



PATRIMOINE CULTUREL IMMATÉRIEL & DROIT COMPARÉ  
NEMATERIĀLAIS KULTŪRAS MANTOJUMS & SALĪDZINOŠĀS TIESĪBAS  
INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE & COMPARATIVE LAW

# LE PATRIMOINE CULTUREL IMMATÉRIEL DANS LES DROITS NATIONAUX

---

## DIALOGUES AVEC LA CONVENTION DE L'UNESCO DE 2003

Éléments de synthèse  
du rapport de recherche « OSMOSE »

Paris, 6 juin 2018

Événement parallèle à la septième session de l'Assemblée générale  
des États parties à la Convention de 2003 pour la sauvegarde  
du patrimoine culturel immatériel





.....  
*Les auteurs sont responsables du choix et de la présentation des idées figurant dans cette note conceptuelle, ainsi que des opinions qui y sont exprimées, ces opinions ne sont pas nécessairement celles de l'Unesco et elles n'engagent pas cette organisation.*  
.....

*Auteurs du document de synthèse : Līga Ābele, Marie Cornu, Jérôme Fromageau, Clea Hance, Lily Martinet, Vincent Négri, Anita Vaivade, Noé Wagener / Mise en forme : Marie Trape*  
.....

## 1.- PRÉSENTATION

.....

Piloté par Anita Vaivade (Académie de la culture de Lettonie) et Marie Cornu (Institut des Sciences sociales du Politique, Centre national de la Recherche scientifique, ISP-CNRS), le projet franco-letton Osmose a pour objet d'étudier dans une perspective de droit comparé les différentes expériences nationales relatives au patrimoine culturel immatériel. Il s'agit de comprendre, d'une part, la façon dont le droit saisit la notion de patrimoine culturel immatériel et, d'autre part, l'influence exercée par la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (ci-après la Convention) sur le droit au niveau national et local.

Le projet « Osmose » a été mené par une équipe franco-lettonne de chercheurs - Marie Cornu, Jérôme Fromageau, Cléa Hance, Lily Martinet, Vincent Négri, Noé Wagener, Catherine Wallaert, Līga Ābele et Anita Vaivade. Les différentes étapes du projet ont bénéficié des contributions de Christian Hottin, Emilie Terrier, Marie Trape, Dace Bula, Sanita Pretkalniņa et Daina Teters. Le projet a été accompagné par un Conseil scientifique (voir Annexe 1), et il a été réalisé grâce à la collaboration des correspondants (voir Annexe 2) qui ont contribué à la collecte d'informations.

Ce projet a bénéficié de financements de la part du programme intergouvernemental de coopération franco-letton « Osmose », du programme de recherche national letton « Habitus » et du ministère français de la Culture (direction générale des patrimoines). Il est aussi soutenu par la Société internationale pour la recherche sur le droit du patrimoine culturel et le droit de l'art (ISCHAL) et par la Section du patrimoine culturel immatériel du Secrétariat de l'UNESCO.

### 1.1.- DÉROULEMENT DU PROJET

Le premier biennium du projet (2014-2015) a été consacré à l'établissement d'un cadre de réflexion commun et à l'identification d'orientations de recherche. Le second biennium (2016-2017) a servi à arrêter la méthode de comparaison et à déterminer les grands axes de cette recherche. Un questionnaire qualitatif a été élaboré, puis diffusé à la fin de l'année 2016 auprès d'un réseau de correspondants - principalement des chercheurs en droit du patrimoine. Les réponses reçues étaient souvent commentées et complétées par des professionnels des institutions gouvernementales du patrimoine culturel immatériel, des anthropologues et ethnologues des États concernés.

Vingt-quatre États parties, représentant des régions du monde et des systèmes de droit différents, ont été étudiés : Algérie, Allemagne, Belgique, Brésil, Chine, Congo, Égypte, Espagne, Estonie, France, Iran, Islande, Italie, Kenya, Lettonie, Madagascar, Malawi, Mali, Maroc, Mexique, Pologne, Suisse, Zambie et Zimbabwe. En outre, le choix a été fait d'intégrer à la recherche deux États non parties à la Convention (Canada et États-Unis), afin d'enrichir la comparaison.

La réalisation de l'étude a été entreprise juste avant la célébration du dixième anniversaire d'entrée en vigueur de la Convention. Cette étude permet donc d'observer les premières années d'influence de cet instrument sur le droit de plusieurs États parties et États non parties. Elle propose un panorama d'exemples tirés d'expériences

nationales issus de vingt-six États. Les auteurs de l'étude espèrent que ce regard comparatif conforte l'intérêt porté aux développements du droit du patrimoine culturel immatériel dans les différents États.

Plusieurs ateliers de recherche ont permis d'approfondir des thématiques spécifiques, notamment : sur le développement du concept de patrimoine culturel immatériel (Paris, 4 novembre 2014), sur les droits subjectifs liés à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (Riga, 29 juin 2015), sur le patrimoine culturel immatériel dans la nature : espaces, ressources et pratiques (Riga, 8 septembre 2017) et sur les labels et autres procédés normatifs du patrimoine culturel immatériel (Paris, 10 novembre 2017).

Sur la base de ces documents et échanges, un rapport final de recherche a été réalisé. Il sera diffusé d'ici à la fin de l'année 2018. Le présent document en restitue les principales observations, et les conclusions feront partie du rapport final du projet.

## 1.2.- OBJET ET AXES DE RECHERCHE

Pour comprendre les rapports entre les droits nationaux et la Convention de 2003 il faut replacer la catégorie de « patrimoine culturel immatériel » dans une trajectoire historique de longue durée, pour en identifier les différentes strates. Les lois relatives au patrimoine culturel immatériel sont éparpillées selon leur thématique, leur contenu et leur niveau de normativité. Ces lois ne sont pas toujours sensées instaurer des régimes légaux ; au contraire elles forment bien souvent du droit mou. Dans plusieurs États des lois sur le patrimoine culturel immatériel sont en train d'être rédigées, ou des lois patrimoniales sont révisées pour intégrer la notion de patrimoine culturel immatériel. Parfois, les normes portant sur des questions relatives au patrimoine culturel immatériel ne sont pas identifiées en tant que telles, car elles n'utilisent pas l'expression « patrimoine culturel immatériel ». Par conséquent, un des intérêts du projet est d'étudier ces normes moins évidentes et invisibles qui relèvent pourtant du patrimoine culturel immatériel, de saisir et de donner à voir leur diversité à travers des exemples d'expériences nationales et de reconnaissance de nouveaux droits.

L'hypothèse de travail du projet Osmose est que le patrimoine culturel immatériel constitue un véritable poste d'observation de deux dynamiques du droit du patrimoine culturel :

- une dynamique de globalisation du droit, d'une part, dans la mesure où l'on constate que les droits nationaux – qui, pour certains, développent depuis des décennies des outils de protection du folklore, de la langue ou encore des savoir-faire traditionnels – se réorganisent à l'aune de cette catégorie nouvelle de patrimoine culturel immatériel ;
- une dynamique de complexification du droit, d'autre part, car on voit émerger, en matière de patrimoine culturel immatériel, des entrecroisements de droits aux facettes diverses (droits de l'État, des collectivités locales, des individus et des groupes d'individus ; droits individuels et droits collectifs ; droit de protéger le patrimoine et droit à la protection de son patrimoine ; etc.), qui, à l'évidence, obligent à reconsidérer les équilibres sur lesquels repose classiquement la protection juridique du patrimoine culturel.

