

LA FORCE NORMATIVE DE LA CONVENTION DE L'UNESCO SUR LA DIVERSITÉ CULTURELLE

Note d'analyse /2016

***Par Jean-Baptiste HARELIMANA, Président DU conseil
d'orientation, IAM.***

Introduction

La Convention sur la diversité culturelle est un exemple intéressant de la densification normative. Sans lui conférer un brevet de spécificité qui tiendrait à la singularité de son objet, elle constitue un laboratoire de ces nouvelles formes de normativité en train de se faire, en train d'émerger, en train de se légitimer et de se consolider. Du slogan politique et ambigu et conçu comme un moyen parmi tant d'autres de la liberté culturelle, elle devenue une fin en soi.

Pour appréhender ce processus à la lumière de la convention de l'Unesco sur la diversité culturelle, il convient d'investir la nature de ce phénomène, en appréhendant d'abord le processus de densification. Deux figures canoniques de densification normative peuvent ainsi mieux identifiées : quantitative et qualitative. La première sera entendue comme action qui vise à donner de l'épaisseur juridique à une matière complexe et foisonnante. Elle fait référence à un processus de multiplication des normes d'un champ juridique qui aspire à la complétude et à la caution de juridicité. La deuxième est appréhendée comme l'ajout de normes de précision. Il s'agit d'une dynamique progressive et itérative de concrétisation de la norme.

I. Vers une convention chapeau en droit international de la culture

Toute branche du droit possède en effet une spécificité matérielle, c'est à dire un objet propre qui nourrit le contenu proprement original de ses normes. La convention sur la diversité culturelle possède à ce titre un objet aussi spécifique que d'autres instruments de droit international. Le droit international de la culture peut être appréhendé comme un ensemble des normes et institutions de droit international relatives aux relations culturelles internationales, à la protection et à la promotion de la culture. Les développements du droit international de la culture montrent que cette Convention sur la diversité culturelle peut être qualifiée de « convention-chapeau » en raison de l'ambition de ses objectifs. Le principe, qui à l'origine ne revêtait que les habits d'un principe politique est devenu une norme juridique par un processus de densification normative. La transfiguration normative du principe se réalisa malgré l'opposition farouche des États-unis. L'aboutissement de sa cinétique normative sonne en effet le glas de sa « sectorialité » en enrichissant matériellement le droit international de la culture pour en faire un nouveau champ autonome du droit. L'analyse montrera à la fois la force « densificateur » de la convention et le processus de sa densification normative quantitative qui se nourrit de la soft law que certains qualifient de « droit programmatoire » ou « droit résolutoire » et des méta-principes à autorité « assourdie ». Les instruments culturels existants abordaient en effet le problème de la préservation de la diversité culturelle de façon parcellaire, à partir de points de vue aussi divers que les droits de la personne, les droits de propriété intellectuelle, la protection du patrimoine, les droits linguistiques, le pluralisme culturel, le développement culturel, la coopération internationale en matière culturelle. Il ne nous est pas possible de réaliser dans les limites de cette étude une analyse exhaustive de la densification quantitative de tout le maillage normatif de la diversité culturelle. Aussi, afin de mettre en évidence ce processus, nous nous sommes résolus à faire porter notre étude sur deux maillages normatifs considérés comme particulièrement représentatifs de ce processus : le droit à l'identité culturelle et le pilier culturel du développement durable.

A. Densification du droit à l'identité culturelle

Très révélatrice d'une vision dessillée des universaux du droit moderne, la spécificité des droits culturels réside dans leur objet commun : ce sont des droits d'accès aux processus d'identification et l'accès aux ressources le permettant. Longtemps délaissé par les bâtisseurs de la conception des droits humains et de la démocratie, interprétés dans un sens exclusiviste et romantique, annexés de façon perverse aux droits de l'homme, ils sont appelés à avoir une place importante dans la promotion et la préservation de la diversité culturelle.

Le corpus juridique portant sur les droits culturels pourrait faire penser à l'existence en droit positif, d'un droit de l'homme à l'identité culturelle. En effet, de nombreuses sources écrites en droit international ont eu recours à l'expression « d'identité culturelle, souvent associée au terme de respect des droits culturels sans pourtant le définir. On retrouve de nombreuses références aux droits culturels dans les dispositions et instruments relatifs aux droits des minorités et aux droits des peuples autochtones.

La Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle est unique, en ce qu'elle recense des droits expressément qualifiés de « culturels ». Selon l'article 5 de la Déclaration :

« L'épanouissement d'une diversité créatrice exige la pleine réalisation des droits culturels, tels qu'ils sont définis à l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux articles 13 et 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturel ». Le préambule de ce texte en est également illustration topique : « l'identité culturelle représente l'ensemble des référents ethniques, linguistiques, religieuses ou autres qui fondent l'identification consciente ou inconsciente à un groupe et (...) cette identité, loin d'être une essence immuable, peut évoluer, renvoyer à des appartenances multiples et s'enrichir du contact avec les autres cultures ». Cette déclaration montre que les valeurs culturelles, la diversité culturelle et les droits culturels sont intimement liées à notre identité. Aux termes de cette Déclaration, la diversité culturelle « s'incarne dans l'originalité et la pluralité des identités qui caractérisent les groupes et les sociétés composant l'humanité » (art. premier). La densification

renvoie ici à l'action de rendre compact un ensemble multiforme de normes. L'adoption de la déclaration peut être appréhendée comme un « moment densificateur ». Les déclarations universelles incarnent généralement des documents juridiques solennels, intemporels, porteurs d'aspirations et d'un grand poids moral. De plus la translation d'une « déclaration de principes » vers une « convention internationale » signifie le passage de l'étape politique à l'étape juridique. Ainsi, la création d'un instrument destiné à inscrire la diversité culturelle dans le droit positif, sous la forme d'un traité constitue une avancée majeure dans le processus de densification normative.

Cette Convention sur la diversité culturelle s'inscrit en effet dans la panoplie des instruments internationaux voués à la protection des expressions et manifestations culturelles sous toutes leurs formes matérielles et immatérielles. Elle participe singulièrement à la densification quantitative du droit à l'identité culturelle demeuré virtuelle. Elle fait des références multiples à l'identité des individus et des groupes (article 2 et article 5) et certains biens culturels doivent recevoir un traitement spécial parce qu'ils sont porteurs d'identité (article 8). Si le droit à l'identité culturelle, que certains appellent de leurs vœux, était évoqué dans plusieurs sources de droit écrit, il s'agissait essentiellement des textes de soft law qui de plus divergent quant au titulaire de ce droit. Cette convention est donc le premier instrument contraignant qui consacre ce droit à l'identité culturelle et qui met en avant une potentialité pour les États qui le souhaitent de garder une marge de manœuvre sur la définition et la réalisation de leurs politiques culturelles.

B. L'apport de la Convention dans le renforcement du pilier culturel du développement durable

Depuis quelques années déjà se développe un nouveau concept clé en droit international, celui de développement durable. Ce concept est devenu la pierre angulaire de l'approche de la mondialisation et de la structure de gouvernance mondiale. Plus qu'un questionnement sur la croissance économique, le développement durable est aujourd'hui une norme performative de l'action judiciaire visant une amélioration de la qualité de vie collective des humains pour le bien des générations présentes et à venir. Dans de récentes décisions des

tribunaux et cours internationaux, ce concept a favorisé la réconciliation des normes conflictuelles. Il semble avoir joué un rôle important dans la décision Gabčíkovo- Nagymaros de la Cour internationale de justice. Dans cette affaire, le juge Weeramantry a exprimé une opinion individuelle dans laquelle il estime que le développement durable « est davantage qu'un simple concept, un principe de valeur normative » en tant que tel susceptible d'avoir des implications dans d'autres secteurs du droit international.

Traditionnellement envisagé sous un angle strictement économique, il est graduellement devenu un concept multidimensionnel. C'est un principe dont la construction et la substantivation se sont opérées au gré d'une évolution diachronique. Le processus de substantivation du développement durable date des années quatre-vingt. La Déclaration des Nations Unies sur le droit au développement avait déjà qualifié dès 1986 le développement durable comme « processus global, économique, social, culturel et politique, qui vise à améliorer sans cesse le bien-être de la population et de tous les individus ». Les travaux de la Décennie mondiale du développement lancée en 1988 par le Secrétaire général des Nations Unies et le Directeur général de l'UNESCO, et en particulier le rapport de la Commission mondiale de la culture et du développement intitulé « Notre diversité créatrice » publié en 1996, ont largement contribué à la reconnaissance du rôle de la culture dans le développement durable. Le Plan d'action sur les politiques culturelles pour le développement adopté à la Conférence de Stockholm en 1998 a également admis le rôle clé de la culture pour la poursuite de l'objectif de développement durable. Le plan de mise en œuvre de la Déclaration de Johannesburg reconnaissait « que le respect de la diversité culturelle est essentiel pour réaliser le développement durable et garantir que tous en partagent les bienfaits ». Dans la foulée, la Déclaration universelle sur la diversité culturelle, réaffirmait le lien entre la « diversité culturelle et le développement durable. Son enveloppe formelle se métamorphosa dès 2005.

