

## INTRODUCTION

La révolte égyptienne de janvier et février 2011, causant la chute du Président Hosni Moubarak, aura offert un répit aux signataires de la « Déclaration sur l'importance et la valeur des musées universels », que ceux-ci n'auront certainement pas manqué de savourer<sup>1</sup>. Car la chute de Moubarak aura également été celle de membres de son gouvernement, dont l'ancien chef du Conseil Suprême des Antiquités Égyptiennes et éphémère Ministre égyptien des Antiquités, l'égyptologue Zahi Hawass. Ce dernier était manifestement et jusqu'à sa démission du gouvernement, le 6 mars 2011, l'instigateur d'un mouvement de plus en plus pressant de revendication de biens culturels considérés par certains « États-sources » comme appartenant à leurs patrimoines culturels respectifs. Il avait notamment convoqué, en avril 2010, une « Conférence pour la protection et la restitution du patrimoine » à l'issue de laquelle les États participants ont publié une liste d'objets revendiqués<sup>2</sup>. Il a surtout obtenu la restitution et le retour d'un grand nombre d'antiquités égyptiennes dispersées dans diverses collections à travers le monde. La France décida, le 6 novembre 2009, de restituer cinq fresques provenant d'une tombe thébaine de la Vallée des Nobles<sup>3</sup>. Elles furent pillées, puis acquises par la France en violation de la Convention de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (ci-après, l'UNESCO) de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (ci-après, la Convention de l'UNESCO de 1970)<sup>4</sup>. Mais, lors de la

---

<sup>1</sup> « La Déclaration sur l'importance et la valeur des musées universels » est un manifeste rédigé en décembre 2002 par le directeur du British Museum, Neil MacGregor. En mars 2003, elle était déjà cosignée par une trentaine de directeurs d'institutions muséales les plus puissantes – dont le Musée du Louvre de Paris, le Musée de l'Ermitage de Saint-Petersbourg, le Metropolitan Museum of Art de New York et bien d'autres encore. Ce manifeste se présente comme un obstacle au mouvement de revendication des biens culturels par les États-sources. Jouant sur les notions de patrimoine commun de l'humanité, « d'universalisme » culturel et sur la nécessité de préserver l'intégrité physique des biens revendiqués, les institutions signataires souhaitent éviter la constitution de précédents en matière de restitution des biens culturels et n'acceptent d'étudier de telles demandes qu'au cas par cas, au regard des contextes historiques considérés et de la légalité des acquisitions. La déclaration universelle est disponible en anglais à l'adresse électronique suivante : <http://www.museum.or.jp/icom/universal.html>. Lire également : SCHUSTER (P-K) : « Les trésors des cultures du monde dans le musée public », *Les Nouvelles de l'ICOM*, vol. 57, n°1, 2004, disponible sur le site internet de l'ICOM à l'adresse électronique suivante : <http://www.museum.or.jp/icom/universal.html> ; ABUNGU (G.) : « La Déclaration : une question controversée », *Ibid.*

<sup>2</sup> Lire à ce sujet : CASTELAIN (J-C) : « Vers une OPEP des objets archéologiques ? », *L'Œil*, n°624, mai 2010, disponible sur le site internet Artclair à l'adresse électronique suivante : [http://www.artclair.com/oeil/archives/docs\\_article/75149/vers-une-opep-des-objets-archeologiques-.php](http://www.artclair.com/oeil/archives/docs_article/75149/vers-une-opep-des-objets-archeologiques-.php).

<sup>3</sup> La restitution intervint après que l'avis favorable de la commission scientifique nationale des collections des musées de France soit rendue le 9 octobre 2009 et que, en conséquence, l'arrêté de déclassement du ministère de la culture et de la communication soit adopté le 5 novembre 2009.

<sup>4</sup> Cette convention a été signée à Paris le 17 novembre 1970. Elle n'est pour le moment ratifiée que par 120 États. La France l'a ratifiée en 1997 et l'acquisition de ces fresques était postérieure à cette ratification.

révolte égyptienne et face aux allégations de clientélisme, de corruption et de « malhonnêteté scientifique » émises par le milieu scientifique égyptien, Zahi Hawass fût contraint à la démission<sup>5</sup> ; la confiance ayant été définitivement rompue après le scandale du « pillage » du Musée du Caire du 28 janvier dernier, durant lequel de nombreuses antiquités furent volées. La responsabilité de Zahi Hawass a été mise en cause dans la gestion de cet événement<sup>6</sup>. Ce fût notamment pour éviter d'être tenu pour responsable par l'opinion publique et par la communauté scientifique qu'il décida de démissionner, arguant du manque de moyen pour garantir l'intégrité des collections et l'intégrité physique des antiquités.

Ce répit n'aura cependant été que de courte durée ! En effet, l'égyptologue fut reconduit un temps dans ses anciennes fonctions. Il eut ainsi de nouveau les moyens de soutenir ce mouvement de revendication qui, de toute évidence, ne lui était aucunement dépendant. Car, si cette personne en fût la manifestation la plus virulente, le mouvement des États-sources pour une revendication des biens culturels s'inscrit dans un phénomène mondialisé. Un phénomène qui pousse à leur paroxysme les antagonismes entre les *prétendus* tenants d'un « universalisme » culturel et ceux d'un « relativisme » culturel. Il existe bien d'autres manifestations de ces antagonismes. *Les marbres de Parthénon* constituent un cas exemplaire, au même titre que *la Vénus hottentote*, les *Têtes Maories* ou *le sphinx de Bogâzköy*. Ce conflit, tant idéologique que pratique, s'exprime à travers tous les enjeux – notamment juridiques – de la circulation internationale des biens culturels.

L'enjeu le plus actuel étant certainement celui du trafic illicite des biens culturels et de leur restitution à leur propriétaires ou détenteurs légitimes. Le recours à cette notion est le fait de la Conférence générale de l'UNESCO qui, le 19 novembre 1964, adopta une Recommandation concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'exportation, l'importation et le transfert de propriété illicites des biens culturels. Cette Recommandation se contentait d'établir des principes généraux voués à la lutte contre ce trafic. Le principe général figurant au septième alinéa de la Recommandation considère comme illicite : « *toute exportation, importation et transfert de propriété effectué contre les règles adoptées par chaque État membre (...)* ». L'expression fût ensuite reprise dans divers documents internationaux, dont la Convention de l'UNESCO de 1970 – en son article 3 – et la

---

<sup>5</sup> Lire en ce sens : LEWINO (F.) : « L'Indiana Jones égyptien rend son chapeau ministériel », *Le Point*, 4 mars 2011, disponible à l'adresse électronique : [http://www.lepoint.fr/actu-science/l-indiana-jones-egyptien-rend-son-chapeau-ministeriel-04-03-2011-1302840\\_59.php](http://www.lepoint.fr/actu-science/l-indiana-jones-egyptien-rend-son-chapeau-ministeriel-04-03-2011-1302840_59.php).

<sup>6</sup> Lire en ce sens : CORTEGGIANNI (J-P.) : « Qui sont donc les pillards du musée du Caire ? Les propos du ministre Zahi Hawass éveillent les soupçons », *Le Monde*, 24 février 2011.

Convention du 24 juin 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés de l'Institut pour l'unification du droit privé (ci-après, Unidroit). C'est d'ailleurs l'intitulé même de cette dernière convention qui permet de cerner la notion de trafic illicite des biens culturels : il s'agit de toute transaction portant sur des biens culturels ayant fait l'objet de vol ou d'exportation illicite, selon les qualifications des normes juridiques internes et internationales. Dans ce trafic illicite, les antagonismes ont certainement éclaté une nouvelle fois lors du colloque organisé par l'UNESCO à Paris les 15 et 16 mars 2011 à l'occasion du quarantième anniversaire de la Convention de l'UNESCO de 1970. Cette convention prévoit des mesures de protection visant à prévenir le trafic illicite des biens culturels, mais elle établit aussi un cadre de coopération internationale en matière de restitution des biens culturels compromis dans ce trafic illicite. Or, les récents événements qui ont affaibli l'icone actuelle de la restitution des biens culturels auront servi des arguments aux opposants d'une restitution généralisée et absolue<sup>7</sup>. Ils auront noté la situation paradoxale dans laquelle se trouve l'opposant au trafic illicite des biens culturels qui doit en assumer lui-même une part de responsabilité. Ils souligneront également l'intérêt de tenir certains biens culturels éloignés de leur État de provenance, compte tenu d'événements politiques pouvant porter atteinte à leur intégrité physique où les faire basculer dans le trafic illicite. Ainsi, la question de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite est extrêmement actuelle. Il convient donc de définir ce domaine d'étude, ses causes et ses effets.

### ***I. LE TRAFIC ILLICITE DES BIENS CULTUREL COMME PHÉNOMÈNE MONDIALISÉ***

Il n'est aujourd'hui plus possible de penser le trafic illicite des biens culturels comme un phénomène localisé, sporadique et conjoncturel. C'est un phénomène mondialisé et une lutte efficace et effective contre ce trafic ne peut qu'être internationale.

#### ***a. Mondialisation du marché des biens culturels et internationalisation du trafic illicite***

La cause principale de développement de ce trafic illicite a certainement été l'expansion du marché mondial des biens culturels. Comme l'explique Pierre Tabel, ancien chef de l'Office central de lutte contre le trafic des biens culturels (ci-après, l'OCBC) : « *la demande étant devenue très forte et le marché licite peinant à la satisfaire, le trafic illicite est*

---

<sup>7</sup> Lire à ce propos : FLOUQUET (S.) : « Le retour des biens culturels en débat », *Le journal des arts*, n°342, 4 mars 2011.

venu compenser l'offre manquante »<sup>8</sup>. Compte tenu de l'inadéquation de l'offre à une demande en accroissement exponentielle, la spéculation sur le marché des biens culturels a déplacé les transactions sur le marché international illicite. En mars 2011, l'UNESCO a avalisé certaines sources selon lesquelles les ventes mondiales – licites ou non – de biens culturels se chiffraient à 60 milliards de dollars ; soit une hausse de 50% en dix ans<sup>9</sup>. Il s'agirait du troisième trafic illicite international après ceux des stupéfiants et des armes et, à leur image, ce trafic ne se cantonne pas à une zone géographique déterminée. L'Europe, en particulier l'Italie et la France, n'est pas à l'abri. Déjà, à la fin des années 1990, l'Italie constituait le premier pays au monde touché par ce trafic, avec environ 30 000 objets d'art volés chaque année. La France venant en deuxième position avec près de 6000 objets d'art volés annuellement<sup>10</sup>. Dans ce même pays, en 2003, plus de 7000 biens culturels étaient concernés par les fouilles archéologiques illicites et l'exportation illicite de leur contenu<sup>11</sup>. L'Asie et l'Afrique sont également durement touchées. Dans les années 1990, près de 45% des sites répertoriés au Mali avaient subis des pillages, de même que 15 000 tombes Hongshan en Chine<sup>12</sup>. Ce dernier État est régulièrement confronté à la réapparition de biens culturels d'origines chinoise sur le marché licite international. Un exemple récent peut être trouvé dans l'affaire des *têtes de bronze* qui avaient été volées lors du sac du Palais d'été de Pékin en octobre 1860 par les forces britanniques et françaises. Celles-ci sont réapparues à l'occasion de la vente de la collection d'art Yves Saint-Laurent et Pierre Bergé organisée par la maison Christie's à Paris en février 2009. Le continent américain est également concerné. Déjà, à la fin des années 1970, les scientifiques soulignaient l'ampleur croissante que prenaient les pillages de sites archéologiques pré-colombiens. Certains soulignaient que « *the theft and mutilation of monuments is not confined to little known, sites (...). Monument from sites which have been scientifically excavated and completely published, and which are*

---

<sup>8</sup> TABEL (P.) : « Le trafic international des œuvres d'art », Questions Internationales – L'art dans la mondialisation, n°42, mars-avril 2010, p. 70.

<sup>9</sup> UNESCO : « La lutte contre le trafic illicite des biens culturels. La convention de 1970 : bilan et perspectives », Dossier d'information CLT/2011/CONF/207/6/Rev produit par la Division de l'information du public et le Secteur de la Culture de l'UNESCO à l'occasion du 40<sup>e</sup> anniversaire de la Convention de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de la propriété illicites des biens culturels, 15 et 16 mars 2011, Paris, Siège de l'UNESCO, p. 3. Document disponible sur le site internet de l'UNESCO.

<sup>10</sup> CARDUCCI (G.) : *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, Paris, L.G.D.J. coll. Droit des affaires, 1<sup>er</sup> éd., 1997, p. 17.

<sup>11</sup> DARTIES (B.) « Les bases de données, outil de lutte contre le trafic illicite des biens culturels », in *La coopération internationale au service de la sûreté des collections – journée d'études du 14 mai 2004*, BNF-réseau LIBER, p.3.

<sup>12</sup> BAQUE (P.) : « Enquête sur le pillage des œuvres d'art », *Le monde diplomatique*, janvier 2005, p. 19.

*known (national monuments) are also appearing on the market (...).* »<sup>13</sup>. Au début de l'année 2010, les volumes financiers échangés pour le trafic illicite international des seules œuvres d'art se chiffraient entre 10 et 15 milliards d'euros<sup>14</sup>. L'UNESCO considère que « *avec les trafics de drogues et d'armes, le marché noir des antiquités et de la culture constitue l'un des commerces illicites les plus ancrés de la planète* »<sup>15</sup>. Ce développement exponentiel du trafic international des biens culturels porte préjudice non seulement aux États, mais également aux sujets de droit interne, personnes publiques ou privées. En plus du développement de la demande pour les biens culturels survient, en amont, une défaillance institutionnelle et normative en terme de prévention du trafic. Défaite qui peut être due à l'ouverture des frontières, aux conflits armés internes et internationaux et à bien d'autres facteurs.

Il apparaît notamment que l'un des facteurs les plus déterminants dans la qualification « internationale » de ce trafic illicite consiste dans le fait que, le plus souvent, les vols sont accompagnés de franchissements successifs de frontières. Il en résulte que les réseaux de trafiquants parviennent à jouer des disparités entre les législations nationales en produisant des documents d'accompagnement contrefaits – certificats d'authenticité et d'exportation. Il s'agit notamment des disparités relatives à la caractérisation du recel, déterminante pour engager des poursuites pénales. Il est également important de souligner qu'une exportation illicite qualifiée dans un pays n'implique pas nécessairement une importation illicite dans le pays d'accueil du bien. Or, par l'usage de faux, les réseaux de trafiquant parviennent à « *réinjecter* » les biens culturels dans le marché licite en les faisant passer dans les mains de divers receleurs de nationalités différentes et, finalement, dans les mains d'acquéreurs de bonne foi<sup>16</sup>. Ces pratiques délictuelles peuvent être traduites en termes juridiques pour souligner les disparités entre les normes nationales de lutte contre le trafic illicite.

---

<sup>13</sup> COGGINS (C.) : « *Illicit traffic of Pre-Columbian Antiquities* », *Art Journal*, 1969, vol. 29, n°1, p. 94.

<sup>14</sup> En ce sens : TABEL (P.) : « *Le trafic international des œuvres d'art* », *Questions Internationales – L'art dans la mondialisation*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>15</sup> UNESCO : « *La lutte contre le trafic illicite des biens culturels. La convention de l'UNESCO 1970 : bilan et perspectives* », *op. cit.*, p. 3.

<sup>16</sup> Sur les méthodes développées par les réseaux de trafiquants, lire : TABEL (P.) : « *Le trafic international des œuvres d'art* », *op. cit.*, pp. 70-77 ; LALIVE (P.) : « *Une convention internationale qui dérange : la convention Unidroit sur les biens culturels* », p. 179, in DUPUY (R.-J.) (Ed.) : *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice*, Paris, Pedone, 1999, 703 p.

### ***b. L'incohérence des mesures nationales dans la lutte contre le trafic illicite***

L'insuffisance des normes de droit interne tient aux diversités existantes entre les systèmes juridiques nationaux. Ces diversités apparaissent avant tout dans le champ d'application matériel des normes de droit interne relatives à la protection des biens culturels en cas de trafic illicite. Il est vrai que les définitions internes des notions pertinentes sont souvent dissemblables en la matière. Chaque ordre juridique national définit pour lui-même les notions de bien culturel ou d'œuvre d'art. Chaque ordre juridique attribut un statut juridique original à ces biens. Il pourra s'agir d'un statut spécial, mais il arrive également que certains États attribuent à ces biens un statut de droit commun, c'est-à-dire qu'ils les soumettent au régime juridique généralement applicables aux biens mobiliers. Ces régimes généraux étant eux-mêmes extrêmement divers d'un ordre juridique à l'autre. En outre, ces disparités se manifestent à travers deux questions qui ont été effleurées dans le développement précédent : il s'agit de la restitution des biens volés en cas d'acquisition *a non domino* et du principe de non application du droit public étranger en matière de restitution des biens culturels illicitement exportés<sup>17</sup>.