Dans ce cadre, l'équipe des chercheurs du projet Osmose a identifié plusieurs grands axes permettant de structurer l'étude comparative sur le patrimoine culturel immatériel :

- Le premier axe s'intéresse aux façons dont chacun des États a investi la catégorie du « patrimoine culturel immatériel », et fait dialoguer la Convention de 2003 avec leurs ordres juridiques propres et leurs expériences passées.
- Le deuxième axe se concentre sur des interactions identifiées comme particulièrement complexes entre le droit du patrimoine culturel immatériel et trois branches du droit : droits de l'homme, droit de l'environnement et propriété intellectuelle.
- Le troisième axe s'attache à analyser le travail de mise en forme juridique, au niveau national, des mesures de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.
- Le quatrième axe offre une réflexion sur les modes d'action en justice impliquant le patrimoine culturel immatériel, à partir de l'étude comparée de certains contentieux significatifs.

## 2.- LE POSITIONNEMENT DES ÉTATS PAR RAPPORT À LA CATÉGORIE DE « PATRIMOINE CULTUREL IMMATÉRIEL »

.....

Suite à l'adoption de la Convention de 2003 et vu le nombre important de ses États parties, la catégorie du « patrimoine culturel immatériel » est actuellement intégrée dans le vocabulaire politique et juridique de nombreux États, et traduite en de nombreuses langues. Cela invite à penser l'universalisation du droit, surtout sur le plan conceptuel, mais cela mène également à observer des variations et des différences d'approche dans la réception, l'adaptation et le développement de cette nouvelle catégorie par les droits nationaux. Les liens entre la Convention et les droits nationaux ne s'établissent pour autant pas en un seul sens, mais montrent de véritables dialogues, car les influences ont été réciproques, la Convention s'inspirant aussi des expériences obtenues de prime abord au niveau national.

Le premier axe de la recherche « Osmose » consiste à questionner les divers contextes historiques dans lesquels la nouvelle catégorie est intégrée, en rassemblant des termes déjà existants et employés précédemment ou en parallèle (2.1.). La Convention porte également des notions étroitement liées, d'où l'intérêt particulier porté à la notion de « communauté » et sa traduction dans les législations nationales (2.2.) pour définir les sujets des droits subjectifs développés. La recherche observe également les variations nationales de la définition du « patrimoine culturel immatériel », et l'établissement des inventaires nationaux constitue une source riche pour de telles observations (2.3.). Le concept du patrimoine culturel immatériel prend une ampleur différente selon les choix spécifiques des États, et le focus sur la langue (2.4.). Il a été abordé dans cette recherche comme un aspect particulier menant vers la question des liens étroits entre le patrimoine culturel immatériel et d'autres champs du droit.

### 2.1.- L'ARTICULATION DU NOUVEAU DROIT AVEC UN PASSÉ JURIDIQUE

L'élaboration de la Convention s'est inspirée des instruments normatifs existants en droit international, comme la Convention du Patrimoine mondial de 1972, mais aussi des droits nationaux, la législation du Japon étant parmi les exemples les plus cités. Dans le cas de nombreux États, le droit national a précédé le droit international dans le domaine du patrimoine culturel immatériel. Diverses trajectoires conceptuelles et terminologiques au niveau national, peuvent être reliées au concept de patrimoine culturel immatériel, même si d'autres termes sont utilisés.

Les premières législations adoptées par les États-nations sur le patrimoine culturel en général démontrent les raisonnements initiaux du législateur national autour des catégorisations du patrimoine. Certains textes législatifs adoptés au début du XX<sup>e</sup> siècle faisaient référence à des catégories d'éléments du patrimoine immatériel pour justifier la nécessité de protéger certains types de patrimoine culturel matériel. Par exemple, des « vieilles traditions » ou encore des « souvenirs folkloriques » en France, ou bien des « légendes du peuple » en Lettonie. Certains aspects de conceptualisation peuvent être observés dans les discussions avant même que ces premières lois patrimoniales aient été adoptées. Par exemple, il y a eu des tentatives de catégoriser « les monuments de langage et des traditions (folklores) du peuple » en tant que sous-catégorie des biens culturels mobiliers (Lettonie), mais la proposition n'a finalement pas été maintenue dans la version adoptée de la loi.

Plus récemment, une année avant l'adoption de la Convention, la notion de « chef-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel » était utilisée non seulement par l'UNESCO au niveau international, mais aussi par la Communauté française en Belgique, où elle a trouvé son écho également dans le droit national. Cette notion a dû faire face bientôt à une forte critique internationale qui préférait remplacer le principe de distinction, par une approche plus inclusive, en invitant à une plus vaste reconnaissance du patrimoine culturel immatériel. Le changement global de terminologie, qu'a apporté l'adoption de la Convention de 2003, ne signifie cependant pas une élimination définitive des héritages conceptuels au niveau national. Par exemple, les termes « folklore » et « patrimoine culturel immatériel » peuvent figurer dans le même texte législatif (Lettonie, le premier étant utilisé pour nommer une institution, une archive qui continue ses fonctions depuis les années 1920). Les histoires institutionnelles démontrent l'utilisation du terme « folklore » tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, dès son début (Belgique), et également dans sa deuxième moitié (États-Unis, Islande), et parfois une telle utilisation persiste. Certains États utilisaient déjà avant l'adoption de la Convention le critère de l'« immatérialité » pour parler du patrimoine culturel (Algérie, Brésil).

Après l'entrée en vigueur de la Convention, on peut observer ces dernières années une dynamique d'adoption de nouveaux instruments du droit, y compris les lois nationales où le terme « patrimoine culturel immatériel » est central (par exemple, parmi les États étudiés : la Chine, l'Espagne, la Lettonie et Madagascar). D'autres encore intègrent l'intérêt pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel dans leurs lois portant sur le patrimoine culturel en général (l'Estonie est en train d'adopter de tels amendements), et parfois en faisant une référence directe à la Convention de 2003 (France).

Différentes législations nationales ont traité des questions liées à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel bien avant l'adoption de la Convention, pourtant ce n'est qu'avec la Convention que le principe de participation a été véritablement mis en avant comme étant fondamental pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Les États commencent graduellement à définir des droits à participer ainsi que des droits à ne pas participer (Lettonie) à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Dans ce contexte, la notion de communauté est centrale, désignant des sujets de droit (en proposant des variations nationales de la définition du terme « communauté », ce qui est le cas de la Lettonie) qui sont au cœur de l'identification du patrimoine culturel immatériel et de sa sauvegarde par la suite.

## 2.2.- LES NOTIONS PORTÉES PAR LA CONVENTION : FOCUS SUR LA COMMUNAUTÉ

La Convention UNESCO de 2003 projette dans un espace jusqu'alors clos et réservé aux organes de l'État – le lieu où s'exerce le pouvoir de désignation du patrimoine culturel – d'autres acteurs qu'agrège la notion de communauté. L'article 2 de la Convention de 2003 en posant la définition du patrimoine culturel immatériel introduit, dans le jeu des acteurs institutionnalisés, les communautés comme garantes de la reconnaissance de ce patrimoine. Dans ce jeu, l'action des communautés est le levain d'un processus de protection du patrimoine culturel immatériel, et, dans ce sillage, de la valorisation d'une expérience culturelle. La communauté est le lieu d'une expérience culturelle.

Le recours, en droit international, à la notion de communauté comme instance de désignation d'un groupe social n'est pas un apport de la Convention de 2003. Les conflits politiques et territoriaux aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles ont déchiré des peuples et produit des minorités, singularisées sous le vocable de *communautés* ; l'usage du vocable est alors le ressort d'une mise à distance de l'État-nation, d'un positionnement dans les marches – les confins – de l'État. La singularité de la communauté s'exprime par des attributs culturels, reconnus pour être aussitôt circonscrits – communautarisés – dans le tiers-espace d'une culture ou d'une religion dominante, d'où découle la qualification de minorité que recouvre alors la notion de communauté (voir notamment l'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale du 31 juillet 1930 sur la question des communautés gréco-bulgares).

