **les communautés, les groupes** et, le cas échéant, **les individus** reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel.³²²

³¹⁸ *Ibid* à la p 64.

³¹⁹ Chiara Bortolotto analyse de façon forte intéressante cette internationalisation de la conception japonaise du PCI en la mettant en parallèle avec l'importation du concept italien des *beaux-arts* au Japon durant le XIXème siècle. *Ibid* aux pp 60-65.

³²⁰ Convention PCI, *supra* note 225 au préambule.

³²¹ *Ibid*.

³²² *Ibid* à l'art 2. Le paragraphe suivant donne quant à lui des exemples de domaines dans lesquels le PCI se manifeste :

Le "patrimoine culturel immatériel", tel qu'il est défini au paragraphe 1 ci-dessus, se manifeste notamment dans les domaines suivants :

- (a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel ;*
- (b) les arts du spectacle ;*
- (c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs ;*
- (d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers ;*
- (e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel.*

Si les États parties restent les acteurs majeurs de la mise en œuvre du texte, ces derniers, contrairement à la convention de 1972, n'ont pas la liberté totale de décider quels éléments représentent du PCI. Dans son obligation de sauvegarde du PCI³²³, l'identification et la définition des éléments de ce dernier doivent se faire « avec la participation des communautés, des groupes et des organisations non gouvernementales pertinentes »³²⁴. Dès lors, lorsqu'un État propose un élément du PCI afin que ce dernier figure sur la *Liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité*³²⁵ ou sur la *Liste du patrimoine culturel immatériel nécessitant une sauvegarde urgente*³²⁶, cela n'a pu se faire, en théorie, sans la participation de ces nouveaux acteurs. La reconnaissance du PCI dans la Convention ne dépend d'ailleurs que des communautés, des groupes et des individus³²⁷. Le concept de PCI ne peut permettre la fiction d'un patrimoine culturel intrinsèque. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire avec le PCI qu'un élément ait une *valeur universelle exceptionnelle* comme pour la *Liste du patrimoine mondiale*, il s'agit seulement d'une liste représentative³²⁸.

La place prépondérante des communautés, des groupes et des individus dans la convention PCI vient affirmer très directement le caractère relationnel qui existe entre le patrimoine et les groupes ou individus. Si cela paraît évident pour le patrimoine immatériel, cela l'est également pour le patrimoine matériel.

³²³ *Ibid* au par 3. 3. On entend par "sauvegarde" les mesures visant à assurer la viabilité du patrimoine culturel immatériel, y compris l'identification, la documentation, la recherche, la préservation, la protection, la promotion, la mise en valeur, la transmission, essentiellement par l'éducation formelle et non formelle, ainsi que la revitalisation des différents aspects de ce patrimoine.

³²⁴ *Ibid* à l'article 11.

³²⁵ *Ibid* à l'art 16.

³²⁶ *Ibid* à l'art 17.

³²⁷ Pour une définition de ces différentes catégories voir : Groupe d'experts néerlandais réuni par le bureau de la Commission nationale des Pays-Bas pour l'UNESCO, *Projet de Glossaire*, Doc off UNESCO, Réunion internationale d'experts sur le patrimoine culturel immatériel, Doc UNESCO TER/CH/2002/WD/4 (2002). Il est notamment proposé des définitions de ces trois catégories mais aussi de communauté ou peuple autochtone par exemple.

³²⁸ Tullio Scovazzi, « Chapter 8: The definition of Intangible Cultural Heritage » dans Silvia Borelli et Federico Lenzerini, dir, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Lieden, Brill, 2012, 179 à la p 190 [Tullio Scovazzi].

Christiane Johannot-Gradis a donc raison de souligner le « caractère collectif du droit relatif au patrimoine culturel immatériel »³²⁹. Le droit relatif au PCI comporte d'ailleurs certaines similitudes avec le droit des peuples autochtones. Détenant une grande partie du PCI dans le monde³³⁰, ces derniers se voient d'ailleurs reconnaître un « rôle important dans la production, la sauvegarde, l'entretien et la recreation » du PCI³³¹. La protection du patrimoine des communautés autochtones, dans toute sa globalité, est d'ailleurs au cœur des développements en droit des peuples autochtones. La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* insiste notamment sur le droit collectif qu'ont les communautés « d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes [...] protéger et développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture »³³², que celles-ci soient matérielles ou immatérielles. La protection du patrimoine de ces communautés doit se comprendre dans le cadre plus large de la protection – vitale pour leur survie – de leur identité³³³. L'affaire *Communauté Moiwana c. Suriname* de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a été l'occasion d'affirmer le lien vital entre le territoire – et ce qui s'y trouve et s'y déroule, notamment des biens ou manifestations culturelles – et l'identité des communautés³³⁴.

³²⁹ Johannot-Gradis, *supra* note 100 à la p 130.

³³⁰ Tullio Scovazzi, *supra* note 328 à la p 191.

³³¹ Convention PCI, *supra* note 225 au préambule. On peut toutefois regretter que le rôle particulier des communautés autochtones n'aille pas plus loin que cette mention dans le préambule. Il aurait en effet été intéressant que ces dernières soient reconnues comme des actrices particulières à part entière aux cotés des *communautés, groupes et individus*.

³³² Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés AG 2007, Doc off AG NU, 107ème sess, Doc NU A/61/L.67 (2007) à l'art 11.

³³³ La *Déclaration* insiste en effet sur le lien entre la destruction de la culture et l'assimilation forcée (synonymes de destruction de la communauté) et la préservation de l'identité culturelle :

1. Les autochtones, peuples et individus, ont le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture.

2. Les États mettent en place des mécanismes de prévention et de réparation efficaces visant :

- a) **Tout acte ayant pour but ou pour effet de priver les autochtones de leur intégrité en tant que peuples distincts, ou de leurs valeurs culturelles ou leur identité ethnique;**

³³⁴ I/A Court H.R., Case of Moiwana Village v. Suriname, Judgment of 15 June 2005, Series C No. 124 au par 86 (6). « The N'djuka community's relationship to its traditional land is of vital spiritual, cultural

L'adoption en 2005 de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*³³⁵ est venue confirmer le virage relativiste de l'UNESCO en approfondissant la protection et la promotion de la diversité culturelle. La convention définit la diversité culturelle comme renvoyant « à la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression »³³⁶. Suivant la même logique que la convention PCI, il est fait mention de la culture, et donc des patrimoines, des groupes et sociétés et non pas de l'humanité ou de la communauté internationale.

Conclusion

L'évolution historique du DIPC peut au premier abord ressembler à une lutte dans laquelle différentes approches patrimoniales coexistent difficilement tant ces dernières peuvent s'avérer contradictoires. Il semble que les deux approches « traditionnelles » des débuts de l'UNESCO trahissent toutefois leur profond ancrage dans la logique du droit international. L'approche nationale illustre en effet la place prépondérante de l'État comme acteur principal de ce dernier et par la même l'affirmation du concept fondamentale de la souveraineté à travers une forme de souveraineté culturelle. Quant à l'approche universaliste, elle vient confirmer la structure du droit international « post 1945 » qui tend à faire de certains sujets des préoccupations de la communauté internationale. L'approche relativiste, largement influencée et orientée vers les droits des peuples autochtones, peut, comme l'affirme Janet Blake, « be seen as subversive of the two leading (and internally contradictory) approaches »³³⁷. Cette dernière est d'ailleurs sceptique quant à la possibilité de présenter une approche du DIPC: « cultural heritage means many things to many people (and group of people) and the challenge

and material importance. In order for the culture to maintain its integrity and identity, its members must have access to their homeland ».

³³⁵ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, 2440 RTNU (entrée en vigueur : 18 mars 2007).

³³⁶ *Ibid* à l'art 4.

³³⁷ Blake, *supra* note 150 à la p 20.

facing [international law] in this field is to try to satisfy as many of the legitimate interests in heritage [...] operating within a system primarily established by and for sovereign and equal States »³³⁸. Sans contredire ce constat, l'évolution historique dépeinte ici nous montre que le droit de l'UNESCO a évolué, notamment avec l'approche relativiste, vers une intégration accrue et plus réaliste de la complexité du patrimoine et de ses porteurs. Le Juge de la CIJ Cançado Trindade montre bien comment l'objet patrimonial est venu chambouler les approches traditionnelles en droit international : « le patrimoine culturel et spirituel relève d'une dimension humaine plutôt que de la dimension étatique traditionnelle, et paraît transcender la dimension purement interétatique »³³⁹. Protéger le patrimoine, les biens culturels, et donc celles et ceux qui en sont les porteurs, implique donc de trouver un équilibre en ces approches. Dans cette perspective l'affaire *Al Mahdi* de la CPI dévoile ici tout son intérêt. Il s'agira en effet dans le prochain chapitre de voir, entre autre, comment la CPI a intégré le DIPC et ces différentes approches. Plus généralement il s'agira de montrer comment cette affaire permet de donner du sens à la protection des biens culturels en faisant intervenir le DIH, le DIPC et les droits humains.

³³⁸ *Ibid* à la p 21.

³³⁹ *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, Opinion individuelle du Juge Cançado Trindade, [2013] CIJ rec 566, au par 113. [Trindade, CIJ].

Chapitre 3. *Lex specialis et lex generalis* dans l'affaire Al Mahdi

Introduction

L'objet du bien culturel, du patrimoine plus largement, s'imisce dans les nombreuses voies que la fragmentation du droit international ouvre. Complémentarité des normes ou encore conflits entre celles-ci peuvent dès lors venir complexifier la compréhension de la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Le DIPC est toutefois venu offrir un cadre complet et exhaustif dans lequel les biens culturels doivent être inscrits afin d'être appréhendés dans toute leur complexité.

En tant que première affaire de DPI à porter uniquement sur des atteintes à l'encontre de biens culturels, l'affaire *Al Mahdi* nous offre un matériau plus complet que la jurisprudence du TPIY dans une perspective interprétative. Ahmad Al Mahdi, « accusé d'avoir dirigé intentionnellement des attaques contre 10 bâtiments à caractère religieux et historique sis à Tombouctou »³⁴⁰ a été poursuivi pour crime de guerre en vertu de l'article 8-2-e-iv du Statut de Rome³⁴¹. La rapidité à laquelle l'affaire a été menée – fait notable pour la CPI – grâce aux aveux de culpabilité de l'accusé notamment, ont en outre permis à la Cour de s'attarder sur le sens et la portée à donner à la protection des biens culturels. À ce titre, il sera question ici, en filigrane, de savoir si la CPI a saisi cette opportunité et s'est, effectivement, basé sur le cadre fourni par le DIPC et l'UNESCO dans son exercice interprétatif.

Des tribunaux comme le TPIY et le TPIR ont traditionnellement privilégié « une procédure essentiellement accusatoire par opposition à une procédure fondée sur une approche inquisitoire »³⁴². Une légère intégration de cette dernière a toutefois pu se

³⁴⁰ Jugement Al Mahdi, *supra* note 200 au par 10. Les événements se sont déroulés pendant l'occupation de Tombouctou par le groupe militaire djihadiste Ansar Dine. Ahmad Al Mahdi dirigeait alors la *Hezbah*, une sorte de police des mœurs. C'est à la tête de la *Hezbah* que ce dernier a alors exécuté les décisions du tribunal islamique de l'organisation qui visaient à détruire les biens en question.

³⁴¹ Statut de Rome, *supra* note 199 à l'art 8-2-e-iv.

³⁴² Anne-Marie La Rosa, *Juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve*, Genève, Graduate Institute Publications, 2003 à la p 2 [La Rosa].

faire sentir dans certaines juridictions pénales internationales. Alors Président du Tribunal Spécial pour le Liban (TSL), Antonio Cassese rédigeait en 2010 un mémorandum dans lequel il relevait notamment que l'intégration accrue du système inquisitoire à une procédure pénale internationale traditionnellement accusatoire constituait « incontestablement [une] évolution positive car les spécificités et la vocation même de la justice pénale internationale appellent une approche plus inquisitoire (ou moins accusatoire) »³⁴³. Cette plus grande mixité procédurale a un impact non négligeable sur le rôle des victimes dans la procédure. Alors que « le système accusatoire ignore généralement les victimes en tant que protagonistes distincts »³⁴⁴, les cantonnant au rôle de témoin, l'approche inquisitoire permet en revanche une meilleure intégration de ces dernières. Sans pour autant en faire des parties civiles, des juridictions telles que les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, le TSL et la CPI ont mis en place des régimes pour la participation des victimes³⁴⁵. Cette intégration accrue des victimes au sein de la CPI permet à cette dernière d'explorer d'autres voies concernant la protection des biens culturels, ce que ne pouvait se permettre le TPIY. À ce titre, l'affaire *Al Mahdi* représente le point de rencontre entre le DIH, les droits humains et le DIPC. En plus de s'inscrire dans la lignée de la jurisprudence du TPIY, cette dernière est venue intégrer les approches patrimoniales du DIPC ainsi que le discours des Rapporteuses spéciales dans le domaine des droits culturels. Si les deux premiers chapitres de ce mémoire pouvaient avoir pour but d'exposer ce qu'une interprétation « cohérente » des biens culturels et de leur protection devait inclure, ce chapitre offre alors un cas d'étude qui présente l'opérationnalisation d'une telle interprétation.

³⁴³ Règlement de procédure et de preuve, Mémoire explicatif par le Président du Tribunal (25 novembre 2010) au par 3 (Tribunal spécial pour le Liban, Antonio Cassese), en ligne : STL < www.stl-tsl.org >.

³⁴⁴ La Rosa, *supra* note 342 à la p 4.

³⁴⁵ Amal Alamuddin, David Tolbert et Nidal Nabil, dir, *The Special Tribunal for Lebanon: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2014 à la p 153. Le Statut de Rome prévoit notamment un régime de protection et de participation des victimes au procès à son article 68. Statut de Rome, *supra* note 199 à l'art 68.

Section 1. Sortir de la logique du droit international humanitaire

Comme nous l'avons vu précédemment, le TPIY a su, jusqu'à un certain point, se libérer du carcan imposé par la structure du DPI, ce dernier faisant des atteintes envers les biens culturels des crimes contre des biens uniquement et non contre des personnes. Toutefois, en poursuivant des individus pour crimes contre l'humanité pour la destruction de biens culturels, et en permettant la prise en compte de tels actes pour établir le *dol special* dans le cas d'une poursuite pour génocide, le TPIY a fait un premier pas pour combler l'écart entre le droit et la réalité sociologique. À bien des égards, l'affaire *Al Mahdi* peut se voir comme une continuation du travail du TPIY et comme un autre pas en avant pour ancrer dans la jurisprudence le caractère relationnel unissant le patrimoine et les individus.

1.1 Les réparations : une échappatoire ?

La problématique des réparations en droit international est fondamentalement liée à celle de la responsabilité étatique. Sujet délicat par excellence, les avancées sur la question en droit international général se font lentement. Les tribulations de la CDI sur la codification du droit de la responsabilité internationale illustrent parfaitement cette situation. Alors que cette dernière avait débuté ses travaux sur la question en 1969³⁴⁶, il faudra attendre 2001 pour avoir la version finalisée du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*³⁴⁷. Historiquement, les réparations souvent imposées dans les traités de paix avaient peu à voir avec une quelconque forme de responsabilité pour des violations du droit international³⁴⁸. Toutefois, le principe affirmant l'obligation de réparation en cas de violation d'un engagement international n'est pas nouveau. En effet, la Cour permanente de Justice

³⁴⁶ Emmanuel Decaux, Olivier de Frouville, *Droit international public*, 10^e éd, Paris, Dalloz, 2016 à la p 127 [Decaux et de Frouville].

³⁴⁷ Commission du droit international, *Rapport de la cinquante-sixième session*, Doc off AG NU, 2001, supp n°10, Doc NU A/56/10. L'adoption d'un traité international sur la question demeure pour le moment largement hypothétique face à la méfiance des États sur un sujet les concernant directement.

³⁴⁸ Decaux et de Frouville, *supra* note 346 à la p 126.

internationale (CPJI) avait dès 1927, dans *l’Affaire relative à l’Usine de Chorzów*, établi ce principe :

C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même.³⁴⁹

La question des réparations en droit international général, comme ce fut le cas au sein de la CPJI, a néanmoins plus ou moins toujours été perçue comme un mécanisme applicable entre États³⁵⁰. L'émergence des droits humains, tant au niveau international que régional, va toutefois venir élargir la portée de la responsabilité étatique et avec elle, du mécanisme des réparations.

Le développement massif du système universel mais surtout des systèmes régionaux de droits humains depuis 1945 est venu consacrer l'individu comme sujet du droit international. La responsabilité étatique pouvait dès lors être engagée lorsqu'un État ne respectait pas certains de ses engagements envers des individus sous sa juridiction. Ce changement radical dans la structure du droit international va venir profondément modifier le concept de réparation. Les nombreux mécanismes de droits humains permettant aux individus d'engager des recours à l'encontre des États pour des violations à leur égard sont en effet venus faire des réparations un principe ne s'appliquant plus uniquement aux relations entre États. Le *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* a par exemple permis dès 1976 au Comité des droits de l'homme de « recevoir et [d'] examiner [...] des communications émanant de particuliers qui prétendent être victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans le Pacte »³⁵¹. Toutefois, ce sont les systèmes régionaux de droits humains et leur jurisprudence qui auront un impact majeur sur le

³⁴⁹ *Affaire relative à l’Usine de Chorzów* (1927), Compétence, CPJI (sér A) n° 9 à la p 21.

³⁵⁰ Christine Evans, *The right to reparation in international law for victims of armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 à la p 29 [Christine Evans].

³⁵¹ *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

développement des réparations envers les individus. En effet, le mécanisme du Comité des droits de l'homme s'avérera peu efficace par rapport à certains mécanismes régionaux. En 2010 par exemple, la Cour Européenne des droits de l'homme « issued as many judgments (1,499) as the human rights Comitee has emitted during its entire existence »³⁵². Quoiqu'il en soit, l'émergence des droits humains et de sa jurisprudence (notamment dans les Cours régionales), tant au niveau international que régional, a confirmé l'obligation étatique de fournir des réparations pour les violations des droits humains causées par les agents de l'État ou par l'incapacité de ce dernier d'empêcher de tels actes³⁵³.

Les mécanismes internationaux et régionaux de recours et de réparation ont également eu une grande importance sur certains standards de *soft law* adoptés dans ce domaine³⁵⁴. L'adoption par l'ONU de la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*³⁵⁵ (1985), ainsi que des *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*³⁵⁶ (2005) sont en effet venus mettre en avant les réparations comme mécanisme indispensable en droit international. Si le premier texte vient établir l'obligation de réparations pour les victimes de la criminalité³⁵⁷, le second est bien plus important dans la perspective où il confirme à la fois le travail des différents mécanismes de droits humains, tout en élargissant le spectre

³⁵² Christine Evans, *supra* note 350 à la p 60.

³⁵³ *Ibid* à la p 2.

³⁵⁴ *Ibid* aux pp 36-37.

³⁵⁵ *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Rés AG 34, Doc off AG NU, 40^e sess, Doc NU 40/34 (1985) [Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir].

³⁵⁶ *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés AG 141, Doc off AG NU, 60^e sess, Doc NU 60/147 (2005) [Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation].

³⁵⁷ *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, *supra* note 355 à l'art A(8).

des réparations aux victimes de violations du DIH. Avec ce texte, l'ONU offre avant tout une définition aboutie du terme « victimes » :

on entend par « victimes » les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire.³⁵⁸

Le texte vient également préciser les différentes formes de réparation pouvant être envisagées, à savoir : « restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-répétition »³⁵⁹. Cette affirmation des droits des victimes, ainsi que du droit à la réparation, va avoir un impact significatif en DPI, notamment à la CPI.

Le DPI s'est grandement distingué comme moyen de mise en œuvre du DIH, que ce soit par l'intermédiaire des infractions graves aux Conventions de Genève ou encore avec la catégorie des crimes de guerre dans les juridictions *ad hoc*. Si cela a permis jusqu'à un certain point de poursuivre les auteurs de violations du DIH, notamment au sein du TPIY et du TPIR, les victimes ont plus ou moins été oubliées³⁶⁰. Étant donné qu'au premier abord le DIH « does not address individual rights »³⁶¹, il peut paraître logique que ces juridictions aient axé leur action sur la poursuite et non la réparation. Il est en effet plus « naturel » d'envisager les réparations dans le cadre des droits humains. En cas de violation des droits humains, c'est sur le fondement d'une violation d'un droit subjectif qu'un individu peut se baser pour obtenir réparation. Toutefois, si l'on envisage le DPI en tant que criminalisation du DIH via les crimes de guerre, mais aussi comme criminalisation des droits humains via les crimes contre l'humanité, on peut alors envisager une « contamination » des principes de droits humains au sein du DPI, ce qui ne sera pas sans répercussion sur l'interprétation du DIH.

³⁵⁸ Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation, *supra* note 356 à l'art V.

³⁵⁹ *Ibid* à l'art IX.

³⁶⁰ Les Tribunaux militaires de Nuremberg et Tokyo ne font pas exception.

³⁶¹ Christine Evans, *supra* note 350 à la p 20.

Si le texte de l'ONU concernant les victimes de violations de droits humains et de DIH a été adopté en 2005, il s'agissait toutefois de l'aboutissement d'un travail de 15 ans³⁶². Cela a donc eu, en parallèle, une influence sur les négociations du Statut de Rome. Il s'agit toutefois de ne pas passer sous silence l'influence majeure que le collectif d'ONG *Coalition pour la Cour pénale internationale* a eu durant les négociations. Comme le note justement Christine Evans, alors que les statuts du TPIY et du TPIR « failed to provide significant progress in the recognition of victims »³⁶³, l'action énergique des ONG a permis « the incorporation of principles of human rights law and restorative justice »³⁶⁴. Alors que l'article 68 du Statut de Rome prévoit un régime de participation à la procédure pour les victimes³⁶⁵, l'article 75 va quant à lui encore plus loin dans la reconnaissance des droits des victimes en instaurant un régime de réparation³⁶⁶. Ce régime permet à la fois à la Cour d'agir de son propre chef, mais permet également aux victimes de présenter des demandes de réparation auprès du greffier³⁶⁷. Il a aussi été instauré un *Fonds au profit des victimes*³⁶⁸, qui permet notamment d'assurer les réparations lorsqu'un.e accusé.e est considéré.e indigent.e. En 2009, l'Assemblée des États parties adoptait le *Rapport de la Cour sur la stratégie concernant les victimes*

³⁶² *Ibid* à la p 5.

³⁶³ *Ibid* à la p 89.

³⁶⁴ *Ibid* à la p 99.

³⁶⁵ Statut de Rome, *supra* note 199 à l'article 68. L'alinéa 3 précise ce régime de participation : « Lorsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés et d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Ces vues et préoccupations peuvent être exposées par les représentants légaux des victimes lorsque la Cour l'estime approprié, conformément au Règlement de procédure et de preuve ». On voit ici un exemple de procédure hybride qui intègre à la fois l'approche inquisitoire et l'approche accusatoire. Sans aller jusqu'à en faire des parties civiles, les victimes sont toutefois intégrées à la procédure, en même temps que sont réaffirmés les droits de la défense, chers à l'approche accusatoire.

³⁶⁶ *Ibid* à l'art 75.

³⁶⁷ *Règlement de procédure et de preuve*, ICC-PIDS-LT-02-002/13_Fra (2005) (Assemblée des États Parties) aux règles 94-95 [RPP CPI].

³⁶⁸ Statut de Rome, *supra* note 199 à l'art 79.

dans lequel il était indiqué que la dite stratégie se basait notamment sur les deux textes de l'ONU mentionnés précédemment³⁶⁹.

Cette inclusion d'un réel régime pour les victimes au sein du Statut de Rome, dans la lignée de l'expérience des droits humains, est venue bouleverser la nature même des procès pénaux internationaux. S'il s'agit toujours de poursuivre les auteurs de certains crimes, la CPI s'est également vue adjoindre une approche influencée par la justice réparatrice. Dès lors, un plus grand souci pour les victimes change également les discours tenus dans les différentes phases d'un procès. Les ordonnances de réparation sont d'ailleurs dorénavant des phases importantes au sein de la CPI. C'est particulièrement le cas dans l'affaire *Al Mahdi*. En termes de quantité, l'ordonnance de réparation initiale contenait par exemple 68 pages alors que le jugement n'en contenait que 55³⁷⁰. Si cela s'explique notamment par l'aveu de culpabilité de l'accusé, il n'en demeure pas moins que cela dénote de l'importance de cette phase du procès.

Dans le cas plus spécifique de la protection des biens culturels en cas de conflit armé, l'accent mis davantage sur les victimes change également le discours. S'il s'agit toujours pour la CPI de déterminer des violations du DIH (comprendons ici le Statut de Rome comme une criminalisation du DIH), l'octroi de réparation implique également qu'il est nécessaire, au moins implicitement, de déterminer le ou les droits subjectifs des victimes qui ont été violés. Cela permet également de faire converger les droits humains et le DIH du fait que ce dernier, comme nous l'avons vu, ne mentionne pas au premier regard de droits individuels contrairement aux droits humains. Il s'agit donc d'un travail d'interprétation du DIH qui permet potentiellement de lui faire dire ce qu'il ne dit pas *prima facie*. Dans cette perspective, il est donc important que les différentes phases du procès ne se contentent pas d'établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé,

³⁶⁹ *Rapport de la Cour sur la stratégie concernant les victimes*, ICC-ASP/8/45, Rapport de la Cour (10 novembre 2009) au par 6 (Assemblée des États Parties).

³⁷⁰ Jugement *Al Mahdi*, *supra* note 200. et *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Ordonnance de réparation (17 août 2017) [Réparations initiales].

mais qu'elles fassent également ressortir les victimes derrière les actes, qu'elles rendent visible leur préjudice. Dès lors, la question de la protection des biens culturels se trouve, dans ce cas, moins enfermée dans une logique strictement basée sur les règles de conduite des hostilités ou d'occupation, sortant dès lors les biens culturels d'une logique strictement axé sur les logiques du DIH.

1.2 Les individus derrière les biens

Une meilleure inclusion des victimes dans la procédure pénale invite à une prise en considération accrue des préjudices entraînés par un crime. S'ils sont importants pour déterminer la gravité d'un crime et *in fine* pour fixer la peine, l'établissement des préjudices prend une toute autre portée lorsqu'on en vient à la phase de réparation. Il s'agit en effet d'être plus précis dans les préjudices et surtout dans l'identification des victimes afin d'offrir des réparations adéquates.

Durant le jugement, la Cour affirme toutefois qu'Ahmad Al Mahdi « doit répondre non pas de crimes contre des personnes mais d'un crime contre des biens »³⁷¹. Néanmoins, les juges ont largement insisté dans le jugement sur le lien qui unissait la population tombouctienne et les biens attaqués. Dans l'évaluation de la gravité du crime elle est allé jusqu'à affirmer « que le motif religieux discriminatoire invoqué pour justifier la destruction de ces monuments est à prendre en compte »³⁷². Il est dès lors reconnu ici que les actes d'Al Mahdi pourraient être considérés comme des crimes contre des personnes, comme l'avait déjà fait le TPIY en poursuivant de tels actes sous le chapeau des crimes contre l'humanité. *A posteriori*, les éléments disponibles montrent qu'il aurait été possible de poursuivre Ahmad Al Mahdi pour crimes contre l'humanité également – en assimilant ses actes à de la persécution pour motifs religieux. Quoi qu'il en soit, la mise en lumière du lien affectif, symbolique et religieux qui unissait la population locale aux biens attaqués est manifeste dans le jugement³⁷³. Les juges ont

³⁷¹ Jugement Al Mahdi, *supra* note 200 au par 77.

³⁷² *Ibid* au par 81.

³⁷³ Voir notamment les paragraphes 78 et 79. *Ibid* aux par 79 et 79.

notamment établi que la population locale était, d'une certaine façon, propriétaire des biens compte tenu de l'interconnexion entre ces derniers et les tombouctiens : « [l]es mausolées de saints et les mosquées de Tombouctou font partie intégrante de la vie religieuse de la population de cette ville [...] [i]ls en constituent **un patrimoine commun de la communauté** »³⁷⁴. La Cour finit dès lors par affirmer que les actes d'Ahmad Al Mahdi ont affecté « les victimes directes des crimes – les fidèles de Tombouctou »³⁷⁵. Comme l'avait déjà fait auparavant le TPIY, la CPI s'est en partie attachée pendant le jugement à montrer que ce crime contre des biens, de son propre aveu, constitue également une atteinte et une attaque contre des individus.

La phase de réparation va toutefois permettre de pousser cette logique plus loin. La Cour va d'ailleurs s'appuyer grandement sur les observations soumises par différentes organisations, mais aussi des rapports d'expert.e.s désigné.e.s. En tant qu'*Amicus Curiae*, l'UNESCO a présenté des observations concernant les réparations. On peut y voir ici un changement de paradigme au sein de l'organisation. En 1950, préférant des mesures pénales, l'UNESCO se montrait sceptique quant à la question des réparations pour la destruction du patrimoine culturel : « the possibility of civil reparations is of very minor interest when we are concerned with property which is essentially irreplaceable »³⁷⁶. Toutefois, les développements au sein du droit de l'UNESCO, allant de plus en plus vers le patrimoine local, en parallèle du développement des droits humains, ont amené l'UNESCO à soutenir l'octroi de réparation pour les personnes affectées par les actes d'Ahmad Al Mahdi :

L'UNESCO appuiera toute action entreprise par la CPI afin d'aider les communautés locales, qui sont ici les principales victimes. Il serait opportun que les réparations versées soient employées dans le cadre de mesures collectives³⁷⁷.