Le premier élément met clairement en évidence les différences existantes entre les ordres juridiques nationaux et même, d'une façon assez schématique, entre les types de systèmes juridiques existants. Dans la mesure où les vols de biens culturels s'accompagnent souvent de franchissement de frontières, ils sont grevés d'un élément d'extranéité. En d'autres termes, la *lex rei sitae* pourra éventuellement permettre l'aliénation du bien dans un pays ayant une législation protectrice vis-à-vis de l'acquéreur *a non domino*, écartant ainsi l'application du droit public et pénal de l'État d'origine du bien<sup>18</sup>. L'illustration la plus claire – mais aussi la plus simpliste – de ce risque réside dans la contradiction réductrice entre les systèmes juridiques de *common law* et ceux de tradition *romano-germanique*. Généralement, les premiers ne gratifient à l'acquéreur *a non domino* qu'une protection limitée dans la mesure où ils ont recours au principe *nemo dat quod no habet*<sup>19</sup>. Il en résulte que l'acquéreur ne bénéficie que des prescriptions acquisitives pour acquérir un titre de propriété. Surtout, cela implique pour l'acquéreur de bonne foi qu'une indemnisation, ou compensation, ne sera

---

<sup>17</sup> Un acquéreur *a non domino*, selon la définition du Vocabulaire juridique Cornu, « *tient ses droits d'une personne qui n'est pas le véritable propriétaire* ». CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige dicos poche, 7<sup>e</sup> éd., 2007, p. 59.

<sup>18</sup> La *lex rei sitae* est la loi de situation du bien.

<sup>19</sup> « *Nul ne peut transférer la propriété de ce qui ne lui appartient pas* ». CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 966.

probablement pas prévue si son titre sur la chose n'est pas effectif et si la détention du bien lui est retirée. À l'inverse, les systèmes juridiques de tradition *romano-germanique* attribuent généralement une protection bien plus poussée à l'acquéreur *a non domino* lorsqu'il est de bonne foi. Si dans le premier cas la sécurité juridique de l'acquéreur est délaissée au profit de la lutte contre le trafic illicite, dans le second la sécurité juridique de l'acquéreur est assurée au risque d'encourager ce trafic. Il résulte de l'ensemble une indétermination juridique mise à profit par les réseaux de trafiquants. Par conséquent, le problème de la restitution des biens culturels en cas de vol international appelle des réponses internationales, à travers le développement de la coopération internationale et la formation de normes juridiques internationales pertinentes.

Il en va de même concernant la restitution des biens culturels illicitement exportés. En effet « *la demande de restitution simplement fondée sur l'exportation illicite aboutit normalement à un rejet en droit commun* »<sup>20</sup>. Cela tient au principe de *l'inapplicabilité du droit public étranger* dans le territoire national de l'État de situation du bien. Il s'agit d'un principe qui a été abordé dans le rapport explicatif de la Convention Unidroit du 24 juin 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (ci-après, la Convention Unidroit)<sup>21</sup>. Le rapport souligne que : « *en l'état du droit international, la communauté des États continue de partager l'absence de principe d'une quelconque obligation pour le juge du for de prendre en compte les règles de droit public d'un État étranger – dont relèvent les législations en matière d'exportation* »<sup>22</sup>. Il rappelle également que les règles de conflit de lois de l'État du for, en droit international privé, ne portent que sur l'application des dispositions étrangères de droit privé<sup>23</sup>. Le principe d'inapplicabilité du droit public étranger est un corollaire de celui de souveraineté étatique et, plus particulièrement, du principe de souveraineté territoriale. Ce qui signifie que chaque État ne peut réglementer l'exportation illicite des biens culturels que dans la limite de ses compétences, notamment celles territoriales. Mais un exercice extraterritorial de ces compétences ne peut pas être imposé par un État sur le territoire d'un de ses pairs sans son consentement. Ainsi, au nom du principe de l'égalité souveraine des États, aucun d'entre eux n'a à souffrir, dans son territoire national, l'application des normes internes de droit public d'un État tiers, notamment les mesures relatives au contrôle des exportations des biens

---

<sup>20</sup> CARDUCCI (G.) : *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, op. cit., p. 275.

<sup>21</sup> SCHNEIDER (M.) : Secrétariat d'Unidroit, *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, *Revue de droit uniforme*, 2001, n°3, vol. 61, pp. 477-565.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 525.

<sup>23</sup> *Ibid.*

culturels. Cette application serait perçue comme une violation de la souveraineté étatique. Par conséquent, une demande de restitution exclusivement fondée sur la violation d'une législation étrangère relative à l'exportation illicite sera accueillie défavorablement à l'étranger. C'est pourquoi le principe d'inapplicabilité du droit public étranger a – longtemps – été la cause principale du développement des exportations illicites des biens culturels. Encore une fois, il apparaît clairement que seules une coopération internationale accrue et le développement de norme juridiques internationales sont en mesure de résoudre les différences existantes entre les législations internes.

## ***II. LA RESTITUTION DES BIENS CULTURELS DANS LE DROIT INTERNATIONAL***

La restitution des biens culturels ne constitue qu'un aspect de la coopération internationale en matière culturelle. En outre, elle n'est pas envisagée exclusivement en cas de trafic illicite.

### ***a. La restitution : un aspect particulier de la protection internationale des biens culturels***

Concernant la protection internationale des biens culturels *meubles*, trois « niveaux » de protection normative sont toujours considérés<sup>24</sup>. *La préservation de l'intégrité matérielle* des biens culturels constitue le premier volet de cette protection. Elle vise à empêcher la destruction ou l'endommagement des biens concernés. Elle peut être appréhendée comme un ensemble normatif « préventif » contre les dommages causés aux biens culturels. Le second volet réside dans la protection des biens contre une soustraction à leur territoire d'origine – ou de provenance. Il s'agit d'une *protection matérielle et juridique contre l'enlèvement* des biens culturels de leurs territoires d'origine. Cette protection passe par l'attribution à ces biens culturels d'un statut juridique et d'un régime juridique adaptés. En d'autres termes, ce mécanisme de protection établira une obligation négative – ou d'abstention – visant à interdire l'enlèvement des biens culturels. Dans le cadre des conflits armés, ce second volet de protection était déjà prévu par les Conventions de La Haye de 1899 et 1907<sup>25</sup>. Ces conventions interdisent ainsi, la saisie, la confiscation et le pillage des biens culturels en cas

---

<sup>24</sup> Le professeur Carducci a présenté brièvement ces trois volets de la protection internationale des biens culturels dans la situation particulière des *conflits armés*. Il énonce une protection matérielle des biens en premier lieu ; puis il présente une « obligation de non-soustraction » de ces biens à leur territoire d'origine durant la période de conflit ; enfin il envisage la restitution des biens culturels à la fin du conflit. CARDUCCI (G.) : « L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé », *R.G.D.I.P.*, 2000, vol. 2, pp. 323-324.

<sup>25</sup> Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Règlement annexe de 1899. La Convention (II) fût modifiée par la Convention (IV) de 1907.



de conflit armé<sup>26</sup>. Vient enfin le dernier volet de la protection normative internationale des biens culturels, qui n'est autre que *la restitution des biens culturels*. Elle intervient en dernier lieu, si les biens culturels ont été soustraits à leur État d'origine. C'est pourquoi il arrive, à tort ou à raison, que la restitution soit perçue comme la sanction de la violation de l'obligation négative du second volet. Mais la restitution elle-même intervient dans différents contextes qu'appréhende le droit international.

### ***b. La restitution : un outil juridique aux applications matérielles variables***

Le droit international appréhende le phénomène des restitutions des biens culturels dans trois contextes distincts. La restitution peut être considérée *en cas de conflits armés* – c'est d'ailleurs le premier contexte dans lequel elle fût envisagée. La question de la restitution était déjà abordée dans les Conventions de La Haye de 1899 et 1907. En réalité, ces conventions n'ont pas expressément établi d'obligation de restitution des biens culturels soustraits à leur territoire d'origine. Ce ne fut que par une interprétation extensive des dispositions relatives au second volet de protection – celui établissant une *protection matérielle et juridique* des biens culturels – que la restitution fût considérée comme une obligation secondaire de réparer l'obligation primaire de non-soustraction des biens culturels<sup>27</sup>. Selon le professeur Carducci, le troisième volet de protection en cas de conflit armé n'a été atteint « *expressis verbis et en droit conventionnel (multilatéral), qu'avec la Convention de La Haye de 1954* »<sup>28</sup>. La restitution peut par ailleurs se référer au *retour des biens culturels à leur pays d'origine*. Cette configuration s'attache clairement au phénomène de la décolonisation. C'est une question qui suscite beaucoup de passions et divise la doctrine, de même que les praticiens du droit. Les États issus du processus de décolonisation, à travers l'Assemblée générale des Nations unies (ci-après, l'AGNU), ont engagé une politique de « *protection du patrimoine artistique national incluant les problèmes d'échange et de retour volontaire de diverses œuvres culturelles* »<sup>29</sup>. Dès lors, ces États ont adopté, au sein des organes pléniers de diverses organisations internationales, de nombreuses résolutions par lesquelles ils revendiquent la restitution des biens qui leurs ont été soustraits pendant une période d'occupation coloniale. Mais ces actes n'ont cependant que l'autorité limitée d'une

---

<sup>26</sup> Articles 56 al.2, 46 al.2 et 47.

<sup>27</sup> Interprétation des articles 56 al.2, 46 al.2 et 47 de ces conventions. Lire à ce sujet : CARDUCCI (C.) : « L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé », *op. cit.*, pp. 324-329.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 329. Il s'agit de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Ci-après, la Convention de La Haye 1954.

<sup>29</sup> AGNU, résolution 3148 (XXVIII), 14 décembre 1973, p. 87.

invitation ou d'une recommandation. Parmi ces actes figurent, à titre d'exemple, la résolution de l'AGNU 3187 (XXVIII) du 18 décembre 1973 ou celle 3391 (XXX) du 19 novembre 1975. Par la résolution 3187 (XXVIII), les États décolonisés affirmèrent avoir subi « *de graves préjudices* » du fait des « *transferts massifs et presque gratuits d'objets d'art* » par suite de la colonisation. Ils demandèrent également la restitution « *prompte et gratuite* » de ces biens culturels comme réparation aux préjudices subis. Enfin, ils prétendaient fonder ce droit à réparation sur l'obligation primaire qu'auraient les États anciennement colonisateurs de procéder à ces restitutions. Le refus de voir une illégalité – la commission d'un fait internationalement illicite – dans la soustraction de certains biens culturels à leur pays d'origine a poussé une partie de la doctrine à user du terme « retour » plutôt que « restitution » pour ce contexte particulier. Car la « restitution » risque d'être perçue comme la sanction de la violation de l'obligation négative du second volet de protection. Néanmoins, l'opinion doctrinale dominante exclut clairement l'existence d'une obligation primaire et rétroactive de restitution – ou de retour – à l'égard des États colonisateurs<sup>30</sup>. Enfin, la restitution intervient dans le cadre du trafic illicite des biens culturels.

Les deux textes centraux dans ce domaine sont la Convention de l'UNESCO de 1970 et la Convention Unidroit. Au-delà de ces deux traités à vocation universelle, il existe des instruments régionaux favorisant la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. L'Union européenne a développé un dispositif juridique élaboré, composé d'une Directive et d'un Règlement du Conseil de l'Union européenne. Il s'agit de la Directive 93/7/CEE du 15 mars 1993 relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illégalement le territoire d'un État membre. Elle pose une exception au principe de la liberté de circulation des biens en matière de biens culturels. Le Règlement 3911/92 du 9 décembre 1992 sur l'exportation des biens culturels, d'applicabilité directe, impose aux États membres de prendre en compte leurs législations respectives en matière de contrôle des exportations des biens culturels. L'Organisation des États américains (ci-après, l'OEA) dispose d'une convention régionale de 1976 sur la défense du patrimoine archéologique, historique et artistique des nations

---

<sup>30</sup> En ce sens, lire : GOY (R.) : « Le retour et la restitution des biens culturels à leurs pays d'origine en cas d'appropriation illégale », *R.G.D.I.P.*, 1979, vol. 4, pp. 962-985. La Convention Unidroit de 1995 distingue la *restitution* des biens culturels volés de leur *retour* en cas d'exportation illicite. Le retour n'a pas ici le sens généralement retenu dans les documents des organisations internationales. Il ne se réfère aucunement à la situation des États issus de la décolonisation souhaitant recouvrer la possession des biens culturels soustraits à leurs territoires pendant une période coloniale. Pour éviter toute confusion, le terme restitution sera utilisé également dans les situations relatives à l'exportation illicite des biens culturels au regard de la convention Unidroit.

américaines. Il s'agit là des documents les plus importants concernant la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Mais le trafic illicite, c'est-à-dire le vol et l'exportation illicite de biens culturels, n'a pas exclusivement cours en temps de paix. Aussi, bien que la Convention de l'UNESCO de 1970 et la Convention Unidroit soient principalement conçues pour lutter contre un trafic qui évolue en temps de paix, rien n'empêche d'étendre leur application aux cas de conflits armés. À titre d'exemple, la Convention de l'UNESCO de 1970 pourrait hypothétiquement trouver application pour les pillages des musées irakiens, qui se sont déroulés au moment de l'intervention de la coalition américaine en 2003. D'autant plus que, comme le souligne le professeur Carducci, la Convention de L'UNESCO de 1970 «  *vise expressément également les situations d'occupation*  »<sup>31</sup>. De surcroît, les instruments internationaux relatifs à la protection des biens culturels en cas de conflit armé peuvent très bien trouver application en cas de trafic illicite des biens culturels. Comme il a déjà été énoncé précédemment, le Protocole à la Convention de La Haye de 1954, et datant du même jour, consacre dans le droit conventionnel l'existence du troisième niveau de protection des biens culturels, à savoir : la restitution des biens culturels<sup>32</sup>. Par conséquent, une applicabilité concurrente des instruments pertinents en matière de conflit armé ou de trafic illicite doit être articulée autour des principes *lex specialis* ; sachant que la loi spéciale réside dans les instruments relatifs à la protection en temps de conflit armé<sup>33</sup>. Mais : «  *Il est aussi possible que la procédure de restitution puisse se fonder sur deux Conventions, le Protocole et la Convention de l'Unesco de 1970, comme cela a été le cas pour le Cambodge*  »<sup>34</sup>. La frontière entre ces deux domaines est poreuse et il ne faudra pas s'interdire quelques observations édifiantes sur l'état du droit international en matière de restitution des biens culturels en cas de conflit armé. Assurément, ces observations pourront s'avérer utiles à l'étude de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Il serait en revanche plus délicat de se fonder sur l'état actuel de la réception par le droit international du retour des biens culturels aux pays d'origine pour étayer certains développements relatifs à la restitution en cas de trafic illicite. Car la problématique du retour au pays d'origine diffère sensiblement de celle de la restitution en cas de trafic illicite. La première porte sur la reconnaissance de cette notion, en elle-même : existe-t-il un droit ou une obligation quelconque au retour d'un bien culturel au

---

<sup>31</sup> CARDUCCI (G.) : « L'obligation de restitution des biens culturels (...) », *op. cit.*, p. 351.

<sup>32</sup> Protocole additionnel à la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954, article 3.

<sup>33</sup> Lire en ce sens : CARDUCCI (G.) : « L'obligation de restitution des biens culturels (...) », *op. cit.*, p. 351.

<sup>34</sup> *Ibid.*

pays d'origine, c'est-à-dire à l'État anciennement colonisé ? Si un tel droit – ou une telle obligation – au retour des biens culturels à leur pays d'origine devait être reconnu, son fondement serait déjà disponible. Les États issus de la décolonisation n'ont eu de cesse de formuler ce fondement dans les divers actes qu'ils ont adoptés au sein des organes pléniers des organisations internationales. Si le fondement disponible est légitime, le différend porte sur son effectivité et sa traduction dans une règle juridiquement opposable. À l'inverse, l'existence d'une obligation de restitution en cas de trafic illicite est consacrée sous certaines conditions, du moins dans les conventions multilatérales à vocations universelles ou régionales. Ce qui pose problème à l'égard de cette obligation, c'est son étendue, sa portée et son fondement.

### **III. L'INDÉTERMINATION JURIDIQUE DE L'OBLIGATION DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS EN CAS DE TRAFIC ILLICITE**

Les conventions internationales établissant une obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite ont déjà été énumérées. Il s'agit, pour les conventions universelles, de la Convention de l'UNESCO de 1970 et de la Convention Unidroit<sup>35</sup>. Concernant les instruments régionaux, le droit communautaire de même que l'OEA ont consacré cette obligation. Cependant la portée de cette obligation varie selon les instruments. D'autant plus que des conditions plus ou moins strictes doivent être remplies pour satisfaire à l'applicabilité de l'obligation de restitution. En d'autres termes, le droit conventionnel ne consacre pas d'obligation absolue de restitution. De surcroît les obligations qu'il consacre ne sont opposables qu'aux États ayant ratifié ces instruments compte tenu des maximes *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* ou *res inter alios acta*<sup>36</sup>. Il convient ainsi de constater la relativité de l'obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Car, même si cette obligation peut être de droit international privé, il est nécessaire au préalable que les États se rendent opposables les normes juridiques internationales consacrant cette obligation

---

<sup>35</sup> Convention de l'UNESCO de 1970, article 7 (b)ii et article 13 (b) ; Convention d'Unidroit de 1995, article 3§1 et article 5.

<sup>36</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, article 34. L'article est inspiré de la jurisprudence internationale préexistante, notamment de la sentence arbitrale de l'affaire *Île de Palmas* (États-Unies c/ Pays-Bas, C.P.A., 4 avril 1928) ou de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (Gouvernements de l'Empire Allemand c/ Pologne, *Avis consultatif* du 10 septembre 1929, série A, n°23). Ces jurisprudences font usage du principe contenu dans la maxime *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* pour refuser de rendre opposable à un tiers au traité une obligation juridique qui est formulée. Lire en ce sens : COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public*, Paris, Montchrestien, coll. Droit Public, 8 éd., 2008, p. 156.

de restitution. Ce constat pose d'importants défis pratiques aux États, institutions, chercheurs ou experts intéressés par la lutte contre le trafic illicite des biens culturels et leur restitution à leurs détenteurs légitimes. Il s'agit pour eux de trouver le moyen de rendre cette obligation universellement opposable.