La Convention de 2003 mobilise la notion de communauté dans un autre registre. C'est une dynamique intégrative des communautés dans les politiques et les processus de protection du patrimoine qu'insufflent alors le droit international. La communauté, insérée dans le jeu des acteurs, est un des symptômes de la réécriture du contrat social, où est rehaussé le droit des individus de prendre part au fonctionnement de l'État ; mouvement qui se déploie depuis les années 1990.

Dans l'écriture des législations nationales dédiées à l'identification, la protection ou la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, et en contrepoint à la reconnaissance de l'action et du rôle primordial – fonction instauratrice – des communautés, ce n'est pas tant une inversion des processus de reconnaissance du patrimoine culturel – la communauté n'est pas substituée à l'État – qu'une répartition, voire une dispersion, des prérogatives de reconnaissance et de désignation du patrimoine culturel immatériel qu'opèrent ces législations nationales. C'est davantage sur le terrain des représentations collectives où l'État projette son identité que dans la structure institutionnelle de l'État que se dessinent les contours de l'espace alloué aux communautés. On observe ainsi que l'idée d'« un seul peuple » et d'« une seule Nation » va influencer sur la nature et l'étendue des prérogatives des communautés, voire sur leur désignation pour les apparenter à des structures sociales préexistantes.

La notion de communauté est le support de fonctions de partage, de participation et d'accès au patrimoine, qui renouvellent les énoncés des législations nationales, adaptées, élaborées ou réélabores pour intégrer la dimension immatérielle du patrimoine. La notion de communauté dans la définition et la mise en jeu des politiques nationales du patrimoine produit également une ambivalence, par la subjectivation des groupes ou des populations – en en faisant des communautés – et par l'objectivation des pratiques et des expressions de ces communautés – en en faisant un patrimoine. La communauté, ordonnée sur le patrimoine culturel immatériel, est

une fiction instituante : sur un versant, le patrimoine immatériel est une ressource que mobilise l'État pour administrer des populations ou des groupes sociaux ; dans un revers, le patrimoine est un levier permettant à une communauté de s'affirmer face à l'État.

### 2.3.- L'INVENTAIRE COMME ÉLÉMENT DE DÉFINITION NATIONALE DU PATRIMOINE CULTUREL IMMATÉRIEL

Si la Convention et son application ont souvent fortement influencé la conception des inventaires, certains États ont tout de même pris des libertés avec les critères et les catégories mis en avant par l'UNESCO. Ces États ont pu par exemple instituer des nouvelles catégories de patrimoine culturel immatériel. Le Kenya a ainsi tissé un lien avec le patrimoine matériel en utilisant la catégorie de paysages culturels. L'Allemagne a, quant à elle, créé la catégorie d'éléments d'auto-organisation de la société civile. Ces nouvelles catégories sont fréquemment à cheval sur les frontières du patrimoine culturel immatériel. De la même façon, quelques États sont sortis du sillage de la Convention dans le choix des critères d'inclusion du patrimoine culturel immatériel. Le Malawi exige par exemple que l'élément soit anonyme. Le Brésil considère pour sa part qu'un élément doit présenter un intérêt pour la mémoire nationale, l'identité et la constitution de sa société. Dans le cadre du projet Osmose, les motifs de refus d'inclusion ont également été étudiés pour comprendre les limites posées à la notion de patrimoine culturel immatériel. Le bien-être animal et la nécessité d'encourager le dialogue entre les communautés ont par exemple justifié, en Italie, le refus d'inscrire le Palio de Sienne et la Giostra del Saracino.

### 2.4.- DÉFINIR LE PÉRIMÈTRE DU PATRIMOINE CULTUREL IMMATÉRIEL : FOCUS SUR LA LANGUE

Envisagée du point de vue des législations nationales, la langue est un bon exemple pour comprendre comment le périmètre de la définition du PCI varie d'un État à un autre. Dans la mise en œuvre de la Convention, certains États reprennent purement et simplement la logique initiée par la Convention de 2003, d'autres signalent la langue comme élément du PCI à part entière. Par exemple, une des sous-catégories du « patrimoine culturel immatériel » dans l'inventaire de l'Estonie est « langue et ces genres poétiques » et six éléments de différents dialectes en Estonie y figurent.

Par ailleurs, la façon dont les États abordent et encadrent la question linguistique en lien ou non avec la notion de patrimoine est très éclairante sur le rapport du droit du PCI et de la langue. Les questionnaires recueillis dans le cadre du projet Osmose montrent la richesse des approches juridiques de la langue. On peut isoler deux grandes séries de dispositifs. (1) Certains utilisent la catégorie du patrimoine pour désigner la langue et lui affecter un certain régime (patrimoine commun ou patrimoine national). Le plus souvent, et d'une façon quelque peu déroutante, cette approche patrimoniale n'est pas pensée en termes de PCI, du moins explicitement. (2) Dans un grand nombre de cas, les langues sont davantage traitées au prisme des droits fondamentaux (usage de la langue dans la vie privée et publique, accès au droit, droit à la traduction, etc.) et, à nouveau, non à celui du PCI. Ici l'exemple de la langue kachoube en Pologne pourrait être mentionnée, ayant le statut d'une langue régionale, et les droits à l'éducation en cette langue sont établis.

Lorsque l'aspiration à une protection de la langue vient des communautés linguistiques, on pourrait se dire qu'assez naturellement, la Convention de 2003 pourrait offrir un cadre pertinent. Mais de toute évidence, le droit du PCI ne constitue pas le principal vecteur de protection de la langue y compris lorsqu'elle est énoncée dans sa valeur patrimoniale. Quels obstacles font que la langue n'est, le plus souvent, pas traitée comme un PCI ? Sans doute, le besoin de formalisation de droits linguistiques au bénéfice des individus et des groupes, fait que d'autres ressorts sont mobilisés, en particulier du côté des droits de l'homme. D'une certaine façon, ce phénomène met l'accent sur les contradictions et faiblesses de la Convention de 2003. Mais l'on pourrait tout aussi bien soutenir que rien n'empêche les États d'investir juridiquement au titre du PCI des notions laissées vacantes dans le texte de 2003. En l'occurrence, l'outil PCI au sens de la Convention, s'il ne répond pas aux attentes juridiques en matière de droits linguistiques, peut aussi être mobilisé en appui, dans la revendication d'un droit à la langue. C'est la question de savoir quelles pourraient être les convergences entre la Convention de 2003 et la question des droits linguistiques qui mérite d'être investie.

### 3.- LES INTERACTIONS ENTRE LE PATRIMOINE CULTUREL IMMATÉRIEL ET LES CHAMPS DU DROIT

.....

Le PCI est une catégorie de patrimoine très transversale dont les éléments existent dans différents moments sociaux. De ce fait, les enjeux de sa sauvegarde se manifestent dans des domaines juridiques qui ne sont pas normalement associés avec la préservation du patrimoine. Les réponses au questionnaire ont mis en avant trois branches du droit particulièrement sensibles dans le cadre de la sauvegarde du PCI : le droit de l'environnement (3.1.), les droits de l'homme (3.2.) et la propriété intellectuelle (3.3.).