³⁷⁴ Nous soulignons. Jugement Al Mahdi, *supra* note 200 au par 34.

³⁷⁵ *Ibid* au par 80.

³⁷⁶ *Report on the international protection of cultural property by penal measures in the event of armed conflict*, Doc off General conference, 1950, Doc UNESCO 5C/PRG/6 Annex I à la p 2.

³⁷⁷ *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Observations présentées par l'UNESCO en qualité d'*amicus curiae* (2 décembre 2016) au par 15 [Observations UNESCO].

L'organisation venait à la fois soutenir le mécanisme des réparations, tout en exhortant la CPI d'identifier les victimes – les porteuses du patrimoine – qu'il convenait d'indemniser. Les observations de l'UNESCO convergent également avec les observations conjointes déposées par la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH) et l'Association malienne des droits de l'homme (AMDH) quant à la nécessité d'offrir des réparations collectives³⁷⁸. C'est en s'appuyant largement sur les observations soumises³⁷⁹, ainsi que sur les rapports d'expert.e.s³⁸⁰, que le Cour a décidé l'octroi de « réparations collectives pour la douleur mentale/l'angoisse et pour perturbation de sa culture subies par l'ensemble de la communauté de Tombouctou »³⁸¹. Il a également été accordé des réparations individuelles « pour la douleur mentale et l'angoisse endurées par les descendants des défunts dont les sites funéraires ont été endommagés dans l'attaque »³⁸². Ces réparations individuelles sont toutefois d'un intérêt moindre, le préjudice étant ici plus évident.

Avec ces réparations, la CPI assume pleinement une fonction de justice réparatrice, en allant au-delà de la seule poursuite. Elle qualifie elle-même les réparations accordées ici comme des « mesures de réhabilitation collectives pour remédier à la détresse affective résultant de l'attaque menée contre les bâtiments protégés »³⁸³. En suivant sa propre jurisprudence, la CPI embrasse d'ailleurs volontiers une logique communautaire dans le cadre des réparations quand cela s'avère pertinent. Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre d'appel ouvrait en effet la voie à cette forme de réparation :

³⁷⁸ Ibid. et *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC01/1201/15, Observations conjointes de la FIDH et de l'AMDH sur la procédure de réparations (2 décembre 2016) (Cour pénale internationale) [Observations FIDH et AMDH].

³⁷⁹ Observations UNESCO, *supra* note 377; Observations FIDH et AMDH, *supra* note 378; *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Observations présentées par le Queen's University Belfast Human Rights Centre et Redress Trust (2 décembre 2016).

³⁸⁰ Accessibles via : Redress, « Making Sense of Reparations at the International Criminal Court » (2018) (en ligne) <<https://redress.org/publication/making-sense-of-reparations-at-the-international-criminal-court/>> à la p 5.

³⁸¹ Ordonnance de réparation initiale, *supra* note 370 au par 90.

³⁸² Ibid.

³⁸³ Ibid au par 104.

certain crimes may have an effect on a community as a whole. The Appeals Chamber considers that, if there is a sufficient causal link between the harm suffered by members of that community and the crimes of which Mr Lubanga was found guilty, it is appropriate to award collective reparations to that community, understood as a group of victims³⁸⁴.

Cette orientation converge parfaitement avec les tendances contemporaines au sein du DIPC que nous avons présenté dans le chapitre précédent, avec la possibilité de mettre l'accent sur une approche plus locale du patrimoine. L'influence du DIPC se fait d'ailleurs évidemment sentir dans l'affaire *Al Mahdi*, cette dernière pouvant d'ailleurs être vue comme une mise au point concernant les contradictions entre les différentes approches patrimoniales soulevées au précédent chapitre.

1.3 La Cour pénale international et les approches patrimoniales

Si la préoccupation dans le jugement et la phase des réparations a largement été axée sur les préjudices subis par les communautés locales, ceux subis par d'autres communautés n'ont pas été passés sous silence. Il a été longuement démontré comment les biens détruits étaient un patrimoine commun de la communauté de Tombouctou. En ce sens, la CPI a embrassé une approche patrimoniale se rapprochant de l'approche relativiste que nous avons présenté au précédent chapitre. Néanmoins, les approches nationale et universelle ont également influencé le déroulement du procès.

L'inscription de 9 des bâtiments détruits sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO a été largement évoquée durant le jugement³⁸⁵. Toutefois, les bâtiments détruits qui n'étaient pas sur la liste étaient malgré tout protégés par le Statut de Rome en tant que « bâtiments consacrés à la religion » et « monuments historiques »³⁸⁶. Pour autant, comme nous l'avons déjà mentionné, l'inscription sur une telle liste ajoute une dimension symbolique supplémentaire. Dans cette perspective, en s'appuyant sur l'acte

³⁸⁴ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3, Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" (3 march 2015) at para 212 (International Criminal Court).

³⁸⁵ Jugement *Al Mahdi*, *supra* note 200 aux par 39, 46, 80

³⁸⁶ Statut de Rome, *supra* note 199 à l'art 8-2-c-iv.

constitutif de l'UNESCO, la protection du patrimoine culturel international a été érigée par la CPI comme un impératif qui incombe à la communauté internationale³⁸⁷. La Cour n'a pas omis de mentionner également que Tombouctou, et les biens qui s'y trouvent, sont « au cœur du patrimoine culturel du Mali »³⁸⁸. Cette prise en considération a amené les juges à déterminer que la destruction des biens, en plus d'avoir affectés la communauté de Tombouctou, a également affecté « toute la population du Mali et la communauté internationale »³⁸⁹.

Dans ses observations conjointes, la FIDH et l'AMDH ont insisté encore d'avantage sur l'importance des biens détruits au niveau national, précisant que ces derniers faisaient « partie du patrimoine culturel et de l'identité du pays dans son entier »³⁹⁰. Tout en accordant une importance primordiale à la communauté locale de Tombouctou, les deux organisations ont toutefois tenté de convaincre la Cour de ne pas se limiter à une approche strictement locale dans la perspective des réparations :

[T]ous les mausolées de Tombouctou sont inscrits sur la liste du patrimoine national. L'importance de ces mausolées s'étend au-delà des frontières de la ville. Tombouctou a un rôle central dans l'histoire du pays et de l'Islam, ses mausolées sont connus de tous les maliens et représentent un élément incontournable de l'identité de leur pays. [...] Nous pouvons dès lors considérer que la population malienne en tant que communauté a subi un préjudice du fait de la destruction de monuments inscrits au patrimoine national, monuments par ailleurs parmi les plus vénérés et connus au Mali³⁹¹

Cette préoccupation pour la communauté malienne a également été relayée dans les secondes observations du représentant légal des victimes. Ce dernier demandait en effet

³⁸⁷ « Le statut que leur a accordé l'UNESCO met en évidence l'importance particulière que ces bâtiments revêtent pour le patrimoine culturel international, sachant que `` la dignité de l'homme exigeant la diffusion de la culture et l'éducation de tous en vue de la justice, de la liberté et de la paix, il y a là, pour toutes les nations, des devoirs sacrés à remplir dans un esprit de mutuelle assistance `` ». Jugement *Al Mahdi*, *supra* note 200 au par 46.

³⁸⁸ *Ibid* au par 78.

³⁸⁹ *Ibid* au par 80.

³⁹⁰ Observations FIDH et AMDH, *supra* note 378 au par 23.

³⁹¹ *Ibid*.

à la CPI, après avoir consulté les autorités nationales, que l'État malien se voit accordé une réparation symbolique à hauteur d'un franc CFA³⁹².

Malgré que la Cour ait seulement reçu des demandes en réparation pour la communauté de Tombouctou³⁹³, ces préoccupations pour les communautés maliennes ont toutefois été prises en compte dans l'ordonnance de réparation. Estimant « qu'un geste symbolique de ce type [était] opportun », la cour a ordonné l'octroi d'une réparation d'un Euro pour l'État malien³⁹⁴. Dans la logique de la demande formulée par le représentant légal des victimes, la Cour a également estimé que la communauté internationale, représentée par l'UNESCO, devait se voir accordé un Euro de réparation symbolique également³⁹⁵.

Pour résumer, trois communautés ont reçu des réparations pour les préjudices causés par les destructions : les communautés internationale, malienne et tombouctienne. On voit clairement ici une reprise des différentes approches patrimoniales du DIPC, chacune insistant sur des porteurs et porteuses du patrimoine différents. Au premier abord, on pourrait penser que la CPI a brillamment réussi à concilier des approches pourtant contradictoires. Toutefois, et la Cour l'a elle-même confirmé, « l'étendue et la nature du préjudice subi varient pour chacun des 3 groupes identifiées »³⁹⁶. L'accent a en effet été mis sur la communauté locale, qui a subi un préjudice « bien plus grave »³⁹⁷, alors que les communautés nationale et internationale ont uniquement reçu des réparations symboliques.

³⁹² *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15-224, Version publique expurgée du « Corrigendum avec une Annexe explicative des Observations finales du Représentant légal de mise en œuvre d'un droit à réparation de 139 victimes conformément à l'article 75 du Statut de Rome » (14 juillet 2017) au par 11 (Cour pénale internationale).

³⁹³ Ordonnance de réparation initiale, *supra* note 370 au par 52.

³⁹⁴ *Ibid* au par 106.

³⁹⁵ *Ibid* au par 107.

³⁹⁶ *Ibid* au par 52.

³⁹⁷ *Ibid*.

Cette décision de la CPI peut toutefois être porteuse de sens pour la compréhension du DIPC. La Cour a en effet estimé que « limiter l'évaluation du préjudice à la communauté de Tombouctou permettra de maximiser également l'effet des réparations accordées en l'espèce »³⁹⁸. On peut dès lors voir dans tout ce processus, une réelle préoccupation de la variété des communautés affectées par le patrimoine, mais également une hiérarchisation. Il transpire dans le discours de la CPI que le patrimoine, peu importe qu'il ait une importance au niveau national ou international, est avant tout d'une importance locale. Pourtant, les biens en question ici n'étaient pas inscrits sur la liste d'instruments internationaux que l'on peut rattacher à l'approche relativiste. Au contraire, les biens étaient à la fois inscrits sur la liste du patrimoine mondial et inscrits au patrimoine national malien. Si l'approche relativiste que nous avons présenté transpire dans certains textes et instruments adoptés par l'UNESCO, il semble toutefois que cela ne se limite pas à ces derniers. En effet, l'approche relativiste/locale semble s'inscrire dans le cadre plus général du discours pouvant être tenu sur le patrimoine en droit international. Sans pour autant venir discréditer les approches nationale et internationale, la CPI est toutefois venu confirmer une tendance du DIPC à privilégier les communautés, groupes ou individus. Le juge de la CIJ Cançado Trindade confirmait d'ailleurs cette approche dans le cadre de la demande en interprétation pour l'affaire *Temple de Préah* : « au-delà des États, les titulaires ultimes du droit à la sauvegarde et à la préservation du patrimoine culturel et spirituel sont les collectivités humaines concernées, voire l'humanité tout entière »³⁹⁹. Cette ordonnance de réparation vient alors peut-être confirmer que le DIPC est arrivé à une certaine maturité. Tandis que les deux approches traditionnelles sont reléguées au symbolisme, l'approche locale est quant à elle vue comme la meilleure façon de répondre aux problématiques patrimoniales – comme la destruction en cas de conflits armés.

³⁹⁸ *Ibid* au par 55.

³⁹⁹ Trindade, CIJ, *supra* note 339 au par 114.

Les droits humains ainsi que le DIPC ont explicitement ou implicitement infiltré la procédure pénale dans le cadre de l'affaire *Al Mahdi*. Cela a notamment permis la tenue d'un discours qui se concentrait d'avantage sur les victimes derrière le patrimoine. Cela vient toutefois poser des questions sur le DIH lui-même, sur la catégorie des biens culturels et ce qu'elle implique dans la relation avec d'autres régimes juridiques.

Section 2. Du bon usage de la *lex generalis*

Avec l'affaire *Al Mahdi*, la CPI est venue poursuivre le travail qu'avait déjà commencé le TPIY : rendre plus apparent le caractère relationnel entre les biens culturels et les individus. Même si la Cour a elle-même affirmé le contraire, son discours, comme celui du TPIY, montre bien que les atteintes envers les biens culturels ne sont pas seulement des crimes contre des biens. Alors que le DPI constitue dans un tel cas une criminalisation de certaines violations du DIH, il est pertinent de déterminer comment ce dernier est interprété dans ses dispositions sur les biens culturels.

2.1 Le bien culturel en droit international humanitaire : une catégorie autonome ?

Dans une logique purement axée sur le DIH, la protection des biens culturels doit se comprendre dans le cadre de la protection des biens civils et de la population civile. Il s'agit dès lors d'une application basique du fondamental principe de distinction en DIH. Toutefois, comme nous l'avons montré à maintes reprises, le caractère relationnel entre le patrimoine et les individus a fini par être largement mis en avant dans le cadre du DIPC, mais aussi dans la jurisprudence du TPIY et surtout de la CPI dans l'affaire *Al Mahdi*. Dès lors, les catégories issues des logiques froides de distinction civils/combattants, biens civils/objectifs militaires peuvent ne pas rendre compte de la complexité de la question patrimoniale. Ils semblent donc que le DIH seul ne suffit pas pour avoir une réelle compréhension de l'objet du bien culturel en cas de conflit armé. Il s'avère en effet nécessaire d'intégrer cet objet, non pas uniquement dans le cadre du DIH, mais aussi et surtout dans le cadre du DIPC.

Deux principales définitions du bien culturel cohabitent en DIH et DPI. La première est celle issue du Règlement de La Haye de 1907⁴⁰⁰, la seconde celle de la Convention de 1954⁴⁰¹. C'est la première qui a pourtant été utilisée dans les Statuts du TPIY et la CPI sous le chapeau des violations des lois et coutumes de la guerre⁴⁰². Si le Statut de Rome sanctionne donc des attaques contre des « bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques »⁴⁰³, le terme « bien culturel » introduit par la Convention de 1954 est toutefois venu s'imposer. Dans le jugement de l'affaire *Al Mahdi*, la Cour mentionne par exemple 7 fois ce terme⁴⁰⁴. Les juges affirment même que le Statut de Rome « protège [...] les biens culturels »⁴⁰⁵, la Cour semblant dès lors ne pas faire cas de la distinction entre les deux définitions. De fait, même si la définition du Règlement de 1907 est celle qui paraît avoir été choisie par le DPI, la définition de la Convention de 1954 semble toutefois être privilégiée. La Convention de 1954 est en effet venue radicalement modifier le paysage du DIH sur cette question en amenant un terme, et une définition subséquente, s'imposant comme la manière la plus sophistiquée de définir le patrimoine à protéger en cas de conflit armé. Les protocoles additionnels aux Conventions de Genève sont par exemple venus reprendre succinctement la définition de la Convention de 1954 tout en faisant un renvoi à cette dernière⁴⁰⁶, tandis que le TPIY, dès l'arrêt *Tadic*, affirmait l'existence de règles coutumières protégeant les « biens culturels »⁴⁰⁷. La différence principale entre la définition de la Convention de 1954 et celle du Règlement de La Haye tient au fait que la première y présente une liste indicative⁴⁰⁸, alors que la seconde y présente une liste exhaustive⁴⁰⁹. Cette différence

⁴⁰⁰ Règlement de La Haye, *supra* note 108 à l'art 27.

⁴⁰¹ Convention de 1954, *supra* note 85 à l'art 1.

⁴⁰² Statut TPIY, *supra* note 194 à l'art 3-d. Statut de Rome, *supra* note 199 aux arts 8-2-b-ix et 8-2-c-iv.

⁴⁰³ Statut de Rome, *supra* note 199 aux arts 8-2-b-ix et 8-2-c-iv.

⁴⁰⁴ Jugement *Al Mahdi*, *supra* note 200.

⁴⁰⁵ La citation complète est la suivante : « Le Statut protège les personnes et les biens culturels de manières différentes ». *Ibid* au par 16.

⁴⁰⁶ PAI, *supra* note 88 à l'art 53. PAII, *supra* note 88 à l'art 16.

⁴⁰⁷ Arrêt *Tadic*, *supra* note 196 au par 127.

⁴⁰⁸ Convention de 1954, *supra* note 85 à l'art 1.

⁴⁰⁹ Règlement de La Haye, *supra* note 108 aux arts 27 et 56.

invite une comparaison plus en détail des deux définitions dans la perspective de déterminer la portée de la protection accordée selon chacune des définitions.

Règlement de La Haye de 1907 ⁴¹⁰	Convention de La Haye de 1954 ⁴¹¹
<p><u>(Article27)Conduite des hostilités</u> Dans les sièges et bombardements, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour épargner, autant que possible, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, les monuments historiques, les hôpitaux et les lieux de rassemblement de malades et de blessés, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire.</p> <p><u>(Article56)Occupation</u> Les biens des communes, ceux des établissements consacrés aux cultes, à la charité et à l'instruction, aux arts et aux sciences, même appartenant à l'État, seront traités comme la propriété privée. Toute saisie, destruction ou dégradation intentionnelle de semblables établissements, de monuments historiques, d'œuvres d'art et de science, est interdite et doit être poursuivie.</p>	<p>[...] sont considérés comme biens culturels, quels que soient leur origine ou leur propriétaire:</p> <p>a. Les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples, tels que les monuments d'architecture, d'art ou d'histoire, religieux ou laïques, les sites archéologiques, les ensembles de constructions qui, en tant que tels, présentent un intérêt historique ou artistique, les œuvres d'art, les manuscrits, livres et autres objets d'intérêt artistique, historique ou archéologique, ainsi que les collections scientifiques et les collections importantes de livres, d'archives ou de reproductions des biens définis ci-dessus;</p>

Une des premières différences notables vient de l'inclusion d'unités sanitaires au sein du Règlement de La Haye. Alors que la Convention de 1954 traite uniquement des biens culturels et y présente donc une définition précise, il n'y a pas en 1907 ce que l'on pourrait présenter comme un régime spécial pour les biens culturels, ces derniers se retrouvant mélangés à d'autres biens. Un nombre restreint de biens sont en effet protégés contre les effets des sièges et des bombardements ou alors contre les effets de l'occupation, sans qu'une définition raisonnée des biens culturels applicable dans les

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ Nous soulignons. L'alinéa b de l'article concerne quant à lui les « édifices dont la destination principale et effective est de conserver ou d'exposer les biens culturels meubles définis à l'alinéa a ». L'alinéa b mentionne quant à lui les « centres monumentaux » qui comprennent un grand nombre de biens culturels définis aux aliéna a et b. Convention de 1954, *supra* note 85 à l'art 1.

deux situations soit présente. Toutefois, on y trouve, comme dans la Convention de 1954, des biens immeubles majoritairement, mais aussi des biens meubles comme les œuvres d'art.

Le changement radical introduit par la définition de la Convention de 1954 demeure néanmoins l'introduction de l'élément d'importance « pour le patrimoine culturel des peuples »⁴¹². Comme le note Jiri Toman, « [c]'est la valeur des biens – et la valeur seule – qui compte »⁴¹³. Cet élément subjectif peut à la fois paraître difficile à définir, tout en offrant pourtant une portée pouvant sembler sans limite. Des auteurs ont toutefois soulevé que la définition de la Convention de 1954 pouvait s'avérer plus restrictive que celle du règlement de La Haye. Christiane Johannot Gradis ou encore Jiri Toman relèvent par exemple que la Convention de 1954 s'est limitée aux « seuls biens en relation avec la culture », concluant dès lors que les édifices ou biens religieux seraient mieux protégés par le Règlement de La Haye⁴¹⁴. Cependant, c'est selon nous faire une erreur que de distinguer le culturel du cultuel, la religion étant une forme de manifestation culturelle importante, qui par ailleurs, structure bien souvent les cultures de différentes sociétés.

Toutefois, la question de l'importance pour le patrimoine culturel des peuples demeure floue. Une distinction est souvent faite entre l'identification d'un bien comme étant un bien culturel et la protection que ce dernier est susceptible de recevoir. Jiri Toman affirme dans ce sens :

En principe, tous les biens culturels qui figurent dans [l'article 1] sont susceptibles d'être protégés dans le cadre de la protection générale. La décision dépend entièrement des autorités du pays sur le territoire duquel les biens se trouvent et elle se manifeste par la décision d'y placer le signe distinctif [image du signe], conformément aux articles 6, 16 et 17 de la Convention⁴¹⁵.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ Jiri Toman, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé : Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Paris, Éditions UNESCO, 1994 à la p 65 [Toman, Commentaires 1954].

⁴¹⁴ Christiane Johannot Gradis, *supra* note 100 à la p 106. Toman, Commentaires 1954, *supra* note 413 à la p 65.

⁴¹⁵ *Ibid* à la p 66.

Ce type d'analyse est toutefois discutable. Avant toute chose, l'article 6 de la Convention de 1954 prévoit que les biens culturels « **peuvent** être munis d'un signe distinctif de nature à faciliter leur identification »⁴¹⁶. La formulation de l'article n'implique donc pas qu'il soit nécessaire de placer le signe sur un bien pour qu'il soit protégé dans le cadre de la protection générale. De l'aveu même de l'UNESCO, « aucun État n'appose le signe distinctif à chaque bien composant son patrimoine culturel et la plupart des États n'utilisent pas du tout le signe »⁴¹⁷. Il serait dès lors assez surprenant que l'application de la protection générale des biens culturels soit ainsi conditionnée par l'usage du signe distinctif. Malgré tout, l'affirmation de Toman selon laquelle la protection d'un bien culturel dépend des autorités nationales peut sembler logique *prima facie*. Il paraît en effet probable que la mention de « peuple » ait au moment de la rédaction fait référence à la nation. Il ne faut alors pas être surpris que de nombreuses analyses et les États eux-mêmes en concluent que la protection des biens culturels dépend de décisions des autorités nationales. Pourtant, en se basant sur la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴¹⁸, il s'agit selon nous d'une compréhension déraisonnable du but de la Convention de 1954⁴¹⁹. En effet, si on doit conclure une telle discrétion de la part des États, l'inclusion d'un article prévoyant par exemple l'application de la protection générale des biens culturels (appelée *respect des biens culturels*) en cas de CANI paraît selon nous contradictoire. Il semblerait absurde qu'un État ne soit plus tenu de respecter certains biens, qui pourtant sont d'une importance majeure pour la culture de son propre peuple, car ce dernier n'aurait pas pris de dispositions pour les protéger sous la Convention de 1954⁴²⁰. Le CICR ne

⁴¹⁶ Convention de 1954, *supra* note 85 à l'art 6. Les articles 16 et 17 quant à eux concernent la représentation du signe et surtout les conditions dans lesquelles ce dernier peut être utilisé.

⁴¹⁷ Manuel militaire UNESCO, *supra* note 131 au par 74.

⁴¹⁸ Convention de Vienne de 1969, *supra* note 24 à l'art 31.

⁴¹⁹ De plus, aucune dispositions précises et explicites, que ce soit dans la Convention ou le règlement d'exécution, ne viennent préciser la manière de déterminer les biens culturels qui seraient sous protection générale. Il n'est fait mention que du signe distinctif qui apparaît facultatif. En revanche, pour les biens culturels sous protection spéciale, la convention et le règlement d'exécution prévoient les modalités de désignation.

⁴²⁰ Une telle logique produirait des résultats aberrants, notamment si l'on pousse les exemples à l'extrême comme dans le cas d'un État multinationale en conflit qui favoriserait une composante

semble d'ailleurs pas adhérer à la position de Toman. Dans le commentaire de l'article 53 du PAI, le CICR affirme en effet que dans le cadre de la Convention de 1954 « [l]a protection est accordée automatiquement à tous les biens qui entrent dans la définition »⁴²¹. Ces problématiques issues de l'interprétation de la Convention de 1954 s'atténuent donc lorsque l'on prend en considération l'intégration de la définition dans le DIH, notamment coutumier, tant en CAI qu'en CANI⁴²².

Pour autant, la *lex generalis* peut intervenir pour donner du sens à l'élément d'importance. L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit en effet comme règle générale d'interprétation l'utilisation de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »⁴²³. Le DIPC, en tant que régime à part entière, vient alors offrir de nombreux éléments qui permettent de clarifier la catégorie du bien culturel en DIH. Dans ce cas présent, nous estimons que la catégorie du bien culturel en DIH doit « se lire et être comprise dans les limites de la règle générale qui en constitue la toile de fond »⁴²⁴. Le DIH ici, en tant que *lex specialis*, doit se lire comme « spécification technique »⁴²⁵ du droit général (le DIPC) dans la mesure où il s'agit de spécifier les modalités de protection du patrimoine – le but du DIPC – dans le contexte particulier du conflit armé. De plus, au vu des évolutions du droit de l'UNESCO que nous avons présenté au chapitre précédent, il est clair que le patrimoine n'avait pas été appréhendé dans toute sa complexité en 1954. Cette évolution est, comme nous l'avons vu, venu consacrer d'autres porteurs du patrimoine que la nation et la communauté internationale. Une interprétation plus large

nationale plutôt qu'une autre. Un gouvernement qui serait en conflit ouvert avec une communauté nationale de son État, pourrait ne pas respecter un bien culturel qui depuis des siècles fait pourtant partie de l'histoire et de la culture du pays, du simple fait que ce dernier n'aurait jamais pris (volontairement ou non) de mesures internes pour protéger ou même reconnaître l'importance du bien.

⁴²¹ Commentaires des PA, *supra* note 146, art 53 par 2051.

⁴²² Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 141 règle 38 à la p 127.

⁴²³ Convention de Vienne de 1969, *supra* note 24 à l'art 31.

⁴²⁴ Koskenniemi, Rapport fragmentation, *supra* note 55 au par 56.

⁴²⁵ *Ibid.*

du terme « peuple » peut alors permettre d'ouvrir ce dernier aux groupes, communautés ou encore individus⁴²⁶.

L'importance dans l'identification d'un bien culturel vient alors se situer sur la détermination des communautés pour qui le bien peut être considéré comme important. C'est exactement la logique qui a été suivie par la CPI dans l'affaire *Al Mahdi*. Même si le Statut de Rome reprend la définition du Règlement de La Haye et qu'il était assez simple de montrer que les biens en question étaient consacrés à la religion, la Cour s'est tout de même attelée à déterminer l'importance des biens en questions. Comme nous l'avons vu, cette dernière a à de nombreuses reprises établi l'importance des biens pour la culture, l'histoire ou encore l'identité de la communauté tombouctienne. Elle a également démontré l'importance des biens pour le patrimoine nationale malien, mais aussi pour le patrimoine mondial. S'il a pu être pris en compte l'inscription des biens au patrimoine mondial de l'UNESCO et au patrimoine national, cela n'implique pas que ce type de mesures prises par des autorités nationales ou internationales conditionne l'appartenance à la catégorie du bien culturel. Le changement de paradigme au sein du DIPC, entraîné par la Convention PCI, a permis de ne plus seulement voir le patrimoine à protéger sous l'angle des biens ou manifestations ayant une « valeur universelle exceptionnelle » pour le considérer d'avantage à la lumière de l'importance que leur reconnaissent les groupes, communautés ou individus⁴²⁷.

Il nous semble donc que la catégorie du bien culturel en DIH développée par la Convention de 1954 et qui a été intégré dans les PA et le droit coutumier, peut

⁴²⁶ La notion de peuple a en effet évolué en droit international. L'émergence du droit international des peuples autochtones en est un bon exemple. En DIH on peut aussi noter la mention « des peuples luttant contre la domination coloniale » dans le PAI. PAI, *supra* note 88 à l'art 1.

⁴²⁷ Convention PCI, *supra* note 225 à l'art 2. En définissant le patrimoine immatériel en tant que « pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que **les communautés, les groupes** et, le cas échéant, **les individus** reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel », on peut considérer que cette conception est venu « contaminer » les conceptions que l'on peut également avoir du patrimoine matériel.

potentiellement embrasser une large variété de biens, tant que ces derniers revêtent une importance culturelle pour certaines communautés. Cet état de fait vient élargir les pratiques à observer durant les conflits armés. Dans son manuel militaire, l'UNESCO invite par exemple les forces armées à consulter « des experts civils en archéologie, histoire, histoire de l'art et architecture, des conservateurs de musées, de galeries, de bibliothèques, d'archives et de collections scientifiques, des associations professionnelles y afférentes et des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dédiées » durant la planification⁴²⁸. Dans divers cas, cela implique qu'une dimension sociologique, historique voir même anthropologique doit être adoptée en période de conflit. Il s'agirait dès lors, pour les forces armées d'un État ou des groupes armés, d'avoir une connaissance approfondie de la ou des cultures locales afin d'établir ce que l'on nomme pudiquement « de bonnes pratiques ».