La question serpent de mer qui se pose est celle de savoir si cette redondance du soft law peut avoir une incidence directe sur la percée normative de ce quatrième pilier. On constate à cet égard une oscillation entre deux pôles argumentatifs mutuellement exclusifs. Un premier pôle doctrinal affirme que « pas

plus qu'avec trois fois rien on ne fait quelque chose, l'accumulation de non-droit ou de pré- droit ne suffit à elle seule à créer du droit ». Un autre pôle considère que l'apparition de ces textes non conventionnels « constitue l'expression des tendances, de l'évolution des mentalités juridiques dans le domaine concerné ».

La diversité culturelle était en effet liée de facto de manière intrinsèque à chacun des piliers qui soutiennent l'édifice du développement durable, en faisant en quelque sorte la clef de voute de celle-ci, toujours dans le cadre de la métaphore architecturale. L'apport essentiel de cette convention à travers son préambule et à travers un certain nombre de ses dispositions, est qu'elle vient instiller une certaine densité normative aux instruments soft law consacrant ce quatrième pilier. Sans vouloir lui prêter une charge messianique, il convient de noter que la dimension culturelle demeurée dans l'ombre du pilier social s'est graduellement constituée en pilier distinct du développement durable. Cette construction à la fois politique et juridique est marquée du sceau de la progressivité.

Le statut normatif de ce principe relève davantage du « méta-principe » ou de la « norme interstitielle ». Si la Convention sur la diversité culturelle en tant qu'*instrumentum* constitue une « Convention-chapeau » en droit international de la culture et cristallise le quatrième pilier du développement durable, elle n'a pas toutefois la force normative que certains lui prêtent et reste malheureusement encombrée d'un certain nombre de dispositions alambiquées qui rendent son interprétation et application malaisées. Il s'agit d'un hard instrument doté d'un soft contenu. Elle requerra ainsi un long processus de concrétisation chargé d'en déterminer progressivement le sens et d'en révéler la densité normative.

Le juge de l'OMC ayant reconnu une influence considérable au concept de développement durable sur l'interprétation de certaines dispositions des accords chapeautés par l'Organisation, devrait guider l'application et l'interprétation de ses principes sur cette base d'un développement durable ainsi densifié. Comme le souligne Véronique Guèvremont : « Les valeurs désormais véhiculées par les quatre piliers du développement durable, y compris la protection et la promotion de la diversité culturelle, sont alors susceptibles de circuler au sein des systèmes et

sous-systèmes qui intègrent ce concept, tels que le système commercial multilatéral de l'OMC et la Convention de 2005 ». Sa stabilisation juridique n'a toutefois ni épuisé toutes les interrogations tant pratiques que conceptuelles ni dissipé tous les « brouillards normatifs ». La question de l'intégration systémique par voie de l'interprétation s'impose comme une question nodale de l'articulation entre les valeurs culturelles et commerciales. L'organisation du service après-vente de la convention participe à la densification qualitative de celle-ci.

II. Le rôle du juge dans la densification normative qualitative de la Convention sur la Diversité Culturelle

A l'issue de la phase d'élaboration des normes, si les conflits n'ont pas été résolus et que les « brouillards normatifs » persistent, c'est à l'interprète des normes que vient le rôle de gardien de l'équilibre des droits et des obligations des parties, de l'unité matérielle de l'ordre juridique international. L'interprétation affermit la norme et, ce faisant, dissipe progressivement son imprécision, source d'incertitude. Le rôle du juge est donc déterminant de l'affermissement de des principes et des dispositions de cette convention. Il peut ordonner le multiple sans le réduire à l'extension hégémonique d'un modèle unique. Il convient dès lors d'examiner la contribution des organes de contrôle qui nous montrent que densifier est non seulement mettre de l'ordre au cœur de l'anarchie des valeurs mais également affirmer le caractère obligatoire de certaines dispositions d'une norme. Le juge de l'OMC (A) et le juge communautaire (B) exercent et exerceront une certaine autorité dans la « densification normative » de cet instrument juridique qui reste tout de même indéterminé et faiblement contraignant.