#### 3.1.- INTERACTION AVEC LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Le patrimoine culturel immatériel est créé par les communautés en fonction de leur environnement et de leur interaction avec la nature. Au sens de l'article 2 de la Convention, il se transmet de génération en génération, recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur histoire de leur milieu et de leur lien avec la nature. Les pratiques agricoles, pastorales, les modalités d'exploitation forestière, de pêche, de chasse et de cueillette sont étroitement liées aux spécificités des espaces naturels sur lesquels elles s'exercent comme, par exemple, en zones humides et zones d'irrigation (étangs salés, mares, tourbières, plaines alluviales, etc.). Dans ce cadre existe une profonde interdépendance entre le patrimoine culturel immatériel et le patrimoine culturel et naturel. Il s'agit de techniques qui ont notamment pour fonction de réguler l'accès aux ressources naturelles dans l'intérêt des communautés et cela de manière pérenne. Par exemple en Lettonie dans le cadre réglementaire de la protection des zones naturelles particulièrement sensibles, les interdictions générales sur la cueillette des ressources forestières et de marécages sont instaurées, à l'exception de la tradition de cueillette des aires en tant que tradition locale transmise de génération à génération. Les permis écrits sont délivrés seulement pour les riverains avec des restrictions spécifiques (les dates d'accès, la fréquence, etc.) afin de diminuer l'impact négatif potentiel sur le milieu naturel. Sauvegarder ces éléments du patrimoine culturel immatériel implique, non seulement la reconnaissance du droit des communautés à accéder à ces écosystèmes mais aussi à en exploiter les ressources tout en préservant leur mode de vie traditionnel. Ces droits doivent néanmoins être exercés d'une façon écologiquement viable pour modérer l'impact que ces pratiques peuvent avoir sur l'environnement dans une perspective de développement durable.

En effet, bon nombre de connaissances et de pratiques concernant la nature et l'univers, au sens de la Convention, sont de véritables systèmes de gestion des ressources de savoirs traditionnels écologiques. Dans ce cas, la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel contribue directement à la préservation de l'environnement et à la conservation de la biodiversité. Les forêts sacrées au Kenya et au Congo offrent à cet égard un exemple remarquable de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel contribuant à la protection du patrimoine naturel. Cependant, cette relation entre la nature et le patrimoine culturel immatériel est ambivalente : elle peut nécessiter que des dispositions soient prises pour contenir les effets négatifs de la pratique de tel ou tel élément du patrimoine culturel immatériel sur l'environnement quand elle n'est pas, à l'inverse, mutuellement bénéfique. Dans ces deux hypothèses, les normes coutumières, les usages, transmis de génération en génération, jouent un rôle crucial. Ils permettent de maintenir un équilibre entre la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et la nécessité de préserver l'environnement. De plus en plus fréquentes sont les méthodes de protection du droit de l'environnement qui prennent en compte les questions liées au respect des connaissances et des pratiques traditionnelles des communautés en matière de gestion des ressources naturelles dans la mesure où celles-ci ont largement démontré, de par leur ancienneté, leur capacité à préserver certaines formes de biodiversité.

#### 3.2.- INTERACTION AVEC LES DROITS DE L'HOMME

Nous constatons dans cette partie que s'il existe une intimité originelle explicite entre les droits de l'homme et le système de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, cette intimité n'apparaît pas lorsque l'on analyse la mise en œuvre de l'un ou l'autre de ces deux fondements. En effet, contrairement à la mention directe des droits de l'homme dans le préambule de la Convention, le constat flagrant à la lecture des questionnaires est l'absence de toute mention de politique de sauvegarde, norme juridique ou affaire judiciaire liant les deux domaines. Ainsi,

l'étude de cette interaction suppose un travail prospectif par le juriste. En l'espèce nous nous référerons aux cas d'application de droits culturels à des pratiques assimilables à un patrimoine culturel immatériel, ce que nous qualifierons d'interactions implicites.

Nous distinguons deux types d'interactions implicites : les droits de l'homme comme soutien à une pratique traditionnelle d'une part, et les droits de l'homme comme limite d'autre part. Au titre de l'intervention des droits de l'homme comme soutien, nous distinguons la dynamique des droits consacrés de ceux revendiqués. Ces deux dynamiques révèlent des phénomènes différents. Les droits consacrés sont essentiellement les droits constitutionnels reconnus par l'au bénéfice d'une communauté culturelle sur son territoire sans viser un patrimoine en particulier. Ils résultent et sont contingents de l'histoire de l'État et de ce que le gouvernement est disposé à concéder, souvent au prix d'une longue lutte politique, à ces communautés qui préexistent à l'État. Nous avons l'exemple des peuples autochtones des États-Unis, Canada, Brésil ou encore du Mexique ; mais aussi de communautés religieuses d'Iran et une particularité de l'État Letton qui protège sa communauté culturelle nationale. Quant aux droits revendiqués, ils concernent essentiellement les cas où des détenteurs vont agir en justice pour la protection d'une pratique culturelle spécifique sur le fondement des droits de l'homme. Dans ce cas, ce n'est pas le caractère traditionnel qui est essentiel à la sauvegarde mais la capacité de la tradition à être formulée en termes de liberté fondamentale. Les affaires mentionnées dans les réponses se concentrent autour de trois droits fondamentaux : la liberté d'expression, la liberté de religion, le principe de non-discrimination.

Dans le cas où les droits de l'homme interviennent en tant que limite à une pratique traditionnelle, nous retrouvons les limites habituelles de mise en équilibre des libertés fondamentales. Ainsi, un groupe du Ku Klux Klan aux États-Unis ne peut faire valoir une revendication de protection de sa tradition sur le fondement de la liberté d'expression qui est par ailleurs attentatoire aux droits fondamentaux d'autrui. Ou encore le cas de l'État italien qui s'est abstenu d'inscrire une tradition à la liste des candidatures dans le cadre de la Convention car elle risquait de manquer de respect à la religion musulmane.

Ainsi, si la Convention présente une image volontariste de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel par l'État, l'analyse d'une interaction de ce patrimoine avec les droits de l'homme illustre un versant plus contentieux de cette relation : une autre raison expliquant pourquoi l'interaction reste implicite dans la mise en œuvre des mécanismes juridiques ?

### 3.3.- INTERACTION AVEC LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La question de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et celle de sa protection par la propriété intellectuelle sont depuis leur origine entrelacées. Plus de la moitié des réponses données au questionnaire de droit comparé mentionnent la propriété intellectuelle. L'examen des données recueillies, complété par une étude des législations en vigueur dans les États participant au projet de recherche, dessine quatre pistes principales dans lesquelles les États se sont engouffrés pour protéger par la propriété intellectuelle le patrimoine culturel immatériel.

La première piste empruntée a consisté pour les États à introduire, dans les législations sur le droit d'auteur, des dispositions spécifiques protégeant un sous-domaine du patrimoine culturel immatériel, généralement nommé « folklore » ou « expressions du folklore ». Ils ont été influencés dans cette démarche par les instruments adoptés par l'UNESCO et l'OMPI, notamment la Loi-type de Tunis (1976) et les Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageable (1982). Les États ayant suivi ce cheminement sont principalement des États arabes ou d'Afrique subsaharienne, comme l'Égypte, le Maroc, le Mali ou encore le Congo. Dans plusieurs lois sur le droit d'auteur l'influence des travaux de l'OMPI et de l'UNESCO transparait, mais le législateur s'est grandement émancipé de ces modèles. Le Zimbabwe a par exemple créé un système sophistiqué de réservations de droits dans certaines œuvres du folklore, « *works of folklore* ».