2.2 Dévoiler les droits subjectifs derrière les biens protégés

Une compréhension de la catégorie du bien culturel en DIH, à la lumière du DIPC notamment, confirme encore une fois le caractère relationnel entourant ce bien. Un bien est culturel s'il est considéré comme tel par la communauté internationale, nationale mais surtout locale. Dès lors, un discours purement axé sur le DIH peut s'avérer aride pour aborder une question comme celle de la destruction de biens culturels. Les biens protégés en DIH le sont toujours en relation avec la population civile : les biens indispensables à la survie de la population sont protégés pour éviter de livrer cette dernière à la famine⁴²⁹; l'environnement en tant que bien, est protégé pour ne pas compromettre « la santé, ou la survie de la population »⁴³⁰; les biens contenant des forces dangereuses sont protégés pour empêcher que la libération des dites forces cause

⁴²⁸ Manuel militaire UNESCO, *supra* note 131 au par 79.

⁴²⁹ PAI, *supra* note 88 à l'art 54. PAII, *supra* note 88 à l'art 14.

⁴³⁰ PAI, *supra* note 88 à l'art 55.

« des pertes sévères dans la population »⁴³¹. Il s'agit alors de se demander ce que protège réellement le DIH à travers les biens culturels.

Les réparations dans l'affaire *Al Mahdi* constituent certainement la phase du procès la plus pertinente en termes d'interprétation pour déterminer la portée et le sens de la protection des biens culturels en DIH. Le concept des réparations implique, comme nous l'avons précédemment avancé, que des droits subjectifs ont été violés. La démonstration faite par la Cour de l'importance fondamentale des biens pour la communauté locale devient alors pertinente dans la perspective des réparations lorsque les droits subjectifs violés des membres de cette dernière se dévoilent. La singularité du processus de réparation, en permettant de sortir d'une logique de DIH et DPI uniquement, permet ici un discours largement orienté vers les droits humains, les droits culturels plus précisément. En désignant, Karima Bennouna, la *Rapporteuse spéciale de l'ONU dans le domaine des droits culturels* (la Rapporteuse ci-après) parmi les expert.e.s consulté.e.s dans la phase de réparation⁴³², la CPI ouvrait très volontiers la porte à une approche axée sur les droits humains. Le rapport de la rapporteuse débutait d'ailleurs en exhortant la Cour d'adopter « a human rights perspective in assessing the importance of cultural heritage and the harm caused by its destruction »⁴³³. Le rapport, hormis dans les parties concernant plus spécifiquement les modalités de réparations, est très similaire dans le contenu aux différents rapports de Karima Bennouna elle-même ou encore de Farida Shaheed que nous avons présenté au 1^{er} chapitre. Il est par exemple fait 26 fois référence à ces derniers dans le rapport destiné à la CPI⁴³⁴. Par la suite, la Cour fera environ 15 fois référence à ce dernier dans l'ordonnance de réparation⁴³⁵. Par conséquent, le discours des droits culturels sur le patrimoine

⁴³¹ PAI, *supra* note 88 à l'art 56. PAII, *supra* note 88 à l'art 14.

⁴³² RPP CPI, *supra* note 367 à l'art 97-2.

⁴³³ *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15-214-AnxI-Red3, « Brief by Ms. Karima Bennouna, UN Special Rapporteur in the field of cultural rights (27 avril 2017) p 4 (International Criminal Court) [Karima Bennouna brief].

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ Ordonnance de réparation initiale, *supra* note 370.

développé par les rapporteuses spéciales dans le domaine des biens culturels est venu imprégner le discours de la CPI.

Un des buts principaux de la Rapporteuse a été d'assimiler la destruction du patrimoine culturel comme une violation des droits humains⁴³⁶. Cette dernière affirme notamment : « *prima facie*, destruction of cultural heritage must be considered [as a] violation of cultural rights »⁴³⁷. Dès lors, les actes d'Ahmad Al Mahdi ont, selon la rapporteuse, « irreparably harming the human rights »⁴³⁸. Pendant longtemps, la conception dominante refusait d'envisager que d'autres acteurs que l'État puissent avoir des obligations concernant les droits humains. Toutefois, en cas de CANI notamment, comme l'avance Andrew Clapham, « the assumption that human rights law only applies to governments and not to insurgents is no longer a universally shared assumption »⁴³⁹. Dans son rapport, Karima Bennouna s'inscrit dans cette perspective et mentionne l'approche adoptée sur la question par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes⁴⁴⁰. Ce dernier affirmait en effet que « under certain circumstances, in particular where an armed group with an identifiable political structure exercises significant control over territory and population, non-state actors are obliged to respect international human rights law »⁴⁴¹. Selon la Rapporteuse, cela s'appliquait alors parfaitement à la situation qui prévalait lors de l'occupation de Tombouctou⁴⁴². La Chambre de première instance avait en effet conclu « qu'Ansar Dine et AQMI pouvaient être considérés comme des groupes armés organisés » du fait

⁴³⁶ Certains des intitulés du rapport confirme cela : « Intentional Destruction of Cultural Heritage as a Violation of Human Rights »; « The Crimes as Part of an Orchestrated Fundamentalist Attack Against Cultural Rights ». Karima Bennouna brief, *supra* note 433 aux pp 11 et 32.

⁴³⁷ *Ibid* à la p 7.

⁴³⁸ *Ibid*.

⁴³⁹ Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006 à la p 280.

⁴⁴⁰ Karima Bennouna brief, *supra* note 433 à la p 11.

⁴⁴¹ UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), General recommendation No. 30 on women in conflict prevention, conflict and post-conflict situations, 1 November 2013.

⁴⁴² Karima Bennouna brief, *supra* note 433 à la p 11.

de « leur capacité militaire de déloger l'armée malienne, de prendre Tombouctou et d'exercer une forme de pouvoir sur cette ville durant environ neuf mois »⁴⁴³.

Les développements de la Rapporteuse se sont avérés convaincants car l'ordonnance de réparation appréhende effectivement la protection du patrimoine en cas de conflit dans une perspective résolument axée sur les droits humains. Il convient de relever un passage particulièrement important et significatif :

La communauté internationale a reconnu dans divers instruments juridiques l'importance du droit humain à la vie culturelle et à ses manifestations physiques. **Ces instruments condamnent la destruction du patrimoine culturel, même en situation de conflit**⁴⁴⁴.

En faisant référence aux instruments qui condamnent la destruction du patrimoine culturel, la Cour fait explicitement référence à l'ensemble des instruments internationaux relatifs au patrimoine mais surtout aux instruments de DIH protégeant les biens culturels. Selon la logique des juges, la Convention de 1954 et ses protocoles, les protocoles additionnels aux Conventions de Genève ou encore le Règlement de la Haye reconnaîtraient donc l'importance du droit humain à la vie culturelle. Derrière la protection de ces biens, le DIH protégerait donc la culture, et par la même, les droits culturels. Si cela peut paraître normal au premier abord, cela ne l'est absolument pas dans la logique du DIH, les droits culturels étant des droits individuels ou collectifs. Lawrence Hill-Cawthorne présente une explication éclairante de la compréhension à avoir des termes « droits » ou « rights » en anglais dans le cadre traditionnel du DIH :

Historically, the term 'rights' was invoked to refer to belligerent or state rights under the law of war to engage in actions in wartime that would not be permitted under the law of peace. [...] This is to be contrasted with the notion of rights of individuals under the law of war in the sense of substantive rights of individuals to be treated in accordance with the law (for example, of civilians not to be targeted and prisoners of war [POWs] to be treated humanely) [...] [The] notion of individual rights was absent from those traditional accounts of the law, with individual victims of armed conflict being

⁴⁴³ Jugement *Al Mahdi*, *supra* note 200 au par 49.

⁴⁴⁴ Ordonnance de réparation initiale, *supra* note 370 au par 14.

seen not as rights holders but, rather, as incidental beneficiaries of an interstate system of rights and obligations⁴⁴⁵.

Dans le cas de l'affaire *Al Mahdi*, on se retrouve dans une approche que l'on pourrait qualifier de non traditionnel. La protection des biens culturels en DIH cacherait donc la protection du droit de participer à la vie culturelle, du droit au développement culturel, du droit préserver son identité culturelle ou encore du droit à la liberté de religion dans certains cas⁴⁴⁶. Le processus des réparations, en venant insister sur les victimes, leurs liens avec le patrimoine et les préjudices causés par la destruction de ces derniers, est donc venu rendre visible cela. En détruisant des biens culturels, Ahmad Al Mahdi a donc violé le DIH, mais aussi les droits culturels des individus et communautés qui avaient une connexion avec les biens détruits. Cette violation particulière du DIH serait dès lors constitutive d'une violation des droits humains. Du point de vue de la relation entre DIH et droits humains, on sortirait également de la logique traditionnelle que la CIJ avait présentée. Il n'est pas question ici de déterminer une violation de droits humains – la *lex generalis* – à la lumière du DIH – la *lex specialis* –, mais plutôt l'inverse⁴⁴⁷. Les droits humains, mais aussi le DIPC, viennent ici aider à établir une violation du DIH. En effet, le bien protégé en lui-même se comprend à l'aide du DIPC, alors que la protection de ce dernier s'explique par le fait qu'il s'agit finalement de protéger les droits subjectifs des membres la population.

Dans cette perspective, des principes ou concepts fondamentaux du DIH tels que la proportionnalité, l'objectif militaire ou encore la nécessité militaire peuvent dans le cas des biens culturels s'interpréter à la lumière des droits humains. L'affaire *Prlic et consorts* du TPIY nous offre un bel exemple de l'impact que peut avoir une approche

⁴⁴⁵ Lawrence Hill-Cawthorne, « Rights under International Humanitarian Law » (2017) 28:4 EJIL 1187 aux pp 1187-1188 [Hill-Cawthorne].

⁴⁴⁶ Voir chapitre 1 pour les différents droits humains qui peuvent se réaliser à travers le patrimoine.

⁴⁴⁷ Comme nous l'avons précédemment énoncé, la CIJ prenait l'exemple de l'application du droit humain à la vie en cas de conflit armé. Si ce dernier pouvait effectivement s'appliquer en période de conflit, la privation arbitraire de la vie devait toutefois s'interpréter à la lumière des règles de DIH. CIJ, *Licéité armes nucléaires*, *supra* note 77 au par 25.

plus restrictive sur les questions de destruction de biens culturels que celle adoptée dans l'affaire *Al Mahdi*. L'affaire traitait notamment de la fameuse destruction du Pont de Mostar. La Chambre de première instance du TPIY avait d'abord conclu que la destruction du pont constituait une destruction sans motif, non justifiée par les exigences militaires. En effet, bien que le pont fût un objectif militaire, l'attaque était selon la Chambre disproportionnée considérant l'impact que la destruction a eu sur ce bien hautement symbolique et représentatif du patrimoine musulman et balkanique⁴⁴⁸. La Chambre d'appel avait toutefois renversé la décision en déterminant que l'attaque répondait aux nécessités militaires⁴⁴⁹. Dans son opinion dissidente, le Juge Pocar, regrettait néanmoins les conclusions de la majorité principalement pour « its failure to account for the fact that the Old Bridge of Mostar constitutes cultural property »⁴⁵⁰. Ce dernier montrait d'ailleurs que la Chambre de première instance avait correctement rempli son rôle dans cette perspective en reconnaissant « [the] undeniable cultural, historical and symbolic value of the Old Bridge of Mostar [...] the exceptional character of this monument - built by architect Bairudin and almost 500 years old - as well as its historical and symbolic nature the importance of the bridge both for the inhabitants of the town of Mostar [...] and the Balkan region »⁴⁵¹. On voit ici que la Chambre d'appel, contrairement à la Chambre de première instance, ne s'est pas réellement préoccupée de déterminer le caractère culturel et l'importance du bien pour la population civile. Si la Chambre de première instance ne faisait pas référence explicitement aux droits humains comme a pu le faire la CPI, elle a toutefois interprété

⁴⁴⁸ *The Prosecutor v. Jadranko Prlic and al*, IT-04-74-T, Judgment (volume 3 of 6) (29 May 2013) (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Trial Chamber III) au par 1584.

⁴⁴⁹ *The Prosecutor v. Jadranko Prlic and al*, IT-04-74-A, Judgment (volume I) (29 November 2017) (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber) au par 411. Nous partageons ici l'avis dissident du Juge Pocar qui affirme que la majorité a commis une erreur en assimilant le concept d'objectif militaire à celui de nécessité militaire. La chambre d'appel a en effet affirmé que la qualité d'objectif militaire du Pont de Mostar impliquait donc que sa destruction répondait aux nécessités militaires. *The Prosecutor v. Jadranko Prlic and al*, IT-04-74-A, Judgment (volume III), Dissenting opinions of Judge Fausto Pocar (29 November 2017) (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber) au par 7.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ Cité dans *Ibid* au par 13.

le principe de proportionnalité à la lumière de l'impact et des préjudices que la destruction du pont a causé aux habitants. En effet, les nécessités militaires n'exigeaient pas ici que l'on vienne perturber à ce point la culture – et *in fine* les droits culturels – ou l'identité d'une partie de la population avec la destruction du pont même si ce dernier constituait un objectif militaire. La majorité est quant à elle restée dans des logiques purement axées sur le DIH, sans toutefois prendre en compte la large protection que ce dernier prévoyait pourtant pour les biens culturels.

Si les parallèles peuvent s'avérer ardues à dresser entre les deux affaires, l'une concernant une situation d'occupation militaire, l'autre des événements survenus durant la conduite des hostilités, il demeure toutefois intéressant de comparer les deux approches. Indéniablement, la nature des deux juridictions joue un rôle primordial dans cet état de fait alors que les deux affaires sont contemporaines. Largement plus orientée vers les victimes que le TPIY, particulièrement via le mécanisme de réparations, la CPI permet donc plus aisément de sortir des logiques du DIH, notamment en mobilisant les droits humains. Par la même, la CPI se soustrait des contraintes issues de la fragmentation du droit international. L'affaire *Al Mahdi* peut en effet se voir comme une re-fragmentation du droit international autour de l'objet du bien culturel, cette dernière créant un dialogue entre le DIH, le DIPC et les droits humains.

2.3 Des droits collectifs dans la guerre ?

Les réparations collectives accordées à la communauté tombouctienne trouvent un écho particulier dans les droits des peuples autochtones. Les articles 11 et 28 de la *Déclaration sur le droit des peuples autochtones* prévoient par exemple l'octroi de réparations aux peuples autochtones pour certaines atteintes envers leurs ressources, notamment les biens culturels⁴⁵². Si cette obligation de réparations s'applique aux États, il n'en reste pas moins que l'affirmation de droits collectifs de la Déclaration semble se manifester également dans l'action de la CPI. Si les peuples autochtones ont

⁴⁵² Droit des peuples autochtones, *supra* note 164 aux arts 11 et 28.

émergé comme « nouveaux sujets collectifs de droit »⁴⁵³, qu'en est-il en DIH ? Peut-on envisager l'existence de sujets collectifs de droit dans ce dernier ?

En accordant ces réparations collectives à la communauté de Tombouctou, il peut être donné à croire que cette violation particulière du DIH pourrait être constitutive d'une obligation de réparation lorsque les droits humains de certains groupes sont touchés. L'obligation de réparation induirait dès lors un droit collectif au patrimoine culturel – et tout ce qui en découle – même en cas de conflit armé, ce vers quoi semble s'orienter la CPI lorsqu'elle affirme que le DIH protège, *inter alia*, « le droit humain à la vie culturelle »⁴⁵⁴. Il est évidemment présomptueux de parler d'obligation avec si peu de recul. Les efforts de la Cour pour démontrer l'importance des biens culturels pour les communautés concernées demeurent toutefois trop importants pour que cela ne soit qu'un exercice vertueux. Dans le cadre de la CPI, ces efforts ont un sens car ces derniers s'inscrivent dans une logique qui trouve sa finalité dans l'octroi de réparations pour des sujets collectifs, tout en rendant l'auteur d'actes illicites responsable devant ces derniers. La logique adoptée par la Cour peut toutefois laisser supposer un certain automatisme d'application. En insistant longuement sur l'importance fondamentale des biens culturels pour les peuples (au niveau identitaire, culturel), on peut estimer que la Cour avance qu'il s'agit là d'un fait qui s'applique dans n'importe quel contexte. De fait, la destruction d'un bien culturel entraînerait alors inévitablement des préjudices envers les populations, conséquences des impacts importants sur certains droits humains, dont les droits culturels. En prenant un caractère résolument collectif avec l'apparition du patrimoine culturel immatériel comme objet juridique⁴⁵⁵, le DIPC est donc venu agrémente l'objet du bien culturel de considérations collectives, chose relativement étrangère au DIH.

⁴⁵³ Duhaime et Labadie, *supra* note 8 à la p 194.

⁴⁵⁴ Ordonnance de réparation initiale, *supra* note 370 au par 14.

⁴⁵⁵ Johannot-Gradis, *supra* note 100 à la p 130.

La protection des biens culturels en DIH viendrait participer donc à élargir la conception des « droits » dans ce régime. Les États ou les belligérants ne seraient donc pas les seuls bénéficiaires directs de droits. Plus que le patrimoine de l'État ou des belligérants, c'est le patrimoine des communautés qui est protégé par le DIH et par la même, l'existence de ces dernières. À travers cette protection, c'est le droit à l'identité et à la survie même de certaines communautés qui sont protégés. Cette dialectique entre l'identité et la survie a été notamment discutée par le CIDH. Cette dernière a en effet avancé que la préservation de l'identité culturelle des peuples autochtones – des sujets collectifs de droit – était, *in fine*, une question de survie⁴⁵⁶. Le juge de la CIJ Cançado Trindade a d'ailleurs à plusieurs reprises exprimé ses vues – éclairantes – sur cette dialectique. Dans le cadre de l'affaire de la CIDH *Communauté sawhoyamaxa c. Paraguay*, ce dernier affirmait que l'identité culturelle était une composante du « droit fondamental à la vie lui-même »⁴⁵⁷. Dans une opinion dissidente dans le cadre de l'affaire de la CIJ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, le juge brésilien a affiné sa position, alors qu'il était notamment question des destructions infligées à la ville de Dubrovnik par les Serbes pendant les conflits d'ex-Yougoslavie :

A mon sens, cette forme de destruction [de la vieille ville de Dubrovnik] est bel et bien liée à la destruction physique et biologique, car les individus vivant en groupes ne peuvent pas faire abstraction de leurs valeurs culturelles, et, dans toutes les circonstances, quelles qu'elles soient (même dans l'isolement), de leurs croyances spirituelles. La vie elle-même et les croyances qui aident les gens à faire face aux mystères qui les entourent vont de concert. **Le droit à la vie et le droit à l'identité culturelle vont de pair, ils sont indissociables.** La destruction physique et biologique est intimement liée à la destruction de l'identité d'un groupe en tant que partie de son existence, de ses conditions de vie. [...]. Dans un contexte factuel mettant en évidence **une entreprise de destruction systématique et généralisée**, pouvons-nous, en gardant à l'esprit les victimes, dissocier vraiment la destruction physique/biologique de la destruction culturelle ? A mon avis, c'est exclu, compte tenu de **l'importance qu'a la culture — l'identité culturelle — pour la préservation du droit à la vie lui-même**, du droit de vivre dans la dignité⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ *Moiwana case*, *supra* note 160 au par 82.

⁴⁵⁷ Cité et traduit dans : *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Opinion dissidente du Juge Cançado Trindade, [2015] CIJ rec 202 au par 419

⁴⁵⁸ Nous soulignons. *Ibid* aux par 418 et 419.

À ce titre, la protection des biens culturels ne saurait être comprise uniquement dans le cadre des droits et obligations des belligérants. Si la survie de l'État constitue vraisemblablement une préoccupation pour le droit international⁴⁵⁹, il semblerait alors inattendu que ce dernier délaisse la survie des communautés, eu égard de l'évolution du droit international, notamment des droits humains, du DIPC et du droit des peuples autochtones. Dans cette optique et compte tenu de l'évolution du droit international, il ne paraît pas aberrant de considérer que le DIH, dans ses dispositions sur les biens culturels, protège et fait ressortir, *inter alia*, des sujets collectifs de droit.

Conclusion

Ce chapitre 3 conclut la partie à dominante doctrinale du présent mémoire. L'étude approfondie de l'affaire *Al Mahdi* est venue montrer comment les différents langages du droit international concernant le patrimoine ont pu dialoguer entre eux. À ce titre, cette dernière constitue, à ce jour, l'amalgame le plus abouti des différentes approches du droit international concernant le patrimoine culturel. En théorie du moins, la fragmentation du droit international dans ce cas, plus qu'un problème, permettrait à ce dernier, grâce à son hétérogénéité, d'offrir une approche plus sophistiquée. Dans cette optique, la jurisprudence du TPIY, laquelle avait fait un grand pas dans la perspective de mettre en avant la dimension humaine des biens culturels, s'est vu renforcer dans le cadre de la CPI. Les discours produits par les droits humains et le DIPC sur le patrimoine culturel, sont en effet venus intégrer de façon explicite le discours tenu par la CPI sur le patrimoine culturel dans la guerre. L'inclusion des réparations dans le Statut de Rome, en plus de venir intégrer indirectement des droits subjectifs dans le DIH⁴⁶⁰, a rendu possible une telle pénétration des logiques de droits humains et de DIPC.

⁴⁵⁹ Licéité armes nucléaires, *supra* note 77 au par 96.

⁴⁶⁰ Hill-Cawthorne, *supra* note 445 à la p 1215.

Selon Theodor Meron, l'humanisation du DIH se manifeste, et doit se manifester – notamment – à travers « the movement from an interstate to an individual-rights perspective »⁴⁶¹. L'affaire *Al Mahdi* s'inscrit assurément dans un tel mouvement. La structure de la CPI, incluant les victimes et leurs droits, a en effet rendu possible – et même logique – un « métissage » du DIH, ce dernier se trouvant de plus en plus exposé aux logiques issues de différents régimes. De ce point de vue, l'affaire *Al Mahdi* constitue une évolution estimable en s'inscrivant dans la lignée d'un mouvement dans lequel on inclura volontiers l'affaire *Blaskic* et *Krstic* (voir chapitre 1, section 4). L'affirmation de la dimension humaine du patrimoine culturel, cette dernière constituant le fil conducteur de l'affaire, participe dès lors d'une humanisation du DIH et de la guerre. Cette question de l'humanisation du DIH à travers les biens culturels soulève toutefois des questions et peut provoquer, au premier regard, une réaction sceptique. Ces interrogations et ce scepticisme méritent dès lors une analyse, laquelle ne peut faire l'économie d'une réelle compréhension des fondements et logiques fondamentales du DIH.

⁴⁶¹ Theodor Meron, « The humanization of Humanitarian Law » (2000) 94:2 Am J Intl L 239 à la p 275 [Theodor Meron].

Chapitre 4. Entre légitimation et délégitimation de la violence : quelle place pour les biens culturels ?

Introduction

Si le droit international semble manifestement se diriger vers une plus grande humanisation du DIH à travers la protection des biens culturels, il demeure important d'appréhender les conséquences d'un tel processus au-delà des avantages que cela semble apporter *prima facie*. Il semble en effet pertinent de replacer la protection des biens culturels ainsi que le DIH dans le cadre historique et philosophique de la relation qu'entretiennent le droit (international) et la guerre. Si les pages qui vont suivre peuvent, à bien des égards, prendre à contre-pied les précédents développements, il ne s'agit pourtant pas d'un changement de direction. Les développements du droit international que nous avons présenté, lesquels trouvent leur point culminant avec l'affaire *Al Mahdi*, représentent parfaitement le pôle utopiste du droit international. Pour autant, il convient de passer ces développements et l'affaire *Al Mahdi* – en tant que consécration de ces derniers – par le filtre critique, lequel dans ce cas, vient mettre en évidence les contradictions inhérentes d'un droit international partagé entre un pôle utopique et un pôle apologétique, ici représenté par le DIH, et le droit international dans sa relation à la guerre de manière plus générale.

Pour ce faire, il convient de sortir des conceptions traditionnelles considérant la guerre comme relevant du domaine de l'anarchie et de la « loi de la jungle »⁴⁶² – avant que les progrès de la civilisation, avec les Lumières et la modernité, ne viennent recourir au droit pour apporter de l'humanité dans une pratique ancestrale qui fût longtemps hors

⁴⁶² Jean Pictet, qui fût un des plus éminents professeurs de DIH et un ardent défenseur de ce dernier, adhère à cette vision d'un passé « sauvage » désertée par l'humanité. Cette approximation historique qui tend à démontrer les progrès de la civilisation par l'intermédiaire de la réglementation de la guerre par le droit international constitue toutefois une forme d'aveuglement volontaire. Il demeure en effet difficile d'ignorer que l'émergence et les développements du droit des conflits armés sont consubstantiels aux deux guerres les plus meurtrières de l'histoire de l'humanité. Jean Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 1983 à la p 12.

du droit⁴⁶³. Comme l'avance Stephen Neff, « it is accordingly a great error to think of war primarily in terms of turbulence, confusion and anarchy »⁴⁶⁴. De nombreux codes ont en effet été adoptés à travers l'histoire afin de réglementer la guerre et les hostilités⁴⁶⁵. Concernant le DIH, il s'agit donc de s'écarter de « the modern view [that] falsely promotes the present laws of war as a humanitarian break from the “savage” past »⁴⁶⁶. Ne plus présumer d'un passé barbare vis-à-vis d'un présent qui serait l'aboutissement des progrès de la civilisation implique, également, de reconsidérer de façon critique les fondements historiques et philosophiques à l'origine de l'état actuel du droit international concernant la guerre. Dans cette perspective, il serait contreproductif de se concentrer uniquement sur le *jus in bello* en oubliant le *jus ad bellum*. Si ces derniers font aujourd'hui partie de deux régimes distincts du droit international, il sera ici soutenu que l'un et l'autre tirent leurs origines de différents développements philosophico-juridiques, lesquels portaient, *in fine*, sur la légitimation de la violence.

Dès lors, un bref survol de la légitimation de la guerre, des origines du droit des gens au droit international contemporain, permet d'approcher de façon critique le DIH et d'en tirer des enseignements concernant la protection des biens culturels. Comme mentionné précédemment, il s'agit surtout de se distancier des conceptions traditionnelles du DIH, lesquelles abordent ce dernier comme constituant « un ensemble de règles qui, pour des raisons humanitaires, cherchent à limiter les effets des conflits armés »⁴⁶⁷. Cette approche historique et critique de la relation entretenue par le droit international et la guerre permettra de comprendre de quelle manière la protection des biens culturels participe d'un discours de légitimation de la violence

⁴⁶³ Chris af Jochnick et Roger Normand, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War » (1994) 35:1 Harv Intl LJ 49 à la p 59 [Jochnick et Normand, *The Legitimation of Violence*].

⁴⁶⁴ Stephen Neff, *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p 13 [Neff].

⁴⁶⁵ Jochnick et Normand, *The Legitimation of Violence*, *supra* note 463 à la p 59.

⁴⁶⁶ *Ibid* à la p 60.

⁴⁶⁷ CICR, « Guerre et Droit », en ligne <<https://www.icrc.org/fr/guerre-et-droit>>.

produisant des effets pervers, illustrant ainsi ce que David Kennedy qualifie de « dark sides of virtue »⁴⁶⁸. Ultimement, il s'agira de prendre le DIH pour ce qu'il est – un discours sur la violence légitime aux antipodes d'un discours abolitionniste – qui peut toutefois circonscrire la guerre dans certaines limites, sans pour autant être une panacée. En définitive, il s'agit ici d'appréhender le DIH de façon pragmatique, ce que le filtre critique permet. À toutes fins pratiques, la critique demeure ici un exercice de délimitation du DIH, et ses échecs ou effets pervers auront ici valeur d'exemple dans l'optique où ils illustrent ses frontières et son champ des possibles – et des impossibles. À ce titre, si le champ des possibles du DIH peut s'avérer être décevant – à condition d'en attendre trop de ce dernier – il demeure que les biens culturels, de par leur spécificité, représentent à la fois ce que ce dernier permet – une limitation temporelle de la guerre – mais aussi son plafond de verre.

Section 1. Le paradigme de la guerre juste comme constante historique

Il est souvent question d'un retour de la guerre juste, tant dans le discours politique que dans le champ académique⁴⁶⁹. Doctrine juridique se trouvant aux origines du droit international – le droit des gens comme on le nommait – ce dernier et la guerre juste ont été originellement développés au sein de l'École de Salamanque par le théologien dominicain espagnol Francisco de Vitoria (1492-1546)⁴⁷⁰. Alors qu'Hugo Grotius (1583-1645) fût pendant très longtemps considéré comme le père du droit international aux côtés de ses successeurs comme Samuel Pufendorf (1632-1694) et Emer de Vattel (1714-1767), les historiens du droit international ont peu à peu reconsidéré cette parenté pour l'attribuer à Vitoria et d'autres théologiens scolastiques, notamment le

⁴⁶⁸ David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2005 [Kennedy, Dark Sides of Virtue].

⁴⁶⁹ Edda Manga, «Le retour de la guerre juste. Francisco de Vitoria et les fondements juridiques de la domination globale » (2010) 175 : 1 *L'Homme & la Société* 13 à la p 13 [Edda Manga].