A. La densification normative incomplète sous l'action du mécanisme de règlement des différends de l'OMC

La notion de complémentarité et du renforcement mutuel conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités, peut servir de cadre d'analyse de densification normative qualitative de cette Convention dans la mesure où elle permet d'éviter les conflits normatifs potentiels. Malgré la réticence du mécanisme de règlement des différends de l'OMC à se référer à ces règles d'interprétation, certaines décisions marquent un effort de décroisement de l'OMC et ouvrent une brèche dans la jurisprudence de l'OMC en faveur de la prise en compte de considérations autres que commerciales.

Dès 1996, le juge de l'O.M.C. se positionne en faveur d'une approche de complémentarité et contre un « isolement clinique » du droit de l'O.M.C. La Convention de l'UNESCO différencie d'ailleurs le soutien mutuel de la simple « complémentarité », comme principe de cohérence et de coexistence entre les

instruments juridiques par le biais de l'intitulé fort intéressant de l'Article 20 de la Convention UNESCO : « Relations avec les autres instruments : soutien mutuel, complémentarité et non subordination ». Alors que tous les accords internationaux précédents incorporent le principe du soutien mutuel dans leur Préambule, la Convention de l'UNESCO incorpore le principe du soutien mutuel à titre de *jus dispositivum*. L'affermissement normatif de ce principe du soutien mutuel en droit international déjoue partiellement les craintes d'un affrontement inéluctable entre deux régimes spéciaux. Son renforcement fait de lui un principe de coordination *ex ante* et d'interprétation comme règle intemporelle afin d'actualiser le sens ancien des traités ou comme règle systémique permettant de lutter contre une certaine fragmentation de l'ordre juridique international.

Dans une récente affaire « Chine- publications audiovisuelles », la Chine a invoqué pour sa défense, la Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle. Pour sa défense, la Chine a fait valoir la nature unique des biens et services culturels. La Chine a fait également le lien entre les biens culturels et la morale publique, arguant que les biens culturels, comme le souligne la Convention de l'UNESCO, ont une incidence majeure sur la morale de la société et des personnes. Le Groupe spécial a adopté une interprétation « ouverte » de la « moralité publique » comme étant culturellement et socialement définie, il a conclu que la réglementation chinoise n'était pas « nécessaire » pour protéger la morale publique au sens de l'article XX(a) du GATT.

Toutefois le groupe spécial de l'OMC a eu moins de mal à accepter la Déclaration universelle sur la diversité culturelle. Bien qu'il s'agit d'un instrument dont le contenu reste imprécis et la portée vague dont la maturité juridique est insuffisante, le groupe spécial est parfaitement cohérent, conformément à l'article 31, §3, c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de considérer que l'on doit, outre leur contexte, tenir compte « de toute règle de droit international applicable dans les relations entre les parties » lors de l'interprétation des accords de l'OMC y compris donc, la Déclaration universelle sur la diversité culturelle. Le groupe spécial montre que le *soft law* n'est pas un droit défectueux mais d'un droit en gestation, *in statu nascendi* pour parodier *Abi Saab*. Une des vertus de la *soft Law* est en effet de « se déployer là où la *hard Law* ne peut ou n'ose s'aventurer (...),

d'explorer, de défricher les nouvelles aires d'expansion de la réglementation juridique ». Cela montre que la cause n'est pas inaudible aux yeux des juges de l'OMC. Nous sommes là en face d'un processus inachevé de densification normative qui laisse la détermination du contenu à l'appréciation des destinataires. En ces temps sans doute irréversibles de globalisation, chaque jour confronté davantage à la nécessité d'élargir son horizon à la prise en considération de l'incidence du droit international sur le droit de l'OMC qu'il est chargé d'appliquer, le juge sera-t-il dans son interprétation, souvent évolutive, déférent ?