La deuxième piste, moins usitée que la première, concerne seulement deux États d'Afrique anglophone : le Kenya et la Zambie. Ces États ont adopté des lois mettant en place des systèmes hybrides mêlant autorisations préalables avec la reconnaissance de droits moraux et le respect des principes de consentement libre préalable et éclairé et de partage équitable des avantages. Ces lois transposent en partie le Protocole de Swakopmund sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore (2010). Comme elles ont été promulguées très récemment, il s'avère encore hasardeux de se prononcer sur l'impact qu'elles peuvent avoir sur la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

La troisième piste, à l'inverse des deux premières qui essayaient d'injecter des considérations liées au patrimoine culturel immatériel dans le droit de la propriété intellectuelle, consiste à reconnaître aux communautés des droits de propriété intellectuelle dans les lois relatives à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Cette hypothèse est marginale, seulement deux États se sont engagés dans ce processus : la Lettonie et la Chine. La Lettonie a ainsi reconnu aux communautés, d'une part, un droit au nom sur les éléments du patrimoine culturel immatériel et, d'autre part, un droit de paternité lorsqu'un élément est utilisé à des fins lucratives ou pour toute autre opération. La Loi de la République populaire de Chine sur le patrimoine culturel immatériel (2011) a, quant à elle, affirmé un droit opposable pour les communautés ethniques de faire respecter leur droit moral sur leurs expressions culturelles.

La dernière piste se démarque fortement des précédentes. Elle a été investie par les communautés bien avant que l'OMPI et l'UNESCO ne s'intéressent au patrimoine culturel immatériel. Dans les domaines des savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel et des pratiques culinaires les signes distinctifs ont été utilisés pour défendre les communautés d'une concurrence qui pourrait à terme dévitaliser leur patrimoine culturel immatériel. Certains dispositifs de protection sont propres à une communauté, ou à une activité. Aux États-Unis, l'*Indian Arts and Crafts Act* (IACA) (1990) a par exemple été promulgué pour protéger le marché de l'artisanat amérindien d'imitations. Les communautés en France ont recours également à des signes distinctifs géographiques, pour protéger les produits agricoles et alimentaires et les produits industriels et artisanaux qui disposent d'un ancrage géographique. Cependant, ces signes distinctifs présentent le risque de figer les savoir-faire dans le temps. Des écarts peuvent également exister entre la collectivité titulaire d'un signe distinctif et la communauté détentrice du patrimoine culturel immatériel. Une des solutions mettant fin à ces discordances consiste à créer un label propre au patrimoine culturel immatériel, comme l'a fait l'Allemagne et la Suisse. L'apposition de leurs labels indiquent au public l'inclusion d'un élément à leurs inventaires.

## 4.- LES OUTILS JURIDIQUES NATIONAUX DE LA SAUVEGARDE DU PATRIMOINE CULTUREL IMMATÉRIEL

.....

Cette partie s'intéresse au travail de mise en forme juridique, au niveau national, des mesures de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Trois constats de départ sont faits :

- En soi, la Convention de 2003 n'impose aucun type d'outil plutôt qu'un autre pour sa mise en œuvre : elle fixe certains résultats à atteindre, mais elle laisse les États très largement libres de déterminer les conditions dans lesquelles ils entendent les atteindre.
- Toutes les mesures nationales de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel ne sont pas saisies par le droit, et il apparaît évidemment, à la lecture des réponses nationales au questionnaire de droit comparé, que c'est une grande palette d'outils différents qui est mobilisée par les États en pratique : mesures juridiques, techniques, administratives et financières, actions d'éducation, de recherche et de formation, etc. En réalité, la difficulté ne tient pas tant dans la diversité de ces outils que dans la perméabilité de leurs frontières : en matière de patrimoine culturel immatériel, nombre d'outils juridiques présentent *une très faible « juridicité »*, au point que, bien souvent, ils ne sont pas clairement séparables des mesures dites « administratives » ou « financières » (les modalités d'inclusion à l'inventaire, les conditions d'usage d'un logo ou les critères de versement d'une subvention sont autant d'exemples des formes fuyantes que peuvent prendre les mesures juridiques de sauvegarde).
- La délimitation des mesures nationales de sauvegarde est d'autant plus complexe que l'on observe des variations considérables dans l'analyse des actions engagées antérieurement à la Convention de 2003 : certains États et certains auteurs tendent à « recycler » des outils préexistants à l'aune de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, quand d'autres ne font absolument pas le lien. Par exemple, peut-on *a posteriori* classer la loi islandaise sur les noms (*Personal Names Act*, n° 45, 17 mai 1996) parmi les mesures nationales de sauvegarde ? Le choix opéré dans notre recherche consiste à ne pas trancher cette question. Non pas tant parce que nous considérons que c'est impossible, mais parce que du point de vue juridique, il ne nous semble finalement pas si important de savoir si ces outils antérieurs à la Convention

de 2003 doivent effectivement s'analyser comme des mesures de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel : l'étude de la structure même de ces outils juridiques ouvre, dans tous les cas, un débat intéressant sur les formes potentielles des mesures de sauvegarde.

En conséquence, il importe de distinguer deux objets d'analyse : l'analyse des formes juridiques en général (4.1.) ; l'analyse des législations spécifiques qui se présentent expressément comme placées dans le sillage de la Convention (4.2.).

#### 4.1.- LES POTENTIALITÉS DE « L'OUTILLAGE » JURIDIQUE DE LA SAUVEGARDE DU PATRIMOINE CULTUREL IMMATÉRIEL

Si l'on adopte un point de vue strictement technique sur les outils juridiques (indépendamment des justifications qu'on leur attache en tant que mesure de sauvegarde, ou non, du patrimoine culturel immatériel), on observe une très grande diversité. Dans ce cadre, le rapport propose un instrument d'analyse permettant de comparer les formes de juridicité des outils de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel des différents droits nationaux étudiés dans le cadre du projet de recherche Osmose. Nous classons ainsi chaque mesure nationale de sauvegarde sur deux échelles, une échelle de « juridicité » et une échelle de participation :

- En premier lieu, les mesures nationales de sauvegarde peuvent être classées en fonction de leur puissance juridique, de la plus faiblement juridique (la mesure aux effets juridiques les plus faibles) à la plus fortement juridique (la mesure aux effets juridiques les plus forts). La mesure la plus faiblement juridique que l'on puisse identifier est la qualification « sèche », c'est-à-dire la qualification de « patrimoine culturel immatériel » a) dont on n'a pas encadré juridiquement le processus et b) à laquelle on n'a attaché aucun effet de droit si ce n'est le fait que la pratique se trouve ainsi qualifiée. Inversement, la mesure la plus fortement juridique que l'on puisse identifier consiste en la reconnaissance d'un droit subjectif à un sujet de droit (à l'État, à des individus ou encore à des groupes), qui est source d'obligations juridiques pour tous les autres, en ce sens que ce droit est opposable à tout instant aux autres au nom de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Entre ces deux extrêmes, un très grand nombre de mesures nationales de sauvegarde sont possibles, dont les formes sont potentiellement multiples (attribution d'un logo ; subventions conventionnées ; indications géographiques ; etc.).
- En second lieu, les mesures nationales de sauvegarde peuvent être classées en fonction du processus de prise de décision qui en est à l'origine. Cette échelle théorique va de la mesure procédant d'un accord de volontés entre l'État et le porteur du patrimoine (mesure « contractuelle ») à la mesure procédant d'un choix unilatéral de l'État ou du porteur (mesure « unilatérale ») – deux points extrêmes qui dessinent, dans l'écart qui les sépare, une nouvelle « zone » intermédiaire, qui correspond aux multiples dispositifs de participation mis en place par les États, et dans laquelle se placent la majeure part des mesures nationales.