⁴⁷⁰ Si l'École de Salamanque s'inscrit dans les enseignements de Saint-Augustin et surtout de Thomas d'Aquin, nous considérons l'École de Salamanque à l'origine de la guerre juste en tant que concept juridique et non pas comme à l'origine du concept en général.

jésuite Francisco Suárez (1548-1617)⁴⁷¹. Leurs écrits se sont inscrits dans le contexte particulier de la colonisation espagnole des Amériques et en sont indissociables, ce qui par conséquent, comme l'affirme Martti Koskenniemi, fait de l'entreprise coloniale espagnole l'origine du droit international⁴⁷². Si la guerre juste a initialement endossé un rôle de justification coloniale, l'argument développé dans cette section tend à démontrer que la relation entre le droit international et la guerre n'est jamais fondamentalement sortie d'une logique de guerre juste. Si le *jus ad bellum* (le droit à la guerre) et le *jus in bello* (le droit dans la guerre) étaient compris dans un même système chez des penseurs comme Vitoria et Suárez, leur séparation contemporaine en deux régimes juridiques distincts n'a toutefois pas entamé certaines constantes historiques. En effet, il sera avancé ici que le droit international, dans ses différentes composantes, s'est penché sur la question de la guerre de sorte à justifier le recours à cette dernière, notamment en offrant une construction de cette dernière, ainsi qu'en légitimant sa conduite. Il s'agit donc ici de mettre en avant certains aspects historiques et théoriques permettant d'appréhender le DIH, et le droit international en général, dans sa relation avec la guerre, comme participant d'une légitimation de la violence.

1.1 De Vitoria et Suárez à la Charte des Nations-Unies : justifier la guerre

Dans ses *Leçons sur les Indiens et sur le droit de la guerre*, Vitoria « aborde le problème du fondement juridique de la domination espagnole sur le Nouveau Monde »⁴⁷³. Ce dernier a pu être considéré comme un défenseur des « Indiens », au même titre que Bartholomé de Las Casas, dans le contexte du débat avec les défenseurs du colonialisme tels que Sepúlveda⁴⁷⁴. Rémi Bachand dresse même une comparaison entre Vitoria et certains internationalistes contemporains, lesquels en voulant défendre

⁴⁷¹ Martti Koskenniemi, « Colonization of the “Indies” : The Origin of International Law ? » dans Yalanda Gamarra, dir, *La idea de la America en el pensamiento ius internacionalista del siglo XXI*, Saragosse, Institució Fernando el Catòlico, 2010, 43 à la p 43.

⁴⁷² *Ibid* à la p 44.

⁴⁷³ Edda Manga, *supra* note 469 à la p 17.

⁴⁷⁴ Bachand, Subaltes, *supra* note 44 à la p 38.

les subalternes, se transforment en « naïfs de service » et finissent par justifier des systèmes d'oppression, le colonialisme pour le théologien espagnol⁴⁷⁵. Mais si ce dernier a pu être « préoccupé [...] des massacres que les Espagnols avaient notamment commis au Pérou »⁴⁷⁶, il paraît néanmoins difficile de faire de Vitoria un humanitaire avant l'heure tant ses écrits justifient l'entreprise coloniale espagnole. Que Charles Quint ait demandé à ce que les enseignements de Vitoria cessent, car « trop critiques vis-à-vis de la colonisation »⁴⁷⁷, n'implique pas pour autant que le travail de Vitoria ne fut pas un travail de justification volontaire. Si Vitoria avait en effet reconnu que les « Indiens », qu'il nomme aussi les « barbares », avaient « un pouvoir véritable »⁴⁷⁸ et qu'il n'était possible de les soumettre qu'en raison de l'invocation de certains « titres », la facilité qui semble découler de l'invocation desdits « titres » apparente ses *Leçons* davantage à une justification de la guerre qu'à une profession de foi humanitaire. D'ailleurs, les « sept titres qui peuvent être invoqués, mais qui ne sont pas suffisants »⁴⁷⁹ pour justifier la guerre contre les « Indiens », semblent pour certains d'entre eux, davantage justifier un basculement de « l'universel médiéval vers un universel appelé à intégrer, non seulement l'hérétique en Europe, mais aussi l'infidèle Outre-Atlantique »⁴⁸⁰, plutôt qu'une défense des « Indiens ».

⁴⁷⁵ *Ibid* aux pp 38-39.

⁴⁷⁶ *Ibid* à la p 38.

⁴⁷⁷ *Ibid*.

⁴⁷⁸ Francisco de Vitoria, *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, éd de 1966, Genève, Librairie Droz, 1966 à la p 35 [Vitoria].

⁴⁷⁹ *Ibid* à la p 35.

⁴⁸⁰ Bernard Bourdin, « Le droit de guerre juste : Histoire et retour d'un concept après la Première guerre mondiale » (2017) 105 : 4 *Recherche de Science religieuse* 541 à la p 545 [Bourdin]. Les deux premiers titres qui nient le pouvoir universel de l'Empereur et du Pape sont des exemples flagrants d'arguments qui plus que de défendre les droits des « Indiens » justifient le passage de la société européenne et chrétienne vers une « communauté internationale ». Sergio Maratiel Villa montre par exemple que l'émergence du droit des gens à partir de Vitoria s'inscrit dans le processus visant à se libérer « des fers de l'Empire et du bâillon de la Papauté ». Sergio Maratiel Villa, « L'École espagnole du nouveau droit des gens » (1992) 74 : 797 *RICR* 430 à la p 434.

La doctrine de la guerre juste élaborée par Vitoria, et affinée par Suárez, se fonde sur la « restauration du droit et à la réparation des injustices »⁴⁸¹. La restauration de droits comme le droit de commerce⁴⁸², d'évangélisation⁴⁸³ ou de protection des convertis⁴⁸⁴ évoqués chez Vitoria ne fait cependant que justifier presque automatiquement l'entreprise coloniale espagnole ou n'importe quelle entreprise coloniale hors de la chrétienté. Toutefois, cette justification assez aisée du recours à la guerre à l'encontre de certaines populations s'accompagnait de limitations dans la conduite de celle-ci. En effet, la distinction entre *jus ad bellum* et *jus in bello* ne s'opérait pas dans cette conception de la guerre juste. Une guerre n'était juste que si une « juste cause de guerre » – qui ne pouvait être qu'une injustice – légitimait son recours et si la conduite de cette dernière obéissait à certaines limitations⁴⁸⁵. Aujourd'hui, il est en revanche possible que le recours à la guerre puisse être légal, en cas de légitime défense ou en cas de décision du Conseil de sécurité⁴⁸⁶, en même temps que la conduite de cette dernière soit illégale en vertu du DIH, et vice versa. Ce qui inspire en partie le *jus ad bellum* et le *jus in bello* contemporains étaient alors compris dans le même système. C'est pourquoi Vitoria et Suárez insistent sur le fait que les « innocents », les femmes et enfants, voire les individus ne portant pas les armes, doivent être épargnés⁴⁸⁷. La finalité de la guerre étant dès lors de réparer une injustice et de punir les coupables, « la problématique de la fin et des moyens qui en découle montre que la légitimité de la fin recherchée implique la légitimité des moyens nécessaires pour y accéder »⁴⁸⁸.

⁴⁸¹ Jean-Paul Coujou, *Droit, anthropologie & politique chez Suarez*, Perpignan, Artège, 2012 à la p 514 [Coujou].

⁴⁸² Vitoria, *supra* note 478 à la p 80.

⁴⁸³ *Ibid* à la p 91.

⁴⁸⁴ *Ibid* à la p 95.

⁴⁸⁵ Vitoria, *supra* note 478 aux pp 105,106 et 107.

⁴⁸⁶ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1947 n° 7 aux arts 42 et 51 [Charte des NU].

⁴⁸⁷ Vitoria, *supra* note 478 à la p 107; Coujou, *supra* note 481 à la p 512.

⁴⁸⁸ *Ibid*.

La finalité de la guerre juste est également, chez Suárez notamment, le moyen d'obtenir « une paix véritable et stable »⁴⁸⁹. En prenant en compte cette conception de Suárez en sus de celle faisant de la guerre un moyen légitime pour réparer une injustice, il est possible d'établir des parallèles entre la doctrine de la guerre juste de l'École de Salamanque et le *jus ad bellum* contemporain se trouvant dans la Charte des Nations-Unies. Cette dernière prévoit en effet deux situations dans lesquelles le recours à la force est légal : en cas de légitime défense face à une agression ou sur décision du Conseil de sécurité⁴⁹⁰. En cas de légitime défense, il s'agit également de restaurer un droit, la souveraineté de l'État, et de réparer une injustice, alors qualifiée d'agression. Si les paramètres sont différents, la logique entre les écrits de Vitoria et la Charte des Nations-Unies est ici similaire. L'injustice que constitue l'agression d'un État par un autre constitue une juste cause de guerre. Pour l'intervention armée décidée par le Conseil de sécurité, le rapprochement avec Suárez et sa conception de la guerre comme moyen d'assurer la paix est flagrant. En effet, le Conseil de Sécurité peut demander à ses membres de recourir à la guerre afin de « restaurer la paix et la sécurité internationale »⁴⁹¹. Bien que la Charte des Nations-Unies établisse un régime juridique plus restrictif eu égard au recours à la force, cette dernière continue toutefois de considérer la guerre sous l'angle de la juste cause. Si les justes causes contenues dans les articles 42 et 51 de la Charte sont à bien des égards moins fallacieuses que la plupart des justes causes énumérées par Vitoria, la logique demeure la même : la guerre, malgré ses maux, peut servir de plus nobles objectifs.

Malgré le détachement des fondements théologiques de la doctrine de la guerre juste⁴⁹², cette dernière demeure un paradigme permettant de comprendre tant les origines de la relation entre le droit des gens et la guerre que le *jus ad bellum* contemporain. Les développements modernes et l'avènement de la « guerre interétatique » ont pu

⁴⁸⁹ *Ibid* à la p 508.

⁴⁹⁰ Charte des NU, *supra* note 486.

⁴⁹¹ *Ibid* à l'art 42.

⁴⁹² Bourdin, *supra* note 480 à la p 551.

« invalide[r] tout droit de guerre juste, celui-ci ayant été pensé avec Victoria dans le cadre d'un rapport hiérarchique entre les peuples «civilisés» et «barbares» »⁴⁹³. Toutefois, le retour d'une telle logique peut se faire sentir dans la Charte des Nations-Unies, notamment dans son système de sécurité collective. En effet, la conception de la guerre juste dans le *jus ad bellum* contemporain offre « une cosmologie démocratelibérale universaliste qui reconduit une hiérarchie séculière entre civilisés [les bons régimes] et barbares [les mauvais régimes] »⁴⁹⁴. La guerre juste demeure dès lors un concept pertinent, quand bien même les critères moraux de la juste cause se sont sécularisés. Un État comme l'Irak de Saddam Hussein fût, à bien des égards, considéré comme un « État-brigand », un ennemi du système international, contre lequel il était alors légitime de partir en guerre.

À des degrés évidemment différents, de Vitoria à la Charte des Nations-Unies, le droit international s'est construit dans sa relation avec la guerre en accordant une part importante à sa justification. Dès lors, si son recours est depuis très longtemps légitimé, et ce à divers degrés, il s'agissait également d'offrir une conception de la guerre permettant de déterminer ce qui relevait de l'acceptable dans sa conduite. Alors que le paradigme de la guerre juste a pu momentanément quitter le *jus ad bellum* avant de revenir au XXème siècle, le développement séparé du *jus in bello* à partir du XIXème siècle a quant à lui confirmé l'importance constante de la guerre juste dans la relation entre le droit et la guerre.

1.2 Rousseau et le droit international humanitaire : la possibilité d'une critique politique

Figure de proue du courant *contractualiste* avec Thomas Hobbes et John Locke, Jean-Jacques Rousseau est l'auteur d'écrits sur la guerre ayant eu d'importantes répercussions dans le droit international humanitaire. Alors que nous avons montré que

⁴⁹³ *Ibid* à la p 553.

⁴⁹⁴ *Ibid* à la p 554.

le *jus ad bellum* a originellement, et de nouveau aujourd'hui, accordé une grande part à la légitimation du recours à la guerre, il s'agit également d'exposer comment le développement autonome du *jus in bello* à partir du XIX^{ème} siècle doit se comprendre comme un discours politique sur la violence légitime⁴⁹⁵. Rousseau est dans ce sens particulièrement pertinent afin de montrer « how war is essentially constructed by law, in ways that make Rousseau's vision of war technically visible »⁴⁹⁶.

Les écrits de Rousseau sur la guerre font partie intégrante de sa théorie du contrat social. Ce thème particulier de la guerre exacerbe d'ailleurs les différences de vue entre le philosophe genevois et Thomas Hobbes concernant la nature humaine. « [L]'horrible système de Hobbes »⁴⁹⁷ comme le présente Rousseau, en faisant de l'état de nature une guerre « de chacun contre chacun »⁴⁹⁸, s'oppose totalement à la conception de ce dernier. Les « hommes » étant paisibles et méfiants à l'état de nature⁴⁹⁹, Rousseau affirme donc plutôt que « l'état de guerre naît de l'état social »⁵⁰⁰. Cet argument est maintes fois réaffirmé par Rousseau de façon très clair, comme ici : « [c]e n'est qu'après avoir fait société avec quelque homme qu'il se détermine à en attaquer un autre; et il ne devient soldat qu'après avoir été citoyen »⁵⁰¹. Rejetant la « guerre privée

⁴⁹⁵ Alejandro Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 320.

⁴⁹⁶ *Ibid* à la p 365.

⁴⁹⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Principe du droit de la guerre*, éd de 2014, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2014 à la p 24 [Rousseau, Principe du droit de la guerre].

⁴⁹⁸ Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Gallimard, 2000 [1651] à la p 227.

⁴⁹⁹ Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Flammarion, 2008 [1754] aux pp 70 et 71-72 [Rousseau, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes].

⁵⁰⁰ Jean-Jacques Rousseau, *Principes du droit de la guerre & Écrits sur la paix perpétuelle : textes et commentaires*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2008 à la p 50 [Rousseau, textes et commentaires]. Cette édition présente l'avantage de retranscrire de manière assez authentique les manuscrits de Rousseau en incluant ce que ce dernier avait barré ou raturé, comme la citation en question.

⁵⁰¹ D'autres extraits illustrent également cette vue : « Nous allons voir les hommes unis par une concorde artificielle se rassembler pour s'entre égorger et toutes les horreurs de la guerre naître des soins qu'on avait pris pour la prévenir »; « L'indépendance qu'on ôte aux hommes se réfugie dans les sociétés, et ces grands corps, livrés à leurs propres impulsions, produisent des chocs plus terribles à proportion que leurs masses l'emportent sur celles des individus ». Rousseau, Principe du droit de la guerre, *supra* note 497 aux pp 32, 35 et 36.

ou d'homme à homme »⁵⁰², la guerre chez Rousseau est donc « a relationship to and between things, not between individuals »⁵⁰³. Rousseau effectue en réalité une « étatisation des conflits »⁵⁰⁴ qui dénote d'une période particulière qui tranche avec celle de Vitoria dans le sens où « la guerre devient un acte moralement indifférent »⁵⁰⁵. Dans cette optique, la guerre est dès lors, comme l'avancé Pierre Clastres, la forme de violence « la plus sociale »⁵⁰⁶. Considérer la guerre comme une pratique sociale qu'entretiennent uniquement les États⁵⁰⁷ implique en partie que « la légitimité morale des moyens n'est pas entachée par l'illégitimité du combat »⁵⁰⁸. C'est pourquoi de son propre aveu, Rousseau « ne cherche pas ce qui rend la guerre avantageuse à celui qui la fait, mais ce qui la rend légitime »⁵⁰⁹. En ce sens, si la « notion de guerre légitime [chez Rousseau élimine] toute référence au problème matériel de la justice de la cause »⁵¹⁰, cela n'implique pas en revanche que les moyens employés dans la guerre puissent être infinis comme l'avancé par exemple Pufendorf⁵¹¹. Si Rousseau est à juste titre souvent cité comme le penseur ayant le plus influencé le droit international humanitaire en établissant la distinction entre combattants et non-combattants, il convient de détailler d'avantage ce que ce principe cardinal impliquait chez Rousseau.

⁵⁰² Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Paris, LGF, 1996[1762] à la p 50 [Rousseau, *Du contrat social*].

⁵⁰³ Alejandro Lorite Escorihuala, *supra* note 76 à la p 320.

⁵⁰⁴ Christian Nadeau et Julie Saada, *Guerre juste, guerre injuste : Histoires, théories et critiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009 à la p 95 [Nadeau et Saada]. Rousseau ajoute également de façon lapidaire dans une note de son manuscrit : « Fin du chapitre : il n'y a point de guerre entre les hommes : il n'y en a qu'entre les États ». Rousseau, *Textes et commentaires*, *supra* note 500 à la p 15.

⁵⁰⁵ *Ibid* à la p 94.

⁵⁰⁶ Pierre Clastres, *Archéologie de la violence : La guerre dans les sociétés primitives*, Paris, Éditions de l'Aube, 1977 à la p 5.

⁵⁰⁷ Allan Rosas, « J.-J. Rousseau and the Law of Armed Force » dans Ola Engdahl et Pål Wrangé, dir, *Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be*, Leiden, Brill Nijhoff, 2008, 219 à la p 228 [Allan Rosas].

⁵⁰⁸ Nadeau et Saada, *supra* note 504 à la p 84.

⁵⁰⁹ Rousseau, *Principe du droit de la guerre*, *supra* note 497 à la p 21.

⁵¹⁰ Gabriella Silvestrini, « Vattel, Rousseau et la question de la 'justice' de la guerre » dans Vincent Chetail et Peter Hagggenmacher, dir, *Le Droit International de Vattel vu du XXIe Siècle*, Leiden, Brill Nijhoff, 2011, 101 à la p 115 [Gabriella Silvestrini].

⁵¹¹ Cité dans Nadeau et Saada, *supra* note 504 à la p 94.

Le principe de distinction est chez Rousseau ce qui permet à la guerre d'être juste dans le sens où cela permet de tracer les contours de ce que peut être la violence légitime. Cette légitimité de la violence se base sur le postulat suivant : la mort d'un être humain sur le champ de bataille est toujours accidentelle⁵¹². En effet, dans la guerre de Rousseau, « le sujet de la querelle est toujours entièrement étranger à la vie des combattants »⁵¹³. La mort d'un être humain est ainsi « le moyen et non l'objet de la victoire »⁵¹⁴. Cette fiction théorique est rendue possible par le fait que chez Rousseau, la distinction première est à établir entre l'être humain et sa fonction. Sur le champ de bataille, l'être humain ainsi que le citoyen disparaissent derrière sa fonction de soldat qui fait de lui « an instrument of the state », instrument qu'il est dès lors légitime de tuer⁵¹⁵. Toutefois, cette distinction est évolutive car « soldiers were – once – and can become again – mere human beings »⁵¹⁶. Dès lors, la légitimité que détiennent les États d'user de la violence entre eux par l'intermédiaire d'instruments dans la guerre « ne donne aucun droit qui ne soit nécessaire à sa fin »⁵¹⁷. Si la distinction chez Rousseau porte également sur qui peut commettre des actes d'hostilité, les agents de l'État pour utiliser un langage moderne, il est vrai jusqu'à un certain point que ce dernier a établi que la guerre devait être limitée « to combatants bearing arms »⁵¹⁸. Ainsi, au moment où les soldats déposent les armes et se rendent, « ils cess[ent] d'être ennemis ou instrument de l'ennemi, ils redeviennent simplement hommes et l'on n'a plus de droit sur leur vie »⁵¹⁹. Remporter la victoire implique donc chez Rousseau qu'il est légitime de détruire les instruments de l'État ennemi, sans pour autant s'attaquer à ceux qui ne sont pas des instruments – les civils par exemple – et ceux qui cessent également d'être

⁵¹² « La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement ». Rousseau, *Du Contrat Social*, *supra* note 502 à la p 50.

⁵¹³ Jean-Jacques Rousseau, « Fragments sur la guerre » dans *Principe du droit de la guerre*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2014, 51 à la p 59 [Rousseau, *Fragments sur la guerre*].

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Alejandro Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 323.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ Rousseau, *Du contrat social*, *supra* note 502 à la p 51.

⁵¹⁸ Allan Rosas, *supra* note 507.

⁵¹⁹ Rousseau, *Du contrat social*, *supra* note 502.

des instruments – le soldat qui dépose les armes par exemple. Rousseau pousse d’ailleurs cette logique à l’extrême dans une citation célèbre afin d’affirmer sa position sur la guerre : « [o]n peut tuer l’État sans tuer un seul de ses membres »⁵²⁰.

Considérée à bien des égards comme le texte fondateur du DIH⁵²¹, la *Déclaration de Saint-Petersbourg* (la Déclaration ci-après) constitue une caisse de résonance pour les théories de Rousseau concernant la guerre. Comme l’a bien montré Alejandro Lorite Escorihuela, la Déclaration « can be read against Rousseau’s position »⁵²², cette dernière étant « a quintessential Hague Law instrument »⁵²³. Ce dernier a en effet montré comment la conception de la guerre portée par le DIH trouve ses fondements dans la Déclaration, laquelle « sets discursively [...] in the broad political universe of social-contract theories of the State »⁵²⁴. Le préambule de cette dernière rend en effet visible la position de Rousseau sur la guerre :

Que le seul but légitime que les États doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi ; Qu'à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible ; Que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou rendraient leur mort inévitable⁵²⁵.

En confirmant que « l’affaiblissement des forces militaires de l’ennemi » constituait le « seul but légitime » de la guerre, la Déclaration vient confirmer ce que Rousseau avait déjà énoncé en avançant que la mort d’un être humain est « le moyen et non l’objet de la victoire »⁵²⁶. Le préambule doit alors se comprendre comme une opérationnalisation de la logique rousseauiste. Le but légitime de la guerre est ainsi atteignable, selon la

⁵²⁰ Rousseau, Fragments sur la guerre, *supra* note 513 à la p 63.

⁵²¹ Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, 5^{ème} éd, Bruxelles, Bruylant, 2012 à la p 275; Alejandro Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 320.

Si la première convention de Genève avait déjà été adoptée en 1864, les logiques et la philosophie sous-jacente contenues dans la Déclaration vont, comme nous allons le voir, avoir d’avantage d’impact sur la logique du DIH. Il s’agit également du premier instrument international à porter sur les méthodes et moyens de combat.

⁵²² Alejandro Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 325.

⁵²³ *Ibid* à la p 331.

⁵²⁴ *Ibid* à la p 320.

⁵²⁵ Déclaration de St-Petersbourg, 1868, *supra* note 4 au préambule.

⁵²⁶ Rousseau, Fragments sur la guerre, *supra* note 513 à la p 59.

Déclaration, en mettant « hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible »⁵²⁷. Il est ici question de mettre *hors de combat* et non pas question de tuer les adversaires. Cela confirme la fiction théorique selon laquelle les États se battent via des instruments, et non via des êtres humains, sur le champ de bataille. Toutefois, ces derniers peuvent cesser d'être des instruments et redevenir des êtres humains, notamment s'ils se rendent, sont blessés ou encore fait prisonniers, *hors de combat* donc. Dans cette perspective, infliger ce que l'on appelle aujourd'hui des maux superflus⁵²⁸, mais aussi « rendre la mort inévitable »⁵²⁹, revient à aller au-delà ce qui constituerait un usage légitime de la violence étant donné qu'à ce stade, la violence serait dirigée contre des êtres humains et non contre des instruments de l'État. Alejandro Lorite Escorihuela a très bien résumé la portée de la Déclaration dans l'univers discursif de la violence légitime :

From general ideas of legitimate violence based on public-ness and publicity attached to the agents and targets of war (the armed forces) the St Petersburg Declaration derives the notion that the aim of war not only results in a delimitation of the nature of participants, but also imposes a delimitation of the nature of the activity itself⁵³⁰.

La plupart des logiques et des principes du DIH peuvent dès lors se comprendre selon cette logique partagée par Rousseau et par les rédacteurs de la Déclaration. De la délimitation de qui peut légitimement porter les armes, et potentiellement tuer, découle ce que l'on nomme le privilège du combattant et des statuts comme celui de prisonnier de guerre⁵³¹. Cette logique de distinction, ancrée dans la violence publique, rend d'ailleurs plus difficile la transposition du DIH dans les conflits internes. Dans un CAI, un soldat, jouissant donc du privilège du combattant, ne peut être poursuivi pour avoir participé aux hostilités⁵³². En revanche, un membre d'un groupe armé non étatique, à

⁵²⁷ Déclaration de St-Petersbourg, 1868, *supra* note 4 au préambule.

⁵²⁸ PAI, *supra* note 88 à l'art 35(2).

⁵²⁹ Déclaration de St-Petersbourg, *supra* note 4 au préambule.

⁵³⁰ Alejandro Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 331.

⁵³¹ CGIII, *supra* note 86 à l'art 4.

⁵³² Il peut seulement être poursuivi dans le cas où il aurait violé les règles de DIH ou de droit pénal international.

moins qu'il ne soit victorieux et ne remplace le souverain⁵³³, ne jouit pas d'un tel privilège et peut être poursuivi pour avoir porté les armes⁵³⁴. Dans le cadre de la conduite des hostilités et des moyens et méthodes de combat, cette logique de distinction présentée ici permet de comprendre la plupart des principes du DIH. Le plus évident est bien sûr d'effectuer la distinction entre combattants et non-combattant étant donné que selon cette logique, cibler des civils n'affaiblit pas les forces militaires ennemies. Le principe de proportionnalité doit se comprendre également comme relevant du principe de distinction. Faire preuve de proportionnalité implique en effet de ne pas causer de dommages démesurés chez ceux qui ne font pas partie des forces militaires, les civils, mais aussi de ne pas infliger de maux superflus aux combattants⁵³⁵, ce qui dépasserait le but légitime de la guerre. Suivant cette logique, achever un individu *hors de combat* ou encore lui infliger des maux superflus contrevient à la distinction fondamentale entre le soldat en tant qu'instrument de l'État, et l'être humain qui réapparaît ou peut réapparaître selon les circonstances. Quant au principe de précaution⁵³⁶, il s'agit de prendre les mesures nécessaires pour éviter que les situations contrevenant au principe de proportionnalité et de distinction (dans son sens technique) ne se produisent.

Établir les liens entre les écrits de Rousseau et la Déclaration, tout en montrant à quel point le petit préambule de cette dernière constitue le fondement des logiques du DIH permet de démontrer deux choses. D'une part, cela permet d'avancer que le principe de distinction soutenu par Rousseau sous-tend la logique générale du DIH⁵³⁷. D'autre part, cela permet également de comprendre ce que la distinction implique réellement chez Rousseau et de l'appréhender comme faisant partie d'un discours politique et non

⁵³³ Alejandro Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 341.

⁵³⁴ Dans les guerres civiles, des lois d'amnistie sont bien souvent votées par exemple. Cela dépend *in fine* des rapports de force et des relations entre l'État et les groupes armés.

⁵³⁵ PAI, *supra* note 88 à l'art 35(2).

⁵³⁶ *Ibid* aux arts 57 et 58.

⁵³⁷ Alejandro Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 343.

comme « une idée humanitaire »⁵³⁸ uniquement. Dans l'univers du contrat social, c'est en effet manquer les possibilités de critiques politiques du DIH de considérer le principe de distinction uniquement comme une préoccupation humanitaire, alors qu'il est surtout question du monopole étatique de la violence légitime pour mentionner Max Weber⁵³⁹. Dans cette perspective, les écrits de Rousseau et la Déclaration participe de l'idée que la guerre « is a legitimate activity »⁵⁴⁰. De plus, la traduction juridique de la conception de Rousseau de la guerre au sein du DIH permet d'affirmer que la guerre « is something defined by humanitarian law itself and is not received from sociological facts of the outside world »⁵⁴¹. Gabriella Silvestrini ajoute également que « le discours normatif que Rousseau développe autour de la guerre » – transposé au sein du DIH – « est beaucoup plus proche des théoriciens de la guerre juste que des partisans de l'idée de la paix perpétuelle : il suppose la possibilité de 'justifier' et de limiter la guerre, non pas de la supprimer définitivement »⁵⁴².

Dès lors, la présente analyse permet d'affirmer qu'appréhender le DIH et le droit international en tant que légitimation de la violence militaire n'est pas aberrante. Il est donc possible – et même cohérent – de voir le DIH comme un projet n'étant pas uniquement humanitaire. Retracer les liens entre la pensée rousseauiste et le DIH permet de replacer dans le temps long certains constats contemporains sur le *jus in bello*. Nataniel Berman expose par exemple de manière forte intéressante la nature du DIH, ce qui à toute fin pratique, dans le langage d'un juriste contemporain, revient à résumer la pensée de Rousseau sur la guerre :

⁵³⁸ Cuno Hoffer, *L'influence de J.-J. Rousseau sur le droit de la guerre*, Genève, Georg & C, 1916 à la p 24.

⁵³⁹ Max Weber, *Le savant et le politique*, Paris, La Découverte, 2003 à la p 118.

⁵⁴⁰ Alejandro Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 332.

⁵⁴¹ *Ibid* à la p 334.

⁵⁴² Gabriella Silvestrini, *supra* note 510 à la p 122.

Rather than opposing violence, the legal construction of war serves to channel violence into certain forms of activity engaged in by certain kinds of people, while excluding other forms engaged in by other people⁵⁴³.

S'inscrivant donc historiquement dans un rapport de légitimation du droit international vis-à-vis de la violence militaire, le DIH peut alors être approché de façon critique, au-delà de la logorrhée humanitaire.