#### ***a. La qualification de l'intérêt juridiquement protégé dans la protection des biens culturels***

Déjà, en 1978, le directeur général de l'UNESCO, Monsieur M'Bow, prononça une déclaration, sous forme « d'appel » à la communauté internationale des États – mais également à d'autres acteurs de la coopération internationale –, par laquelle il soulignait que restituer les biens culturels à leurs pays de provenance, c'est « *permettre à un peuple de recouvrer une partie de sa mémoire, de son identité, c'est faire la preuve que, dans le respect mutuel entre nations, se poursuit toujours le long dialogue des civilisations qui définit l'histoire du monde* »<sup>37</sup>. Cette déclaration témoigne de l'importance d'un mouvement contemporain tendant à redéfinir à la hausse les fondements et la portée de l'obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Le directeur général de l'UNESCO cherchait à déterminer la nature du fondement de l'obligation de restitution des biens culturels et, par les références aux notions de « *peuples* » et « *nation* », tentait de mettre en échec le relativisme issu du volontarisme étatique. Un volontarisme qui mine la lutte contre le vol et l'exportation illicite des biens culturels. En effet, le recours aux notions de *peuple* et de *nation* permettrait de présenter la restitution des biens culturels comme l'affirmation d'une *valeur universelle*, dépassant les intérêts étatiques compromettant la restitution des biens culturels en cas de vol ou d'exportation illicite. Le renvoi à ces deux notions est présent dans le Préambule de la Convention de l'UNESCO de 1970 de même que dans celui de la Convention Unidroit<sup>38</sup>. Mais il est bien plus ancien puisque, déjà, le Préambule du Pacte Roerich de 1935 présente la préservation de la « *culture des peuples* » comme le fondement de la protection

---

<sup>37</sup> M'BOW (A-M.) : « Trafic illicite et restitution des biens culturels. Pour le retour, à ceux qui l'ont créé, d'un patrimoine culturel irremplaçable », déclaration du directeur général de l'Unesco, 7 juin 1978, p. 3. Disponible à l'adresse électronique : [www.unesco.org/culture/fr/illicittrafficking](http://www.unesco.org/culture/fr/illicittrafficking). La communauté internationale peut s'entendre restrictivement comme « *la communauté internationale des États dans son ensemble* » ou, largement, comme un « *ensemble plus vaste incluant, à côté des États, les organisations internationales à vocation universelle, les particuliers et l'opinion publique internationale* ». Mais quelque soit la consistance de cet ensemble, « *l'expression de la solidarité commune des membres transcende leurs oppositions particulières* ». Définition tirée du Dictionnaire de droit international public : SALMON (J.) (Ed.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. Universités Francophones, 2001, XLI-1198 p.

<sup>38</sup> Premier paragraphe du Préambule de la Convention de l'UNESCO de 1970 ; 1<sup>er</sup> et deuxième paragraphes du Préambule de la Convention d'Unidroit de 1995.

des biens culturels *immeubles*<sup>39</sup>. Ce fondement constitue, selon une certaine doctrine, l'une des « *caractéristiques d'un système de mise en œuvre de la responsabilité collective de la communauté internationale en matière de protection du patrimoine* »<sup>40</sup>. L'invocation d'une *responsabilité collective de la communauté internationale* implique l'existence d'un *intérêt collectif* de cette même communauté à la protection des biens culturels – ou du patrimoine culturel considéré. Ainsi, beaucoup d'instruments juridiques internationaux associent les notions de patrimoine culturel des peuples ou des nations à un universalisme patent. Le Préambule de la Convention de La Haye de 1954 est particulièrement significatif à cet égard. Il y est stipulé que « *les atteintes portées aux biens culturels à quelques peuples qu'ils appartiennent constituent des atteintes au patrimoine culturel de l'humanité entière étant donné que chaque peuple apporte sa contribution à la culture mondiale* »<sup>41</sup>. D'autres conventions semblent établir cet intérêt collectif, comme la Convention de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel de 1972 (ci-après, Convention du patrimoine mondial). Le sixième considérant du Préambule souligne que les biens du patrimoine culturel et naturel appréhendés sont ceux présentant « *un intérêt exceptionnel qui nécessite leur préservation en tant qu'élément du patrimoine mondial de l'humanité toute entière* ». Encore plus explicite est le septième considérant qui dispose « (qu'il) *incombe à la collectivité internationale tout entière de participer à la protection du patrimoine culturel et naturel de valeur universel exceptionnel (...)* ». De ces références émerge la volonté d'attribuer largement l'intérêt juridiquement protégé en matière de protection du patrimoine culturel et, par conséquent, des biens culturels.

Mais, plus encore, par cette référence à la notion de *patrimoine* des peuples, des nations ou encore de l'humanité, c'est la substance même de cette communauté internationale qui pourrait s'en trouver bouleversée. Concernant la protection de l'environnement par exemple, la notion de patrimoine commun de l'humanité a ainsi été échafaudée sur une double acception de la notion de *patrimoine*. Elle a d'abord été utilisée dans une finalité *utilitariste* pour garantir une exploitation de la *res communis* dans l'intérêt de tous, c'est-à-dire de la communauté des États dans son ensemble. Puis la notion de patrimoine a également signifié l'importance de la *conservation aux fins de transmission* au destinataire et

---

<sup>39</sup> Préambule au Traité concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques du 15 avril 1935.

<sup>40</sup> CLÉMENT (E.) : « Le concept de responsabilité collective de la communauté internationale pour la protection des biens culturels dans les conventions et recommandations de l'UNESCO », *R.B.D.I.*, 1993, vol. 2, p. 542.

<sup>41</sup> Deuxième paragraphe du Préambule à la Convention de La Haye de 1954.

bénéficiaire de ce patrimoine, soit les membres de la communauté considérée<sup>42</sup>. C'est cette dernière finalité qui est également protégée en matière de biens culturels par les instruments internationaux, comme la Convention de La Haye de 1954 ou la Convention sur le patrimoine mondial. Cette finalité de conservation et transmission serait ainsi le contenu de l'intérêt collectif : un intérêt juridique généralisé à la communauté considérée. La substance de cette communauté se trouverait précisée par le dépassement des sujets primaires du droit international. Car attribuer ce patrimoine à un *peuple* ou une *nation* déterminée, ou encore à *l'humanité* dans son ensemble, permet de dépasser le cadre purement interétatique des relations juridiques considérées et de prendre en compte des sujets de droit interne. Cependant, l'intensité de ce dépassement peut varier selon la nature des droits et obligations – donc de la responsabilité – qui s'attachent à la protection de ces patrimoines. En effet, la référence à des communautés infra-étatiques – comme celle de *peuple* – peut clairement renvoyer à des mécanismes propres aux « *droits des peuples* ». Ces droits « *ne sont pas reconnus à des individus mais à des groupes dénués de personnalité légale* »<sup>43</sup>. Ces « droits » sans créanciers personnalisés peuvent très bien permettre l'établissement d'obligations à la charge des États, « *dont les réflexes seraient des droits subjectifs dans le chef d'autres États* »<sup>44</sup>. Mais l'absence de personnalité juridique internationale empêcherait la reconnaissance d'une compétence internationale de groupements de droit interne, comme les peuples autochtones. Quoi qu'il en soit, la reconnaissance d'un patrimoine commun de l'humanité ou d'un patrimoine mondial fait écho à la mondialisation des transactions portant sur les biens culturels. Ces patrimoines constituent « *des phénomènes typiques du dépassement de la dimension étatique en matière (de protection des patrimoines et des biens culturels)* »<sup>45</sup>. Ainsi, « *le patrimoine culturel défie l'organisation stato-centrée du droit international. Il ne correspond que rarement à la nature et aux dimensions de l'État (...)* »<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Considérations tirées de : ALLAND (D.) & RIALS (S.) (Eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige dico poche, 1<sup>er</sup> éd., 2003, pp. 1132-1135.

<sup>43</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 388.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 388.

<sup>45</sup> BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international. Les compétences des États à l'égard des éléments du patrimoine culturel*. Thèse, 2008, Université Paris-Ouest Nanterre, Publication en 2011, Pedone. Disponible en format microfiche, Bibliothèque interuniversitaire Cujas, p.16.

<sup>46</sup> *Ibid.*

### ***b. Les obstacles à la généralisation de l'obligation de restitution des biens culturels***

Cet intérêt juridique généralisé pourrait trouver un double fondement. Le premier fondement consisterait en la *lésion*, c'est-à-dire en l'atteinte à un droit propre et subjectif de l'État consacré dans une obligation dite « interdépendante ». Il s'agit d'obligations par lesquelles « *chaque partie est tenue vis-à-vis de toutes les autres* » et où « *la réciprocité atteint son stade le plus poussé* »<sup>47</sup>. Le second fondement consisterait en la violation d'obligations dites « intégrales ». Elles sont des obligations « *autonomes pour chaque partie et dont la réalisation ne dépend pas d'une exécution correspondante par les autres parties* »<sup>48</sup>. Il s'agit d'une obligation ayant une structure telle ou une importance telle que tous ont droit au respect et que chacun est tenu de respecter<sup>49</sup>. En tout état de cause, les obligations interdépendantes prendraient place dans une communauté interétatique dès lors que l'intérêt juridique des États serait fondé sur la lésion, donc sur l'atteinte à un droit propre. En revanche les obligations intégrales permettraient de dépasser cette communauté interétatique dans la mesure où l'intérêt juridique des États ne serait pas établi sur l'atteinte à leur droit subjectif : le dépassement de l'intérêt étatique est donc manifeste. Quelque soit la validité de cette catégorisation, les fondements proposés cherchent tous deux à étendre l'opposabilité de l'obligation de protection et de restitution des biens culturels à la communauté internationale dans son ensemble.

Il demeure cependant malaisé d'établir clairement l'intérêt collectif protégé et la généralisation de l'obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Notamment parce que la formulation de ces intérêts collectifs n'apparaît généralement que dans les préambules des conventions internationales et non pas dans leurs dispositions opératoires. Il est vrai que pour garantir l'effet utile des traités ceux-ci doivent être interprétés au regard de leurs objet et but, tels qu'ils figurent notamment dans leurs préambules. Cependant, les dispositions opératoires elles-mêmes, de façon assez explicite, viennent relativiser ce mouvement pour la reconnaissance d'un intérêt collectif généralisé. Ainsi, l'article 6§ 1 de la Convention sur le patrimoine mondial souligne que la souveraineté étatique doit être pleinement respectée lorsque les éléments du patrimoine mondial sont situés sur

---

<sup>47</sup> DUPUY (P-M.) : « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan », *R.G.D.I.P.*, 2003, vol. 2, p. 333.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> STERN (B.) : « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des États », *A.F.D.I.*, 2001, p. 18.



leurs territoires respectifs. L'article ajoute que si les États parties reconnaissent l'existence du patrimoine universel pour la protection duquel la communauté internationale tout entière a le devoir de coopérer, c'est « *sans préjudice des droits réels prévus par les législations nationales sur ledit patrimoine* ». Une impasse semble *a priori* établi par l'opposition entre intérêt collectif et souveraineté étatique. Ce dernier terme ayant notamment l'ascendant sur le premier dans la mesure où « *les prérogatives de la communauté internationale sont toutefois énoncées de façon assez vague. Son 'devoir de coopérer' est de plus subordonné (...) à une demande de l'État* »<sup>50</sup>. Si une attention particulière est maintenant donnée à l'obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite – et en se contentant du seul exemple de la Convention de l'UNESCO de 1970 – la même limite apparaît également. En effet, il ne semble pas qu'un intérêt collectif soit établi par les traités internationaux et aucune centralisation organique n'est organisée pour assurer la défense de cet intérêt. Sur l'aspect matériel, l'article 4 de la convention établit une obligation à l'égard des États parties de reconnaître « *le patrimoine culturel de chaque État* ». Certains interpréteront cette disposition comme excluant toute référence à un quelconque intérêt collectif de la communauté internationale et soutiendront que, à travers la notion de patrimoine culturel national, ce sont les intérêts particuliers des États qui sont protégés<sup>51</sup>. Quant à l'aspect organique, ce sont les mécanismes de protection et de restitution des biens culturels qui altèrent l'existence d'un intérêt collectif et d'une obligation générale de restitution des biens culturels. En effet, aucune centralisation normative n'est établie par la convention et la qualification des biens culturels qui entrent dans son champ d'application matériel relève des mesures nationales. En outre, c'est toute l'économie de la convention qui relève de l'adoption de mesures nationales, ce qui conserve nécessairement une certaine marge d'appréciation aux États. Ce sont en effet les États parties qui s'engagent à combattre le trafic illicite « *par les moyens dont ils disposent (...)* »<sup>52</sup>. Pour organiser la protection des biens culturels contre le trafic illicite, c'est également aux États parties qu'il revient « *d'instituer sur leur territoire* » les services compétents et ce « *dans les conditions appropriées à chaque pays* »<sup>53</sup>. Il revient également à chaque État partie

---

<sup>50</sup> CLÉMENT (E.) : « Le concept de responsabilité collective (...) », *op. cit.*, p. 543.

<sup>51</sup> Cette interprétation peut être elle-même mise en échec par les promoteurs d'un intérêt collectif de la communauté internationale à la protection et la restitution des biens culturels. En effet, il peut être soutenu que chaque État est tenu de reconnaître l'existence du patrimoine culturel national de ses pairs et, ainsi, de protéger des intérêts qui lui sont étrangers. Cette protection des intérêts étrangers passerait par l'adoption de mesures empêchant le trafic illicite de biens culturels étrangers et facilitant la restitution des biens qui, par le biais de ce trafic, se situe sur son territoire.

<sup>52</sup> Article 2, alinéa 2.

<sup>53</sup> Article 5.

de prendre les mesures « conformes à la législation nationales » interdisant l'importation et l'acquisition de biens culturels provenant du trafic illicite et facilitant leur restitution à l'État d'origine lui ayant soumis une telle requête<sup>54</sup>. La défense d'un intérêt collectif dont la qualification et l'organisation relève de chaque État semble assez difficile dans ces conditions.

Dès lors, pour les tenants d'une obligation généralisée de restitution des biens culturels, il convient d'établir une priorité dans le traitement des « carences » organiques et matérielles précitées. Leur objectif est bien de préciser l'existence d'un intérêt collectif particulier d'une communauté internationale donnée. La carence organique n'a, en ce sens, qu'une importance subsidiaire puisque une centralisation organique pour la protection et la restitution des biens culturels n'aurait pour autre but que de garantir l'effectivité d'un intérêt collectif préexistant. Leur priorité porte donc sur la carence matérielle. Autrement dit, ils souhaiteraient avant tout établir l'intérêt collectif à la protection et la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. La nature et le fondement juridique de cet intérêt donneraient des informations sur la nature de la communauté internationale considérée. Il leur faudrait donc prouver, malgré les critiques avancées, que l'intérêt collectif peut se révéler dans l'un des deux types d'obligations énoncés, en précisant que ces obligations devront se traduire dans le droit international général, qu'il s'agisse du droit coutumier ou de normes impératives du droit international. C'est une question de droit de la responsabilité. Mais compte tenu des critiques développées à l'égard de ces deux types d'obligations, d'autres alternatives ont été recherchées par les tenants d'une généralisation de l'obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Il existe effectivement un mouvement doctrinal cherchant à consacrer les dispositions conventionnelles relatives à la protection et la restitution des biens culturels à travers des outils juridiques ayant une portée générale. Il apparaît que les principes généraux du droit sont régulièrement invoqués au bénéfice de l'obligation de restitution des biens culturels et, plus généralement, de la protection des biens et patrimoines culturels. Le professeur Scovazzi estime que les Conventions de l'UNESCO de 1970 et d'Unidroit sont inspirées de principes généraux du droit<sup>55</sup>. À titre d'exemple, il reconnaît en la convention de 1970 la manifestation d'un principe fondamental de « *non-appauvrissement du patrimoine*

---

<sup>54</sup> Article 7§ a et b.

<sup>55</sup> SCOVAZZI (T.) : « Diviser c'est détruire : principes éthiques et règles juridiques applicables au retour des biens culturels », UNESCO, document de travail, 15<sup>e</sup> session du Comité intergouvernemental pour la promotion du retour des biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale, du 11 au 13 mai 2009, disponible à l'adresse électronique : [www.unesco.org/culture/fr/illicittrafficking](http://www.unesco.org/culture/fr/illicittrafficking).

*culturel des États d'origine* » duquel il fait découler divers corollaires<sup>56</sup>. Le professeur Scovazzi partage son opinion juridique avec tout un mouvement doctrinal et de nombreux praticiens du droit. Ainsi, Monsieur Planche, responsable du programme de l'UNESCO de lutte contre le trafic illicite des biens culturels, envisage « *l'apparition et le développement de principes juridiques et moraux communs applicables en matière de protection et de retour des biens culturels tels que les principes de non-spoliation des biens culturels d'un pays, de respect de l'intégrité de ces biens, d'obligation morale de restitution (...)* »<sup>57</sup>. En réalité, ce qui affleure à travers l'énonciation de ces opinions, c'est la volonté de manifester la cristallisation de règles coutumières – de portée générale ou impérative – qui permettraient d'étendre l'obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite à l'ensemble de la communauté internationale des États. Le professeur Cornu reconnaît qu'il serait prématuré de faire état de coutumes relativement à la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite<sup>58</sup>. C'est pourquoi elle cherche à s'appuyer sur les principes généraux du droit pour manifester le sentiment d'existence d'une obligation internationale. Se faisant, il serait possible d'invoquer *l'opinio juris sive necessitatis* à l'appui de la pratique en matière de restitution et d'invoquer la formation de règles coutumières<sup>59</sup>.