A la lecture des réponses nationales au questionnaire de droit comparé, il apparaît que l'immense majorité des mesures nationales de sauvegarde se placent au centre de ces deux échelles. Nous proposons dans le rapport de regrouper toutes ces mesures sous l'appellation générique de « label ». La spécificité commune à tous ces labels serait leur caractère semi-contractuel, semi-réglementaire : semi-contractuel au moins dans la procédure d'attribution, puisqu'il reste toujours possible au porteur du patrimoine concerné de faire échec au processus de labellisation ; semi-réglementaire, dans la mesure où les conséquences juridiques de la labellisation ne se négocient qu'à la marge (elles s'imposent en bloc). Ce recours massif au « label » en matière de patrimoine culturel immatériel est peu surprenant : on sent bien qu'il y a, entre la logique contractuelle du label et la logique de participation du PCI, de fortes correspondances ; mais il s'agit d'une fausse facilité (voire d'une dérive dans la mise en œuvre de la Convention), tant les deux figures sont, en réalité, très différentes (ce n'est pas parce qu'il y a accord à l'attribution du label qu'il y a participation, sauf à réduire la participation à un simple contrat).

La dernière question qui se pose est alors celle de savoir pourquoi les États mobilisent autant le label, autrement dit pourquoi ils ne tendent pas davantage à adopter des mesures plus fortement juridiques et plus fortement unilatérales. L'explication suivante, d'une grande simplicité, est avancée par le rapport : on ne peut pas imposer un niveau excessif de contraintes à un porteur de patrimoine culturel immatériel, sauf à imposer des modes de vie à des hommes comme on impose certains travaux et certaines restaurations à des monuments. Dès lors, si la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel veut se juridiciser, l'ordre juridique étatique ne dispose plus que de deux options : soit rester contractuel (c'est la mesure incitative), soit devenir unilatéral, mais en déléguant en ce

cas au groupe porteur le pouvoir d'imposer l'obligation unilatérale (c'est la reconnaissance de droits à d'autres qu'à l'État lui-même, ce qui soulève néanmoins des difficultés fondamentales dans nombre d'ordres juridiques). Dans ces conditions, il n'est pas surprenant qu'en droit du patrimoine culturel immatériel, les différents droits nationaux naviguent entre ces deux points.

## 4.2.- LA TRADUCTION DE LA CONVENTION DE 2003 DANS LES LégISLATIONS NATIONALES

Plusieurs des États étudiés ont choisi d'aller au-delà du processus de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion à la Convention de 2003, en adoptant, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention dans leurs ordres juridiques, des lois nationales s'inscrivant expressément dans son sillage. On peut voir dans les relations que ces lois nationales entretiennent avec la Convention autant d'exercices de « transposition » ; une telle lecture ne doit pas pour autant conduire à aplanir la complexité du phénomène à l'œuvre et la diversité des formes que celui-ci prend : au niveau national, il apparaît que les lois étudiées sont adoptées « en référence à » la Convention, bien plus qu'« en application de » celle-ci.

Ce travail de « références » s'affiche tantôt sur le plan formel (renvois directs à la Convention : mesures reprenant des stipulations entières de la Convention, mesures renvoyant à des articles de la Convention, mesures mobilisant un ou plusieurs des concepts de la Convention), tantôt sur le plan substantiel (mesures présentées comme venant préciser la Convention, la compléter ou orienter son interprétation). Dans tous les cas, on observe que, dans ce processus, la question du patrimoine culturel immatériel passe au tamis des traditions juridiques nationales. On tend, en effet, à plaquer sur elle des modèles préexistants de pensée juridique, qui, en retour, ne restent pas indemnes : ils évoluent au contact du patrimoine culturel immatériel.

Pour le démontrer, le rapport se concentre particulièrement sur les récentes lois (en particulier lois espagnole, française, chinoise et lettone) et montre déjà la variabilité des contenus juridiques qu'apportent ces nouvelles lois (de plus ou moins grande ambition) et la façon dont elles prennent ou non au sérieux les droits des porteurs de PCI. Le patrimoine culturel immatériel fait apparaître d'autres acteurs notamment collectifs le plus souvent invisibles dans les mécanismes classiques de protection du patrimoine. Dans le recours ou l'invention de nouvelles figures, les États affrontent la question complexe de savoir quelle traduction juridique donner au principe de participation, clé de voûte du système. La Convention n'en a pas fait une notion juridique très élaborée, comme elle évacue toute précision quant à la notion de communauté, même si d'autres formes de normativité que la Convention elle-même s'en saisissent. Mais le contenu et l'habillage juridique restent à investir par le législateur national, ce qu'ont tenté plusieurs États.

De ce tour d'horizon des premiers jalons posés par le législateur national, quels enseignements tirer du point de vue des techniques mobilisées ? Ce qui est sûr, c'est que l'introduction de ce matériau juridique dédié au patrimoine culturel immatériel dans les droits nationaux contient des potentialités qui, à ce jour, ne sont pas encore connues. Si l'on manque aujourd'hui de recul dans la mise en œuvre de ces normes, on peut observer que les notions clés de la Convention que sont le renvoi au groupe porteur et sa nécessaire participation restent plus ou moins, parfois très timidement investies. C'est ce processus qu'il convient de saisir, au travers de cette notion de participation. Les législations de transposition du PCI se concentrent le plus souvent sur l'élaboration des inventaires nationaux ou régionaux, sans toujours prendre la mesure de cet enjeu et surtout lui donner juridiquement du sens.

Une analyse plus détaillée de l'ensemble de quatre lois nationales spécifiquement désignées pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel peut démontrer quelques similarités ainsi que différences d'approche sur plan du choix de contenu fait par des législateurs. Quatre lois adoptées après l'année 2003 ont été analysées en tant qu'outils législatifs ayant pour seul objet la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (Chine, Espagne, Lettonie et Madagascar). Ces lois ont été désignées par les répondants au questionnaire comme étant des lois spécifiques pour la transposition de la Convention. Et la même référence est faite dans ces textes législatifs (dans les dispositions, le préambule ou le dossier législatif).

On peut observer dans ces quatre lois des objectifs similaires, notamment celui de la sauvegarde du PCI en tant que partie intégrante du patrimoine culturel de l'État. Les nuances apparaissent sur le plan de la motivation intrinsèque de cette sauvegarde qui peut être représentée plus généralement par la volonté de la promotion des valeurs, de la créativité, du développement et de l'amélioration de qualité de vie (Lettonie) jusqu'aux motifs plus spécifiques comme des aspects socio-économiques mentionnés, par exemple, dans la loi de Madagascar. Les

quatre lois étudiées reprennent effectivement, d'une part, les définitions de la Convention – la définition du PCI et de ses domaines – et, d'autre part, les mesures de sauvegarde, notamment l'inventaire du PCI. Néanmoins, certains États ont complété les domaines du PCI avec des éléments essentiels à leur culture (Chine, Espagne). Dans la loi espagnole, le patrimoine culinaire et les modes d'utilisation des paysages naturels sont mentionnés en tant qu'éléments du PCI espagnol (article 2, paragraphes f) et g)). La loi chinoise mentionne, quant à elle, la calligraphie et l'acrobatie (article 2, paragraphe 2).

Le niveau de concrétisation des droits des individus et des organisations concernées par la sauvegarde de PCI est varié. Certaines lois ne mentionnent aucun droit (la loi espagnole), d'autres les décrivent de façon détaillée, précisant par exemple le comportement requis et les sanctions l'imposant (Madagascar). Cette diversité caractérise également l'objet des lois. Cette diversité caractérise également l'objet des lois. Dans les cas où ce dernier concerne le cadre réglementaire institutionnel et organisationnel de l'État, le statut des institutions publiques et leurs modes de fonctionnement, ainsi que la coopération entre différents acteurs publics entrent dans le champ d'application de ces dispositions législatives (Espagne, Lettonie). Dans la loi lettonne les droits des personnes, notamment des communautés, sont mentionnés afin de souligner leur rôle actif dans la sauvegarde de leur propre PCI, en se contentant d'une description relativement vague sur la portée de ces droits et obligations. En même temps, dans les lois de Madagascar et de la Chine les modes de comportement requis de la part des acteurs de sauvegarde du PCI sont décrits ainsi que les sanctions en cas d'abus.