1.3 Le droit international humanitaire et la légitimation de la violence militaire

Comprendre l'émergence et les fondements philosophiques du DIH comme parties intégrantes d'un discours politique sur la violence légitime modifie foncièrement la manière d'appréhender ce dernier. Ainsi, il n'est plus possible de s'en tenir uniquement au raisonnement traditionnel voyant le DIH comme la recherche d'un équilibre entre les nécessités militaires et les considérations d'humanité⁵⁴⁴. Indépendamment du fait que le principe d'humanité, parmi tous les principes de DIH, soit certainement le plus vide de sens et sans doute le plus sensible à l'indétermination, il demeure toutefois un lieu commun dans le champ académique de considérer que la limitation des effets des conflits se base sur ce compromis⁵⁴⁵. Aussi problématique que puisse être un tel raisonnement, cela donne également la fausse impression que les considérations humanitaires ont contribué à façonner les *lois de la guerre* au moins à part égale avec les considérations militaires. Si cela peut être d'avantage soutenu concernant le droit de Genève et l'héritage d'Henri Dunant⁵⁴⁶, le droit de La Haye, lequel n'a pas fondamentalement évolué depuis 1907, s'insère parfaitement dans un discours de légitimation de la violence.

⁵⁴³ Nataniel Berman, « Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War » (2004) 43:1 Colum J Transnat'l L1 à la p 5.

⁵⁴⁴ Jochnick et Normand, *The Legitimation of Violence*, *supra* note 463 à la p 53.

⁵⁴⁵ Michael N. Schmitt, « Precision attack and international humanitarian law » (2005) 87:859 RICE 445 à la p 466 [Michael Schmitt, Precision attack]. Un extrait de ce texte résume parfaitement ce lieu commun, voire cet axiome : « To be respected, international humanitarian law must continue to rationally balance humanitarian concerns with military necessity ».

⁵⁴⁶ Henry Dunant, *Un souvenir de Solferino*, Genève, CICR, 1990 [1862].

Dans les faits, les instruments adoptés durant les Conférences de La Haye de 1899 et 1907 trouvent leur origine dans le travail de diplomates et de représentants diplomatiques d'États ayant codifié de telles règles, très souvent à la demande de leurs représentants militaires⁵⁴⁷. Il est en effet trompeur de considérer que le Droit de La Haye a émergé du travail d'humanitaires ayant comme objectif principal de protéger les victimes des conflits armés. Le contexte historique de l'époque indique d'ailleurs une inclinaison certaine des États européens à recourir à la guerre comme outil politique, qu'il s'agisse de conquêtes coloniales ou de différends intra-européens. Dès lors, encadrer la guerre ne signifiait pas pour les États d'y renoncer, mais plutôt de rationaliser la conduite de cette dernière. De fait, l'émergence du Droit de La Haye en 1868 et pendant les Conférences de 1899 et 1907 ne s'est pas inscrite dans un climat d'hostilité vis-à-vis du militaire. Comme l'affirme David Kennedy, « [t]he *jus in bello* with its specific rules and principled focus on military efficiency, was designed for military commanders »⁵⁴⁸. Chris Af Jochnick et Roger Normand ont de leur côté parfaitement résumé les conséquences d'une telle origine, notamment concernant le supposé compromis structurant le DIH : « despite noble rhetoric to the contrary, the laws of war have been formulated deliberately to privilege military necessity at the cost of humanitarian values »⁵⁴⁹. Ces derniers estiment d'ailleurs que le DIH a facilité l'usage de la violence en temps de guerre plutôt que de la restreindre⁵⁵⁰. Cela découle notamment du fait que le principe fondamental de la nécessité militaire, censé être balancé par les considérations humanitaires, a été endossé sans réels contrepoids⁵⁵¹. À cet égard, Stephen C. Neff notait judicieusement que le *jus in bello* était habité par un esprit de *laissez faire*⁵⁵². Par conséquent, les standards humanitaires « seem to vague

⁵⁴⁷ David Kennedy, « Humanitarianism and Force » dans *The Dark Sides of Virtue Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2005, 235 à la p 238 [David Kennedy, Humanitarianism and Force].

⁵⁴⁸ *Ibid* à la p 242.

⁵⁴⁹ Jochnick et Normand, *The Legitimation of Violence*, *supra* note 463 à la p 49.

⁵⁵⁰ *Ibid*.

⁵⁵¹ *Ibid* à la p 58.

⁵⁵² Neff, *supra* note 464 à la p 202.

to restrain those determined to use force, too manipulable to embody humanitarian commitments »⁵⁵³. Certains grands principes ou concepts comme l'objectif militaire⁵⁵⁴, les principes de distinction⁵⁵⁵ et de précaution⁵⁵⁶ ont toutefois pu être défini grâce à l'incorporation du droit de La Haye dans les PA. En revanche, le principe d'humanité, et surtout celui de la nécessité militaire, n'ont jamais été définis dans un instrument de DIH, laissant alors la doctrine et la jurisprudence s'essayer à des définitions. Michael Schmitt offre par exemple le pendant optimiste d'une définition de la nécessité militaire :

La nécessité militaire repose un principe interdisant les actes qui, d'un point de vue militaire, ne sont pas nécessaires; il s'agit d'un principe de limitation et non pas d'autorisation. Dans son acceptation juridique, la nécessité militaire ne justifie rien⁵⁵⁷.

On peut toutefois trouver une définition de la nécessité militaire dans le Code Lieber. Si le DIH a été largement inspiré par ce dernier, la définition n'a pour autant jamais été incorporée dans ce dernier. Reprise notamment par la CPI dans l'affaire Bemba⁵⁵⁸, la nécessité militaire est définie comme suit :

La nécessité militaire, ainsi que la comprennent aujourd'hui les nations civilisées, s'entend de la nécessité de mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre, et légales selon les lois et coutumes de la guerre⁵⁵⁹.

Au premier regard, la définition ne semble ni donner raison ni donner tort à Michael Schmitt. Toutefois, dans le contexte du DIH que nous venons de présenter, il paraît

⁵⁵³ David Kennedy, Humanitarianism and Force, *supra* note 547 à la p 297.

⁵⁵⁴ PAI, *supra* note 88 à l'art 52.

⁵⁵⁵ *Ibid* à l'art 48.

⁵⁵⁶ *Ibid* aux arts 57 et 58.

⁵⁵⁷ Il s'agit de la traduction réalisée par la CIJ. Michael N. Schmitt, « Bellum Americanum: The U.S. View of Twenty-First Century War and Its Possible Implications for the Law of Armed Conflict » (1998) 19 Mich J Intl L 1051 à la p 1080. Dans le cadre de l'avis consultatif de la CIJ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien*, le Juge Elaraby s'est en effet accordé avec cette définition dans son opinion individuelle. *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, Opinion individuelle du Juge Elaraby, [2004] CIJ rec 246 à la p 258.

⁵⁵⁸ *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Jugement (21 mars 2016) au par 123 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance III).

⁵⁵⁹ Code Lieber, *supra* note 84 à l'art 14.

difficile de conclure qu'il s'agisse ici d'un principe de limitation. Les « lois et coutumes de la guerre » n'offrant pas de réels contrepoids à l'invocation de la nécessité militaire, sa « limitation légale » par ces dernières apparaît dès lors tautologique. On semble finalement plus proche du *laissez faire* évoqué par Stephen C. Neff que de la limitation de Michael Schmitt. Le principe de proportionnalité est lui aussi livré aux mêmes problèmes d'indétermination. Ce principe, en s'articulant en relation avec les principes de distinction, de précautions et d'interdiction d'infliger des maux superflus, est de fait très malléable. Le test de proportionnalité, envisagé dans le cadre d'une attaque qui causerait des pertes chez la population civile, implique que ces dernières ne doivent pas être excessives « par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu »⁵⁶⁰. Encore une fois, une grande discrétion est laissée aux décideurs militaires, « l'avantage militaire concret et direct attendu » n'étant pas défini. Comme le note très justement David Kennedy, il est de fait peu probable que dans le contexte de la guerre autre chose que des règles claires puissent fonctionner⁵⁶¹.

Il est également un autre lieu commun dans la sphère humanitaire de considérer que le DIH a toujours une guerre de retard. Toutefois, cela implique également que ce dernier réagit et finit par s'adapter aux nouvelles réalités de la guerre. Cette logique rend peu compte du fait que les méthodes et moyens de combat ayant été bannis furent ceux qui n'avaient pas ou peu d'utilité militaire, alors que les nouvelles technologies et méthodes, notamment la guerre aérienne, furent historiquement peu limitées⁵⁶². Dans cette optique, la clause Martens a souvent été vu comme un outil « efficace pour faire face à l'évolution rapide des techniques militaires »⁵⁶³. Cette clause tout à fait archaïque, constitue également un concept relativement vide de sens, faisant encore une fois référence à un principe d'humanité dont les contours demeurent flous⁵⁶⁴. Face

⁵⁶⁰ PAI, *supra* note 88 à l'art 51.

⁵⁶¹ David Kennedy, Humanitarianism and Force, *supra* note 547 à la p 297.

⁵⁶² Jochnick et Normand, The Legitimation of Violence, *supra* note 463 à la p 68.

⁵⁶³ Licéité armes nucléaires, *supra* note 77 au par 78.

⁵⁶⁴ « [E]n attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes parties contractantes jugent opportun de constater que dans les cas non compris dans les dispositions

à une rhétorique humanitaire dépouillée d'une réelle application pratique, certains principes sont en revanche étonnement développés, comme c'est le cas pour la perfidie. Ce principe que l'on retrouve dans le code Lieber⁵⁶⁵, le Règlement de La Haye⁵⁶⁶ et dans le PAI⁵⁶⁷, interdit de « tromper la bonne foi de l'adversaire »⁵⁶⁸. Il est notamment prohibé de tuer un adversaire en recourant à la trahison, en utilisant par exemple de faux pavillons, emblèmes ou uniformes⁵⁶⁹. Cette exhaustivité pour un principe à résonance médiéval et chevaleresque illustre parfaitement l'ancrage du DIH dans un discours sur la violence légitime. Plus qu'un outil de limitation de la violence, ce dernier établit plutôt les règles de l'art. L'exemple de la perfidie montre bien que la guerre est une pratique acceptée, voire noble, qui ne saurait donc tolérer que l'on trahisse son adversaire.

Comme l'avance David Kennedy, l'humanitarisme est par conséquent venu signifier pour les militaires « professional efficiency in the prosecution of the war »⁵⁷⁰. Le DIH, que l'on pourrait donc qualifier d'*art de la guerre* pour les militaires, a également entraîné un rapprochement entre les humanitaires et ces derniers via le partage d'un langage commun⁵⁷¹. En utilisant un langage que l'on qualifie à tort d'humanitaire, légitimé par une grande partie du champ académique et du champ professionnel de l'humanitaire, notamment par le CICR, les militaires de ce monde ont dès lors pu

réglementaire adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens tel qu'il résulte des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 29 juillet 1899, par 8 (entrée en vigueur : 4 septembre 1900).

L'article 36 du PAI impose également aux États la nécessité de déterminer si l'usage d' « armes nouvelles » pourraient contrevenir au DIH. PAI, *supra* note 88 à l'art 36. Au vue des tribulations de la CIJ pour déterminer si l'arme nucléaire était illégale, il devient compliqué d'être optimiste face à de telles dispositions. *Ibid.*

⁵⁶⁵ Code Lieber, *supra* note 84 à l'art 16.

⁵⁶⁶ Règlement de La Haye, *supra* note 108 à l'art 23.

⁵⁶⁷ PAI, *supra* note 88 aux arts 37, 38, 39 et 85(3)(f).

⁵⁶⁸ *Ibid* à l'art 37.

⁵⁶⁹ *Ibid* aux arts 38 et 39.

⁵⁷⁰ David Kennedy, *Humanitarianism and Force*, *supra* note 547 à la p 247.

⁵⁷¹ *Ibid* à la p 262.

légitimer la guerre d'une manière supposément rationnelle. Finalement, le concept de guerre juste s'avère toujours pertinent, même dans le cadre du DIH qui, ni de près ni de loin, ne s'approche d'un discours abolitionniste. Recourir à la violence militaire continue en effet d'être juste et légitime si les belligérants intègrent les règles de l'art contenues dans le DIH, lesquelles demeurent volontairement permissives.

Conclusion

Historiquement, la relation entre le droit international et la guerre a toujours été marquée par une proportion de justification de la guerre. Si le *jus ad bellum* avec la Charte des NU est venu marquer « l'abandon des conceptions classiques dans lesquelles chaque État décidait unilatéralement de déclencher une action armée au nom de ce qu'il considérait comme juste »⁵⁷², cela n'implique pourtant pas un abandon total de la justification de la guerre. La Charte comprend elle-même une part de justification de la guerre dans certaines circonstances, seuls les paramètres de la juste cause ayant changés. Le DIH aussi, dans l'univers des théories du contrat social et de la violence légitime de l'État, doit être appréhendé dans sa dimension de justification de la violence. La combinaison du *jus in bello* et du *jus ad bellum* peut d'ailleurs s'avérer très efficace dans cette perspective. La Seconde guerre du Golfe avec l'invasion de l'Irak en 1991, a par exemple souvent été considéré comme la guerre la plus propre et légale de l'histoire⁵⁷³. L'autorisation de l'intervention par le Conseil de sécurité, additionnée à une « self-proclaimed compliance with the laws of war on the part of the United-States-led Coalition »⁵⁷⁴ a largement participé à cet état de fait. Durant les deux guerres mondiales le DIH avait déjà été utilisé comme discours afin de justifier les attaques systématiques envers les civils⁵⁷⁵. L'invasion de l'Irak de 1991 est venue consacrer la systématisation de l'utilisation du langage du DIH comme stratégie de

⁵⁷² Olivier Corten, *Le droit contre la guerre*, 2^{ème} éd, Paris, Pedone, 2014 à la p 804.

⁵⁷³ Jochnick et Normand, *The Legitimation of Violence*, *supra* note 463 à la p 49.

⁵⁷⁴ Chris af Jochnick et Roger Normand, « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War » (1994) 35:2 Harv Intl LJ 387 à la p 388 [Jochnick et Normand, Gulf war].

⁵⁷⁵ *Ibid.*

justification militaire et politique, le tout largement relayé par les champs médiatique et académique⁵⁷⁶. Le droit étant faussement intériorisé comme caution morale, le DIH a dès lors pu fournir un langage et un vocabulaire permettant de présenter la guerre comme légitime, juste, propre et acceptable. Qu'une organisation comme le CICR utilise le même langage que les militaires accentue d'ailleurs l'efficacité du DIH comme rhétorique juridique. En ayant en tête ces considérations, il devient alors possible et pertinent de questionner la protection des biens culturels en cas de conflits armés dans ce contexte marqué par la légitimation de la violence, les biais structurels et la construction de la guerre comme objet juridique totalement autonome de la réalité sociologique.

Section 2. La protection des biens culturels dans la guerre : entre illusions, effets pervers et pragmatisme

Loin de porter un jugement moral sur la guerre, le DIH offre plutôt un code de conduite aux belligérants dans la guerre. Dans cette logique, comme le note très justement Theodor Meron, « as long as the rules of the game are observed, it is permissible to cause suffering, deprivation of freedom, and death »⁵⁷⁷. Ces règles permettraient toutefois, comme l'avance le CICR, « de préserver un peu d'humanité dans les conflits armés »⁵⁷⁸. La Déclaration de St-Petersbourg quant à elle envisageait la réglementation de la guerre comme un moyen « d'atténuer autant que possible les calamités » de celle-ci⁵⁷⁹. Certaines règles, particulièrement celles protégeant les biens culturels⁵⁸⁰, sont alors vues comme une manifestation de l'humanisation de la guerre à travers le DIH. Dans un régime juridique ayant historiquement considéré la guerre comme inévitable⁵⁸¹, comme un trait caractéristique de l'humanité donc, parler d'humanisation

⁵⁷⁶ *Ibid* à la p 408.

⁵⁷⁷ Theodor Meron, *supra* note 461 à la p 240.

⁵⁷⁸ CICR, « Lois de la guerre », en ligne <<https://www.icrc.org/fr/lois-de-la-guerre>>.

⁵⁷⁹ Déclaration de St-Petersbourg, *supra* note 4 au préambule.

⁵⁸⁰ Theodor Meron, *supra* note 461 à la p 245. De son avoue toutefois, ces règles qui « humanisent » la guerre ont peu d'effets pour limiter le recours à la guerre.

⁵⁸¹ David Kennedy, Humanitarianism and force, *supra* note 547 à la p 236.

peut dans ce contexte sembler contradictoire⁵⁸². Sans vouloir tenir un discours candide qui condamnerait d'avance toute réglementation qui ne serait pas abolitionniste, la nature même du DIH que nous avons présenté dans la précédente section nous pousse toutefois à considérer qu'il demeure quelque chose de vicié dans la protection des biens culturels dans la guerre. Il s'agira donc dans cette section de montrer comment la protection des biens culturels peut participer d'un discours qui tend à légitimer de façon illusoire une forme de guerre propre et légitime. Il sera également avancé que cette protection, avec la criminalisation en droit pénal international également, pourrait finalement produire des effets pervers. Pour autant, nous nous attacherons à montrer que la protection des biens culturels, dans la logique du DIH, demeure malgré tout fondamentale pour le fonctionnement de ce régime.

2.1 Protéger les biens culturels : raffiner la guerre en la compartimentant ?

En offrant des « règles du jeu » sans jamais questionner la légitimité de la violence militaire, le discours du DIH, partagé autant par les militaires que les humanitaires comme nous l'avons vu, laisse à croire que certaine guerre peuvent être propres et plus humaines. L'affaire *Al Mahdi*, comme démontré au précédent chapitre, participe également d'un discours d'humanisation de la guerre en faisant pénétrer les logiques de droits humains et de l'UNESCO au sein du DIH. La CPI, en affirmant que le DIH protège « la vie culturelle et [...] ses manifestations physiques »⁵⁸³, s'inscrit finalement d'une certaine façon dans la lignée de fictions théoriques comme celle de Rousseau⁵⁸⁴ voulant qu'une guerre puisse être menée sans qu'un être humain ne meure. Une guerre propre, juste, acceptable devrait donc mettre à l'abri la culture des perturbations. Le même type de raisonnement s'applique lorsqu'il est martelé que dans la guerre, le

⁵⁸² Theodor Meron, *supra* note 547 à la p 240.

⁵⁸³ Ordonnance de réparation initiale, *supra* note 370 au par 14.

⁵⁸⁴ Il n'est évidemment pas soutenu ici que Rousseau croyait à cette affirmation qui, comme pour le mythe de l'état de nature, lui permettait d'éclaircir « la Nature des choses » plutôt que de présenter des « vérités historiques ». Rousseau, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, *supra* note 499 à la p 65.

principe fondamental de distinction implique de cibler les combattants et non les civils. Face à ce principe de distinction portée aux nues, David Kennedy nous rappelle cyniquement que la guerre, telle qu'est envisagée par le DIH, ne correspond pas à la réalité sociologique :

This idea [distinguer les combattants des civils] continues to provide the starting point for the law in war. But civilians *will* be killed in war⁵⁸⁵.

La même chose peut et doit se dire dans le cas de la culture : une guerre ne peut être menée sans que la vie culturelle ne soit impactée. Toutefois, la protection des biens culturels, de la même façon que le DIH en général, peut au final devenir un élément de discours dans le contexte de la légitimation de certaines formes de violence.

L'établissement par certains États de *no-strike lists* est l'un des moyens de mise en œuvre de la protection des biens culturels le plus connu. Avec ces listes, il s'agit de donner les informations nécessaires aux planificateurs militaires durant les phases de ciblage afin de préserver les biens culturels. Dans son « Manuel militaire », l'UNESCO qualifie l'établissement de *no-strike lists* de « bonnes pratiques »⁵⁸⁶. Le langage commun que partagent les humanitaires – au sens large – et les militaires est ici parfaitement illustré. L'UNESCO, comme pourrait le faire un ministère de la défense quelconque, publie un manuel militaire, et de plus, présente certaines procédures militaires comme étant de « bonnes pratiques ». Par la caution morale que peut apporter une organisation comme l'UNESCO, il demeure quelque chose de problématique dans l'utilisation d'un tel vocabulaire. Quoi qu'il en soit, le manuel de l'UNESCO s'appuie sur certains cas concrets pour présenter comment agir de manière « acceptable » et « propre » dans la conduite des hostilités :

Le processus de ciblage lors de l'opération *Unified Protector*, durant laquelle une coalition d'États a mené des frappes aériennes sur des objectifs au sol en Libye, constitue un exemple de bonnes pratiques dans la préparation et la mise en œuvre de *no-strike list* relatives aux biens culturels⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ David Kennedy, *Humanitarianism and force*, *supra* note 547 à la p 269.

⁵⁸⁶ Manuel militaire de l'UNESCO, *supra* note 131 au par 99.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

Il est hors de tout doute que les rédacteurs d'un tel document sont sincèrement engagés dans la préservation du patrimoine. Pour autant, de tels propos dénotent de ce que nous appellerons ici un compartimentage de la légitimité de la guerre. Ceci mérite toutefois une explication, le cas libyen étant d'ailleurs un exemple particulièrement parlant. Comme nous l'avons vu précédemment, le *jus ad bellum* et le *jus in bello* expriment, au moins en partie, différentes formes de légitimation de la guerre. Pour la Libye, comme ce fut le cas pour l'Irak en 1991, la guerre est rendue particulièrement légitime par l'autorisation du recours à la force du Conseil de sécurité⁵⁸⁸. Cette légitimité offerte par le *jus ad bellum* se trouve alors maximisée, comme ce fut également le cas pour l'Irak en 1991, par le prétendu respect du DIH des belligérants. Dès lors, attaquer la légitimité de l'intervention en Libye peut s'avérer délicate. La légitimité du recours à la force en Libye a fini par être largement critiquée, notamment par un rapport du Parlement britannique accusant la coalition majoritairement franco-britannique d'avoir dépassé le mandat onusien de protection de la population civile pour poursuivre, finalement, un renversement de régime⁵⁸⁹. Mais la légitimité au niveau de la conduite des hostilités demeure malgré tout intacte, ce que le document de l'UNESCO et certains textes universitaires illustrent parfaitement. Marina Lostal relève par exemple que les *no-strike lists* ont permis à l'OTAN de mener sa campagne de bombardement en Lybie sans causer de sérieux dommages aux biens culturels⁵⁹⁰. Du point de vue d'une universitaire sincèrement impliquée dans la protection des biens culturels il s'agit évidemment d'un aspect positif. D'un point de vue plus large, cela tend également à

⁵⁸⁸ Conseil de sécurité, Résolution 1973, Doc off CS NU, 6498ème séance, Doc NU S/RES/1973(2011).

⁵⁸⁹ "The UK's intervention in Libya was reactive and did not comprise action in pursuit of a strategic objective. This meant that a limited intervention to protect civilians drifted into a policy of regime change by military means". Parlement du Royaume-Uni, « Libya: Examination of intervention and collapse and the UK's future policy options » (9 septembre 2016), en ligne : <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmfaff/119/11905.htm#footnote-202>> au par 49.

⁵⁹⁰ Marina Lostal, *International Cultural Heritage Law in Armed Conflict: Case-Studies of Syria, Libya, Mali, the Invasion of Iraq, and the Buddhas of Bamiyan*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 à la p 134 [Marina Lostal].

mettre en avant une efficacité et un professionnalisme militaire qui participe d'une légitimation de certains types d'opérations militaires. Cela rend particulièrement visibles certaines conséquences de la séparation du *jus ad bellum* et du *jus in bello* en deux régimes distincts. Cette fragmentation du droit international au sujet des conflits armés empêche finalement ce dernier d'offrir un discours cohérent et complet sur la guerre.

La mise en avant de pratiques comme les *no-strike lists* participe également d'un discours de légitimation de certaines formes de guerre. Les guerres « modernes », menée à l'aide de technologies dites de précision seraient plus humaines que les guerres du passé ou celles menée par des États ou groupes armés ne disposant pas d'une telle technologie. Theodor Meron, en prenant l'exemple de l'intervention de l'OTAN au Kosovo – laquelle s'est toutefois soldée par de nombreuses bavures⁵⁹¹ – avance que l'utilisation d'armes couteuses et sophistiquées permet de réduire les pertes civiles⁵⁹². Bien que critique envers un concept de précision excessivement idéalisé, Michael Schmitt avance malgré tout que les forces armées ne doivent pas abandonner leurs technologies de précision afin de rendre la guerre plus humaine⁵⁹³. La coalition menée par les États-Unis en 1991, symbole de la puissance et de la technologie militaire américaine, avait par exemple la réputation de ne cibler que des objectifs militaires⁵⁹⁴. En dépit de nombreuses études démontrant que l'intervention avait entraîné la mort de plus de 100 000 civils⁵⁹⁵, il s'agit là d'un mythe que relaye par exemple Jiri Toman dans son commentaire du deuxième protocole de la Convention de la Haye de 1954⁵⁹⁶.

⁵⁹¹ *Final report to the Prosecutor by the committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the federal Republic of Yugoslavia*, Rapport du Bureau du Procureur (2003) (Tribunal penal international pour l'ex-Yougoslavie, Bureau du Procureur); Amnesty International, *Intervention de l'OTAN en Yougoslavie : « Dommages collatéraux » ou homicides illégaux ? Violations du droit de la guerre par l'OTAN lors de l'opération « Force alliée »* (2000) EUR 70/018/00.

⁵⁹² Theodor Meron, *supra* note 461 à la p 276.

⁵⁹³ Michael Schmitt, Precision attack, *supra* note 545 au pp 445 et 466.

⁵⁹⁴ Jochnick et Normand, The Legitimation of Violence, *supra* note 463 à la p 49.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ Jiri Toman, *Les biens culturels en temps de guerre : Quel progrès en faveur de leur protection ? Commentaire article-par-article du Deuxième Protocole de 1999 relatif à la Convention de La Haye de*

Quoi qu'il en soit, malgré les supposées « bonnes pratiques » de la coalition dans la conduite des hostilités, ce dernier relève toutefois très justement que ce sont « les pillages et les vols dans les sites archéologiques et dans les musées [qui] ont été la principale cause des préoccupations »⁵⁹⁷. De fait, même si la stratégie de ciblage de la coalition a permis d'épargner les biens culturels, la disparition de 4 000 biens culturels⁵⁹⁸ montre bien que cette dernière ne s'est que peu occupé de faire respecter la Convention de 1970 relativement au trafic de biens culturels depuis un territoire occupé⁵⁹⁹. La même situation s'est reproduite lors de l'invasion de l'Irak en 2003 par les forces américaines. Si la stratégie de ciblage semble avoir épargné les biens culturels, la posture des responsables militaires face aux pillages et destructions subséquentes relevait au minimum de la « négligence »⁶⁰⁰. L'exclusion des biens culturels des stratégies de ciblage permet finalement d'accentuer le mythe de certaines guerres modernes et technologiques qui seraient « propres » voire « chirurgicales ». Il convient toutefois d'envisager qu'il s'agit là de mesures de moindre coûts dans la conduite des hostilités, la destruction systématique de biens culturels n'apportant pas de réels avantages militaires si l'ennemi ne les utilise pas systématiquement à des fins militaires. Il demeure en effet nécessaire d'avoir une vision à long terme d'un conflit et de ne pas se limiter uniquement aux conséquences directes des opérations militaires. Concernant l'invasion américaine de l'Irak de 2003, Matthew D. Thurlow a parfaitement exposé le désintérêt volontaire des forces armées pour les biens culturels :

When marines entered the city on April 9, 2003, however, cultural property became a secondary concern. The pillage of the National Museum and other cultural sites in the city was not only the result of a failure to anticipate the very strong possibility that the destabilization of the Hussein regime would lead to looting and vandalism, but was also a deliberate political and strategic choice. The United States ultimately deemed protecting the cultural heritage of the Iraqi people of lesser

1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Paris, Éditions UNESCO, 2015 à la p 41 [Jiri Toman, Commentaire protocole]

⁵⁹⁷ *Ibid* aux pp 41-42.

⁵⁹⁸ *Ibid* à la p 42.

⁵⁹⁹ Convention UNESCO 1970, *supra* note 116 à l'art 11.

⁶⁰⁰ Jiri Toman, Commentaire protocole, *supra* note 596 à la p 48.

importance than dismantling the remnants of the Ba'athist regime, securing Saddam Hussein's palaces and the Oil Ministry, and making the city safe for American soldiers⁶⁰¹.

Cette situation montre bien qu'au-delà d'une apparente préoccupation de ne pas cibler les biens civils et les biens culturels, cette dernière disparaît bien vite devant les considérations stratégiques et politiques. Une publication de l'OTAN concernant la protection des biens culturels illustre d'ailleurs particulièrement bien la difficulté d'intégrer dans le discours militaire un discours comme celui de la CPI qui insiste sur les convergences entre le DIH et d'autres régimes afin de mettre en avant la dimension humaine du patrimoine. Le titre de la publication, « *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Unnecessary Distraction or Mission-Relevant Priority?* »⁶⁰² donne rapidement le ton du document, lequel semble orienté vers une dimension coût-bénéfice. Dans le document, la protection des biens culturels est en effet appréhendée dans la perspective des avantages que cela peut procurer militairement et non pas du point de vue des préjudices que cela pourrait causer chez les communautés concernées. La destruction de biens culturels produirait donc comme désavantage notable, non pas la disparition d'éléments importants de la culture de certains groupes, mais une population « less easy to control » dans un cas d'occupation par exemple⁶⁰³. Prenant l'exemple du général britannique Allenby, qui durant la Première Guerre mondiale avait pris soin de faire protéger les lieux saints de Palestine, le document affirme que ce type de mesure « helped in disarming those speaking out against occupation »⁶⁰⁴. Si le document montre que la destruction de biens culturels peut antagoniser la population⁶⁰⁵, l'importance de la protection est toujours mesurée du

⁶⁰¹ Matthew D. Thurlow, « Protecting Cultural Property in Iraq : How American Military Policy Comports with International Law » (2005) 8 Yale Human Rts & Dev LJ 153 à la p 176 [Matthew D. Thurlow].