#### **PROBLÉMATIQUE ET ANNONCE DE PLAN**

Tous ces antagonismes juridiques sont le reflet dans la sphère du droit d'un conflit d'intérêt consacré entre les États. Certains refusent toujours de se rendre opposable les instruments juridiques établissant une obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite et souhaitent toujours bénéficier de toute transaction sur le marché international des biens culturels sans risquer une limitation malvenue de cette liberté de commerce. D'autres souhaitent mettre un terme à la fuite de leur patrimoine culturel – que ses éléments n'appartiennent qu'à leur patrimoine national ou qu'ils soient considérés comme appartenant à un patrimoine de nature universelle. Il faut préciser que cette dichotomie est clairement réductrice et que maints États doivent composer avec ces deux exigences concurrentes.

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>57</sup> PLANCHE (E.) : « Les enjeux internationaux liés à la restitution et au retour des œuvres d'art », *Questions internationales – L'art dans la mondialisation*, *op. cit.* p. 86.

<sup>58</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.) : « New Developments in the Restitution of Cultural Property : Alternative Means of Dispute Resolution », *I.J.C.P.*, 2001, vol. 17, n°1, p. 23.

<sup>59</sup> *Ibid.*

L'évolution contemporaine du droit international va en faveur de la seconde exigence. De toute évidence, le renouveau de la question de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite tient aux évolutions contemporaines qui frappent la structure du système juridique international. En effet, le système juridique international est confronté à des tentatives, doctrinales mais également pratiques, d'extension quantitative et qualitative. Quantitative dans la mesure où la communauté internationale interétatique tend à être dépassée par une diversification des sujets de droit dont les intérêts peuvent être juridiquement protégés au sein de l'ordre juridique international. Par ailleurs, l'extension peut être qualitative puisque les intérêts juridiquement protégés pourraient être collectifs et impératifs, fondés sur les normes *erga omnes* absolues et impératives, c'est à dire les normes de *jus cogens*. Il s'agirait donc d'une évolution d'un système juridique anarchique vers un système hiérarchique disposant d'un ordre public propre.

Par conséquent, il s'agit de savoir si cette extension est effective dans le domaine de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Il convient donc de déterminer par quels méthodes et outils juridiques la généralisation de l'obligation de restitution des biens culturels peut être réalisée et effective. Mais ce questionnement induit deux autres questions, plus spécifiques.

Il est effectivement nécessaire, dans un premier temps, de s'interroger sur la nature de la responsabilité engagée en matière de restitution des biens culturels. Cette responsabilité se qualifie au regard de la nature de l'obligation de restitution. Or, cette dernière sera établie en fonction de l'intérêt juridiquement protégé. Il sera ainsi nécessaire de savoir s'il s'agit d'un intérêt collectif – également qualifiable de « public » – et, dans ce cas, de déterminer la substance de la communauté internationale considérée (I). En fonction de la nature de l'intérêt juridiquement protégé et des relations de responsabilité qui en découlent, il faudra déterminer le régime de mise en œuvre de l'obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Ce qui signifie qu'il faudra déterminer si les moyens juridiques mis à disposition de la restitution des biens culturels reflètent la substance de la communauté internationale concernée (II).

## PREMIÈRE PARTIE

### LA NATURE DE LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS

Les dernières décennies ont vu le droit conventionnel traduire de plus en plus nettement la restitution dans le droit de la responsabilité. Beaucoup voudraient voir dans cette évolution l'émergence d'un intérêt collectif de la communauté internationale à la protection – et donc *a fortiori* à la restitution – des biens culturels. En effet, que la restitution entre dans des relations juridiques interétatiques, transétatiques ou transnationales, le rôle des États dans cette évolution est central puisqu'il est impossible de concevoir une communauté internationale ne comprenant pas les sujets primaires de droit international que sont les États. Ainsi, pour que les États permettent – et donc octroient des droits – à leurs sujets de droit interne de revendiquer des biens culturels provenant du trafic illicite, il est nécessaire qu'ils se rendent opposable les normes juridiques internationales pertinentes.

Mais la seule traduction de la restitution dans le droit de la responsabilité – notamment dans la responsabilité internationale des États – n'implique pas nécessairement l'existence d'un intérêt collectif. À défaut de compétence personnelle ou territoriale, les compétences réelles des États peuvent venir protéger divers types d'intérêts : leurs intérêts fondamentaux propres, ceux de la communauté internationale ou encore des intérêts fondamentaux non étatiques – ceux de leurs nationaux<sup>60</sup>. La responsabilité des États est multiple. Si il est vrai que sa nature dépend de l'intérêt juridique qu'elle protège, il importe également de déterminer la substance même des relations de responsabilité qui s'établissent en matière de restitution. En d'autres termes, il convient également de déterminer la nature des droits et obligations qui s'attachent à la responsabilité en matière de restitution des biens culturels issus du trafic illicite.

Il convient dans un premier temps de déterminer la nature de l'intérêt juridiquement protégé et l'autorité compétente pour le déterminer afin de savoir s'il répond aux préoccupations d'une communauté internationale déterminée. Il s'agit là de règles d'habilitation ou de pouvoir, celles par lesquelles un titre de compétence est établi (**Chapitre 1**). À cet intérêt se grèvera une obligation particulière de restitution qui donnera toute sa portée à la communauté dans laquelle elle s'insère. Il s'agit là des règles de responsabilité, qui organisent l'articulation entre des droits et des obligations (**Chapitre 2**).

---

<sup>60</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public*, *op. cit.* pp. 355-356

## CHAPITRE 1 : LA CONSISTANCE DE L'INTÉRÊT COLLECTIF À LA RESTITUTION DES BIENS CULTURELS

Si les instruments conventionnels internationaux développent clairement l'obligation de restitution des biens culturels, c'est pour attribuer à ces derniers un statut particulier qui déroge à celui commun de bien corporel meuble. Les biens culturels sont des « signifiants » culturels, des « contenants » traduisant l'intérêt fondamental qu'une communauté donnée porte au « contenu », comme essentiel à sa manifestation et à sa cohésion. Le patrimoine est : « *un ensemble de biens reconnu comme ayant une valeur éminente* »<sup>61</sup>. En ce sens, les biens culturels meubles font parties des modes d'expression d'un *patrimoine* culturel donné, de sorte que l'intérêt fondamental considéré sera toujours d'un seul et même genre. Mais il faut cependant constater qu'il peut être d'espèces diverses. En d'autres termes, si l'intérêt fondamental consiste toujours à protéger un patrimoine culturel et son lien de rattachement à sa communauté d'appartenance, l'étendu de ce lien peut varier : il peut être étatique, infra-étatique ou universel. Dans ce contexte, il faudra restituer à l'État la place qui est la sienne dans la protection des patrimoines culturels et, notamment en matière de restitution des biens culturels. La protection – et la revendication – de signifiants culturels victimes du trafic illicite relève-t-elle nécessairement de l'État ? La réponse à cette question implique de déterminer clairement le contenu et la nature de l'intérêt juridiquement protégé (**Section 1**). En découlera nécessairement l'attribution du titre de compétence à la détermination des biens considérés comme participant de la manifestation du patrimoine culturel (**Section 2**).

### SECTION 1. LA DÉTERMINATION DU LIEN DE RATTACHEMENT ENTRE LE BIEN CULTUREL ET SA COMMUNAUTÉ D'APPARTENANCE

La détermination des intérêts « juridiquement » protégés a souffert et semble encore souffrir d'un malentendu manifeste tiré de la constatation d'un antagonisme réel des intérêts économiques ou politiques dans ce domaine. En effet, considérer que les intérêts en cause dans la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite peuvent se résumer à une opposition entre le « nationalisme culturel » et « l'internationalisme culturel », c'est refuser d'étudier les fondements juridiques d'un intérêt à la restitution des biens culturels (**Paragraphe 1**). L'intérêt juridiquement protégé consiste à garantir l'intégrité d'un

---

<sup>61</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 654.

patrimoine culturel donné. Il doit donc permettre d'établir le « lien de rattachement » entre le bien culturel considéré et sa communauté d'appartenance (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1. Le malentendu dans la qualification des intérêts juridiquement protégés**

Les intérêts juridiquement protégés en matière de restitution des biens culturels ont trop directement été assimilés aux intérêts économiques en cause. Si l'opposition dichotomique et consacrée entre universalisme et nationalisme culturel est simple d'utilisation aux fins de détermination des intérêts en cause (**A**), elle ne permet cependant que d'exposer les motivations qui poussent les États et autres acteurs de la restitution à établir les fondements juridiques du lien qui les rattache aux biens culturels concernés (**B**).

#### A. L'invocation de l'internationalisme et du nationalisme culturel en matière de restitution

La conceptualisation de l'internationalisme et du nationalisme culturels, reprise dans de nombreux documents officiels, est le fait du professeur Merryman, souhaitant ainsi exprimer clairement les conflits d'intérêts en matière de restitution des biens culturels<sup>62</sup>.

Selon le professeur Merryman, l'internationalisme culturel définit les biens culturels comme des « *components of a common human culture, whatever their places of origin or present location, independent of property rights or national jurisdiction* »<sup>63</sup>. À l'opposé, le nationalisme culturel présenterait les biens culturels comme « *part of a national cultural heritage. This gives 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* »<sup>64</sup>. Le plus intéressant dans ce raisonnement tient au fait que le professeur Merryman déduit de cette catégorisation un corollaire selon lequel « le monde » se divise entre « États-sources » et « États-marchands » ou « États-importateurs »<sup>65</sup>. L'usage de ces qualificatifs renvoie à la terminologie du commerce international dans la mesure où certains États seront considérés comme détenteurs d'une « matière première » vouée à l'exportation alors que d'autres États disposeraient des financements nécessaires pour procéder à leur importation. Cette référence immédiate au « marché » international des biens culturels traduit avec beaucoup de réalisme l'une des

---

<sup>62</sup> MERRYMAN (J. H.), « *Two ways of thinking about cultural property* », *A.J.I.L.*, 1986, vol. 80, n°4, pp. 831-853. Les références à cette théorie sont légions dans les commentaires officiels des conventions internationales pertinentes ainsi que dans de nombreux articles de doctrines.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 831.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 832.

<sup>65</sup> *Ibid.*

problématique de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. En effet, le professeur Merryman considère « inévitables » les transactions commerciales en matière de biens culturels et estime essentiel de distinguer les transactions licites de celles qui ne le sont pas<sup>66</sup>. La régulation du marché international pertinent n'est cependant qu'un aspect particulier de la problématique du trafic illicite des biens culturels. D'autres conflits d'intérêts sont en jeu ; notamment des intérêts politiques extrêmement conflictuels. La question du retour des biens culturels à leurs pays d'origine en témoigne. C'est une opposition claire entre les anciennes puissances coloniales et les États issus de la décolonisation. La réclamation de certains biens culturels par ces derniers présente une ambiguïté dans la mesure où elle se fonde parfois sur le caractère illicite de la soustraction là où il semblerait davantage utile de demander le *retour* du bien culturel après une période coloniale. C'est, par extension, l'ambiguïté que présente le cas des *Marbres du Parthénon*<sup>67</sup>.

La théorie du professeur Merryman présente cependant l'avantage de la catégorisation. Si l'internationalisme culturel constitue une catégorie à part entière, le nationalisme culturel contiendrait des variantes selon le « fondement » utilisé. Il pourrait se justifier sur le *lien de rattachement* entre le bien culturel et la « nation » à laquelle il appartient. L'État devrait alors présenter son territoire national comme celui d'origine du bien pour en réclamer la restitution<sup>68</sup>. Les biens bénéficiant de ce lien de rattachement doivent alors être considérés comme étant inaliénables et l'obligation de restitution serait alors établie s'il s'avère que l'État en possession du bien n'est pas celui d'origine. Le critère de territorialité conduit le professeur Merryman à qualifier ce nationalisme culturel de « *retentionism* ». Lorsque le lien de rattachement n'est pas clairement établi, il faudrait alors considérer cette pratique comme étant abusive et la qualifier de « *naked retentionism* »<sup>69</sup>. À travers ce qualificatif sont visés tous les États-sources qui établissent une interdiction absolue d'exportation de biens culturels et considéreront tout commerce de ces biens comme étant illicite. L'autre fondement se définirait par la doctrine de l'« *object-centrism* » ou du « *contextualism* » qui met l'accent sur la préservation matérielle de l'objet et de son contexte scientifique. Le professeur Merryman

---

<sup>66</sup> MERRYMAN (J. H.), « *A Licit International Trade in Cultural Object* », *I.J.C.P.*, 1995, vol. 4, n°1, pp. 13-14.

<sup>67</sup> Il s'agit de bas et hauts-reliefs de la frise des Panathénées qui ont été découpés et emportés en 1810 sur ordre de Lord Elgin, ambassadeur britannique à Constantinople. À l'époque la Grèce était une province de l'Empire Ottoman et Lord Elgin effectua son ouvrage avec l'accord de la Sublime Porte. Lire à ce sujet : ROCHACKA-CHERNER (A.), « Le retour des marbres du Parthénon en débat », *Questions Internationales – L'art dans la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 88-89.

<sup>68</sup> MERRYMAN (J. H.), « *A Licit International Trade in Cultural Object* », *op. cit.*, p. 19.

<sup>69</sup> *Ibid.*



lui attribut le qualificatif de « *protectionism* » ; ce qui laisse une fois de plus entrevoir la coloration économique de sa théorie<sup>70</sup>. Ce protectionnisme se justifierait dans la mesure où il garantirait la préservation matérielle du bien culturel, l'information scientifique et l'accessibilité du public à ces objets.

Il est en réalité assez simple de reconnaître des éléments propres à l'internationalisme culturel dans beaucoup de conventions internationales relatives à la protection des patrimoines culturels ou des biens culturels. Cependant l'internationalisme culturel n'apparaît pratiquement pas dans les dispositions opératoires de ces conventions. C'est par exemple le cas de la Convention de La Haye de 1954 qui, se réfère clairement, dans son préambule, au « *patrimoine culturel de l'humanité entière* »<sup>71</sup>. Le professeur Merryman considère que cette convention est porteuse d'un intérêt international qui se « distingue » et « dépasse » les intérêts purement nationaux<sup>72</sup>. Il n'est cependant pas superflu de rappeler que les dispositions opératoires de cette convention se réfèrent directement à la souveraineté et à la compétence des États. La même limite peut être invoquée concernant la Convention du patrimoine mondial. À ce propos il a déjà été souligné que le sixième considérant du Préambule limite les biens du patrimoine culturel et naturel appréhendés à ceux présentant « *un intérêt exceptionnel qui nécessite leur préservation en tant qu'élément du patrimoine mondial de l'humanité toute entière* ». L'article 6§1 de la convention précise cependant que la souveraineté étatique doit être pleinement respectée lorsque les éléments du patrimoine mondial sont situés sur leurs territoires respectifs. L'article ajoute que si les États parties reconnaissent l'existence du patrimoine universel, c'est « *sans préjudice des droits réels prévus par les législations nationales sur ledit patrimoine* ». Finalement, le seul instrument qui vienne réellement au soutien de la thèse du professeur Merryman réside dans une recommandation adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO et qui n'a pas de valeur contraignante. Il s'agit d'une recommandation du 26 novembre 1976 adoptée lors de la 19<sup>ème</sup> session et relative à l'échange international des biens culturels. Cette recommandation tente de ne pas sacrifier les échanges de biens culturels au profit de l'impératif de lutte contre le trafic illicite. En cherchant à concilier ces deux objectifs, la recommandation incite les États membres, en son article 3, à adopter les mesures internes nécessaires – en matière de propriété publique, douanière et fiscale – pour faciliter les échanges internationaux des biens culturels

---

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Deuxième paragraphe du Préambule à la Convention de La Haye de 1954.

<sup>72</sup> MERRYMAN (J. H.), « *A Licit International Trade in Cultural Object* », *op. cit.*, pp. 15-16.

entre institutions culturelles. À cette fin, il faudrait également faciliter le déclassement et l'aliénation des biens culturels appartenant à des collectivités publiques ou des institutions culturelles.

Seul le nationalisme culturel bénéficierait d'un fondement véritable dans les instruments juridiques internationaux, au premier rang desquels se place la Convention de l'UNESCO de 1970. Le professeur Merryman considère à ce propos que cette convention constitue un tournant majeur dans l'appréhension du marché international des biens culturels et de leur restitution en cas de trafic illicite<sup>73</sup>. La Convention de 1970 semble la manifestation la plus claire du nationalisme culturel et, dans son article 3, elle considère comme illicite « *l'importation, l'exportation et le transfert de propriété effectués contrairement aux dispositions prises par les États parties en vertu de la présente Convention* ». Cet article laisse entendre que les dispositions substantielles de la convention sont incomplètes et qu'elles opèrent par renvoi aux droits internes des États membres. Ainsi, ces règles conventionnelles constituent « *des normes de référence (...) assurant l'autorité de ces actes unilatéraux à l'égard de l'ensemble des parties* »<sup>74</sup>. L'illicéité des échanges internationaux des biens culturels dans l'ordre juridique international est donc déterminée par les règles de droit interne des États parties à la convention. Les États auraient alors un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de cette illicéité, leur permettant ainsi d'adopter une attitude qualifiable de « *retentionism* » ou même de « *naked retentionism* ». Ainsi, concernant spécifiquement l'exportation illicite des biens culturels, l'article 6 (b) rend obligatoire l'établissement de certificats d'exportation pour permettre la sortie d'un bien culturel. Les États peuvent ainsi établir des conditions plus ou moins strictes à l'octroi de ces certificats. De la même manière, l'article 7 (b) prévoit, en son premier alinéa, l'interdiction d'importation de « *biens culturels volés* ». La qualification d'un bien comme volé ressort encore une fois de la compétence étatique. De sorte qu'ils pourront pratiquer le « *naked retentionism* » en usant de ce régime conventionnel. Il semble en revanche qu'en matière d'exportation illicite des biens culturels, la Convention Unidroit consacre le « *contextualism* ». Son article 5 §3 prévoit que les autorités étatiques saisies d'une demande de restitution d'un État partie pour exportation illicite doivent restituer le bien s'il a été portée atteinte à l'intégrité physique du bien ou de son contexte ; si l'intégrité d'un bien complexe est en jeu ; ou afin de garantir la préservation des informations scientifiques et historiques relatives au bien.