Toutes les lois définissent aussi le cadre institutionnel pour la sauvegarde du PCI. Les outils d'administration retenus par les législateurs représentent une approche plutôt politique que réglementaire de la gestion de ce domaine. Ces documents de planification sont prévus dans la loi pour une description éventuelle subséquente plus détaillée des compétences et fonctionnement, des modes de coopération parmi les différentes institutions (Espagne, Lettonie), ainsi qu'entre les institutions et les individus et communautés (Lettonie). Une référence indirecte aux documents de planification en tant qu'outil administratif de sauvegarde, est aussi faite dans la loi chinoise.

Une des rares dispositions contraignantes de la Convention concerne l'établissement par les États d'un ou de plusieurs inventaires du patrimoine culturel immatériel présent sur leur territoire. L'inscription d'un élément à un inventaire conditionne en outre son inscription sur l'une des Listes de la Convention. En conséquence, tous les États étudiés dans le cadre du projet Osmose, à l'exception de l'Islande, ont procédé à l'inventariage de leur patrimoine culturel immatériel. Une majorité des États a même placé la création et la mise à jour d'un inventaire au cœur de leurs politiques en matière de patrimoine culturel immatériel. Cette tâche est d'ailleurs bien souvent l'une des modalités principales de participation des communautés à la sauvegarde de leur patrimoine culturel immatériel : soit elles initient l'inscription d'éléments, soit elles contribuent aux inventaires.

On constate tout d'abord une très grande diversité dans la mise en place des inventaires. Il existe des inventaires nationaux, comme en Algérie ou encore en Lettonie, des inventaires régionaux, comme en Espagne, et même des inventaires locaux. La ville de Mexico a par exemple établi un inventaire de son patrimoine culturel immatériel. Parfois les inventaires se superposent comme en Belgique, où les inventaires des communautés se doublent d'un inventaire pour la Région de Bruxelles-Capitale. Dans d'autres cas l'inventariage est conçu comme un système à plusieurs niveaux. La Chine dispose par exemple d'un inventaire national et d'une liste représentative nationale. La Suisse constitue également un exemple intéressant. Elle a établi à partir de son inventaire une liste indicative pour planifier ses candidatures à une inscription sur la Liste représentative. Cette liste est similaire à celle prévue par la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (1972). Les opérations liées à l'inventariage ont souvent été à l'origine de la création d'un organe *ad hoc*. En Zambie, par exemple, le *National ICH Committee* a été institué pour gérer l'inventaire du patrimoine culturel immatériel. L'établissement d'inventaires a aussi parfois nécessité l'adoption de textes pour encadrer les procédures d'inclusion des éléments. L'Arrêté du 5 mars 2012 relatif au comité du patrimoine ethnologique et immatériel a formalisé par exemple la procédure française d'inventariage.

## 5.- LA JUSTICIABILITÉ ET LA JUDICIARISATION DU PATRIMOINE CULTUREL IMMATÉRIEL

.....

L'étude des deux dynamiques de justiciabilité et de judiciarisation permet de comprendre comment ce patrimoine cristallise un contentieux et la façon dont il est porté devant les juridictions. Notre premier constat à la lecture des questionnaires est le nombre très limité de jurisprudences mentionnées qui portent explicitement sur le « patrimoine culturel immatériel ». L'existence juridique et la reconnaissance formelle du patrimoine culturel immatériel sont très récentes, ce constat n'est donc pas étonnant. Cependant, en ajoutant à ces quelques affaires des jurisprudences relatives à des éléments assimilables à du patrimoine culturel immatériel, nous avons pu dessiner trois espaces de judiciarisation et amorcer une réflexion sur la justiciabilité de ce patrimoine.

Le premier espace de judiciarisation identifié recouvre les cas où la revendication d'un patrimoine culturel immatériel rentre en tension avec l'identité culturelle construite par un État à travers ses principes juridiques fondamentaux. C'est une tension que nous comprenons à travers une décision du juge constitutionnel canadien dans laquelle il impose aux juridictions des moyens de preuves coutumiers en plus des mécanismes de droit commun pour déterminer la substance des « titres aborigènes » reconnus par la Constitution, ou encore, lorsque la tradition juridique française de séparation de l'Église et de l'État a conduit le Conseil d'État à préciser qu'une association religieuse ne pouvait obtenir un soutien public que dans l'exécution de ses activités non-religieuses.

En deuxième lieu, nous avons constaté que les processus de patrimonialisation constituent un terreau fertile aux contentieux. En France, la procédure d'inventaire du patrimoine culturel immatériel s'est progressivement judiciarisée. Plusieurs justiciables ont contesté des décisions prises en lien avec l'inventaire. D'autres ont invoqué l'inscription d'un élément sur une des Listes de la Convention pour conforter leurs actions en justice. Les juridictions ont ainsi été amenées à se prononcer sur la valeur de cette inscription en droit interne. Les processus patrimoniaux génèrent également des contentieux en raison de leur difficulté à appréhender les dimensions matérielle et immatérielle du patrimoine. Ainsi une tribu hawaïenne aux États-Unis demande le retour d'ossements humains en tant que « personnes vivantes » alors que ceux-ci sont qualifiés d'objets culturels par la loi. D'autres jurisprudences concernent les espaces urbains et leurs usages et les points de vue divergent quant à l'interaction de ces deux aspects. Au Mexique, un tribunal interprète largement un instrument de préservation d'un centre-ville historique afin d'englober la gastronomie locale. Au contraire, un tribunal suisse, refuse que les protections offertes au patrimoine matériel s'appliquent à un patrimoine immatériel.

Enfin, dans certains cas, les pratiques traditionnelles d'une communauté infra-étatique se trouvent en porte-à-faux avec les valeurs du reste de la population ce qui ouvre un espace propice à la judiciarisation. L'étude de la jurisprudence citée par les questionnaires a mis en exergue une tension très forte entre la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et la protection du bien-être animal. Les questionnaires font apparaître cinq décisions ayant pour objet des éléments comprenant des actes de cruauté envers des animaux : la Corrida et les combats de coqs en France, le *Krakelingenfeest* en Belgique, la vaquejada au Brésil et la religion Santeria aux États-Unis. L'analyse de ces décisions a été complétée par une étude des décisions européennes relatives à l'abattage rituel.

Une analyse croisée de ces espaces de judiciarisation révèle trois aspects de la justiciabilité du patrimoine culturel immatériel. En premier lieu, il s'agit de l'identification des moyens de droit invoqués au soutien d'un litige. Nous relevons trois moyens principaux : la Convention, les droits constitutionnels et les exceptions légales. Ces trois moyens manifestent la capacité du patrimoine culturel immatériel à focaliser une tractation politique considérable dans l'élaboration d'outils juridiques de sa sauvegarde.

En deuxième lieu, la question de l'intérêt à agir reconnu aux détenteurs devant les juridictions est un aspect important de la justiciabilité de ce patrimoine. L'étude de la jurisprudence met en évidence la diversité des formes empruntées par les demandeurs : individus isolés, personnes morales, tribus... De plus, il ressort de notre analyse que la définition de la « communauté » et de ses représentants n'est pas systématiquement déterminante pour définir l'intérêt à agir.

Le troisième aspect abordé est celui de la preuve de ce patrimoine. Nous constatons que les spécificités de ce patrimoine exigent parfois de dépasser le droit commun de la preuve. Cependant, le plus souvent la procédure contraint ce patrimoine dans un cadre spécifique, le redéfinissant. Notamment, les détenteurs sont souvent amenés à prouver que leur tradition est partagée par une communauté culturelle, ou bien qu'elle est étroitement liée à une zone géographique déterminée.