L'on peut aussi imaginer sa cristallisation rapide en droit coutumier. La récente résolution des États parties à cette convention semble s'orienter dans la recherche des pratiques généralisées en la matière. Et la pratique n'est pas ici une masse inerte à laquelle l'*opinio juris* insufflerait un sens juridique. Elle est déjà une pratique juridique indissociable de l'*opinio juris*. Certains commentateurs concluent d'ailleurs que la Convention de l'UNESCO de 2005 relève déjà du droit coutumier. Pour J. Pauwelyn, la Convention, adoptée par 148 États, peut être considérée comme exprimant les « préoccupations actuelles de la communauté des Nations » en matière culturelle. Il estime que l'ORD ne pourra pas faire abstraction de cette Convention adoptée par l'écrasante majorité des membres de l'UNESCO. Cette position donne le coup de grâce à la « coutume instantanée » ou « coutume sauvage ». De manière sommaire, la coutume « sauvage » se distingue de la coutume traditionnelle dite « sage » par le renversement des éléments de formation de la coutume. Ici, la conviction du caractère obligatoire d'un usage précède la réalisation répétitive de cet usage tout simplement par qu'il s'impose par sa nécessité, par sa pratique généralisée, ou encore par la conviction avec laquelle il est mise de l'avant par certains États susceptibles de voir à son respect. Il n'existe néanmoins en droit international aucune « durée légale » requise officiellement pour la formation d'une règle coutumière et la « densité » de la pratique compte d'avantage que sa durée. Il en est de même de la désuétude d'une norme. La question qu'on peut se poser est celle de savoir si la doctrine des deux éléments du droit coutumier sort enrichie ou déformée de cette rencontre avec la diversité culturelle.

B. La CJCE et la densification normative de la Convention de 2005

La Cour de justice des Communautés européennes a rendu le 5 mars 2009 un arrêt sur une question préjudicielle concernant la compatibilité avec le droit communautaire d'une mesure espagnole par laquelle le législateur oblige les radiodiffuseurs à investir une partie de leur chiffre d'affaires dans la production de films cinématographiques du Royaume d'Espagne et de télévision européenne. Le programme en cause avait pour finalité la promotion de la diversité linguistique. C'est sur le fondement des raisons impérieuses d'intérêt général que repose l'argumentation de l'Espagne dans cet arrêt. Cette théorie jurisprudentielle constitue donc une porte de secours pour les politiques culturelles nationales si l'État membre se conforme aux conditions requises ». Dans la lignée de sa jurisprudence envers les mesures nationales fondées sur des considérations culturelles, la Cour n'a eu aucune difficulté à considérer comme légitimes les raisons culturelles de défense du multilinguisme avancées par l'Espagne.

Pour la première fois, la Cour fait référence à la Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle qui mentionne dans son préambule que « la diversité linguistique est un élément fondamental de la diversité culturelle ». La Cour de Justice saisit son contenu pour redéfinir et enrichir un objectif européen – l'objectif de diversité culturelle. La Cour d'affirmer que la langue est bien un vecteur essentiel de la culture, suffisant pour justifier une restriction (point 33). Elle s'appuie sur le lien intrinsèque entre la langue et la culture en se référant à cette Convention pour densifier un ancien objectif européen mais qui manquait de précision. Ainsi, indirectement, la Convention de l'UNESCO, dorénavant partie de l'acquis communautaire, a permis aux mesures protectrices des langues nationales d'être plus facilement justifiées sur le fondement des raisons impérieuses d'intérêt général. La Cour donne une nouvelle densité normative à une disposition qui constitue le cœur normatif de la Convention à savoir : le droit souverain des États de « formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles » (article 5).

La diversité culturelle s'est enrichie au point de devenir une branche autonome

du droit international et instille du même coup une densité normative aux principes et normes, notamment le développement durable, le principe de soutien mutuel et le droit à l'identité culturelle. La densification normative qualitative, en faisant participer les organes juridictionnels qui affirment le caractère obligatoire des instruments dénués de cette qualité, est appelée à se poursuivre et à se renforcer. Cette Convention montre qu'en droit international plus qu'ailleurs la norme juridique n'est pas posée mais construite au travers d'un processus complexe de concrétisation de la norme. La densification normative, on l'aura deviné, servira à décrire la tendance actuelle du droit international qui commande d'investir plus avant les termes antinomiques des couples avec lesquels on est déjà familier à savoir le droit et le non-droit. L'étude montre que ces configurations enchevillées l'une à l'autre sont d'une importance capitale pour baliser conceptuellement ce concept de densification normative, révélateur privilégié de la transformation et de renforcement de la normativité.