---

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 14

<sup>74</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 96.

Bien que la catégorisation de Merryman embrasse l'ensemble des instruments juridiques internationaux, ces catégories ne sont que la manifestation *ex post* de l'établissement d'un lien de rattachement entre le bien considéré et un patrimoine culturel.

B. L'impossible évincement du lien de rattachement entre le bien et son patrimoine culturel

Une première faiblesse ressort de la théorie du professeur Merryman dans la mesure où elle oppose catégoriquement deux grands groupes d'États : ceux « sources » et ceux « importateurs », en prenant soin de souligner que les « États-sources » seraient davantage issus du phénomène de la décolonisation ou des États en voie de développement et que les « États-importateurs » seraient ceux anciennement colonisateurs et considérés comme de grandes puissances économiques mondiales. En réalité il n'y a pas lieu d'établir une opposition si drastique. Il a déjà été souligné que les deux États les plus touchés par le trafic illicite des biens culturels sont également considérés comme d'importants États-importateurs : il s'agit de l'Italie et de la France. Comme précisé antérieurement, à la fin des années 1990 l'Italie constituait le premier pays au monde touché par ce trafic, avec environ 30 000 objets d'art volés chaque année. La France occuperait la quatrième place dans le marché mondial de l'art derrière la Chine avec une part de marché de 6%<sup>75</sup>. Cette place privilégiée n'empêche pas la France d'être le deuxième pays au monde le plus touché par le trafic illicite des œuvres d'art depuis la fin des années 1990, avec près de 6000 objets d'art volés annuellement<sup>76</sup>.

Au delà de cette limite contextuelle, cette théorie est affaiblie par des éléments qui lui sont endogènes. Plus précisément, la terminologie utilisée par le professeur Merryman peut porter à confusion et entretenir une certaine porosité des catégories. En effet, les arguments avancés afin de légitimer la non restitution des biens culturels tiennent tant au nationalisme culturel qu'à l'internationalisme culturel. De même, les revendications de biens culturels se fondent tant sur le nationalisme culturel que sur l'internationalisme culturel. Ainsi, lorsque les institutions muséales signataires de la *Déclaration sur l'importance et la valeur des musées universels* cherchent à légitimer le maintien des biens culturels d'origine étrangère dans leurs collections respectives, c'est dans le nationalisme culturel qu'elles vont puiser leurs arguments. Cette Déclaration s'appuie clairement sur la théorie du « *retentionism* » en cherchant à établir un lien de rattachement entre les biens culturels d'origine étrangère et les

---

<sup>75</sup> En 2008, le Royaume-Uni détenait 35,7% du marché mondial, les États-Unis 35,6%, la Chine 7,2%, l'Italie 2,7% et l'Allemagne 2,4 %. Lire à ce propos : DE VRIÈSE (M.), « La structure et le fonctionnement du marché mondial de l'art », *Questions Internationales – L'art dans la mondialisation*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>76</sup> CARDUCCI (G.) : *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, Paris, L.G.D.J. coll. Droit des affaires, 1<sup>er</sup> éd., 1997, p. 17.

nations « *qui les abritent* ». En effet, il y est indiqué que « *au fil du temps, les œuvres ainsi acquises – par achat, don ou partage – sont devenues partie intégrante des musées qui les ont protégées et par extension, du patrimoine des nations qui les abritent* »<sup>77</sup>. Les signataires de cette déclaration prétendent que ces biens ont été intégrés aux patrimoines nationaux des États d'accueils à travers leur acquisition par des collectivités publiques ou des institutions culturelles. Il est également manifeste que ces institutions muséales, qui se prétendent d'intérêt universel, n'hésitent pas à user de l'« *object-centrism* » pour refuser toute restitution. En témoigne une note interne du département des antiquités égyptiennes du Musée du Louvre datant de 2007. Cette note est relative à une communication entre musées « à vocation universelle » et portant sur des demandes de « prêts » formulées par l'Égypte<sup>78</sup>. Ces demandes de prêts avaient été formulées en vue de l'inauguration du futur musée de Gizeh en 2012. Les cinq musées contactés par le chef du Conseil Suprême des Antiquités Égyptiennes étaient alors entrés en communication afin de déterminer l'attitude à adopter. La position du Museum of Fine Arts de Boston témoigne très explicitement d'un « *object-centrism* » appuyé. La conservatrice de ce musée considérait alors que « *on ne peut s'engager à prêter une œuvre qui sera présentée dans un bâtiment dont on ne connaît aucune des garanties de sécurité, de climat etc ...* ». Elle refusait en outre de prêter l'objet demandé, considéré comme étant beaucoup trop fragile pour être sorti de la collection, même temporairement. Le British Museum en fit tout autant. Le Musée du Louvre se fonda également, de manière très nette, sur la préservation matérielle du bien pour justifier son refus de « prêter » à l'Égypte le Zodiaque de Dendera. Dans une lettre du 3 juillet 2007 adressée à son homologue égyptien, le président-directeur du Musée du Louvre énumère l'ensemble des risques matériels qu'un tel prêt comporterait compte tenu de la fragilité de cette pièce de collection<sup>79</sup>. C'est après ce refus élusif que l'Égypte décida de revendiquer cette antiquité pour en obtenir la restitution. En sens inverse, les revendications de biens culturels se fondent souvent sur des arguments propres à l'internationalisme culturel. Ainsi, lorsque le Micheal C. Carlos Museum d'Atlanta accepta de restituer à l'Égypte la momie de Ramsès I, les autorités égyptiennes félicitèrent

---

<sup>77</sup> « Déclaration sur l'importance et la valeur des musées universels », disponible à l'adresse électronique suivante : <http://www.museum.or.jp/icom/universal.html>.

<sup>78</sup> Il s'agit d'une communication entre le Roemer-und-Pelizaeus Museum de Hidesheim, le Museum of Fine Arts de Boston, le British Museum, l'Ägyptisches Museum de Berlin et le Musée du Louvre de Paris. Voir Annexe n°5, p. 177.

<sup>79</sup> Annexe n°3, p. 177.

cette restitution comme l'expression de l'internationalisme culturel dans la mesure où : « *Egyptian culture does not belong to us, it belong to everyone* »<sup>80</sup>.

Hormis ces failles propres à la catégorisation du professeur Merryman, la faiblesse de l'internationalisme et du nationalisme culturels réside principalement dans le fait que ces catégories ne constituent en aucune manière le fondement juridique des demandes de restitutions des biens culturels. En réalité, cette théorie permet de déterminer les intérêts économiques – ou politiques – qui *motivent* une demande de restitution. Mais les intérêts juridiques qui *fondent* la demande elle-même n'y sont pas directement identifiés. Une demande de restitution ne peut être accueillie sans qu'aucun fondement juridique ne vienne à son soutien. Car la question des fondements juridiques renvoie à celle de *l'intérêt pour agir* afin d'obtenir une restitution. Par conséquent, les motivations politiques et économiques n'ont qu'un intérêt limité face aux relations juridiques qui s'établissent dans les demandes de restitution de biens culturels. D'une manière générale l'intérêt pour agir peut être défini comme « (une) *importance qui, s'attachant pour le demandeur à ce qu'il demande, le rend recevable à le demander en justice – si cette importance est assez personnelle, directe et légitime – et à défaut de laquelle le demandeur est sans droit pour agir* »<sup>81</sup>. Plus précisément, c'est *l'atteinte* à un intérêt juridique – encore qualifiable d'intérêt légalement protégé – qui fonde l'existence d'un *droit pour agir* et établit la *qualité pour agir* d'un sujet de droit. Sans qualité pour agir, il ne peut y avoir d'action – autrement dit, de réclamation – recevable. La notion de qualité pour agir a été clairement énoncée par le professeur Combacau, à propos de la responsabilité internationale de l'État, en ces termes : « *quoi qu'il en soit du bien-fondé de l'action dirigée contre lui, l'État auquel un certain comportement (...) est imputable ne peut accepter dans son principe même la réclamation à son propos d'un autre État que si celui-ci a un titre justifiant qu'il intervienne ainsi dans une affaire qui ne le concerne pas au premier abord* »<sup>82</sup>. La présence du bien culturel considéré sur le territoire de l'État sollicité est une «

---

<sup>80</sup> TONER (M.), « Egypt Reclaims Stolen Heritage », *The Atlanta Journal Constitution*, mai 2003.

<sup>81</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 495.

<sup>82</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public*, op. cit., p. 535. Même si l'intérêt pour agir n'est ici appréhendé qu'à propos de la responsabilité interétatique, il convient néanmoins de souligner que, quelque soit le statut du sujet de droit considéré, un intérêt à agir et une qualité pour agir doivent toujours venir au soutien de sa réclamation. Ensuite, même si la question de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite dépasse les relations interétatiques, la nature des relations transétatiques ou transfrontières est déterminée par les États qui décideront s'il convient d'attribuer à leurs sujets de droit respectifs un intérêt à agir pour demander la restitution des biens culturels. Ainsi, à travers l'attribution de cet intérêt à leurs sujets de droit, les États décident de protéger un patrimoine culturel qui pourra être qualifiable d'infra-étatique. De cette manière, les États viennent protéger un lien de rattachement infra-étatique qu'ils établissent au sein de leurs ordres juridiques respectifs. De sorte que les propos développés relativement à l'intérêt juridique des États et au lien de

affaire qui ne concerne pas l'État demandeur au premier abord ». Mais le demandeur pourra intervenir en alléguant que la soumission du bien culturel à l'ordre juridique de l'État sollicité constitue pour lui une atteinte à un intérêt légalement protégé : celui de voir maintenu le lien qui le rattache à ce bien. Ce lien n'est autre que l'appartenance du bien considéré au patrimoine culturel dont l'État demandeur est le garant.

Cependant, la théorie de l'internationalisme et du nationalisme culturel ne permet pas de rattacher un bien culturel à son patrimoine culturel d'appartenance – qu'il soit étatique, infra-étatique, ou universel. Comme souligné précédemment, l'internationalisme culturel définit les biens culturels comme des « *components of a common human culture, whatever their places of origin or present location, independent of property rights or national jurisdiction* »<sup>83</sup>. Faire des biens culturels une « composante » d'une culture humaine « commune » – ou, plus simplement, de l'humanité dans son ensemble – constitue un désaveu clair de l'idée d'appropriation des biens culturels par des communautés spécifiques. L'absence de toute référence à la notion de patrimoine atteste d'une volonté d'écarter l'existence d'un lien de rattachement entre les biens culturels et une communauté donnée dans le but d'empêcher leur appropriation. Il est également possible de voir dans cette référence à une « communauté » de biens la conception première du patrimoine commun de l'humanité. Une conception qui devait permettre l'exploitation commune de ressources « non appropriables » ainsi que leur transmission aux générations futures<sup>84</sup>. De cette façon l'internationalisme culturel écarte toute revendication qui serait fondée sur un lien d'appartenance entre un bien culturel et le patrimoine culturel d'une communauté donnée. En réalité la logique de l'internationalisme culturel comporte un paradoxe de taille dès lors qu'en attribuant un bien culturel donné à l'humanité dans son ensemble, elle empêche tout État d'interdire l'acquisition de ce bien par ses pairs ou leurs ressortissants. C'est dès lors l'insertion de ces biens dans le patrimoine culturel dont l'État acquéreur est le garant qui est favorisé<sup>85</sup>. L'internationalisme culturel considère les biens culturels comme des *res nullius* au

---

rattachement valent également lorsque les demandes de restitution s'inscrivent dans des relations transétatiques ou transfrontières.

<sup>83</sup> MERRYMAN (J. H.), « *Two ways of thinking about cultural property* », *op. cit.*, p. 831.

<sup>84</sup> Lire en ce sens les articles 136 et suivants de la Convention de Montego Bay de 1983 relative au droit de la mer ; ALLAND (D.) & RIALS (S.) (Eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1135.

<sup>85</sup> Le professeur Cornu considère en ce sens que le droit français du patrimoine culturel « ne se contente pas d'utiliser la technique de la propriété, il se définit purement et simplement par la propriété ». Ainsi, l'appropriation d'un bien culturel par un État, au sein d'une collection publique ou d'une institution muséale publique, implique un droit de propriété publique. Cette propriété « postule l'appartenance au patrimoine, l'identification du propriétaire fournissant une réponse quant à la communauté de rattachement ». CORNU (M.),

profit des États acquéreurs, très actifs sur le marché des biens culturels, mais il fait de ces biens des *res communes* au détriment des États d'origines<sup>86</sup>. Il s'agit d'un raisonnement biaisé, qui justifie le rattachement des biens culturels étrangers aux patrimoines culturels des États acquéreurs et qui empêche toute revendication de l'État d'origine fondée sur un tel rattachement. Par conséquent, l'internationalisme culturel ne parvient pas à évincer le lien de rattachement nécessaire d'un bien culturel à un patrimoine culturel déterminé sans pour autant proposer de critère pour établir ce lien de rattachement.

De même, si le nationalisme culturel semble reposer sur le lien de rattachement d'un bien culturel à un patrimoine étatique donné, il est manifeste qu'aucun critère n'est proposé pour établir un quelconque rattachement. De sorte que la revendication d'un bien culturel en cas de trafic illicite ne sera pas fondée sur une qualité pour agir clairement établie. Il est effectivement manifeste que le « *retentionism* » repose sur un lien de rattachement territorial. Mais de quelle façon un tel lien peut-il être constaté ? En réalité, les critères de rattachement sont légions et la Convention de l'UNESCO de 1970 en détermine quelques uns en son article 4. Il s'agira de biens « *nés du génie individuel ou collectif de ressortissants de l'État considéré* » ou « *importants pour l'État considéré, créées sur le territoire de cet État par des ressortissants étrangers ou par des apatrides résidant sur ce territoire* ». Il pourra également s'agir de bien « *trouvés sur le territoire national* » de l'État considéré ou encore de biens acquis – y compris par échange ou à titre gratuit – avec le consentement de l'État d'origine<sup>87</sup>. C'est uniquement en déterminant de tels critères qu'un lien de rattachement pourra être invoqué entre un bien culturel et un patrimoine déterminé. En ce sens, dans son commentaire de l'article 4 de la convention, le professeur O'Keefe considère que : « *(it) is important to recall that article 4 does not deal with ownership, but with heritage value* »<sup>88</sup>. C'est donc uniquement à l'observation d'un lien de rattachement entre le bien culturel considéré et son patrimoine d'appartenance qu'une demande spécifique de restitution peut être étudiée

---

« À propos de l'adoption du code du patrimoine, quelques réflexions sur les notions partagées », *Recueil Dalloz*, 2005, n° 22, pp. 1452-1458.

<sup>86</sup> Le *res nullius* est la chose sans maître, n'appartenant à personne mais qui, par sa nature, est susceptible d'appropriation. Le *res communis* est la chose qui n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous. CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 152.

<sup>87</sup> Convention de l'UNESCO de 1970, article 4 paragraphes *a, b, c, d et e*.

<sup>88</sup> O'KEEFE (P.), *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, Built Wells, I.A.L., 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 46.

## Paragraphe 2. Le rattachement au patrimoine comme intérêt juridiquement protégé

La restitution d'un bien culturel n'est envisageable que si le bien en question présente un *intérêt fondamental* pour le demandeur. Dans la mesure où les biens culturels sont des modes d'expression d'un patrimoine culturel donné, l'intérêt fondamental consistera en la protection et la restitution de ces biens culturels en tant que signifiants culturels de leur patrimoine d'appartenance (A). La portée de cet intérêt fondamental désigne les différentes espèces de patrimoines culturels susceptibles d'en bénéficier. Ce qui permet de mieux cerner la consistance d'un éventuel intérêt collectif de la communauté internationale à la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite (B).