## >> ÉTAPE CONCLUSIVE DU PROJET

.....

Un colloque de restitution clôturera le projet de recherche « Osmose » le 27 septembre 2018. Il se déroulera à la Médiathèque Françoise Sagan à Paris.

Informations complémentaires sur le projet de recherche « Osmose » : [dpc.hypotheses.org/le-projet-osmose](http://dpc.hypotheses.org/le-projet-osmose).

On trouvera en particulier sur le carnet de recherches une bibliographie commentée, des vidéos et des enregistrements d'ateliers de recherche.

## ANNEXE 1. CONSEIL SCIENTIFIQUE

---

Janet BLAKE, Professeure associée, Faculté de droit, Université Shahid Beheshti, Téhéran, Iran

Isabelle CHAVE, Adjointe au chef du département du Pilotage de la recherche et de la Politique scientifique, Direction générale des patrimoines, Ministère de la Culture, Paris, France

Tim CURTIS, Secrétaire de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, UNESCO

Manlio FRIGO, Professeur à l'Université de Milan, Italie

Kamal PURI, Professeur à la Queensland University of Technology à Brisbane, Australie

## ANNEXE 2. CORRESPONDANTS

---

Note : La liste des correspondants est donnée par ordre alphabétique, indépendamment de l'ampleur de leur contribution aux questionnaires nationaux.

États	Prénom et nom	Titre et institution
<b>Groupe I</b>		
Allemagne	Sophie Schönberger	Professor of Public Law, Art Law and Cultural Heritage Law, University of Konstanz
Belgique	Marie-Sophie de Clippele	Chercheuse, FNRS, Assistante, Facultés Universitaires Saint-Louis
	Marc Jacobs	Directeur, Flemish Interface Center for Cultural Heritage (FARO)
Espagne	Sara González Cambeiro	Anthropologue, Labrit Patrimonio
	Cristina Sánchez-Carretero	Institute of Heritage Sciences (Incipit), Spanish National Research Council (CSIC)
France	Jérôme Fromageau	Président de l'International Society for Research on Art and Cultural Heritage Law (ISCHAL)
	Christian Hottin	Directeur des études (département des conservateurs), Institut national du patrimoine
	Lily Martinet	Senior Research Fellow, Institut Max Planck Luxembourg
	Noé Wagener	Maître de conférences en droit public, Université Paris-Est Créteil
Islande	Valdimar Tr. Hafstein	Professeur en ethnologie (Université d'Islande)
	Vilhelmína Jónsdóttir	Juriste, étudiante en master en ethnologie (Université d'Islande)
Italie	Sabrina Urbinati	Post Doctoral Research Fellow, University of Milano-Bicocca
Suisse	Antoinette Maget Dominicé	Maître assistante, Faculté de droit, Université de Lucerne

États	Prénom et nom	Titre et institution
<b>Groupe II</b>		
Estonie	Ave Paulus	Doctorante, University of Tartu
	Margit Siim	Coordinator of Culture Programmes, Estonian National Commission for UNESCO
	Epp Tamm	Intangible heritage specialist, Estonian Folk Culture Centre
Lettonie	Līga Ābele	Chercheuse associée au projet 'Osmose', Académie de la Culture de Lettonie
	Dace Bula	Directrice, Institut de littérature, folklore et art de l'Université de Lettonie
	Anita Vaivade	Chercheuse, Académie de la Culture de Lettonie
Pologne	Hanna Schreiber	Maître de conférences en droit, Université de Varsovie
<b>Groupe III</b>		
Brésil	Anita Mattes	Docteur en droit, Université Paris-Saclay
Mexique	Martin Michaus	Avocat, Basham, Ringe y Correa S.C.
	Esthefania de Pando	Avocate, Basham, Ringe y Correa S.C.
	Mariana Vargas	Avocate, Basham, Ringe y Correa S.C.
<b>Groupe IV</b>		
Chine	Wang Li	Professeure associée, Université du Centre-sud de Chine, Changsha
République islamique d'Iran	Susan Cheraghchi	Legal Expert, Iranian Cultural Heritage, Handicrafts and Tourism Organization (ICHHTO)
<b>Groupe V(a)</b>		
Congo	Ulrich Kévin Kianguébéné	Chargé de cours, Faculté de droit, Université Marien Ngouabi de Brazzaville
Kenya	Kiproop Lagat	Director of Culture, Ministry of Sport, Culture and the Arts
	George Litswa	Cultural Officer, Culture & Heritage Museums
Madagascar	Anjavola Razafinarivo	Chargée d'études au sein du ministère de la Culture et de la Promotion de l'artisanat et de la sauvegarde du patrimoine
	Tahina Ratsiambakaina	Chef de service au sein du ministère de la Culture et de la Promotion de l'artisanat et de la sauvegarde du patrimoine
Malawi	Christopher Magomelo	Assistant Executive Secretary (Culture), Malawi National Commission for UNESCO
Mali	Moulaye Coulibaly	Directeur National du Patrimoine Culturel
Zambie	Munukayumbwa Munyima	Research Fellow, Institute of Economic and Social Research, University of Zambia

États	Prénom et nom	Titre et institution
Zimbabwe	Elvas Mari	Director, National Arts Council of Zimbabwe
<b>Groupe V(b)</b>		
Algérie	Jihane Chedouki	Protection Delegate at International Committee of the Red Cross - ICRC
Égypte		
Maroc		
<b>États non parties</b>		
Canada	Antoine Gauthier	Directeur général du Conseil québécois du patrimoine vivant (CQPV)
	Robert K. Paterson	Professeur, University of British Columbia
États-Unis	Clea Hance	Doctorante en droit, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, École normale supérieure de Cachan
	Michelle Stefano	Specialist in the Research & Programs, American Folklife Center, Library of Congress

# TABLE DES MATIÈRES

1.- Présentation .....	3
1.1.- Déroulement du projet.....	3
1.2.- Objet et axes de recherche .....	4
2.- Le positionnement des États par rapport à la catégorie de « patrimoine culturel immatériel ».....	5
2.1.- L'articulation du nouveau droit avec un passé juridique .....	5
2.2.- Les notions portées par la convention : focus sur la communauté .....	6
2.3.- L'inventaire comme élément de définition nationale du patrimoine culturel immatériel .....	7
2.4.- Définir le périmètre du patrimoine culturel immatériel : focus sur la langue .....	7
3.- Les interactions entre le patrimoine culturel immatériel et les champs du droit .....	8
3.1.- Interaction avec le droit de l'environnement .....	8
3.2.- Interaction avec les droits de l'homme .....	8
3.3.- Interaction avec la propriété intellectuelle.....	9
4.- Les outils juridiques nationaux de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.....	10
4.1.- Les potentialités de « l'outillage » juridique de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.....	11
4.2.- La traduction de la convention de 2003 dans les législations nationales .....	12
5.- La justiciabilité et la judiciarisation du patrimoine culturel immatériel.....	14
.....	14
>> Étape conclusive du projet .....	15
.....	15
Annexe 1. Conseil scientifique.....	16
Annexe 2. Correspondants .....	16

AVEC LE SOUTIEN FINANCIER DE :

---



Valsts izglītības  
attīstības aģentūra



SOUS LE PATRONAGE DES ORGANISATIONS DE RECHERCHE :

---



International Society  
for Research on Art and  
Cultural Heritage Law

**ischal**

Société internationale  
pour la recherche sur le  
droit du patrimoine culturel  
et le droit de l'art