⁶⁰² OTAN, « The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Unnecessary Distraction or Mission-Relevant Priority? » (2018) 2:4 The NATO Open Perspectives Exchange Network.

⁶⁰³ *Ibid* à la p 2.

⁶⁰⁴ *Ibid* à la p 3.

⁶⁰⁵ *Ibid* à la p 9.

point de vue de la nécessité militaire, non pas en fonction de l'appauvrissement culturel potentiel qui pourrait frapper les « porteurs » du patrimoine.

Faisant la part belle à la nécessité militaire, il semble difficile d'imaginer que le DIH puisse être utilisé par la sphère militaire au-delà d'une perspective de justification ou d'efficacité militaire. Cela démontre à quel point le DIH, comme langage partagé et utilisé notamment par les militaires, demeure dans ce cas imperméable à des discours issus de régimes juridiques comme les droits humains ou le droit de l'UNESCO. Le chemin semble encore long avant que le patrimoine culturel soit appréhendé par les militaires en fonction de son importance pour les différentes communautés qui lui sont liées. Au mieux, il semble que la protection des biens culturels soit mise en œuvre dans le cadre plus large des procédures de ciblage des armées disposant d'importants moyens technologiques. En revanche, les impacts sur le patrimoine liés à déstabilisation politique ou sécuritaire de certaines zones semblent avoir été laissés de côté. Ceci participe également d'une tendance à présenter la destruction intentionnelle du patrimoine culturel comme arme de guerre systématiquement utilisée par certains groupes armés non-étatiques. Il est dès lors important de replacer la protection des biens culturels dans le cadre de la dichotomie entre *acteurs légitimes* et *acteurs illégitimes*, tout en questionnant les effets pervers de la criminalisation de certaines violations du DIH ainsi que le traitement de ces événements.

2.2 Les États et la *bamiyanization*

Trois groupes armés non-étatiques ont marqué l'imaginaire depuis l'adoption du Second protocole de 1999 de la Convention de 1954 concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel. La destruction des Bouddhas de Bâmiyân par les talibans en 2001 est venue placer le sujet des destructions intentionnelles de patrimoine au cœur des champs médiatique et académique notamment. Marina Lostal fait de cette destruction le point de départ du phénomène de « bamiyanization » qui s'est depuis

développé et étendu en Afrique du Nord et au Moyen-Orient⁶⁰⁶. Les destructions de Tombouctou par AQMI et Ansar Dine et du soit disant État islamique (EI) en Syrie et en Irak, notamment l'ancienne cité de Palmyre, correspondent parfaitement à ce phénomène de destructions systématiques motivées par des raisons idéologiques⁶⁰⁷.

Discuter de ce type de destructions par ces acteurs particuliers semble au premier abord fort peu concerner les États et leurs obligations. Toutefois, les discours qui relèvent les bonnes pratiques telles les *no-strike lists* ou qui constatent une apparente préservation des biens culturels dans les opérations militaires par des États comme les États-Unis, la France ou encore le Royaume-Uni sont des analyses à court terme. Si les forces américaines ont relativement épargné les biens culturels en 2003, elles ont en revanche si « efficacement » et rapidement mis à terre le régime baathiste que le patrimoine culturel s'est retrouvé livré à la destruction et au pillage, sans qu'aucune mesure ne soit prise pour le préserver⁶⁰⁸. La même situation s'est produite en 2011 en Lybie. La campagne aérienne de l'OTAN, majoritairement franco-britannique, a été si « efficace » et « précise » qu'elle a très vite fait exploser le régime de Kadhafi et la situation sécuritaire du pays sur le long terme. Depuis l'intervention de 2011, cinq sites ont par exemple été inscrits sur la liste du patrimoine mondial en péril⁶⁰⁹.

Si le cas de la Syrie demeure différent, le régime ainsi que de nombreux groupes armés n'hésitant pas à cibler les biens culturels, le cas de Palmyre mérite toutefois une attention particulière. Prise au printemps 2015 par l'EI⁶¹⁰, la cité de Palmyre avait déjà subi des destructions avant que les forces armées syrienne et russe ne chassent le groupe armé de la ville en mars 2016. La Russie avait alors organisé – et largement médiatisé – un concert interprété par l'orchestre symphonique du théâtre Mariinski de Saint-

⁶⁰⁶ Marina Lostal et Guilherme Vasconcelos Vilaça, « The Bamiyazation of Cultural Heritage and the Silk Road Economic Belt: Challenges and Opportunities for China » (2015) 3:2 Chinese J Comp L 329 à la p 332.

⁶⁰⁷ Marina Lostal, *supra* note 590 à la p 122.

⁶⁰⁸ Matthew D. Thurlow, *supra* note 601.

⁶⁰⁹ UNESCO, « Liste du patrimoine mondial en péril », en ligne < <https://whc.unesco.org/fr/peril/>>.

⁶¹⁰ Christiane Delplace, « Palmyre » (2017) 1 Perspective 9 à la p 9 [Christiane Delplace].

Pétersbourg au sein du théâtre antique de la cité⁶¹¹. Quelques mois après, l'EI était pourtant de retour et détruisait notamment une partie du théâtre, ainsi que les temples de Bêl et de Baalshamîn⁶¹². S'il n'est aucunement question de dédouaner l'EI pour ces actes de destruction, le comportement de la Russie demeure ici problématique. Les efforts déployés pour protéger le patrimoine de Palmyre et le faire revivre – Vladimir Poutine avait par exemple assuré l'UNESCO du soutien de la Russie en mars 2016⁶¹³ – relevait davantage d'une forme de cynisme que d'un réel engagement pour la protection du patrimoine. Pendant que les images du concert de Palmyre faisaient le tour du monde, l'église Saint-Siméon, classée au patrimoine mondial de l'UNESCO, ainsi que les musées d'Idlib et de Ma'aret el-Nou'man étaient en effet victimes de l'aviation russe⁶¹⁴. Cela montre bien à quel point la protection du patrimoine est d'un intérêt minime et que cela n'est pas systématiquement intégré dans les priorités militaires des États – malgré les nombreuses normes de DIH portant sur le sujet. La Russie s'est pourtant montrée capable de faire venir un orchestre symphonique et de sécuriser la cité antique, ce qui dénote de moyens non négligeables. Dès lors, la reprise de Palmyre quelques mois plus tard par l'EI démontre que la protection du patrimoine demeurait une préoccupation minime pour la Russie, laquelle aurait certainement pu préserver la ville d'une nouvelle occupation destructrice. En 2003, il ne fait également aucun doute que les États-Unis avaient les capacités de protéger le musée national de Bagdad; situés à moins de 3 kilomètres, les ministères de l'intérieur et du pétrole avaient quant à eux été protégés avec succès⁶¹⁵.

⁶¹¹ La Presse, « Un concert russe dans la cité antique de Palmyre » (5 mai 2016), *La Presse*, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/international/dossiers/crise-dans-le-monde-arabe/guerre-civile-en-syrie/201605/05/01-4978444-un-concert-russe-dans-la-cite-antique-de-palmyre.php>>.

⁶¹² Christiane Delplace, *supra* note 610 à la p 10.

⁶¹³ UNESCO, « La Directrice générale de l'UNESCO et le Président Vladimir Poutine discutent de la protection du patrimoine culturel de Palmyre » (27 mars 2016), *Actualités*, en ligne : <<https://whc.unesco.org/fr/actualites/1472/>>.

⁶¹⁴ Michel Al-Maqdissi, « La destruction du patrimoine archéologique syrien » (2016) 144 *Les nouvelles de l'archéologie* 34 à la p 38.

⁶¹⁵ Jiri Toman, *Commentaire protocole*, *supra* note 596 à la p 49.

Le manque d'intérêt de certains États envers le patrimoine culturel lorsqu'ils sont impliqués dans des conflits armés s'additionne très mal avec l'intérêt de destruction qui anime en revanche certains groupes armés. La combinaison de ces deux éléments est pourtant souvent à l'origine de ces destructions intentionnelles. La destruction systématique du patrimoine irakien est par exemple difficilement séparable de l'instabilité politique et sécuritaire chronique provoquée par l'intervention militaire américaine de 2003. Les mesures à prendre en temps de paix, mais également les obligations des puissances occupantes, doivent être prises au sérieux par les États, ne pas cibler les biens culturels ne suffisant pas. Il est illusoire d'imaginer que des groupes comme l'EI ou encore AQMI puisse respecter le DIH. Contrairement à certains groupes rebelles, « projeter une image de respectabilité et de capacité à tenir ses engagements [comme] un signe positif donné à la communauté internationale du gouvernement ou du partenaire que le groupe entend être »⁶¹⁶ n'est pas pour AQMI ou l'EI une préoccupation. Cela rend encore plus grande la responsabilité des États, et dans cette optique, mener des opérations militaires qui épargnent à court terme les biens culturels est insuffisant. La majorité des États parties à un conflit a en effet l'obligation d'interdire, de prévenir et de faire cesser « tout acte de vol, de pillage ou de détournement de biens culturels et de vandalisme »⁶¹⁷. Ces obligations semblent pourtant ne pas avoir été au cœur des préoccupations de nombreux États dans de nombreuses situations. Le recours de plus en plus massif à l'aviation ou aux frappes de drone comme unique méthode de combat par certains États laisse planer le risque d'une perpétuation d'une telle situation. Du point de vue du DIH, ce type de méthode peut aisément s'insérer dans un discours de légitimation lorsque les frappes – aidées de *no-strike lists* – sont perçues comme de bons moyens d'assurer le principe de distinction, notamment envers les biens culturels. Le DIH demeure en revanche muet lorsque l'on

⁶¹⁶ Olivier Bangerter, « Les raisons pour les groupes armés de choisir de respecter le droit international humanitaire, ou pas » (2011) 93 : 2 RICR 51 à la p 59.

⁶¹⁷ Convention de La Haye de 1954, *supra* note 85 à l'art 4(3); Étude coutumière du CICR, *supra* note 141 règle 40 à la p 132.

envisage les conséquences à moyen et long terme ce de type d'interventions potentiellement dévastatrices pour la stabilité politique et sécuritaire des zones concernées. Le constat d'un droit international qui peine à offrir un discours complet et cohérent sur la guerre dans une perspective à long terme se fait encore sentir ici.

Si certains groupes armés non-étatiques se sont fait sinistrement connaître pour leurs destructions systématiques des biens culturels, il demeure toutefois plus important que jamais de ne pas oublier la responsabilité de certains États. Le fanatisme de ces groupes, sans pour autant en déresponsabiliser leurs membres, ne doit pas faire passer sous silence les manquements – parfois volontaires – de certains États dans des zones particulièrement à risque. Malgré des évolutions intéressantes, cadencé toutefois par un discours de légitimation de la violence, le DIH s'est avéré peu efficace pour empêcher cette *bamiyanization*. Il convient alors de questionner cette mise en avant de la protection des biens culturels par le DIH et par sa criminalisation en DPI et d'explorer les potentiels effets pervers en découlant.

2.3 La spécificité des biens culturels: le droit et la transgression

Cette « bamiyanization » qui semble affecter de nombreuses zones de conflit depuis le début de ce court XXIème siècle fait suite à de nombreux efforts internationaux pour protéger les biens culturels et poursuivre les auteurs d'atteintes envers ces derniers. Le Statut du TPIY (1993), le Statut de Rome (1998) et le Second protocole de la Convention de La Haye de 1954 (1999) sont en effet venus consacrer la place des atteintes envers les biens culturels parmi les violations et crimes les plus graves du DIH et du DPI. Comme pour les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907, le développement de ces instruments a pourtant été suivi de violations massives. Il convient dès lors de se questionner sur la pertinence et l'effet dissuasif de ces protections et de cette criminalisation. Dans cette optique, la critique de la

criminalisation du viol de Janet Halley offre une approche théorique intéressante⁶¹⁸. En se gardant évidemment d'établir une quelconque comparaison entre les atteintes envers les biens culturels et les crimes de caractère sexuel, l'approche d'Halley permet toutefois de mettre en lumière certains effets pervers du DIH et du DPI.

Dans les articles *Rape at Rome* et *Rape in Berlin*, Janet Halley revient sur les accomplissements des féministes qui ont travaillé à établir le viol, les violences sexuelles ainsi que l'esclavage sexuel comme des crimes en DIH et DPI⁶¹⁹. Si l'objectif d'ériger ces crimes sexuelles au sommet de la hiérarchie du DIH et du DPI s'est matérialisé⁶²⁰, Janet Halley demeure toutefois critique envers certaines conséquences d'une telle logique de criminalisation. Tout en saluant le travail effectué qui a permis d'inclure « the distinctive harms that women suffer in armed conflict » au sein du DIH et du DPI, cette dernière s'oppose toutefois aux conceptions poussant cette logique dans le sens d'une compréhension de certains conflits – ceux des Balkans notamment – comme une guerre contre les femmes⁶²¹. Critiquant notamment Alexandra Stiglmeier, laquelle considérait « Balkans war not primarily as a national/ethnic/religious conflict but as a 'war against women' »⁶²², Janet Halley reproche à ces conceptions de passer sous silence les nombreux autres crimes et violations qui jonchent les conflits⁶²³. Considérant le DIH dans une perspective de légitimation de la violence⁶²⁴, Janet Halley nous exhorte finalement à ne pas gâcher le faible levier offert par le DIH pour délégitimer certaines formes de violence alors que

⁶¹⁸ Janet Halley, « Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict » (2008) 9:1 Melbourne J Intl L 78 [Janet Halley, Rape in Berlin]; Janet Halley, « Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law » (2008) 30:1 Mich J Intl L 1 [Janet Halley, Rape at Rome].

⁶¹⁹ Janet Halley, Rape at Rome, *supra* note 618 aux pp 49-50; Janet Halley, Rape in Berlin, *supra* note 618 à la p 110.

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ Janet Halley, Rape at Rome, *supra* note 618 à la p 123.

⁶²² Janet Halley, Rape in Berlin, *supra* note 618 à la p 113.

⁶²³ *Ibid* à la p 114.

⁶²⁴ *Ibid* à la p 112.

ce dernier en tolère et légitime beaucoup d'autres⁶²⁵. Dans le cas particuliers de la destruction intentionnelle du patrimoine, il convient donc de ne pas compartimenter excessivement les analyses des conflits en en considérant certains comme des guerres contre le patrimoine par exemple. Loin d'être une posture de *statu quo* qui critiquerait tout effort en vue de prohiber certaines formes de violence, il s'agit plutôt de prévenir les risques d'essentialisation des conflits. Si le droit international et certains discours ont, comme nous l'avons vu précédemment, connecté la souffrance des communautés à la destruction du patrimoine, il demeure important de ne pas voir la guerre à travers un unique prisme.

Janet Halley remet également en cause l'efficacité et l'effet dissuasif de la prohibition particulière du viol dans un régime juridique faisant la part belle à la légitimation de la violence :

The combination of legal prohibition with an almost infinitely broad tolerated residuum of abuse may actually increase the values of any given class of assault as a tool of war⁶²⁶.

S'appuyant sur le récit *A Woman in Berlin*, Halley ajoute que l'illégalité du viol, en plus de n'offrir aucune protection à la femme, constitue une incitation pour l'homme qui commet l'acte en question⁶²⁷. Pour résumer, selon cette dernière, « the intensive and specific prohibition of rape can weaponise it »⁶²⁸. Dès lors, en plus d'une fonction légitimatrice, le DIH et le DPI aurait une fonction perverse d'incitation à commettre des violations que ces derniers tentent pourtant d'empêcher. En insistant sur l'interdiction particulière de certaines pratiques, ces prohibitions spécifiques, additionnées à leur criminalisation, finissent par attribuer une fonction « d'arme de guerre » à des pratiques comme le viol, la torture ou encore la destruction de biens culturels. Systématisant ses constats sur le viol, Halley ouvre son analyse pour d'autres

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ *Ibid* à la p 115.

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ *Ibid.*

prohibitions et criminalisations comme l'interdiction de la famine ou les mauvais traitements contre les prisonniers de guerre :

all of these are now clearly violations of IHL/ICL and can thus, given the huge tolerated residuum of abuse that affects the capacity of IHL/ICL to govern many conflict situations, be weaponized by law, just as rape can⁶²⁹.

Cette logique se transpose dès lors parfaitement dans la perspective de la destruction intentionnelle de biens culturels. Cette mise en avant des biens culturels comme des biens civils méritant une attention encore plus spécifique, ce que le PAI⁶³⁰ et les statuts du TPIY et de la CPI⁶³¹ illustrent parfaitement, peut potentiellement mettre en danger ces derniers en les transformant effectivement en « arme de guerre ». Le *Law of War Manual* de l'armée américaine s'inscrit par exemple dans cette logique de mise en avant presque forcenée de la protection des biens culturels. Il est en effet question dans ce dernier de prioriser les biens culturels – entendons la protection de ces derniers – par rapport aux autres types de biens civils⁶³². Ce raisonnement entraîne deux effets pervers : premièrement, cette insistance portée sur les biens culturels peut en effet entraîner une transformation de ces derniers comme « arme de guerre » et les rendre finalement trop visibles, trop vulnérables en situation de conflit; secondement, cela vient établir une hiérarchie malsaine avec les autres biens civils protégés dont la destruction, quoique potentiellement autant voire davantage dramatique, paraît plus acceptable.

Le DIH, ainsi que la protection internationale du patrimoine en général, peuvent entraîner un sentiment de défi chez certains groupes armés non-étatiques qui se construisent bien souvent en opposition des normes internationales. Ahmad Al Mahdi nous offrent un bon témoignage de ce type de réaction. Ce dernier, bien au courant de

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ Alors que l'article 52 protège l'ensemble des biens civils, l'article 53 vient mettre de l'avant la protection particulière qui doit être accordée aux biens culturels. PAI, *supra* note 88 aux arts 52 et 53.

⁶³¹ Statut TPIY, *supra* note 194 à l'art 3)d); Statut de Rome, *supra* note 199 aux arts 8-2-b-ix et 8-2-c-iv.

⁶³² États-Unis d'Amérique, Department of Defense, *Law of War Manual* à la p 3/9 et art 5.12.1.1.

l'inscription de la majorité des sites sur la liste du patrimoine mondiale de l'UNESCO, n'avait pas hésité à le mentionner pendant la destruction de la mosquée Djingareyber :

C'est probablement la mosquée la plus ancienne de la ville ; elle est considérée comme un élément [...] du patrimoine mondial. Il y a tant de rumeurs concernant ces tombeaux [...]. Ces ânes de l'UNESCO [...] ils pensent que c'est ça le patrimoine. Du « patrimoine » à la vénération des vaches et des arbres ?⁶³³

Il est probable d'imaginer que l'intérêt de la communauté internationale pour le patrimoine de Tombouctou, matérialisé par l'UNESCO, ait donné de « l'attrait » à sa destruction. Dans le cas des destructions menées par l'EI, Ömür Harmanşah, qui assimile ces dernières à une stratégie de terre brûlée, relève trois motifs derrière ces actes et leurs mises en scène : humilier les communautés locales; diffuser un discours de fanatisme religieux pour recruter de nouveaux membres à travers le monde; défier la valeur commune attachée au patrimoine dans un système international globalisé⁶³⁴. Dans une étude sur les réactions positives et négatives que la mise en scène des destructions du patrimoine provoquait lorsque l'EI ciblait une audience arabophone sur les réseaux sociaux, le défi envers les « global values » constituait la réaction positive la plus importante (24.6%) après l'humiliation des communautés locales (34.5%)⁶³⁵. Dès lors, en considérant la stratégie de propagande d'un groupe comme l'EI, la mise en avant systématique de l'importance du patrimoine culturel, notamment par le droit international, offre un attrait particulier à ce type d'action.

La spécificité des biens culturels en DIH et DPI est venue placer la protection ces derniers sommet de la hiérarchie de ces deux régimes. Comme démontré par Janet Halley, ce type de logique, dans un régime légitimant certaines formes de violence, peut produire des effets pervers, ce qui se manifeste particulièrement bien dans la destruction intentionnelle du patrimoine culturel par certains groupes armés. *In fine*, ce

⁶³³ Jugement *Al Mahdi*, *supra* note 200 au par 46.

⁶³⁴ Ömür Harmanşah, « ISIS, Heritage, and the Spectacles of Destruction in the Global Media » (2015) 78:3 Near Eastern Archaeology 170 aux pp 170-171 [Ömür Harmanşah].

⁶³⁵ Emma Cunliffe et Luigi Curini, « ISIS and heritage destruction: a sentiment analysis » (2018) 92:364 Antiquity 1094 à la p 1105.

type de raisonnement ressemble à bien des égards à ce que peut exprimer la « dialectique chrétienne de la Loi et de sa transgression », qui comme l'a montré Slavoj Zizek, consiste notamment « dans le fait que la Loi elle-même suscite sa propre transgression, qu'elle engendre le désir de sa propre violation », le péché⁶³⁶. Malgré ces constats pessimistes, il convient toutefois d'approcher le DIH dans le cadre des leviers – si minimes soient-ils – que ce dernier peut offrir pour limiter et diminuer la violence de la guerre.

2.4 Maintenir la spécificité des biens culturels

Dans sa critique de la hiérarchisation et de la criminalisation de certaines prohibitions du DIH, Janet Halley a malgré tout reconnu que le DIH pouvait, de façon légère, offrir des leviers pour délégitimer certaines formes de violence⁶³⁷. Toutefois, comme nous l'avons exposé pour les biens culturels, cette dernière montrait que la mise en avant de certaines prohibitions par le DIH et le DPI pouvait finalement produire le contraire de l'effet dissuasif recherché. En ayant à l'esprit les problèmes découlant de cette mise en avant de la protection des biens culturels par le DIH, il sera cependant soutenu ici que maintenir la spécificité de cette protection demeure fondamentale si l'on envisage un tant soit peu que le DIH puisse effectivement, « atténuer [...] les calamités de la guerre »⁶³⁸.

Cette position nous plonge pleinement dans le « paradoxe » dans lequel se trouve le droit international⁶³⁹ et que Martti Koskeniemi a parfaitement saisi dans sa réponse à la question « à quoi sert le droit international ? » :

En premier lieu, le droit international existe afin de faire avancer réaliser les valeurs, préférences et pratiques de ceux qui sont en position de pouvoir en ce monde. En deuxième lieu, le droit international offre un moyen d'expression pour ceux qui sont exclus des positions de pouvoir et qui sont régulièrement soumis aux décisions politiques des autres; il offre une plateforme pour qu'à

⁶³⁶ Slavoj Zizek, *Vous avez dit totalitarisme ? Cinq interventions sur les més(usages) d'une notion*, Paris, Éditions Amsterdam, 2005 à la p 114.

⁶³⁷ Janet Halley, *Rape in Berlin*, *supra* note 618 à la p 114.

⁶³⁸ Déclaration de St-Pétersbourg, *supra* note 4 au préambule.

⁶³⁹ Rémi Bachand, *Subalternes*, *supra* note 44 à la p 246.

l'encontre des éléments dominants, ils puissent exprimer leurs plaintes en matière de violence, d'injustice et de misère sociale⁶⁴⁰.

Comme le relève justement Rémi Bachand, cela ne doit pas pour autant cacher « la différence importante qui existe entre les résultats qui peuvent être atteints par les dominants et ceux pouvant l'être par les subalternes »⁶⁴¹. En d'autres termes, il demeure plus aisé d'obtenir des résultats en se basant sur des règles apologétiques du droit international que sur les règles ou principes utopistes de ce dernier. Dans le contexte de la protection des biens culturels, il n'est pas question de penser naïvement que le DIH puisse délégitimer autant voir plus de formes de violence qu'il en légitime. Il s'agit toutefois d'insister, malgré sa nature, sur son potentiel de délégitimation de la violence – si minime soit-il – en montrant que la spécificité du bien culturel dans ce régime tient dans cette perspective un rôle primordial.

La critique comme étape vers le pragmatisme

Avoir démontré que le DIH légitime la violence et que les forces armées agissent bien souvent cyniquement ne peut être une conclusion. En revanche, à partir de ce constat, en étant parfaitement éclairé sur certaines limites structurelles, l'importance de la protection des biens culturels dans une perspective de délégitimation de la violence peut alors être évaluée, ainsi que l'approche de la CPI dans l'affaire *Al Mahdi*. Dans cette optique, la CPI tient un discours relativement idéaliste sur la guerre, tandis que le discours du DIH, dans la lignée de la vision réaliste de Rousseau, demeure pessimiste. Si la guerre est considérée inévitable dans la logique du DIH et de Rousseau⁶⁴², il n'est

⁶⁴⁰ Martti Koskenniemi, « À quoi sert le droit international ? » dans *La politique du droit international*, Paris, Pédone, 2007 aux pp 353-354 [Koskenniemi, La politique du droit international].

⁶⁴¹ Rémi Bachand, Subalternes, *supra* note 44 à la p 246.

⁶⁴² Si Rousseau voyait la possibilité d'une paix perpétuelle passer par « une forme de gouvernement confédérative », il ne faut pas pour autant en faire un idéaliste. Comme l'avance justement Patrice Rolland, « Rousseau renonce à cette illusion et le Jugement cherche à nous introduire à une analyse plus réaliste, et donc plus pessimiste, des chances de la paix entre les hommes et entre les États ». Rousseau, textes et commentaires, *supra* note 500 à la p 88; Patrice Rolland, « Faut-il désirer la paix ? J.-J. Rousseau et la paix perpétuelle » (2001) 1:33 Droits 141 à la p 142.

toutefois jamais caché que la guerre sera dramatique et produira des « horreurs »⁶⁴³ et des « calamités »⁶⁴⁴. Au risque de se répéter, le DIH n'est pas abolitionniste et favorise donc certaines formes de violence par rapport à d'autres, et par conséquent, véhicule des mythes comme celui consistant à envisager des guerres « propres » ou « plus humaines ». Dès lors, un discours plus ou moins idéaliste comme celui de la CPI – qui ferait du DIH un régime concerné par la culture notamment – peut s'engouffrer dans les minces brèches de délégitimation qu'offre ce dernier par l'intermédiaire de ces mythes notamment. En ce sens, le DIH véhicule l'idée que la guerre peut et doit se dérouler dans des limites acceptables, limites se mesurant toutefois en fonction du but que la guerre est censée poursuivre. Les limites que le DIH entend donner à la guerre impliquent notamment que les maux de la guerre, si inévitables qu'ils soient, n'aient pas une incidence sur la durée. Si le DIH ne se prononce pas contre la guerre, il se prononce toutefois contre la guerre totale⁶⁴⁵. Dans cette optique, la protection d'éléments spécifiques comme les biens culturels et l'environnement, ainsi que le principe de interdisant les maux superflus, sont primordiaux pour que le DIH puisse continuer de véhiculer certains mythes – que l'on souhaite d'ailleurs performatifs.

Ces trois éléments participent en effet d'une préoccupation du DIH de circonscrire la guerre comme une activité sociale uniquement dirigée par et contre des personnes morales – l'État chez Rousseau⁶⁴⁶. La permanence des effets de la guerre, bien au-delà de la cessation des hostilités notamment, est alors une chose combattue par le DIH. La permanence des effets de la guerre sur les biens culturels et l'environnement illustre parfaitement cette orientation du DIH. La destruction totale ou partielle d'éléments du patrimoine culturel implique une perte permanente pour les communautés concernées, et dès lors, une perturbation ou modification potentiellement importante et durable de

⁶⁴³ Rousseau, Principe du droit de la guerre, *supra* note 497 à la p 35.

⁶⁴⁴ Déclaration de St-Petersbourg, *supra* note 4 au préambule.

⁶⁴⁵ CICR, Rapport sur le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporain, XXVIII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à la p 10 [en ligne] <https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/ihlcontemp_armedconflicts_final_fra.pdf>.

⁶⁴⁶ Rousseau, Fragments sur la guerre, *supra* note 513 à la p 63.

leur culture; la destruction ou la modification de l'environnement, s'il est encore aujourd'hui nécessaire de la répéter, entraîne des conséquences dramatiques pour le maintien de la vie en général. Les conséquences permanentes que certaines formes de violence peuvent infliger au patrimoine ou à l'environnement expriment alors de façon emblématique ce que constitue un dépassement du seul but légitime de la guerre, à savoir l'affaiblissement des forces militaires ennemies⁶⁴⁷. Considéré comme deux catégories de biens civils particulières⁶⁴⁸, les biens culturels et l'environnement sont d'ailleurs les seuls de ces catégories à avoir été abordés dans des conventions spécifiques⁶⁴⁹. Tout comme la Convention de La Haye de 1954, la *Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires* (Convention ENMOD) de 1976⁶⁵⁰ est également venue mettre en avant la spécificité de l'environnement⁶⁵¹. Cette dernière insiste d'ailleurs grandement sur la temporalité et l'étendue des effets de la guerre. La Convention ENMOD interdit en effet l'utilisation de « modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves »⁶⁵². Le comité consultatif d'experts mis en place par l'article 5 de la convention⁶⁵³ a par ailleurs précisé le sens des termes « étendus », « durables » et « graves » :

a) Il faut entendre par "étendus" les effets qui s'étendent à une superficie de plusieurs centaines de kilomètres carrés; b) "Durables" s'entend d'une période de plusieurs mois, ou environ une saison; c) "Graves" signifie qui provoque une perturbation ou un dommage sérieux ou marqué pour la vie humaine, les ressources naturelles et économiques ou d'autres richesses⁶⁵⁴.