### A. Le signifiant culturel comme intérêt fondamental d'une communauté culturelle donnée

Pour qu'un demandeur puisse revendiquer un bien culturel qui lui a été soustrait frauduleusement, il lui sera donc nécessaire de déterminer le lien de rattachement qui s'établit entre eux. Ce lien de rattachement devra toujours permettre de démontrer que le bien en question appartient à un patrimoine culturel dont le demandeur constitue le garant. C'est de cette manière que le demandeur manifestera son intérêt fondamental à garantir la pérennité du lien entre le bien et son patrimoine d'appartenance. Il convient néanmoins de démontrer pourquoi le lien de rattachement s'établit toujours entre un patrimoine culturel et le bien culturel considéré. Cela tient au fait que le patrimoine culturel manifeste, à travers tous ses éléments, l'existence et la cohésion d'une communauté spécifique. Certains cherchent pourtant à nier cette fonction du patrimoine culturel. À titre d'exemple, il est parfois considéré que le seul fondement de la protection matérielle du bien culturel ou de son contexte – l'« *object-centrism* » ou le « *contextualism* » – résiderait dans l'intérêt porté à la *tangibilité* du bien en elle-même. En effet, l'aspect « physique » de cette protection peut faire penser que les « (cultural) *objects have a value in their own rights (...)* »<sup>89</sup>. Pourtant, la protection matérielle du bien ou de son contexte ne constitue pas une finalité mais le moyen de garantir d'autres objectifs : si la *protection* matérielle est l'objectif premier, c'est dans la mesure où elle permet de préserver l'*information* contenue dans les biens culturels et leurs contextes – notamment en matière d'antiquités. Cette information implique un usage scientifique du bien – historique, ethnologique, anthropologique, sociologique ou artistique – en vue d'un enrichissement des connaissances « du contexte humain ». Enfin, pour optimiser ces

---

<sup>89</sup> MÜLLER (M. M.), « Cultural Heritage Protection : Legitimacy, Property, and Functionalism », *I.J.C.P.*, 1998, vol. 7, n°2, p. 397.



connaissances, les biens culturels et leurs contextes doivent être *accessibles* aux scientifiques et au public<sup>90</sup>. Il ressort de cette présentation que la protection matérielle des biens culturels et de leurs contextes garantit en réalité la *fonction* culturelle du bien : celle de manifester l'existence et la cohésion d'une communauté spécifique. Ainsi, lorsque les institutions signataires de la *Déclaration sur l'importance et la valeur des musées universels* considèrent que les biens culturels d'origine étrangère font désormais partie intégrante « *du patrimoine des nations qui les abritent* », c'est dans la mesure où les musées qui ont approprié ces biens offrent également « *un contexte pertinent et précieux* » à part entière. Il n'existerait donc qu'une approche pertinente en matière de protection des biens culturels qu'il conviendrait de prendre en compte dans les procédures de restitution en cas de trafic illicite : le « *fonctionnalisme* ». Cette approche « *puts the 'user' of the cultural heritage into center (...) for it defines 'cultural property' only with reference to its function in society* »<sup>91</sup>.

Le fonctionnalisme renvoie ainsi à la nature véritable de tout bien culturel : ces biens ont tous pour caractéristique d'être les *signifiants* – ou contenant – du patrimoine culturel auquel ils se rattachent. Le qualificatif de *signifiant* culturel a été utilisé par Mlle Bories qui constata dans sa thèse que « *tout élément du patrimoine culturel se présente comme apportant un message culturel dans le monde sensible des signes. Il est la manifestation et le véhicule d'une idée dans ce domaine. Il est un signifiant et 'ne se conçoit que par la valeur de son contenu'* »<sup>92</sup>. En conséquence, la forme du signifiant est sans importance car un bien culturel « *n'est pas un élément du patrimoine culturel du seul fait de la nature de son support* »<sup>93</sup>. Dans cette logique le bien culturel est un message, un contenant comportant un contenu culturel. Ce bien souligne « *l'importance du sens que les biens, et plus largement les éléments du patrimoine culturel, présentent pour les (...) membres des communautés culturelles dans lesquelles ils trouvent leur ancrage* »<sup>94</sup>. L'importance nécessaire que doivent avoir les biens culturels pour les membres de leur communauté d'appartenance est effectivement prise en compte par les conventions internationales relatives à la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. C'est, tout du moins, le cas des conventions à vocation universelle. Ainsi, le

---

<sup>90</sup> La présentation de ces trois objectifs est tirée de : MERRYMAN (J. H.), « *A Licit International Trade in Cultural Object* », *op. cit.*, p. 19. Voir également : WARRING (J.), « *Underground debates : The Fundamental Differences of Opinion that Thwart Unesco's Progress in Fighting the Illicit Trade in Cultural Property* », *E.I.L.R.*, 2005, vol. 19, pp. 359-363.

<sup>91</sup> MÜLLER (M. M.), « *Cultural Heritage Protection (...)* », *op. cit.*, p. 396.

<sup>92</sup> BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 52.

champ d'application *ratione materiae* de la Convention de l'UNESCO de 1970 ne concerne que les biens qui sont considérés « *comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science (...)* »<sup>95</sup>. La Convention Unidroit se réfère également à ce critère d'importance dans la mesure où elle ne s'applique qu'à l'égard des biens qui « *revêtent une importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science* »<sup>96</sup>. Les systèmes régionaux font référence à cette importance. C'est notamment le cas du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui, en son article 36, fait exception à l'interdiction des restrictions quantitatives aux importations et exportations de « *trésors nationaux* ». La détermination de ces trésors nationaux ressort de la compétence des États membres<sup>97</sup>. Mais la notion de trésor national reflète clairement le caractère d'importance qui doit s'attacher à un bien culturel afin qu'il puisse être considéré comme un signifiant culturel. En effet, les biens doivent avoir « *une valeur* » artistique, historique ou archéologique pour être qualifiables de trésors nationaux. Le bien d'importance manifeste l'existence et la cohésion de sa communauté d'appartenance à travers l'expression de son patrimoine culturel. En ce sens, le professeur Cornu considère que le patrimoine culturel « *trouve sa cohérence dans l'intérêt attaché aux biens qui y sont contenus* »<sup>98</sup>. Il en résulte que le bien culturel présente nécessairement un *intérêt fondamental* pour la communauté qui le reconnaît comme sien. Mais il faut déterminer quelles sont les communautés culturelles pouvant se voir reconnaître juridiquement cet intérêt fondamental à la restitution de leurs signifiants culturels.

### B. L'hétérogénéité réductible des communautés culturelles ayant un intérêt fondamental

Les communautés culturelles se manifestent – notamment – par leurs patrimoines culturels. La définition de la notion de patrimoine présentée dans le *Dictionnaire de la culture juridique* contient une référence appuyée au rattachement de tout patrimoine à un « *sujet de droit* »<sup>99</sup>. Mais cette définition est générale et prend également en compte le patrimoine des personnes privées de droit interne, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. En réalité, ce sont d'autres « *sujets de droit* » qui intéressent la notion de patrimoine culturel : il

---

<sup>95</sup> Convention de l'UNESCO de 1970, article 1<sup>er</sup>.

<sup>96</sup> Convention Unidroit, article 2.

<sup>97</sup> Sous réserve de l'appartenance de ces biens à une collection publique ou à l'une des catégories établies en annexe de la directive 93/7/CEE du 15 mars 1993.

<sup>98</sup> CORNU (M.), *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 28.

<sup>99</sup> ALLAND (D.) & RIALS (S.) (Eds.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1135.

s'agit des : « *collectivités plus ou moins large en droit public. De la commune à l'Humanité en passant par l'État* »<sup>100</sup>. Il semble cependant qu'en ce cas le lien de rattachement ne s'établisse pas nécessairement entre un patrimoine et un véritable « sujet de droit » – que ce sujet soit interne ou international. C'est d'ailleurs pour cette raison que le lien de rattachement peut être facilement distingué du droit de propriété ou de tout autre droit réel qui porterait sur un signifiant culturel. Mlle Bories souligne à ce propos que « *ceux auxquels le patrimoine culturel est rattaché ne sauraient être nécessairement des personnes juridiques, comme le montre le cas des minorités* »<sup>101</sup>. Cette caractéristique propre au lien de rattachement tient à la fonction des signifiants culturels, qui ne se perçoit qu'à travers le *fonctionnalisme*. Cette approche permet effectivement de déterminer la destination d'un bien dans les rapports sociaux se développant dans toute communauté. En ce sens, « *la contextualisation essentielle d'un bien (...) dans un groupe humain est-elle de nature à constituer un indice de sa qualité d'élément du patrimoine culturel* »<sup>102</sup>. Par conséquent, le rattachement d'un patrimoine culturel et de ses signifiants ne peut être que « *humain* », dès lors que seul le contexte humain permet de « *faire référence aux groupes culturels et aux individus pour lesquels ce patrimoine fait sens, qui l'ont créé et qui occupent une position privilégiée à son égard* »<sup>103</sup>. Toutefois, la contextualisation d'un bien culturel implique divers « groupes culturels » ou « groupes humains », c'est-à-dire des « collectivités ». Le collectif peut donc correspondre à des réalités variables, toutes comprises entre deux tendances : le particularisme et l'universalisme, qui se distingueraient de l'approche stato-centrée du nationalisme culturel et de l'internationalisme culturel. Le particularisme culturel renverrait à tout patrimoine culturel dont la nature serait infra-étatique ou étatique. Il existerait parallèlement des patrimoines culturels rattachés à des communautés universelles.

Au titre du particularisme culturel figure notamment les patrimoines étatiques. Diverses conventions internationales y font références, plus ou moins explicitement. C'est notamment le cas de la Convention de l'UNESCO de 1970 qui est un outil purement interétatique, dont les dispositions substantielles s'adressent aux États et qui ne sont pas *self-*

---

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international. op. cit.*, p. 41.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 42.

*executing*, contrairement à celles de la Convention Unidroit de 1995<sup>104</sup>. Il est souligné, dans le préambule, que « *les biens culturels sont un des éléments fondamentaux de la civilisation et de la culture des peuples* »<sup>105</sup>. La notion de peuple renvoie prioritairement à la communauté étatique. En effet, le peuple se définit comme « *l'ensemble des individus soumis à un État* » ou comme « *la totalité des personnes formant la population d'un même État et soumises ensembles à son autorité* »<sup>106</sup>. Les Statuts du Comité intergouvernemental pour la promotion du retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale (ci-après le Comité intergouvernemental pour le retour et la restitution des biens culturels) font également état du « *patrimoine et du peuple d'un État membre* »<sup>107</sup>. Cette référence à la notion de peuple apparaît également dans d'autres instruments internationaux qui n'ont pas nécessairement pour objet principal la lutte contre le trafic illicite des biens culturels. La Convention de La Haye de 1954 étend par exemple son champ d'application *ratione materiae* aux biens présentant « *une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples* »<sup>108</sup>. La Convention Unidroit – et le droit communautaire – fait en revanche directement mention du « patrimoine national ». Elle n'utilise de la notion de peuple que dans une optique universaliste, en faisant référence au « patrimoine commun de tous les peuples »<sup>109</sup>. Mais le recours au concept de nation n'a d'autre but que de souligner l'existence de patrimoines étatiques. En effet, le rapprochement de ce concept à celui de peuple est évident dans la mesure où ce dernier peut se comprendre comme « (l'ensemble) *des individus composant une nation* ».

Outre ces collectivités étatiques, le particularisme culturel comprends des collectivités infra-étatiques qui peuvent également être désignées par le qualificatif de « peuple » ou de « minorité ». Ce dernier qualificatif est généralement attribuable en droit interne à des communautés transfrontières, des peuples ayant une assise territoriale s'étendant sur le territoire national de plusieurs États. En droit interne, une minorité est généralement perçue comme un : « *groupe d'individus, généralement fixés à demeure sur le territoire d'un État,*

---

<sup>104</sup> Lire en ce sens : CARDUCCI (G.), *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, op. cit., p. 137 ; SIEHR (K.), « A Special Regime for Cultural Objects in Europe », *Revue de droit uniforme*, 2003, vol. 1-2, p. 562.

<sup>105</sup> Convention de l'UNESCO de 1970, Préambule, 2<sup>ème</sup> considérant.

<sup>106</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 670.

<sup>107</sup> UNESCO, Conférence générale, Statuts du Comité intergouvernemental pour la promotion du retour des biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale, Résolution 4/7.6/5, 20<sup>e</sup> session, Paris, 24 octobre-28 novembre 1978.

<sup>108</sup> Convention de La Haye de 1954, article 1 a.

<sup>109</sup> Convention Unidroit, Préambule, 3<sup>e</sup> considérant.

qui forme une véritable communauté caractérisée par ses particularités ethniques, linguistiques, religieuses (...) »<sup>110</sup>. C'est notamment le cas du peuple Kurde ou des « nations religieuses ». Si le peuple peut généralement être assimilé à la population ou à la nation d'un État, il peut également faire référence à une collectivité infra-étatique. Un attribut est alors adjoint à la notion de peuple, pour faire ainsi référence aux « peuples autochtones », aux « peuples tribaux », ou encore aux « peuples indigènes »<sup>111</sup>. Même s'il n'existe pas de définition établie de ces trois notions, elles sont en réalité équivalentes<sup>112</sup>. Elles peuvent toutes être définies au regard des critères établis par le Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, M. Martinez Boco. Dans son *Étude du problème des discriminations à l'encontre des populations autochtones* de 1986, il considère que ces peuples se caractérisent par leur « continuité historique » avec les « sociétés précoloniales », établies sur des territoires déterminés, qui « se considèrent eux-mêmes distincts des autres éléments de la société qui domine à présent leur territoire ». Ces peuples se caractérisent également par leur souci de « conserver, développer et transmettre aux générations futures » leurs territoires et leur identité ethnique afin de « maintenir leur existence en tant que peuple » en accord avec « leur modèle culturel, leurs institutions sociales et leur système juridique »<sup>113</sup>. La reconnaissance de ces groupes en tant que peuple implique l'exercice du droit à l'auto-détermination, qui renvoie au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et leur permet de déterminer librement leur statut politique et assurer librement leur développement économique, social et culturel. C'est d'ailleurs ce qui est prévu par l'article 3 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007 (ci-après, Déclaration sur les peuples autochtones)<sup>114</sup>. Mais ce droit ne devrait pas s'entendre dans son acception classique en droit international, qui implique un droit de sécession ou l'obtention d'un statut constitutionnel d'autonomie interne. L'auto-détermination dont les peuples autochtones bénéficient est un droit à l'auto-détermination interne qui

---

<sup>110</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 581. La Charte des langues régionales ou minoritaires du 5 juin 1992 fait référence à ces minorités.

<sup>111</sup> À titre d'exemple, convention n° 169 de l'O.I.T du 27 juin 1989. concernent les peuples indigènes et tribaux.

<sup>112</sup> Sur l'absence de définition précise de ces notions, lire : STOLL (P.-T.) & VON HAHN (A.), « Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law », pp. 10-12, in VON LEWINSKI (S.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Leiden, Kluwer Law International, 2<sup>e</sup> éd., 2008, 568 p.

<sup>113</sup> COBO (M.), *Étude du problème des discriminations à l'encontre des populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1986/7, Rapport de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 1986.

<sup>114</sup> AGNU, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution A/RES/61/295 du 13 septembre 2007.

impliquerait une autonomie bien moindre<sup>115</sup>. Il s'agirait plutôt de leur reconnaître, au sein d'un ordre juridique interne, certains droits « collectifs » qui leur permettent de préserver leur identité en tant que peuple. Ainsi, les articles 8 et 9 de la Déclaration précitée protègent les peuples autochtones contre l'assimilation forcée ou la destruction de leur culture et leur garantissent un droit à appartenir à une nation autochtone. L'article 11 de la Déclaration sur les peuples autochtones leur donne le droit « *d'observer et revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes* »<sup>116</sup>. Ainsi, il semble que « *the use of the term 'peoples' (...) shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law* »<sup>117</sup>. Mais cela comporte une conséquence de taille pour la consécration juridique d'un intérêt fondamental de ces peuples à la protection de leurs signifiants culturels, notamment à propos de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. En effet, les instruments internationaux venant protéger le patrimoine culturel des peuples autochtones établissent généralement des obligations à la charge des États parties. C'est notamment le cas de la Convention n°169 de l'O.I.T de 1989 concernant les peuples indigènes et tribaux (ci-après, la Convention de l'O.I.T.)<sup>118</sup>. Et, même si la Déclaration sur les peuples autochtones semble contenir des dispositions qui pourraient être *self-executing*, elle n'est pas contraignante à l'égard des États puisqu'elle a été adoptée par une résolution de l'AGNU. Il y a donc de fortes chances que cet intérêt fondamental des peuples autochtones à la protection de leur patrimoines culturels – et donc à la restitution de leurs biens culturels volés ou illicitement exportés – ne puisse être consacré juridiquement qu'au sein de chaque ordre juridique national concerné. Mais le droit international général ou même conventionnel ne semble pas reconnaître la juridicité d'un tel intérêt fondamental des peuples autochtones. Or, sans intérêt juridiquement établi, il ne peut y avoir de qualité à agir. Le risque étant que les peuples autochtones, collectivités dénuées de personnalité juridique hors de leur ordre juridique *national*, ne puisse revendiquer valablement dans des relations transétatiques ou transfrontières leurs biens culturels illicitement exportés ou volés. L'État aura certainement une place centrale dans la prise en charge de cet intérêt afin de lui assurer une certaine

---

<sup>115</sup> STOLL (P.-T.) & VON HAHN (A.), « Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law », *op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>116</sup> AGNU, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *op. cit.*

<sup>117</sup> STOLL (P.-T.) & VON HAHN (A.), « Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law », *op. cit.*, p. 16.

<sup>118</sup> Cette convention établit que les gouvernements des États parties ont pour responsabilité de développer des actions coordonnées pour protéger les droits de ces peuples (article 2) et développer les mécanismes et moyens disponibles (article 33).

juridicité<sup>119</sup>. Il est notamment intéressant de souligner que la référence à l'État est permanente dans les instruments juridiques protégeant le patrimoine culturel des peuples autochtones<sup>120</sup>. Les demandes de restitution de biens culturels appartenant à ce type de communauté risquent donc de passer par l'établissement d'obligations mises à la charge des États, reflétant l'existence, au mieux, d'une communauté interétatique – si l'obligation est intégrale – sinon d'une société des États – dans la mesure où l'obligation serait interdépendante.

Le risque n'est pas si différent concernant la tendance inverse à l'universalisme. Cette tendance, s'appuie sur le caractère nécessairement *humain* de la contextualisation de tout signifiant culturel. Il ne s'agirait pas d'établir ici un intérêt fondamental des communautés infra-étatiques opposable à l'ensemble de la communauté internationale. Mais plutôt de reconnaître l'existence d'une communauté internationale disposant d'un patrimoine universel. La Convention du patrimoine mondial souligne clairement l'étendue que peut avoir un tel patrimoine en définissant sa communauté de rattachement. Ce patrimoine se rattacherait à « *tous les peuples du monde* »<sup>121</sup>. Ce qui ne signifie pas la pondération de tous les patrimoines étatiques ou infra-étatiques, mais plutôt que tous les peuples ont en commun un seul patrimoine spécifique. C'est en cela que ce patrimoine se rattacherait à « *l'humanité toute entière* »<sup>122</sup>. La Convention de La Haye de 1954 adopte cette même approche universaliste et fait également mention du « *patrimoine culturel de l'humanité entière* »<sup>123</sup>. Le Préambule de la Convention du patrimoine mondial souligne qu'il « (...) *incombe à la collectivité internationale tout entière de participer à la protection du patrimoine culturel et naturel de valeur universel* ». Une question demeure cependant : quelle autorité pourrait centraliser les compétences normatives – permettant de déterminer les signifiants de ce patrimoine – et d'exécution – permettant de rendre effective la restitution de ces signifiants en cas de trafic illicite – qui semblent nécessaires à garantir l'intégrité d'un tel patrimoine ? En l'absence

---

<sup>119</sup> Cette intervention de l'État a, par exemple, été nécessaire pour mener à terme les procédures de restitution dans l'affaire de la *Venus Hottentot* et dans celle des *Têtes Maoris*. Lire en ce sens : CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 10.

<sup>120</sup> L'article 11§2 de la Déclaration sur les peuples autochtones cherche ainsi à mettre à la charge des États une obligation de réparer les atteintes aux signifiants culturels de ces peuples – ce qui peut explicitement inclure des mécanismes de restitution. La provision de cet article est organisée sur le fondement d'une obligation mise à la charge des États et non pas d'un droit reconnu aux peuples autochtones. En outre, les États devraient exécuter cette obligation « *par le biais de mécanismes efficaces (...) mis au point en concertation avec les peuples autochtones* ». Or la reconnaissance de l'existence de tels peuples repose sur des actes juridiques internes aux États concernés. De sorte que ces relations – notamment de restitution – entre État et peuples autochtones ne pourraient s'établir qu'au sein d'un même ordre juridique national. La Déclaration n'aurait donc qu'un intérêt limité concernant le trafic illicite *international* des biens culturels provenant de communautés autochtones.

<sup>121</sup> Convention du patrimoine mondial, Préambule, deuxième considérant.

<sup>122</sup> *Ibid.*, sixième considérant.

<sup>123</sup> Convention de La Haye de 1954, Préambule, deuxième considérant.

d'une telle autorité centralisée, un tel patrimoine se manifestera certainement à travers l'existence d'un intérêt collectif des États à la protection de ce patrimoine. L'obligation de restitution de ces biens culturels en cas de trafic illicite passera alors par l'établissement d'obligations intégrales absolues, témoignant de l'existence de cet intérêt collectif propre à la communauté interétatique.

Si toute communauté dispose d'un patrimoine culturel propre, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas nécessairement en mesure de garantir juridiquement sa protection. Malgré l'existence d'un lien de rattachement effectif il y aura de forts risques qu'aucune qualité pour agir soit reconnue aux membres de la collectivité considérée afin de formuler une demande de restitution d'un bien culturel volé ou illicitement exporté. L'identification des entités juridiquement qualifiées pour déterminer les signifiants culturels des différents patrimoines culturels devrait permettre de mieux savoir qui peut procéder à leur revendication en cas de trafic illicite.

## SECTION 2. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES BIENS CONSIDÉRÉS EN TANT QU'ÉLÉMENTS DU PATRIMOINE CULTUREL

Le lien de rattachement ne signifie donc pas nécessairement que l'intérêt fondamental des communautés culturelles soit juridiquement protégé. En réalité, l'intérêt juridiquement protégé sera celui de l'autorité compétente – l'État – pour qualifier certains biens de *signifiants culturels* (**Paragraphe 1**). Le droit conventionnel semble confirmer cette compétence étatique à travers les méthodes de qualification des biens culturels qu'il développe (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1. Un titre de compétence réelle et étatique pour qualifier les biens culturels**

Même si les signifiants culturels peuvent se rattacher à diverses espèces de patrimoines culturels, et même si les communautés humaines auxquelles se rattachent ces patrimoines déterminent *en fait* quels sont les signifiants culturels pertinents, seuls les États peuvent *en droit* qualifier les biens culturels (**A**). Ce pouvoir étatique se fonde sur un titre de compétence réelle (**B**).



#### A. Un pouvoir de qualification des biens culturels confisqué par l'État

C'est en démontrant que le bien culturel appartient au patrimoine culturel du demandeur que ce dernier manifesterait son intérêt fondamental à obtenir la restitution de ce bien. Il est vrai que les biens volés ou illicitement exportés appartenant initialement à des personnes privées, sans personnalité juridique internationale, pourraient être plus facilement identifiables. Cette identification reposerait sur l'atteinte aux droits acquis sur le bien considéré. En tout état de cause, cette solution n'intervient qu'ultérieurement ; une fois que la « coexistence » des ordres juridiques internes ait été organisée par les États. Ceux-ci établissent cette coexistence « *par des mesures unilatérales, 'nationales', ou par des mesures collectives, 'internationales'* »<sup>124</sup>. Il faudra donc que les États déterminent en amont les biens culturels qui, bien qu'appropriés par leurs ressortissants, présentent un intérêt fondamental pour une communauté culturelle dont ils sont les garants. Une fois cette opération établie, ces ressortissants seront fondés à demander la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite.

Cette remarque concernant les personnes privées de droit interne semble valoir également pour tout signifiant culturel, quel que soit les droits réels qui s'y attachent et son patrimoine d'appartenance. Cela apparaît clairement dans la Convention du patrimoine mondial. La référence de l'article 6 à la souveraineté étatique a déjà été soulevée. En outre, le paragraphe 2 prévoit que les États parties « *concourent à l'identification* » du patrimoine culturel mondial, avec le consentement de l'État territorial du bien considéré. Par ailleurs, il importe de relativiser le rôle donné au Comité intergouvernemental de la protection du patrimoine mondial et culturel dans la détermination des éléments du patrimoine mondial. L'article 11 §2 de la convention remet à ce Comité la charge d'établir la liste des éléments du patrimoine mondial. Mais cette responsabilité ne s'apparente pas à une centralisation normative en matière de détermination du patrimoine mondial. En effet, ce même article 11 précise que seuls les États parties ont l'initiative de proposer l'inscription de biens culturels sur la liste du patrimoine mondial. En aval, le Comité ne peut inscrire un bien sur la liste du patrimoine mondial qu'avec l'accord de l'État *intéressé* – c'est-à-dire l'État garant du patrimoine infra-étatique ou étatique auquel ce bien se rattache *autrement*. Dans la mesure où les intérêts fondamentaux des communautés infra-étatiques ou universelles doivent

---

<sup>124</sup> VERHOEVEN (J.), « Droit international public, droit international privé et droit national », p. 20, in WYLER (E.) & PAPAUX (A.) (Eds.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Paris, Pedone, 1997, 317 p.

nécessairement être pris en compte par l'État, il convient de déterminer sur quel fondement juridique leur pouvoir de qualification des biens culturels s'appuie.

C'est bien de l'exercice d'un *pouvoir* de qualification dont il est question. Le pouvoir se conçoit comme « *l'ensemble des compétences juridiques (...) de l'État (...)* »<sup>125</sup>. Le recours à la notion de compétence afin de déterminer le fondement d'un tel pouvoir de qualification est riche d'enseignements. La compétence est « *l'aptitude à agir dans un certain domaine* » ; domaine classiquement qualifié de matériel, personnel ou territorial<sup>126</sup>. Le professeur Poirat considère que « *la compétence, pour celui qui en dispose, l'autorise, dans les limites dessinées par elle, à exercer un pouvoir, c'est-à-dire faire un acte juridique* »<sup>127</sup>. Il conviendrait d'appréhender la *compétence* comme « *le fondement de, et la limite à l'exercice d'un pouvoir* »<sup>128</sup>. Aussi, l'auteur souligne que l'exercice par un État de son pouvoir se traduit par l'adoption d'actes internes<sup>129</sup>.

En matière de trafic illicite des biens culturels, l'intérêt consiste à déterminer l'étendue des effets de tels actes au-delà de l'ordre juridique de l'État d'édiction. En tout état de cause, les effets de ces actes se déploieront nécessairement dans un ordre juridique « interne ». L'ordre juridique interne peut être un ordre juridique national – celui d'édiction ou celui d'un État-tiers, sous certaines conditions – ou encore l'ordre juridique international lui-même. Selon le professeur Verhoeven « *l'applicabilité du droit international public n'est en effet aucunement fonction du rattachement de la relation qu'il entend régler à un ordre juridique autre que celui dont il est lui-même l'expression. Il ne dépend autrement dit d'aucune 'extranéité'* »<sup>130</sup>. C'est pourquoi il convient de déterminer l'effet de ces actes étatiques en fonction de l'ordre juridique dans lequel ils ont vocation à produire leur effet. L'étendue de leur effet juridique sera-t-il variable dans la mesure où il serait défini par chaque ordre juridique national pour sa part ? Sera-t-il au contraire unifié par le droit international, rendant opposable aux États l'effet juridique qu'il aura attribué à ce type d'actes ? Il est vrai que « *le droit international comporte des règles, de plus en plus nombreuses, relatives à l'exercice par*

---

<sup>125</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 687.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>127</sup> POIRAT (F.), « L'exercice des compétences de l'État en droit international », Rapport, p. 205, in *Les compétences de l'État en droit international*, Actes du Colloque de Rennes, S.F.D.I., Paris, Pedone, 2006, 320 p.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>130</sup> VERHOEVEN (J.), « Droit international public, droit international privé et droit national », *op. cit.*, p. 18.

*un État de ses pouvoirs* »<sup>131</sup>. À ce titre, il convient de déterminer, au regard de la théorie des compétences en droit international, sur quel fondement le pouvoir des États à la qualification des biens culturels est établi.

### B. Un pouvoir de qualification fondé sur un titre de compétence réelle

Pour ce faire il est nécessaire de déterminer la nature des règles de compétence en droit international. Elles appartiennent à la catégorie des règles d'habilitation et s'opposent, dans la théorie du droit, aux règles prescriptives. Ces dernières « *mettent à la charge de leurs destinataires de obligations et attachent à leur non-respect des sanctions, notamment l'engagement de la responsabilité* »<sup>132</sup>. La règle d'habilitation se contente de « *rendre possible* » l'adoption d'un acte ou d'un comportement. Ce type de règle octroie des *facultés* sans rendre obligatoire leur réalisation. Par conséquent la violation d'aucune prescription n'est envisageable et aucune sanction n'est alors possible. Ces règles d'habilitation confèrent soit des droits – elles sont alors permissives – soit des pouvoirs – ce sont des règles de compétence. Les règles permissives visent certains comportements quand celles de compétences « *investissent* » le sujet de droit du pouvoir d'édicter des actes juridiques<sup>133</sup>. Ce sont donc ces dernières qui intéressent la détermination des biens culturels pouvant bénéficier des régimes de restitution en cas de trafic illicite. Aussi, comme l'a souligné le professeur Lagrange, « *la règle de compétence dit à raison de quoi l'État peut statuer* »<sup>134</sup>. Cette *raison* se définit comme « *la source du pouvoir* » de l'État. C'est ce que la doctrine, notamment française, qualifie de « *titre de compétence* » et au regard duquel l'État pourra « *rattacher* » une situation à son ordre juridique<sup>135</sup>. Le titre de compétence qu'il convient alors d'établir devrait permettre à tout État de rendre opposable l'exercice de son pouvoir normatif à ses pairs. En d'autres termes, ce titre devrait garantir l'extra-territorialité des effets des actes de qualification de l'État<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> POIRAT (F.), « L'exercice des compétences de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 207.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>133</sup> *Ibid.*, pp. 214-217

<sup>134</sup> LAGRANGE (E.), « Les titres de compétence », Rapport, p. 101, in *Les compétences de l'État en droit international*, Actes du Colloque de Rennes, S.F.D.I., Paris, Pedone, 2006, 320 p.

<sup>135</sup> *Ibid.*, pp. 101-102.

<sup>136</sup> L'extra-territorialité peut s'entendre comme l'extension des effets juridiques de l'acte hors du territoire national de l'État d'édiction et, donc, hors du domaine naturel d'effectivité de son ordre juridique. Il en résulte que les actes devraient produire leurs effets au sein d'autres ordres juridiques internes et, notamment, sur le territoire national des autres États.

Il est alors utile de s'appuyer sur les propos du professeur Lagrange pour déterminer la nature du titre de compétence approprié. Plutôt que de confondre la compétence avec la souveraineté ou encore de l'inférer d'un élément constitutif de l'État, elle propose d'induire la compétence des « *éléments constitutifs d'une situation* »<sup>137</sup>. Cette proposition est très utile concernant le trafic illicite des biens culturels dans la mesure où elle répond au « *développement exponentiel des relations transnationales* » et permet de garantir « *la fonction sociale du droit – faciliter les échanges (...)* »<sup>138</sup>. Ainsi, « *au lieu de considérer un État, armé d'une batterie de titre (...) attirant dans la sphère de compétence de ses organes les situations (...), il faut partir d'un état de fait* »<sup>139</sup>. Dès lors, « *les variables pertinentes qui désignent un ou plusieurs États(s) comme compétent(s) à l'égard d'une situation sont les éléments constitutifs de la situation à réguler desquels un rattachement à un ou plusieurs ordre(s) juridique(s) étatique(s) peut être induit* »<sup>140</sup>. Parmi ces variables pertinentes il en est qui permettent un rattachement réel ou à raison de la chose régie. Le professeur Combacau le qualifie de rattachement matériel et considère qu'il en est question « *chaque fois que les normes d'un État statuent, plus que sur des personnes ou pour un espace, sur une activité dont il lui importe peu de savoir à qui elle est imputable et où elle se déploie mais qu'il entend régir quoi qu'il en soit, du fait de l'importance qu'elle a pour ses intérêts* »<sup>141</sup>. Cette importance que représente pour les intérêts de l'État l'activité régie se traduit, en matière de qualification des biens culturels, par l'intérêt fondamental qu'une communauté attache à ce bien comme manifestation de son patrimoine culturel et dont l'État constitue le garant. Dès lors, il devient aisé de définir précisément le titre de compétence dont disposent les États pour déterminer les biens ayant une valeur culturelle.

Il s'agira d'un titre réel, même s'il a déjà été suggéré avec succès qu'il pourrait s'agir d'un titre *sui generis*, mêlant titres réel et personnel de compétence<sup>142</sup>. En effet, Mlle Bories considère que le titre de compétence par lequel l'État détermine les biens culturels dont il est le garant présente des similitudes avec le titre personnel de compétence. Ces similitudes seraient au nombre de deux. La première résiderait dans la « liberté » qu'ont les États de

---

<sup>137</sup> LAGRANGE (E.), « Les titres de compétence », *op. cit.*, pp. 97-132.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>141</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public*, *op. cit.*, p. 350.

<sup>142</sup> BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international*, *op. cit.*, Chapitre 8, Section 1, paragraphe 1 B., pp. 466-472.

déterminer « *le choix des moyens, des critères (...) ainsi que du moment de la qualification* » des biens culturels. Le rapprochement avec le titre personnel de compétence peut donc être mis en évidence à la lumière de l'arrêt rendu en 1955 par la Cour Internationale de Justice (ci-après, la C.I.J.) dans l'affaire *Nottebohm*<sup>143</sup>. La nationalité constitue un lien de rattachement entre un État et ses ressortissants et, selon cette jurisprudence, « *le droit international laisse à chaque État le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité* »<sup>144</sup>. C'est pourquoi Mlle Bories estime que cette liberté dans la qualification des biens culturels s'apparente à celle existant en matière de nationalité : « (l'État) *a toute liberté pour choisir les techniques, circonstances et conditions de l'acquisition de sa nationalité* »<sup>145</sup>. Mais elle assimile cette liberté à l'absence de règles de droit international encadrant « *l'exercice* » par l'État de sa compétence législative – sa compétence normative lui permettant de déterminer ses biens culturels<sup>146</sup>. Cependant, la compétence est un fondement permettant d'exercer un pouvoir : ce n'est donc pas la compétence, mais un pouvoir qu'un État exerce. Or, les règles « encadrant *l'exercice* des compétences étatiques » – donc déterminant en réalité les conditions d'exercice d'un pouvoir – sont des règles prescriptrices établissant des droits et des obligations assorties de sanctions : c'est une question « *extrinsèque* » à la règle de compétence, comme le souligne le professeur Poirat<sup>147</sup>. Le professeur Combacau a souligné à ce propos qu'en encadrant l'exercice d'un pouvoir, le droit international : « *intervient alors, non plus comme répartiteur des compétences pour reconnaître (à l'État) un pouvoir (...)* »<sup>148</sup>. La liberté d'établissement des critères de rattachement ne constitue donc pas une similitude avec le titre personnel de compétence. La similitude réside davantage dans la nature des critères utilisés qui permettent, comme en matière de nationalité, de mettre en évidence « *un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts de sentiments jointe à une réciprocité de droits et devoirs* »<sup>149</sup>. C'est en effet la contextualisation humaine du bien culturel qui permettra à un État de considérer un bien comme faisant partie d'un patrimoine culturel dont il est le garant. Mlle Bories a bien souligné cette similitude dans l'établissement d'une contextualisation humaine. Et, dans son assimilation entre le ressortissant et le bien culturel, elle maintient que

---

<sup>143</sup> C.I.J., affaire *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955 (deuxième phase), Recueil, 1955, p. 4.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>145</sup> BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international*, *op. cit.*, p. 466.