⁶⁴⁷ Déclaration de St-Petersbourg, *supra* note 4 au préambule.

⁶⁴⁸ PAI, *supra* note 88 aux arts 53 et 55. Le PAII en revanche ne comporte pas de protection spéciale pour l'environnement.

⁶⁴⁹ On peut en effet noter qu'aucune convention portant spécifiquement sur les biens civils n'a été adoptée ni même discutée, contrairement donc à ces deux « sous-catégories ».

⁶⁵⁰ *Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles*, 10 décembre 1976, 1158 RTNU 151 (entrée en vigueur : 5 octobre 1978) [Convention ENMOD].

⁶⁵¹ Le Statut de Rome est également venue criminaliser certaines atteintes à l'environnement dans les CAI. Statut de Rome, *supra* note 199 à l'art 8)2)b)iv).

⁶⁵² Convention ENMOD, *supra* note 650 à l'art 1.

⁶⁵³ *Ibid* à l'art 5(2).

⁶⁵⁴ *Ibid*, Accord interprétatif relatif à l'article premier.

Si la durabilité des conséquences de la guerre, d'un point de vue temporelle et aussi du point de vue de l'impact subséquent sur la population a été explicitement mentionnée pour l'environnement, ceci est implicite pour les biens culturels. En protégeant les biens culturels, il est convenu que la guerre ne doit pas infliger de dégâts et de pertes permanentes à la population civile. Dans cette optique, la logique de l'affaire *Al Mahdi*, en utilisant les droits humains et le DIPC, vient permettre de mesurer la permanence de la perte et les impacts sur la vie des individus, ce que le DIH n'exprime pas explicitement. Ce triptyque est complété par le concept des maux superflus, ce dernier venant confirmer l'opposition entre DIH et permanence des effets de la guerre. La notion de superflu implique effectivement qu'un élément inutile vienne s'adjoindre à une chose utile. Dans le cadre du DIH, l'utilité se mesure vis-à-vis du but légitime de la guerre, à savoir l'affaiblissement des forces militaires ennemies. Alors que les maux superflus sont majoritairement associés à l'usage de certaines armes, l'étude sur le droit coutumier du CICR propose une interprétation de ces derniers. Pour déterminer si une arme serait de nature à causer des maux superflus, il est affirmé ceci : « [a] relevant factor in establishing whether a weapon would cause superfluous injury or unnecessary suffering is the inevitability of serious permanent disability »⁶⁵⁵. Les effets de la guerre sont donc illégitimes dès lors qu'ils excèdent la durée des hostilités d'une manière durable ou permanente. Cette notion de permanence est particulièrement manifeste dans le cas de la destruction de biens culturels, un retour *ante bellum* étant bien souvent impossible.

Maintenir les faibles leviers de délégitimation de la violence qu'offre le DIH implique alors de maintenir certaines spécificités, notamment celle entourant les biens culturels. Si le DIH ne peut et n'a pas pour objectif de mettre fin à la guerre, il cherche néanmoins à ce que la guerre, comme activité sociale, ne vienne pas anéantir les opportunités de paix ou de retour à la normalité. À travers les trois prohibitions présentées, le DIH

⁶⁵⁵ CICR, Étude du droit coutumier, *supra* note 141 (règle 70).

veille à maintenir un semblant de *statu quo*, veille à empêcher – malgré les « calamités » inévitables – la mutilation des corps et du milieu de vie au-delà des hostilités. Les mutilé.e.s, notamment les « gueules cassées » de la Première guerre mondiale, la destruction des patrimoines européens durant les deux guerres mondiales ou plus récemment pendant les conflits en Ex-Yougoslavie ou encore la destruction systématique des forêts vietnamiennes à l'aide de napalm ou d'herbicides⁶⁵⁶, ont marqué l'imaginaire et sont des témoignages physiques de ce que la guerre peut produire de superflus, même dans un discours non-abolitionniste. Dans cette perspective, l'affaire *Al Mahdi* constitue, ne serait-ce que d'un point de vue documentaire, un témoignage mettant en exergue les formes de guerre que le DIH rejette. De plus, comme l'avance Roger Normand et Chris Af Jochnick, «[h]umanitarian lawyers must seize these opportunities to advocate reforms to expand the rights of individuals and groups in times of war »⁶⁵⁷. La protection des biens culturels constitue dès lors un moyen privilégié par lequel les droits des individus et des communautés peuvent être rendus visibles dans la guerre, l'affaire *Al Mahdi* ouvrant en quelque sorte la voie.

Il s'agit dès lors de prendre le DIH pour ce qu'il est, et surtout, pour ce qu'il permet d'atteindre. Si son potentiel de délégitimation de la violence demeure restreint, il convient également de ne pas tout faire reposer sur ce dernier. Le DIH n'a pas la vocation et ne pourrait être le remède universel à tous les maux de la guerre, tâchons alors de l'utiliser adéquatement sans y placer tous nos espoirs. Ce dernier propose en effet un large éventail de normes concernant la protection des biens culturels, et il ne sera pas soutenu ici qu'une inflation de normes ou même une réforme soit une solution pour améliorer la protection du patrimoine culturel. Comme déjà évoqué plus en avant, les obligations étatiques envers le patrimoine, ne se limitant pas uniquement au ciblage,

⁶⁵⁶ Amélie Robert, « Au cœur de la guerre du Viêt Nam : herbicides, napalm et bulldozers contre les montagnes d'A Lưói » (2016) 104 : 1 *J of Alpine Research* 1 à la p 4.

⁶⁵⁷ Jochnick et Normand, *Gulf war*, *supra* note 574 à la p 416.

méritent d'être mises en avant. Dans un contexte où des acteurs non-étatiques ont fait du non-respect des normes protégeant le patrimoine des politiques délibérées, l'heure n'est pas à une déresponsabilisation de l'État, laquelle serait à la mesure du rejet que provoquent des groupes comme l'EI. Finalement, la prise en considération des droits des individus et des groupes ou communautés, manifeste dans le cas des biens culturels, offre également l'opportunité de sortir d'une logique faisant des individus des « incidental beneficiaries of an interstate system of rights and obligations »⁶⁵⁸. Les droits et obligations des belligérants, concurrencés par les droits individuels et collectifs, peuvent alors être interprétés ou modérés afin de restreindre la portée de la nécessité militaire, tout en donnant du sens et du contenu à des principes comme celui de la distinction ou de la proportionnalité.

Conclusion

Une approche critique du DIH, plus qu'une mise à l'index de ce dernier, permet de l'appréhender de façon finalement plus pragmatique. En étant conscient de sa fonction légitimatrice, il devient alors possible de saisir les faibles parcelles que ce dernier laisse accessibles pour délégitimer certaines formes de violence. Ultimement, ce chapitre tend à replacer le DIH à une juste place, en opposition à certains discours faisant de ce dernier une panacée. Placer trop d'attente dans ce dernier dénote d'une compréhension erronée de ses fondements et logiques et de ses limites structurelles. Ce constat n'implique pas pour autant un rejet du DIH dans son potentiel de limitation de la violence ou de délégitimation de certaines formes de celle-ci. Manifestement, de nombreuses opérations militaires contemporaines menées par de grandes puissances – à l'exception de la Russie en Syrie – ont relativement épargné les biens culturels, notamment dans les campagnes aériennes, ce qui constitue un grand changement considérant les bombardements de la Seconde guerre mondiale. En revanche, la protection de ces derniers contre les effets des conflits, notamment le pillage, demeure

⁶⁵⁸ Lawrence Hill-Cawthorne, *supra* note 445.

largement insuffisante, ce que l'exemple des États-Unis en Irak démontre parfaitement. Le trafic illicite de biens culturels est par ailleurs directement lié aux effets des conflits et peut finalement encourager les destructions intentionnelles de patrimoine. Selon l'archéologue Joanne Farchakh-Bajjalý, les destructions de l'EI permettent en effet de dissimuler ce qui a été pillé et vendu⁶⁵⁹. Dans cette optique, les États, notamment ceux disposant d'un important marché de l'art, ont un rôle primordial à jouer pour assécher la demande d'objets volés. La convergence du DIH avec d'autres régimes juridiques approchant également le patrimoine culturel, que la CPI a notamment mis de l'avant, demeure également une opportunité à saisir. Comme l'a par exemple avancé Clémentine Bories, la force morale et politique de la Convention de 1972 « pourrait avoir sauvé la Vieille Ville [de Dubrovnik] de la destruction » alors que la Convention de la Haye de 1954 avait été peu respectée⁶⁶⁰. Pour autant, le droit ne doit pas être le seul langage et le seul remède opposable aux menaces que subi le patrimoine culturel en période de conflit.

Ultimement, il conviendrait de modifier la façon dont nous appréhendons le patrimoine, quel que soit le champ. Le champ médiatique participe néanmoins grandement à une tendance donnant de l'attrait au patrimoine uniquement lorsque les situations sont de nature à heurter, choquer ou marquer l'imaginaire. Les images des destructions de l'EI massivement diffusées⁶⁶¹, ou dans un autre registre, la Cathédrale Notre-Dame de Paris en feu, de par leur caractère choquant, captivent et entraînent *in fine* une surexposition de ce genre d'évènements. En revanche, d'autres problématiques

⁶⁵⁹ Robert Fisk, « Isis profits from destruction of antiquities by selling relics to dealers – and then blowing up the buildings they come from to conceal the evidence of looting » (3 septembre 2015), *The Independent*, en ligne: <<https://www.independent.co.uk/voices/isis-profits-from-destruction-of-antiquities-by-selling-relics-to-dealers-and-then-blowing-up-the-10483421.html>>.

⁶⁶⁰ Clémentine Bories, *Les bombardements serbes sur la vieille ville de Dubrovnik : La protection internationale des biens culturels*, Paris, Éditions Pedone, 2005 à la p 61.

⁶⁶¹ Bien souvent, ces images ont été partagées, mises à la une des titres de journaux télévisés comme si ces images constituaient de sources documentaires, alors qu'il s'agit pourtant d'images parfaitement travaillées qui s'inscrivent dans une stratégie de communication. À ce propos voir : Ömür Harmanşah, *supra* note 634.

qui sur le long terme menacent grandement le patrimoine jouissent d'une visibilité minimale. Le manque d'investissement dans les budgets de la culture par exemple, bien que fortement dommageable pour la protection du patrimoine, ne permet pas par exemple d'avoir recours au registre du pathos et s'avère peu engageant dans une perspective médiatique. Un pays comme la France, réputé pour avoir une politique patrimoniale consistante, ne voit que très rarement la question du sous financement de la protection du patrimoine revenir sur le devant de la scène⁶⁶². Les 1500 immeubles protégés en « péril global »⁶⁶³ – chiffres datant de 2012 – n'ont par ailleurs jamais déclenché un élan comparable à celui suscité par les images de Notre-Dame en feu⁶⁶⁴. Ce traitement médiatique du patrimoine n'est pas sans conséquence pour les autres champs, dont le droit, le champ journalistique modifiant « plus ou moins profondément les rapports de force à l'intérieur des différents champs, affectant ce que l'on y fait et ce qui s'y produit »⁶⁶⁵. Le droit, comme d'autres champs, notamment le champ médiatique, doivent dès lors s'atteler à rendre plus évident la vulnérabilité du patrimoine, non seulement dans ses manifestations violentes et choquantes, mais également dans ses dimensions invisibles, mais non moins insidieuses.

⁶⁶² Un rapport de la Commission des finances de l'Assemblée nationale pointait par exemple en 2018 que les moyens alloués à la préservation du patrimoine par l'État et les collectivités territoriales étaient « notoirement insuffisant ». République française, Assemblée nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, « Rapport sur le projet de loi de finances pour 2018 (n°235) : Annexe n°12 Culture Patrimoine » dans *Rapports législatifs*, n°273 annexe n°12 (12 octobre 2017) à la p 48.

⁶⁶³ *Ibid* aux pp 28-29.

⁶⁶⁴ Il a fallu attendre un tel évènement pour que la question du financement étatique de la préservation du patrimoine soit abordée. En dehors des champs de l'art ou du patrimoine, il est rare que le budget de la culture concernant la protection du patrimoine soit discutée, alors que ce dernier, représentant lui-même seulement 2.1% du budget de l'État, ne consacre que 3% pour le patrimoine. Luc Lenoir et Wladimir Garcin-Berson, « Les vrais chiffres du budget consacré à notre patrimoine par l'État » (20 avril 2019), *Le Figaro*, en ligne : <<http://www.lefigaro.fr/economie/le-scan-eco/decryptage/les-vrais-chiffres-du-budget-consacre-a-notre-patrimoine-par-l-etat-20190420>>.

⁶⁶⁵ Pierre Bourdieu, « L'emprise du journalisme » dans Pierre Bourdieu, *Sur la télévision : suivi de l'emprise du journalisme*, Liber éditions, 1996 à la p 80.

Conclusion

Nous avons cherché dans le cadre de ce mémoire à illustrer les tendances actuelles qui, nous semble-t-il, caractérisent l'approche qu'a adopté droit international – ou du moins une certaine frange de ce dernier – envers la protection des biens culturels en cas de conflits armés. Une navigation dans la fragmentation du droit international montre qu'il y a une évolution constante de ce dernier vers une affirmation de la dimension humaine du patrimoine et du caractère relationnel entre patrimoine et individus. À cet égard, l'affaire *Al Mahdi* est venue confirmer l'impossibilité – dans une perspective de cohérence du moins – d'interpréter l'objet du bien culturel ainsi que sa protection sans mettre en exergue ce caractère relationnel. Cette interprétation a été rendue possible par une mise en relation féconde de la *lex specialis* avec la *lex generalis*, laquelle est finalement venue interpréter la première. La structure particulière de la CPI, notamment concernant la place accordée aux victimes, a permis de tels développements. À cet égard, au vu de l'influence majeure que l'expertise des *amicus curiae* et des experts consultés (notamment de la Rapporteuse spéciale) a eu durant la phase de réparation, ces derniers semblent avoir acquis un *quasi pouvoir* judiciaire. À ce titre, les experts et *amicus curiae* seraient ce que Michel Foucault appelait des « juges annexes, mais des juges tout de même »⁶⁶⁶.

Quoi qu'il en soit, dans son travail d'interprétation la CPI a appréhendé la fragmentation du droit international non pas comme un problème ou une menace, mais comme un champ des possibles. De la culture institutionnelle jusqu'au droit pénal international, en passant par les déclarations non contraignantes et les traités internationaux, on peut à ce titre conclure que le champ anthropologique est venu infiltrer et finalement modifier le champ du droit international dans le contexte du patrimoine culturel. À toutes fins pratiques, cette étude avait également comme

⁶⁶⁶ Michel Foucault, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975 à la p 29.

ambition d'établir la généalogie de certains régimes juridiques, ce qui a été fait pour le DIH et le DIPC.

Si cette interprétation du droit international est, d'après nous, plus que convaincante en principe, une approche critique du DIH vient complexifier cet optimisme et mettre en évidence les côtés obscurs de la vertu pour mentionner David Kennedy⁶⁶⁷. Ce pôle utopiste du droit international vient en effet se heurter au pôle apologétique représenté par le DIH et ses logiques et fondements – inscrivant dès lors la protection des biens culturels dans les contradictions inhérentes d'un système bipolaire. Par ses préoccupations de plus en plus ancrées dans la protection des communautés, des droits culturels et des individus, le droit international, dans sa relation avec le patrimoine culturel, vient manifestement confirmer sa frange utopiste à « haut contenu normatif »⁶⁶⁸. Le DIH quant à lui, en tant que discours sur la violence légitime et par son caractère de *laissez-faire*⁶⁶⁹, vient en revanche s'inscrire dans la dimension apologétique du droit international. Les filiations que nous avons mis de l'avant – l'anthropologie pour le DIPC, Jean-Jacques Rousseau pour le DIH – viennent d'ailleurs donner du poids à cette position.

Cette approche critique, qui vient nuancer et approcher plus cyniquement la protection juridique d'un objet comme le bien culturel, malgré les apparentes bonnes dispositions du droit international, vient finalement questionner la place du droit et la signification de sa critique. Ceux que l'on pourrait qualifier d'optimistes ou d'utopistes vis-à-vis du droit international, et certains critiques de ces derniers, convergent toutefois sur un point important. Si les premiers surestiment certainement le potentiel émancipateur du droit international, certaines approches critiques traduisent également, et paradoxalement, une foi démesurée dans le potentiel de ce dernier. Si le diagnostic sur la *lex lata* diffère, une conception de la *lex ferenda* sous-tend malgré tout très souvent

⁶⁶⁷ Kennedy, *supra* note 468.

⁶⁶⁸ Bachand, Subalternes, *supra* note 44 à la p 124.

⁶⁶⁹ Neff, *supra* note 464 à la p 202.

la critique. Dans la brillante critique historique du DIH offerte par Chris af Jochnick et Roger Normand, cette dernière est par exemple conclue par des pistes de réformes dans une partie intitulée « the need for legal reform »⁶⁷⁰. S'il peut s'agir dans certains cas d'une garantie visant à éviter les accusations de nihilisme, cela traduit également une vision du droit qui peut, si on le réforme, mais aussi qui doit, produire de grands effets.

Dès lors, comme dans le cas de ce mémoire, que peut-on attendre de la critique ? La critique doit-elle mener à l'accusation bien souvent fallacieuse de nihilisme ou alors, pour être acceptable ou « constructive », permettre l'émission de solutions, notamment des réformes? N'y a-t'il pas dans cette injonction de trouver des solutions ou d'agir quelque chose qui s'apparente, comme l'avance Slavoj Zizek, à gesticuler inutilement devant « un processus sur lequel on exerce aucune influence réelle »⁶⁷¹? Ce dernier a raison lorsqu'il attaque l'adage nous enjoignant d'agir plutôt que de parler⁶⁷². Peut-être que dans certaine circonstance, plutôt que d'agir, il conviendrait d'écouter le philosophe slovène et de « prendre du recul, de réfléchir et *dire ce qu'il faut dire* »⁶⁷³. Cette étude, si elle peut donc s'avérer peu décisive pour qui souhaite une meilleure application de la protection juridique des biens culturels, ou encore trop peu radicale dans sa critique, tend davantage à remettre le droit à une juste place, notamment le DIH. Il ne s'agit alors pas ici de proposer une nouvelle formule juridique qui assurerait une meilleure protection des biens culturels dans la guerre ou même du DIH en général. Il ne s'agit pas non plus d'abandonner ce dernier. Comme l'a affirmé Martti Koskenniemi, le droit international peut, certes de manière secondaire, servir des objectifs émancipateurs⁶⁷⁴. Nous avons d'ailleurs à ce titre insisté sur les obligations

⁶⁷⁰ Jochnick et Normand, *Gulf war*, *supra* note 74 aux pp 412-416.

⁶⁷¹ Slavoj Zizek, *Après la tragédie, la farce ! ou comment l'histoire se répète*, Paris, Flammarion 2009 à la p 22.

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ Zizek n'offre toutefois pas une critique de l'action, bien au contraire, mais plutôt de l'action comme seule réponse légitime à un problème donné. Il affirme notamment : « Souvent, il est vrai, nous parlons d'une chose au lieu de la faire; mais il nous arrive aussi de faire des choses afin d'éviter d'en parler et d'y penser ». *Ibid.*

⁶⁷⁴ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *supra* note 640.

étatiques envers le patrimoine lors des conflits, et ce, au-delà de l'instantanéité des hostilités. De plus, la catégorie des biens culturels vient, comme nous l'avons montré, accentuer la préoccupation centrale du DIH, laquelle demeure la limitation de la guerre dans le temps – non pas de l'éliminer. C'est selon nous un des apports fondamentaux de la critique que de délimiter l'objet d'étude, et par la même, de mieux comprendre ses potentialités.

Dans cette perspective, une lecture critique du DIH doit composer avec la « pureté » que l'on attend souvent d'une telle approche. En effet, dans le cadre du DIH, il peut apparaître incohérent – voire décevant – d'en critiquer le potentiel de légitimation de la violence sans pour autant appeler à son abandon, ce dernier n'étant pas abolitionniste. Mais encore une fois, c'est fantasmer le droit international que de le concevoir comme remède universel sinon rien. Si le DIH est fondamentalement fataliste sur la guerre, comme l'était Rousseau, ce qui de ce point de vue fait de lui un réaliste, cette fatalité se manifeste hors du discours juridique et continuerait de se manifester en cas d'abandon du DIH. Nous avons effectivement montré que la guerre, telle que construite par le DIH, se présente comme une activité sociale légitime – mais légitime à un prix, celui de la limitation, notamment temporelle. À ce titre, même si la possibilité de délégitimation de la violence par la protection des biens culturels s'inscrit dans un océan de légitimation et contient des effets pervers, remettre le droit à sa place peut ôter l'anxiété découlant des deux positions. Délimiter le DIH permet en effet d'éviter les déconvenues provoquées par les « échecs » de régulation de la guerre en insistant sur ses limites structurelles et fondamentales, tout en relativisant lesdits échecs.

Pour autant, si l'effacement progressif des frontières entre les régimes tend à se confirmer, le droit international comme langage, dans son rapport à la guerre, va voir son vocabulaire s'agrémenter d'éléments moins apologétiques. Cette abolition de certaines frontières ou distinctions s'avère d'ailleurs nécessaire. Concernant les biens

culturels, la distinction entre la guerre et la paix s'avère, à la mesure de notre compréhension du patrimoine dans sa complexité et sa diversité, de jour en jour plus superflue. Cette distinction se manifeste, comme nous l'avons vu, dans une certaine sélectivité de nos émotions par rapport aux pertes patrimoniales. Les destructions violentes, médiatisées et instrumentalisées nous choquent, nous révulsent, alors que les destructions et pertes plus insidieuses, restent largement ignorées.

Guerre ou paix, DIH ou droits humains sont donc autant de distinctions qui, si elles peuvent effectivement nous éclairer sur « la nature des choses »⁶⁷⁵ jusqu'à un certain point, nient bien souvent la dialectique existante entre ces derniers. D'un point de vue pragmatique, l'abolition de certaines frontières, sans être une panacée, peut venir renforcer le potentiel émancipateur du droit international comme langage et discours. Les convergences entre le DIH, les droits humains et le DIPC mériteraient, dès lors, que ces derniers soient appréhendés de manière moins imperméable. La dialectique qui existe bien souvent entre les violations de ces différents régimes nécessiterait une approche moins fragmentaire, comme a d'ailleurs pu le faire la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans le contexte spécifique de la guerre. Dans l'affaire *République Démocratique du Congo C. Burundi, Rwanda, Ouganda*, la Commission avait en effet conclu que la violation initiale du *jus ad bellum* par les trois États répondants était constitutive d'une violation du droit à l'autodétermination du peuple congolais, et donc d'une violation des droits humains⁶⁷⁶. Dans le cas de l'occupation du territoire congolais, la Commission avait également conclu que les

⁶⁷⁵ Rousseau, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, *supra* note 499 à la p 65.

⁶⁷⁶ "The Commission finds the conduct of the Respondent States inconsistent with the standard expected of them under UN Declaration on Friendly Relations, which is implicitly affirmed by the Charters of the UN and OAU, and which the Commission is mandated by Article 23 of the African Charter on Human and Peoples' Rights to uphold.[...] The conduct of the Respondent States also constitutes a flagrant violation of the right to the unquestionable and inalienable right of the peoples of the Democratic Republic of Congo to self-determination provided for by Article 20 of the African Charter, especially clause 1 of this provision". *République Démocratique du Congo C. Burundi, Rwanda, Ouganda* (2003), Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 227/99 au para 68.

différentes violations du *jus in bello* ayant eu lieu de ce contexte constituaient, *in fine*, des violations des droits humains⁶⁷⁷. Le raisonnement de la Commission laisse donc à comprendre que l'occupation militaire, bien qu'elle soit réglementée par le DIH, demeure « an illegal situation in which the human rights of individuals and peoples are being denied as such, without the need for the occupier to do anything else beyond occupying »⁶⁷⁸. De fait, même si le DIH constitue la *lex specialis*, cela n'empêche pas que du point de vue des droits humains, la guerre demeure un problème et non pas seulement un fait qui modifie les modalités d'application et d'interprétation du droit. Pareille logique aurait pu, par exemple, s'appliquer dans le cas d'*Al Mahdi*. En effet, les destructions dont s'est rendu coupable ce dernier, en plus de constituer des violations du DIH, constituaient également des violations des droits humains et du DIPC. On peut d'ailleurs pousser cette logique plus loin si l'on suit jusqu'au bout le raisonnement de la Commission sur l'occupation. En effet, si l'occupation peut être « légale » aux yeux du DIH, elle demeure toutefois illégale hors de ce dernier; la *lex generalis* se retrouve inévitablement violée par la nature même de l'occupation qui nie, intrinsèquement, le droit collectif élémentaire à l'autodétermination. Pour la destruction ou encore la spoliation de biens culturels, même si ces actes venaient à être justifiés par les nécessités militaires, ils demeureraient néanmoins des violations des droits humains ou du DIPC. Que le bien soit détruit légalement ou illégalement aux yeux du DIH ne change rien concernant la perte et la permanence de cette dernière pour les individus et communautés liés au bien en question. À ce titre, l'affaire *Al Mahdi* vient affirmer que les violations du DIH concernant les biens culturels ont entraîné des

⁶⁷⁷ “The Complainant State alleges grave and massive violations of human and peoples’ rights committed by the armed forces of the Respondent States in its eastern provinces. It details series of massacres, rapes, mutilations, mass transfers of populations and looting of the peoples’ possessions, as some of those violations. As noted earlier on, the series of violations alleged to have been committed by the armed forces of the Respondent States fall within the province of humanitarian law, and therefore rightly covered by the Four Geneva Conventions and the Protocols additional to them. And the Commission having found the alleged occupation of parts of the provinces of the Complainant State by the Respondents to be in violation of the Charter cannot turn a blind eye to the series of human rights violations attendants upon such occupation”. *Ibid* au par 69.

⁶⁷⁸ Alejandro Lorite Escorihuela, *supra* note 76 à la p 402.

violations des droits humains au sein de la communauté tombouctienne. Toutefois, cela est implicite et transparait du mécanisme de réparation. Le jeu des compétences et de la spécialisation des cours et tribunaux empêchent finalement bien souvent d’embrasser des raisonnements plus transversaux et totalisants comme celui de la Commission africaine. La CIJ pourrait pourtant être le lieu parfait d’une telle réorientation, s’il n’était sa conception – conservatrice ? – de la relation entre la *lex specialis* et la *lex generalis*.

On peut donc espérer, qu’au moins au niveau jurisprudentiel, le droit international continuera sur la lancée de l’affaire *Al Mahdi* et finira même par intégrer des approches aussi ingénieuses que celle de la Commission africaine. S’il ne faut pas trop en attendre, ce type d’orientation pourrait ultimement renforcer le potentiel émancipateur du droit international tout en renforçant son pôle utopiste face au pôle apologétique. En somme, cette étude, laquelle se veut pragmatique, tend à se prémunir d’une vision faisant du droit international un objet de dévotion⁶⁷⁹, tout en évitant également une certaine conception déterministe qui ferait de ce dernier un invariable complice du *statu quo*.

⁶⁷⁹ À ce titre David Kennedy note que, dans le cas des droits humains, l’aspect pragmatique est souvent laissé de côté et ces derniers sont bien souvent vus « as an object of devotion rather than calculation ». David Kennedy, « The International Human Rights Movement: Part of the Problem? » (2002) 15 Harv Hum Rts J 101 à la p 102.

Bibliographie

Livres ou chapitres de livres

Abtahi, Hiram et Phillipa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Vol. I, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Alamuddin, Amal Alamuddin, David Tolbert et Nidal Nabil, dir, *The Special Tribunal for Lebanon: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Anderson, Benedict, *L'imaginaire national : Réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, Paris, La Découverte, 2002.

Bachand, Rémi, *Les Subalternes et le Droit International*, Paris, Pedone, 2018.

Barsalou, Olivier, « The Cold War and the rise of an American conception of human rights », in Pamela Slotte and Miia Halme-Tuomisaari, dir, *Revisiting the Origins of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

Blake, Janet E., *International cultural heritage law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Bories, Clémentine, *Le patrimoine culturel en droit international : Les compétences des États à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, Paris, Pedone, 2011.

Bories, Clémentine, *Les bombardements serbes sur la vieille ville de Dubrovnik : La protection internationale des biens culturels*, Paris, Éditions Pedone, 2005.

Bourdieu, Pierre, « L'emprise du journalisme » dans Pierre Bourdieu, *Sur la télévision : suivi de l'emprise du journalisme*, Liber éditions, 1996.

Brunnée, Jutta et Stephen J. Toope, « Constructivism and International Law » dans Jeffrey L. Dunoff et Mark A. Pollack (dir), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations : The State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Brunnée, Jutta et Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Camus, Albert, *Le Mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942.

CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1987.

Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Clastres, Pierre, *Archéologie de la violence : La guerre dans les sociétés primitives*, Paris, Éditions de l'Aube, 1977.

Corten, Olivier et al, *Une introduction critique au droit international*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017.

Corten, Olivier, *Le droit contre la guerre*, 2^{ème} éd, Paris, Pedone, 2014.

Coujou, Jean-Paul, *Droit, anthropologie & politique chez Suarez*, Perpignan, Artège, 2012.

Craig, Forest. *International law and the protection of cultural heritage*, Londres, Routledge, 2012.

Crawford, James, *Hasard, ordre et changement : le cours du droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2015.

De Vitoria, Francisco, *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, éd de 1966, Genève, Librairie Droz, 1966.

Decaux, Emmanuel et Olivier de Frouville, *Droit international public*, 10^e éd, Paris, Dalloz, 2016.

Derrida, Jacques, *De la grammatologie*, Paris, Éditions de Minuit, 1967.

Dunant, Henry, *Un souvenir de Solferino*, Genève, CICR, 1990 [1862].

Énard, Mathias, *Boussole*, Paris, Actes Sud, 2015.

Evans, Christine, *The right to reparation in international law for victims of armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Foucault, Michel, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

Francioni, Francesco, « The Evolving Framework for the Protection of Cultural Heritage in International Law » dans Silvia Borelli et Federico Lenzerini, dir, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Lieden, Brill, 2012.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd éd (1994), Oxford, Clarendon Press, 1961.

Henckaerts, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law : Volume I : Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Hobbes, Thomas, *Léviathan*, Paris, Gallimard, 2000 [1651].

Hoffer, Cuno, *L'influence de J.-J. Rousseau sur le droit de la guerre*, Genève, Georg & C, 1916.

Hylland Eriksen, Thomas, «Between universalism and relativism: a critique of the UNESCO concept of culture » dans Jane K. Cowan, Marie-Bénédicte Dembour et Richard A. Wilson, dir, *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

Jerphagnon, Lucien, *Histoire de la Pensée*, Paris, Tallandier, 2009.

Johannot-Gradis, Christianne, *Le Patrimoine culturel matériel et immatériel : Quelle protection en cas de conflit armé*, Zurich, Schulthess, 2013.

Jovanović, Miodrag, « Cultural Rights as Collective Rights » dans *Cultural Rights as Collective Rights*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016.

Kelsen, Hans, *Théorie Pure du Droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953.

Kennedy, David, « Humanitarianism and Force » dans *The Dark Sides of Virtue Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

Kennedy, David, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

Kolb, Robert, *Ius in bello : Le droit international des conflits armés*, 2ème éd, Bruxelles, Helbing/Bruylant, 2010.

Kolb, Robert, *Théorie du droit international*, 2^{ème} éd, Bruxelles, Bruylant, 2013.

Koskenniemi, Martti, « Colonization of the “Indies” : The Origin of International Law ? » dans Yalanda Gamarra, dir, *La idea de la America en el pensamiento ius internacionalista del siglo XXI*, Saragosse, Institució Fernando el Catòlico, 2010.

Koskenniemi, Martti, « À quoi sert le droit international ? » dans *La politique du droit international*, Paris, Pédone, 2007.

Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

La Rosa, Anne-Marie, *Juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve*, Genève, Graduate Institute Publications, 2003.

Lauterpacht, Hersch, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Oxford University Press, 1933 (éd 2011).

Leclerc, Gérard, *Anthropologie et colonialisme*, Paris, Fayard, 1972.

Lemkin, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe; Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

Lostal, Marina, *International Cultural Heritage Law in Armed Conflict: Case-Studies of Syria, Libya, Mali, the Invasion of Iraq, and the Buddhas of Bamiyan*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

Maalouf, Amin, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998.

Masson, Isabelle, « Constructivisme » dans Alex Macleod, dir, *Relations internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna Éditions, 2008.

Mérignhac, Alexandre, *La Conférence internationale de la paix : étude historique, exégétique et critique des travaux et des résolutions de la conférence de La Haye de 1899*, Paris, A. Rousseau, 1900.

Mezghani, Nébila et Marie Cornu, dir, *Intérêt culturel et mondialisation : les aspects transnationaux Tome II*, Paris, L'Harmattan, 2004.

Nadeau, Christian et Julie Saada, *Guerre juste, guerre injuste : Histoires, théories et critiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

Neff, Stephen, *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

O'Meara, Dan, « Le constructivisme », dans Alex Macleod et Dan O'Meara, dir, *Théories des relations internationales : Contestations et résistances*, Outremont, Athéna Éditions, 2010.

Pellet, Alain, « Should we (still) Worry about Fragmentation? » dans Andreas Follesdal et Geir Ulfstein (dir), *The Judicialization of International Law: A Mixed Blessing?*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

Pictet, Jean, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 1983.

Plivard, Ingrid, « Chapitre 2 : L'identité culturelle » dans Ingrid Plivard, dir, *Psychologie interculturelle*, De Boeck Supérieur, 2014.

Prott, Lyndel V., « UNESCO International Framework for the Protection of the Cultural Heritage » in James A.R. Nafziger and Ann M. Nicgorski, dir, *Cultural Heritage Issues: The Legacy of Conquest, Colonization and Commerce*, Lieden, Brill, 2009.

Rosas, Allan, « J.-J. Rousseau and the Law of Armed Force » dans Ola Engdahl et Pål Wrange, dir, *Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be*, Leiden, Brill Nijhoff, 2008.

Rousseau, Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Flammarion, 2008 [1754].

Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris, LGF, 1996[1762].

Rousseau, Jean-Jacques, *Principe du droit de la guerre*, éd de 2014, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2014.

Rousseau, Jean-Jacques, *Principes du droit de la guerre & Écrits sur la paix perpétuelle : textes et commentaires*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2008.

Said, Edward, *Culture and Imperialism*, Vintage Books, New-York, 1993.

Said, Edward, *L'Orientalisme : L'Orient créé par l'Occident*, Paris, Éditions du Seuil, 2005.

Salmon, Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

Schmitt, Michael N. (dir), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

Scovazzi, Tullio, « Chapter 8: The definition of Intangible Cultural Heritage » dans Silvia Borelli et Federico Lenzerini, dir, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Lieden, Brill, 2012.

Silvestrini, Gabriella, « Vattel, Rousseau et la question de la 'justice' de la guerre » dans Vincent Chetail et Peter Haggemacher, dir, *Le Droit International de Vattel vu du XXIe Siècle*, Leiden, Brill Nijhoff, 2011.

Smouts, Marie-Claude, « L'organisation internationale : nouvel acteur sur la scène mondiale ? », dans B. Korany, dir, *Analyse des relations internationales*, Montréal, Gaëtan Morin, 1987.

Sur, Serge, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974.

Toman, Jiri, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé : Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Paris, Éditions UNESCO, 1994.

Toman, Jiří, *Les biens culturels en temps de guerre : quel progrès en faveur de leur protection ?*, Paris, Éditions UNESCO, 2015.

Toman, Jiri, *Les biens culturels en temps de guerre : Quel progrès en faveur de leur protection ? Commentaire article-par-article du Deuxième Protocole de 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, Paris, Éditions UNESCO, 2015.

Veyne, Paul, *Palmyre : L'irremplaçable trésor*, Paris, Éditions du Seuil, 2016.

Weber, Max, *Le savant et le politique*, Paris, La Découverte, 2003.

Zizek, Slavoj, *Après la tragédie, la farce ! ou comment l'histoire se répète*, Paris, Flammarion 2009.

Zizek, Slavoj, *Vous avez dit totalitarisme ? Cinq interventions sur les més(usages) d'une notion*, Paris, Éditions Amsterdam, 2005.

Articles scientifiques

Abi-Saab, Georges, « Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks » (1999) 31:4 J Intl L Politics 919.

Al-Maqdissi, Michel, « La destruction du patrimoine archéologique syrien » (2016) 144 Les nouvelles de l'archéologie 34 à la p 38.

Arizpe, Lourdes, « Comment parvenir à un consensus. De la Commission sur la culture et le développement à la Convention de 2003 » (2013)18 Gradhiva : R d'anthropologie et d'histoire des arts 146.

Bachand, Rémi, « La critique du droit international : réflexions autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19 : 2 RQDI 1.

Bachand Rémi, « L'indétermination et l'interprétation chez les positivistes analytiques : un échange avec Austin, Kelsen, Hart et... Dworkin » (2005) 37 : 1 Ottawa L R 35.

Bangerter, Olivier, « Les raisons pour les groupes armés de choisir de respecter le droit international humanitaire, ou pas » (2011) 93 : 2 RICR 51.

Berliner, David et Chiara Bortolotto, « Introduction. Le monde selon l'UNESCO » (2013)18 *Gradhiva : R d'anthropologie et d'histoire des arts* 4.

Berman, Nataniel, « Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War » (2004) 43:1 *Colum J Transnat'l L* 1.

Bortolotto, Chiara, « L'Unesco comme arène de traduction. La fabrique globale du patrimoine immatériel » (2013)18 *Gradhiva : R d'anthropologie et d'histoire des arts* 50.

Bourdieu, Pierre, « La force du droit » (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3.

Bourdieu, Pierre, « Le champ scientifique » (1976) 2 : 2-3 *Actes de la recherche en sciences sociales* 88.

Bourdin, Bernard, « Le droit de guerre juste : Histoire et retour d'un concept après la Première guerre mondiale » (2017) 105 : 4 *Recherche de Science religieuse* 541.

Brumann, Christoph, « Comment le patrimoine mondial de l'Unesco devient immatériel » (2013)18 *Gradhiva : R d'anthropologie et d'histoire des arts* 22.

Brunet, Pierre, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative » (2011) 2 *RGDIP*.

Bugnion, François, « La genèse de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé » (2004) 84 : 854 *RICR* 313.

Cunliffe, Emma et Luigi Curini, « ISIS and heritage destruction: a sentiment analysis » (2018) 92:364 *Antiquity* 1094.

Delplace, Christiane, « Palmyre » (2017) 1 *Perspective* 9.

Duhaime, Bernard et Camille Labadie, « Les voyages des manuscrits de la mer Morte : Réflexions sur la restitution des biens culturels et le droit international » (2016) 24 : 2 *Théologiques* 183.

Executive board of The American Anthropological Association, « Statement on human rights » (1947) 49:4 *American anthropologist*, New series.

Haas, Peter M., « Epistemic Communities and International Policy Coordination » (1992) 46:1 *Intl Organizations* 1.

Halley, Janet, « Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law » (2008) 30:1 Mich J Intl L 1.

Halley, Janet, « Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict » (2008) 9:1 Melbourne J Intl L 78.

Harmanşah, Ömür, « ISIS, Heritage, and the Spectacles of Destruction in the Global Media » (2015) 78:3 Near Eastern Archaeology 170.

Hart, H. L. A., « Positivism and the Separation of Law and Morals » (1958) 71:4 Harv L R 593.

Herskovitch, Corinne, « La restitution des biens culturels : Fondements juridiques, enjeux politiques et tendances actuelles » (2019) 39 : 1 Ethnologies 103.

Hill-Cawthorne, Lawrence, « Rights under International Humanitarian Law » (2017) 28:4 EJIL 1187.

Jochnick, Chris af et Roger Normand, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War » (1994) 35:1 Harv Intl LJ 49.

Jochnick, Chris af et Roger Normand, « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War » (1994) 35:2 Harv Intl LJ 387.

Kennedy, David, « The International Human Rights Movement: Part of the Problem?» (2002) 15 Harv Hum Rts J 101.

Kennedy, David, « Tom Franck and the Manhattan School » (2003) 35:2 NYU J Intl L 397.

Koskenniemi, Martti et Päivi Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties » (2002) 15 : 3 Leiden J Intl L 553.

Laclau, Ernesto, «Universalism, Particularism, and the Question of Identity » (1992) 61 October 83.

Lixinski, Lucas, « Cultural Heritage Law and Transitional Justice: Lessons from South Africa » (2015) 9 International Journal of Transitional Justice 278.

Lixinski, Lucas, « International Cultural Heritage Regimes, International Law, and the Politics of Expertise » (2013) 20 International Cultural Property Society 407.

Lorite Escorihuela, Alejandro, « Humanitarian Law and Human Rights Law: The Politics of Distinction » (2011) 19:2 Mich. St. Int'l L Rev 299.

Lostal, Marina et Guilherme Vasconcelos Vilaça, « The Bamiyazation of Cultural Heritage and the Silk Road Economic Belt: Challenges and Opportunities for China » (2015) 3:2 Chinese J Comp L 329.

Lostal, Marina et Guilherme Vasconcelos Vilaça, « The Bamiyazation of Cultural Heritage and the Silk Road Economic Belt: Challenges and Opportunities for China » (2015) 3:2 Chinese J Comp L 329.

Manga, Edda, «Le retour de la guerre juste. Francisco de Vitoria et les fondements juridiques de la domination globale » (2010) 175 : 1 L'Homme & la Société 13.

Maratiel Villa, Sergio, « L'École espagnole du nouveau droit des gens » (1992) 74 : 797 RICR 430.

Maurel, Chloé, « L'UNESCO entre européocentrisme et universalisme (1945-1974) » (2012) 1 : 9 Les cahiers Irice 61.

Meron, Theodor, « The humanization of Humanitarian Law » (2000) 94:2 Am J Intl L 239.

Merryman, John, «Two ways of thinking about cultural property » (1983) 80:4 The American J of IL 831.

Meyer, Morgan et Susan Molyneux-Hodgson, « Communautés épistémiques : une notion utile pour théoriser les collectifs en sciences ? » (2011) 1 : 18 *Terrains et travaux* 141.

Nicolas, Marie, «Le procès de Tomboctou : Un tournant historique ?» (2016) juin R des droits de l'Homme (<https://journals.openedition.org/revdh/2109>).

Prott, Lyndel V., « UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects » (1996) 1 Uniform L R.

Rabinbach Anson, « Raphael Lemkin et le Concept de Génocide » (2008) 2 : 189 R d'Histoire de la Shoah 511.

Robert, Amélie, « Au cœur de la guerre du Viêt Nam : herbicides, napalm et bulldozers contre les montagnes d'A Luói » (2016) 104 : 1 J of Alpine Research 1.

Rolland, Patrice, « Faut-il désirer la paix ? J.-J. Rousseau et la paix perpétuelle » (2001) 1:33 Droits 141.

Schmid, Evelyne, « War Crimes Related to Violations of Economic, Social and Cultural Rights » (2011) 71:3 Heidelberg J Intl L 523.

Schmitt, Michael N., « Precision attack and international humanitarian law » (2005) 87:859 RICR 445.

Schmitt, Michael N., « Bellum Americanum: The U.S. View of Twenty-First Century War and Its Possible Implications for the Law of Armed Conflict » (1998) 19 Mich J Intl L 1051.

Stoczkowski, Wiktor, « UNESCO's doctrine of human diversity: A secular soteriology? » (2009) 25 Anthropology Today 7.

Stoczkowski, Wiktor, « Racisme, antiracisme et cosmologie lévi-straussienne. Un essai d'anthropologie réflexive » (2007) 182 : 2 L'Homme 7.

Thake, Ann Marie, « The Intentional Destruction of Cultural Heritage as a Genocidal Act and a Crime Against Humanity » (2017) 10:5 ESIL Conference Paper Series 1.

Thurlow, Matthew D., « Protecting Cultural Property in Iraq : How American Military Policy Comports with International Law » (2005) 8 Yale Human Rts & Dev LJ 153.

Vallat Colette, « Villes neuves de l'Italie fasciste : usage et limites d'un outil de propagande » (2001) 4:2 Histoire urbaine 161.

Viveiro de Castro, Eduardo et Marc Kirsch, « Claude Lévi-Strauss vu par Eduardo Viveiros de Castro » (2008) 2 La Lettre du Collège de France 34.

Jurisprudence

Cour internationale de justice

Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), Jugement, [2005] CIJ Rec 168.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), Jugement, [1986] CIJ Rec 14.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), Jugement, [2007] CIJ Rec 43.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), Opinion dissidente du Juge Cançado Trindade, [2015] CIJ rec 202.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, [2004] CIJ Rec 136.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, Opinion individuelle du Juge Elaraby, [2004] CIJ rec 246.

Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), Opinion individuelle du Juge Cançado Trindade, [2013] CIJ rec 566.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, [1996] CIJ rec 226.

Cour pénale internationale

Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, Jugement portant condamnation (2016) (Cour pénale internationale, Chambre de Première Instance VIII).

Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, Observations présentées par l'UNESCO en qualité d'amicus curiae (2 décembre 2016).

Règlement de procédure et de preuve, ICC-PIDS-LT-02-002/13_Fra (2005) (Assemblée des États Parties) aux règles 94-95.

Règlement de procédure et de preuve, ICC-PIDS-LT-02-002/13_Fra (2005) (Assemblée des États Parties) aux règles 94-95.

Rapport de la Cour sur la stratégie concernant les victimes, ICC-ASP/8/45, Rapport de la Cour (10 novembre 2009) au par 6 (Assemblée des États Parties).

Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, Ordonnance de réparation (17 août 2017).

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3, Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" (3 march 2015) (International Criminal Court).

Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-224, Version publique expurgée du « Corrigendum avec une Annexe explicative des Observations finales du Représentant légal de mise en œuvre d'un droit à réparation de 139 victimes conformément à l'article 75 du Statut de Rome » (14 juillet 2017) (Cour pénale internationale).

The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-214-AnxI-Red3, « Brief by Ms. Karima Bennoune, UN Special Rapporteur in the field of cultural rights (27 avril 2017) (International Criminal Court).

Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Jugement (21 mars 2016) au par 123 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance III).

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Final report to the Prosecutor by the committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the federal Republic of Yugoslavia, Rapport du Bureau du Procureur (2003) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Bureau du Procureur).

Le Procureur c. Tihomir Blaskic, IT-95-14-T, Jugement (3 mars 2000) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance I).

Le Procureur c. Radislav Krstic, IT-98-33-T, Jugement (2 août 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance).

Le Procureur c. Pavle Strugar, IT-01-42-T, Jugement portant condamnation (31 janvier 2005) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance II).

Le Procureur c. Vidoje Blagojević Bragan Jokić, IT-02-60-T, Jugement portant condamnation (17 janvier 2005) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance I).

The Prosecutor v. Jadranko Prlic and al, IT-04-74-T, Judgment (volume 3 of 6) (29 May 2013) (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Trial Chamber III).

The Prosecutor v. Jadranko Prlic and al, IT-04-74-A, Judgment (volume I) (29 November 2017) (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber).

The Prosecutor v. Jadranko Prlic and al, IT-04-74-A, Judgment (volume III), Dissenting opinions of Judge Fausto Pocar (29 November 2017) (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber).

Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

Le Procureur C. Dusko Tadic, IT-94-1-A, Arrêt (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez, IT-95-14/2-T, Jugement (26 février 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance).

Autres juridictions internationales et nationales

Affaire relative à l'Usine de Chorzów (1927), Compétence, CPJI (sér A) n° 9.

Case of Moiwana Village v. Suriname, Series C No. 124, Judgment (15 June 2005) (I/A Court H.R.).

Règlement de procédure et de preuve, Mémoire explicatif par le Président du Tribunal (25 novembre 2010) au par 3 (Tribunal spécial pour le Liban, Antonio Cassese), en ligne : STL < www.stl-tsl.org >.

République Démocratique du Congo C. Burundi, Rwanda, Ouganda (2003), Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 227/99.

The Attorney General v. Adolf, son of Karl Adolf, Eichmann, Criminal Case No. 40/61 (11 December 1961) (District Court of Jerusalem).

The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Judgment (1 October 1946), (en ligne) : <https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgment.pdf>.

Trial of Gaultier Artur Greiser, Supreme National Tribunal of Poland, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol XIII.

Instruments juridiques internationaux

Accord de Londres concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, 8 août 1945, annexe : Statut du Tribunal militaire international à l'art 6(a).

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 27 juin 1981, 1520 RTNU 217, (entrée en vigueur : 21 octobre 1986).

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, RT Can 1947 n° 7.

Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 29 juillet 1899 (entrée en vigueur : 4 septembre 1900).

Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907.

Convention concernant la protection du Patrimoine mondial culturel et naturel, 16 novembre 1972, 1037 RTNU 151 (entrée en vigueur : 17 décembre 1975).

Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, 14 novembre 1970, 823 RTNU 231 (entrée en vigueur : 24 avril 1972).

Convention créant une Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, Paris, 16 novembre 1945.

Convention de Genève (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 RTNU 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 RTNU 85 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 287 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 14 mai 1954, 249 RTNU 215 (entrée en vigueur : 7 août 1956).

Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 14 mai 1954, 249 RTNU 215 (entrée en vigueur : 7 août 1956).

Convention de Vienne sur le droit des traités, 29 mai 1969, 155 RTNU 331 (entrée en vigueur: 27 janvier 1980).

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951).

Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 17 octobre 2003, 2368 RTNU 3 (entrée en vigueur : 20 avril 2006).

Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 20 octobre 2005, 2440 RTNU (entrée en vigueur : 18 mars 2007).

Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, 10 décembre 1976, 1158 RTNU 151 (entrée en vigueur : 5 octobre 1978).

Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, 11 décembre 1868, Annuaire de l'Institut de Droit international, Vol.I 1877 aux pp 306-307.

Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 26 mars 1999, 2253 RTNU 172 à l'art 22 (entrée en vigueur : 9 mars 2004).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 19 décembre 1966, 993 RTNU 3, (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978).

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, 1125 RTNU 609 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978).

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 14 mai 1954, 249 RTNU 215 (entrée en vigueur : 7 août 1956).

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juin 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002).

Traité concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques (Pacte Roerich), 15 avril 1935, CLXVII RTSN 290.

Documentation nationale

États-Unis d'Amérique, Department of Defense, *Law of War Manual*.

États-Unis d'Amérique, Présidence, Instructions pour les armées en campagne, Gen. Order No. 100 (1863).

Parlement du Royaume-Uni, « Libya: Examination of intervention and collapse and the UK's future policy options » (9 septembre 2016), en ligne : <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmfaaff/119/11905.htm#footnote-202>> au par 49.

République française, Assemblée nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, « Rapport sur le projet de loi de finances pour 2018 (n°235) : Annexe n°12 Culture Patrimoine » dans *Rapports législatifs*, n°273 annexe n°12 (12 octobre 2017).

Documents des Nations-Unies

Commission des droits de l'Homme Promotion de la jouissance effective des droits culturels pour tous et respect des différentes identités culturelles, Rés Commission des droits de l'Homme, Doc off Commission des droits de l'Homme NU, 50ème séance, Doc NU E/CN.4/2005 (2005).

Commission du droit international, *Rapport de la cinquante-sixième session*, Doc off AG NU, 2001, supp n°10, Doc NU A/56/10.

Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international : Cinquante-septième session, Doc off AG NU, 57^{ème} sess, Doc NU Supplément no 10 A/60/10 (2005).

Conseil de sécurité, Résolution 1973, Doc off CS NU, 6498ème séance, Doc NU S/RES/1973(2011).

Déclaration des Nations Unies sur le droit au développement, Rés AG 41/128, Doc off AG NU, 41ème sess, Doc NU A/RES/41/128 (1986).

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés AG 2007, Doc off AG NU, 107ème sess, Doc NU A/61/L.67 (2007).

Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, Rés AG 34, Doc off AG NU, 40^e sess, Doc NU 40/34 (1985).

Koskenniemi, Martti, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rap du groupe d'étude de la comm du drt intl, Doc off AG NU, 58^{ème} sess, Doc NU A/CN.4/L.682 (2006).

Observation générale no 21 Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Doc off AGNU, 43^{ème} sess, Doc NU E/C.12/GC/21, (21 décembre 2009).

Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, Rés AG 141, Doc off AG NU, 60^e sess, Doc NU 60/147 (2005).

Projet de convention sur le crime de génocide, doc off ECOSOC, Doc NU E/447, (26 juin 1947).

Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, Doc off HRC NU, 20e sess, supp n° 13, Doc NU A/HRC/17/38 (2011).

Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels, Doc off AGNU, 31e sess, Doc NU A/HRC/31/59, (3 février 2016).

Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels, Doc off AGNU, 71e sess, Doc NU A/71/317, (9 août 2016).

Statut actualisé du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Nation Unies, 25 mai 1993, amendé le 7 juillet 2009.

UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), *General recommendation No. 30 on women in conflict prevention, conflict and post-conflict situations*, 1 November 2013.

Documents de l'UNESCO

Commission mondiale de la culture et du développement, *Notre diversité créatrice*, Paris, Éditions UNESCO, 1995.

Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, Paris, 2 novembre 2001.

Groupe d'experts néerlandais réuni par le bureau de la Commission nationale des Pays-Bas pour l'UNESCO, *Projet de Glossaire*, Doc off UNESCO, Réunion internationale

d'experts sur le patrimoine culturel immatériel, Doc UNESCO TER/CH/2002/WD/4 (2002).

Recommandation de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'exportation, l'importation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, Rés CG, Doc off UNESCO, 13^e session, 1964.

Report on the international protection of cultural property by penal measures in the event of armed conflict, Doc off General conference, 1950, Doc UNESCO 5C/PRG/6 Annex I.

UNESCO, « Déclaration sur la race de juillet 1950 » dans Jean Hiernaux et Michael Banton, *Quatre déclarations sur la question raciale*, Paris, Éditions de l'UNESCO, 1969, 30.

UNESCO, « Liste du patrimoine mondial en péril », en ligne <<https://whc.unesco.org/fr/peril/>>.

UNESCO, *La protection des biens culturels : Manuel militaire*, Paris, Éditions UNESCO, 2017.

Sites internet

CICR, « Guerre et Droit », en ligne <<https://www.icrc.org/fr/guerre-et-droit>>.

CICR, « Lois de la guerre », en ligne <<https://www.icrc.org/fr/lois-de-la-guerre>>.

CICR, *Traités, États parties et commentaires*, (en ligne) : <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>>.

CICR, *Traités, États parties et commentaires*, (en ligne) : <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>>.

Emmanuel Lévinas, « Totalité » dans *Encyclopædia Universalis* (<https://www.universalis.fr/encyclopedie/totalite/>).

Jean Trouillard, « Philosophie de l'Un » dans *Encyclopædia Universalis* (<https://www.universalis.fr/encyclopedie/philosophies-de-l-un/>).

Nations-Unies, *Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, (en ligne) : <<https://www.ohchr.org/FR/Issues/droitsculturels/Pages/SRCulturalRightsIndex.asp>>

UNESCO, « La Directrice générale de l'UNESCO et le Président Vladimir Poutine discutent de la protection du patrimoine culturel de Palmyre » (27 mars 2016), *Actualités*, en ligne : <<https://whc.unesco.org/fr/actualites/1472/>>.

UNESCO, *Conflit armé et patrimoine : Convention et protocoles*, (en ligne) : <<http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/convention-and-protocols/states-parties/>>.

UNESCO, *Conflit armé et patrimoine : Protection renforcée*, (en ligne) : <<http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/protection/enhanced-protection/>>.

UNESCO, *Trafic illicite des biens culturels : États parties*, (en ligne) : <<http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/states-parties/>>.

UNHCR, *Raphael Lemkin*, (en ligne) : <<https://www.unhcr.org/ceu/9486-lemkin-raphael.html>>.

Autres documents

Amnesty International, *Intervention de l'OTAN en Yougoslavie : « Dommages collatéraux » ou homicides illégaux ? Violations du droit de la guerre par l'OTAN lors de l'opération « Force alliée »* (2000) EUR 70/018/00.

CICR, Rapport sur le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporain, XXVIII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge [en ligne] <https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/ihlcontemp_armedconflicts_final_fra.pdf>.

Manuel des lois de la guerre sur terre, Oxford, 9 septembre 1880.

OTAN, « The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Unnecessary Distraction or Mission- Relevant Priority? » (2018) 2:4 The NATO Open Perspectives Exchange Network.

Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Bruxelles, 27 août 1874.

Redress, « Making Sense of Reparations at the International Criminal Court » (2018) (en ligne) <<https://redress.org/publication/making-sense-of-reparations-at-the-international-criminal-court/>>.

Journaux et périodiques

La Presse, « Un concert russe dans la cité antique de Palmyre » (5 mai 2016), *La Presse*, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/international/dossiers/crise-dans-le-monde-arabe/guerre-civile-en-syrie/201605/05/01-4978444-un-concert-russe-dans-la-cite-antique-de-palmyre.php>>.

Luc Lenoir et Wladimir Garcin-Berson, « Les vrais chiffres du budget consacré à notre patrimoine par l'État » (20 avril 2019), *Le Figaro*, en ligne : <<http://www.lefigaro.fr/economie/le-scan-eco/decryptage/les-vrais-chiffres-du-budget-consacre-a-notre-patrimoine-par-l-etat-20190420>>.

Robert Fisk, « Isis profits from destruction of antiquities by selling relics to dealers – and then blowing up the buildings they come from to conceal the evidence of looting » (3 septembre 2015), *The Independent*, en ligne : <<https://www.independent.co.uk/voices/isis-profits-from-destruction-of-antiquities-by-selling-relics-to-dealers-and-then-blowing-up-the-10483421.html>>.

Wallerstein, Immanuel, « C'était quoi le tiers-monde ? », *Le Monde diplomatique*, n°557 (août 2000) à la p 18.