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> POIRAT (F.), « L'exercice des compétences de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 217.

<sup>148</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public*, *op. cit.*, p. 350.

<sup>149</sup> C.I.J., affaire *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), *op. cit.*, p. 23.

« tout comme la nationalité classique ‘permet à une collectivité politique, l’État, de maîtriser la composition de sa population et l’étendue de sa compétence personnelle’, la nationalité des signifiant culturels est un instrument qui permet à l’État de délimiter comme de revendiquer ce qu’il entend comme relevant de son identité, et de celle des hommes qu’il représente »<sup>150</sup>. Cependant, ce critère renvoi à l’intérêt fondamental que porte une communauté à la préservation de ses biens culturels. En ce sens, la contextualisation humaine peut tout aussi bien être envisagée sous l’angle du titre réel de compétence. En outre, comme il a été souligné, la contextualisation humaine utilisée directement comme critère de rattachement personnel permet seulement d’établir des conditions d’exercice du pouvoir. Par conséquent, et compte tenu de la concurrence des compétences étatiques, les conditions d’exercice du pouvoir doivent permettre de déterminer quel est l’État dont la prétention est la mieux fondée pour l’exercer.

Ceci rend nécessaire l’établissement du lien de rattachement le plus effectif ; et cette nécessité constitue la seconde similitude, peut-être la seule véritable, avec le titre personnel de compétence. Car la C.I.J. exige que la compétence personnelle de l’État fasse « concorder le lien juridique de nationalité avec le rattachement effectif de l’individu à l’État (...) »<sup>151</sup>. Cette effectivité justifiera l’opposabilité du titre de compétence et du lien de rattachement qui en découle, aux autres États. L’État ayant établi un tel lien effectif de rattachement justifiera ainsi toute demande de restitution d’un bien culturel appartenant à un patrimoine culturel dont il est le garant. Pourtant, une fois encore, s’impose la nécessité de relativiser l’importance d’une similitude avec un titre de compétence personnelle. Car l’effectivité du lien de rattachement n’est pas l’apanage du titre de compétence personnelle. Elle correspond en réalité, dans le domaine des conflits de lois et de juridictions, à la prise en compte du « rattachement raisonnable entre une situation donnée et le for ». Ce rattachement raisonnable est notamment utilisé dans la technique du « *forum non conveniens* » et permet, par exemple, au juge national d’écarter l’application des règles interne en raison d’un lien de rattachement insuffisant avec le for<sup>152</sup>. Ce rattachement raisonnable peut tout aussi bien être nécessaire à l’usage efficace d’un titre de compétence réelle. Mlle Borjes reconnaît que la compétence est réelle lorsqu’elle porte sur un « *objet particulier* » plutôt que sur une personne ou un territoire. Elle ajoute qu’une compétence est réelle si elle vient *protéger* un intérêt

---

<sup>150</sup> BORJES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international*, *op. cit.*, p. 469.

<sup>151</sup> C.I.J., affaire *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), *op. cit.*, p. 23.

<sup>152</sup> POIRAT (F.), « L’exercice des compétences de l’État en droit international », *op. cit.*, p. 211.

fondamental ou impératif de l'État<sup>153</sup>. Ce dernier pourra trouver son intérêt fondamental ou impératif dans *l'intérêt fondamental* d'une communauté culturelle à la préservation de ses signifiants culturels. À propos de la compétence réelle, le professeur Lagrange estime que l'intérêt fondamental de l'État n'est pas « *unilatéralement défini* » par lui. Elle récuse l'idée selon laquelle cet intérêt serait reconnu en propre à chaque État par le droit international. Car, en ce cas, il ne serait pas possible de remédier à la concurrence des compétences étatiques. En réalité, puisqu'il faut déterminer quel(s) État(s) dispose(nt) d'une compétence plus effective, « *le droit international reconnaît alors, à un ou quelques État(s) un intérêt propre et exclusif à régir une activité* »<sup>154</sup>. L'État doit donc « *pouvoir invoquer un intérêt reconnu au minimum par ceux des États auxquels la situation pourrait être rattaché autrement* »<sup>155</sup>. Sa compétence réelle doit donc être la plus effective. Il convient de voir de quelle manière les normes conventionnelles existantes permettent de déterminer quel État dispose d'un titre de compétence effectif et efficace pour qualifier les biens appartenant aux patrimoines culturels dont il a la charge.

## **Paragraphe 2. Les méthodes conventionnelles de qualification des biens culturels**

Une confusion doit être évitée entre la *définition* des biens culturels et la *détermination* de l'intérêt fondamental à la protection de ces biens. Ce qui relève de la compétence étatique est la détermination de l'intérêt fondamental que représente un bien culturel pour une communauté culturelle déterminée. Cette détermination peut se faire quelque soit la définition qui est donnée du bien culturel. Les méthodes conventionnelles de définition des biens culturels peuvent laisser penser que l'exercice du pouvoir de détermination des États est exclu. Mais elles ne font que circonscrire l'exercice de ce pouvoir (A). D'autant plus que les conventions font référence à l'importance culturelle des biens considérés et, dès lors, consacrent le titre de compétence réelle des États dans la détermination des biens culturels (B).

### *A. L'encadrement de l'exercice du pouvoir étatique de détermination des biens culturels*

Les conventions relatives à la lutte contre le trafic illicite des biens culturels ont tâché d'encadrer au maximum la définition des biens culturels. Cet encadrement répond à deux difficultés : il existe une grande hétérogénéité dans les définitions nationales de cette notion ;

---

<sup>153</sup> BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international*, op. cit., p. 472.

<sup>154</sup> LAGRANGE (E.), « Les titres de compétence », op. cit., p. 122.

<sup>155</sup> *Ibid.*

il est par conséquent impossible de déterminer avec certitude la consistance véritable d'un bien culturel. Chaque ordre juridique, qu'il s'agisse d'ordres juridiques nationaux ou régionaux, développe sa propre notion de bien culturel. Ainsi, pour obtenir une définition internationale uniforme de cette notion, il faudrait au préalable dépasser le relativisme qui s'attache à toute définition de ce type de bien. L'impossibilité de saisir la consistance véritable d'un bien culturel découle nécessairement de l'hétérogénéité des contextualisations humaines des biens culturels – infra-étatiques, étatiques ou universelles. En ce sens, le professeur Frigo souligne que « *the various language versions of the terms under consideration here constitute a major difficulty, as they often do not provide a correct translation of the same concept. Rather than a mere shortcoming arising from different language versions conveying the same concept, this becomes a more substantive matter of different legal concepts* »<sup>156</sup>. Il considère notamment qu'aucune équivalence ne peut être valablement établie entre les notions de « *bien culturel* », de « *beni culturali* », « *bienes culturales* », « *kulturgut* » ou « *cultural property* »<sup>157</sup>. Ces différences tiennent aux spécificités propres à chaque contextualisation des biens culturels. Ces biens peuvent avoir diverses consistances en fonction des intérêts fondamentaux des communautés culturelles considérées : l'accent pourra être mis tantôt sur les biens tangibles – matériels, meubles ou immeubles – et tantôt sur ceux intangibles – les biens immatériels, comme le langage ou les pratiques culturelles par exemple<sup>158</sup>. En outre, la définition du bien culturel demeure extrêmement délicate même au sein d'un ordre juridique mettant davantage l'accent sur la tangibilité des biens culturels. En s'interrogeant sur la notion d'œuvre d'art, le professeur Pontier se demandait si les termes « d'œuvre d'art » et « d'objet d'art » avaient une même signification<sup>159</sup>. Il conviendrait d'ajouter à cette interrogation la notion de « bien culturel »<sup>160</sup>. Il se demandait notamment si l'œuvre consiste nécessairement en un bien meuble ou immeuble et, surtout, il récusait toute hiérarchisation des notions d'œuvre d'art et d'objet d'art qui serait fondée sur des critères subjectifs d'esthétisme et d'artistique<sup>161</sup>. Mais, plus encore, il

---

<sup>156</sup> FRIGO (M.), « Cultural property versus cultural heritage, a battle of concepts in international law », *R.I.C.R.*, 2004, vol. 86, n°854, p. 370.

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> Lire à ce propos : MUNJERI (D.), « Tangible and Intangible Heritage : from Difference to Convergence », *Museum International*, 2004, vol. 56, pp. 12-20.

<sup>159</sup> PONTIER (J.-M.), « La notion d'œuvre d'art », *Revue de droit public*, 1990, pp. 1403-1437.

<sup>160</sup> En réalité il semble que la notion de bien culturel soit bien plus générale que celle d'œuvre ou d'objet d'art ; cette dernière notion constituant une catégorie spécifique de biens culturels qui peuvent avoir des manifestations bien différentes.

<sup>161</sup> PONTIER (J.-M.), « La notion d'œuvre d'art », *op. cit.*, pp. 1407-1413.



questionnait la qualification « *artistique* » d'une œuvre. À ce propos, il souligna l'impossibilité pour le juriste de se fonder sur le critère prétendument objectif de beauté pour qualifier l'œuvre d'art, tant ce critère est variable selon les époques<sup>162</sup>. De même, le critère d'esthétisme – qui se rapporte à la sensibilité de l'artiste, à sa subjectivité personnelle – « *n'apporte rien à la notion d'art* »<sup>163</sup>. En tout état de cause, et comme il a déjà été souligné précédemment, la consistance même d'un bien culturel n'a que peu d'importance dès lors que ce bien doit être appréhendé en tant que signifiant culturel. Ainsi, bien que le trafic illicite des biens culturels ne concerne que les biens matériels meubles, le bien culturel peut parfaitement être de nature intangible – immatérielle – et être à la fois un signifiant culturel. Cette définition large du bien culturel trouve sa justification dans les propos du professeur Amato, relatifs à la « transcendance » en droit et sans laquelle « *il n'y aurait pas de droit, parce que la perception de la chose en soi (res corporales) n'a jamais de valeur en elle-même, mais elle est toujours un aspect d'un contexte plus grand (notiones)* »<sup>164</sup>.

Dès lors, la définition que les instruments juridiques internationaux peuvent donner du bien culturel sera nécessairement large et générale, afin d'embrasser toutes les formes envisageables des biens culturels. Diverses méthodes existent pour définir les biens culturels. Les plus courantes sont le classement, la catégorisation et l'énumération. Il faut d'emblée souligner que la dernière méthode n'a jamais été adoptée par les conventions internationales. En effet, elle consiste à faire état de chaque objet bénéficiant d'une protection. Elle est par conséquent inapplicable compte tenu de la diversité des signifiants culturels. Le classement consiste à accorder un régime spécifique de protection aux biens qui, au regard de certains critères, font l'objet d'une décision interne leur attribuant un statut particulier. Cette méthode semble être utilisée en droit communautaire à travers le renvoi à la notion de trésor national. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en son article 36, fait exception à l'interdiction des restrictions quantitatives aux importations et exportations concernant les « *trésors nationaux* ». Mais la détermination de ces trésors nationaux ressort de la compétence des États membres. En effet, l'article premier de la directive du Conseil de l'Union européenne 93/7/CEE entend par « bien culturel » : « *un bien classé (...) comme 'trésor*

---

<sup>162</sup> *Ibid.*, pp. 1411-1412.

<sup>163</sup> *Ibid.*, pp. 1412-1413.

<sup>164</sup> AMATO (S.), « 'Rien qui soit' : présences juridiques de l'immatériel », *A.P.D., Le droit et l'immatériel*, 1999, t. 43, p. 58. Cette même confusion entre la chose en soi et son contexte de référence rend difficile, par exemple, la distinction entre le dommage moral et le préjudice juridique dans la théorie de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite.

*national de valeur artistique, historique ou archéologique*, conformément à la législation ou aux procédures administratives nationales au sens de l'article 36 du Traité »<sup>165</sup>. Sous réserve de l'appartenance de ces biens à une collection publique ou à l'une des catégories établies en de la directive. Aucune définition du trésor national n'est donc développée dans le droit communautaire et il revient à chaque État de définir pour son compte cette notion ; de façon à faire entrer ces trésors nationaux dans l'une des catégories établie en annexe de la directive ou d'établir leur appartenance à une collection publique. La catégorisation n'est utilisée ici que subsidiairement et la définition des biens culturels considérés passe donc principalement par la méthode du classement. La catégorisation constitue la méthode la plus couramment usitée par les instruments internationaux pour définir les biens culturels. Cette méthode « *uses a very general description to establish what is included* »<sup>166</sup>. Il s'agit alors d'établir des catégories générales de biens culturels auxquelles viendront s'affilier les différents signifiants culturels concernés. Beaucoup de commentateurs ont voulu souligner la tendance des conventions internationales à exclure le pouvoir de définition des États par ce biais. Il convient cependant de relativiser cet avis. La Convention de La Haye de 1954 semble, *a priori*, établir une définition autonome des biens culturels. En effet, la lettre de l'article premier établit une définition des biens culturels sans faire référence à une quelconque qualification des biens concernés par les États. Cette définition comprend en outre trois grandes catégories de biens culturels au sein desquels tout bien culturel doit pouvoir être affilié. Cependant, la mise à l'écart des États parties dans la définition des biens culturels n'est qu'apparente. Le professeur O'Keefe a notamment souligné que cette définition n'était pas exhaustive et, par conséquent, il est loisible d'étendre les catégories de biens bénéficiant d'une protection en cas de conflit armé<sup>167</sup>. Il serait par ailleurs trompeur de conclure à une définition autonome et exclusive de toute intervention étatique en se fondant sur l'internationalisme culturel, comme l'ont fait beaucoup de commentateurs<sup>168</sup>. En effet, la référence au troisième considérant du Préambule ne suffit pas à établir une telle supposition. Ce considérant souligne l'intérêt que constitue « *pour tous les peuples du monde* » la protection du patrimoine culturel. Or, il a déjà été souligné que la notion de peuple renvoie à des communautés étatiques ou infra-étatiques. Par conséquent, ce sont les États, devant garantir l'intégrité des patrimoines culturels de ces

---

<sup>165</sup> Directive du Conseil de l'Union européenne 93/7/CEE, 15 mars 1993, article premier.

<sup>166</sup> O'KEEFE (P.J.), PROTTE (L.V.), *Law and the cultural heritage – Movement*, London, Butterworths, 1989, vol. 3, p. 841.

<sup>167</sup> O'KEEFE (P.), *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>168</sup> MERRYMAN (J. H.), « *Two ways of thinking about cultural property* », *op. cit.*, p. 831.

communautés, qui sont principalement intéressés par cette protection. En ce sens, les dispositions de la convention établissent des obligations à la charge des « *Hautes parties contractantes* ». *A fortiori*, faute d'autorité centralisée d'exécution de la convention, ce sont les États parties qui devront déterminer quels sont les biens susceptibles de bénéficier du régime protecteur de la convention, avant, pendant et après les conflits armés<sup>169</sup>. Bien évidemment, les États devront, dans la mesure du possible, classer ces biens selon les catégories établies dans l'article premier. Par conséquent, si la définition générale est établie au sein d'un instrument international, ce sont les États parties qui devront rendre effective cette définition ; notamment par un travail d'interprétation des dispositions matérielles conventionnelles. La convention ne fait qu'encadrer le pouvoir de détermination des biens culturels qu'ont les États parties.

Par conséquent, la Convention de l'UNESCO de 1970 ne constitue pas un recul par rapport à la Convention de La Haye de 1954, prétendument internationaliste. Au contraire, elle vient confirmer et renforcer l'approche qui y était développée en usant également de la catégorisation. L'article premier de la convention de 1970 établit onze catégories de biens culturels, comprenant parfois des sous-catégories. La définition donnée des biens culturels est ici exhaustive, contrairement à celle de la convention de 1954. Ce qui se comprend dans la mesure où le trafic illicite des biens culturels a cours en tout temps. Il était par conséquent nécessaire de circonscrire *a priori* les biens culturels pouvant bénéficier du régime de protection établi. Notamment afin de savoir exactement quels biens devaient être soumis à des procédures de contrôles aux exportations et aux importations<sup>170</sup>. Mais, surtout, la définition générale qui est donnée s'appuie clairement, cette fois-ci, sur la « *qualification nationale* » des biens au regard de cette définition<sup>171</sup>. Il en résulte, clairement cette fois-ci, que seuls les États parties seront compétents pour déterminer les biens soumis à leurs ordres juridiques respectifs qui présenteront les caractéristiques présentes dans l'article premier. Ainsi, les États devront interpréter les dispositions de l'article premier afin de le rendre applicable aux situations soumises à leurs ordres juridiques internes. Une fois encore, l'instrument conventionnel vient seulement « circonscrire » le pouvoir de détermination des biens culturels

---

<sup>169</sup> Concernant les mesures préventives, lire les articles 3, 4§1 ou 6. Pour celles nécessaires durant les conflits armés, lire les articles 4, 5 ou 7. Concernant les mesures à prendre à la suite d'un conflit armé, lire par exemple l'article 4§3, établissant l'obligation de restitution des biens volés, pillés ou détournés.

<sup>170</sup> Lire en sens : O'KEEFE (P.), *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>171</sup> Convention de l'UNESCO de 1970, article premier : « *Aux fins de la présente Convention sont considérés comme biens culturels les biens qui, à titre profane ou religieux, sont désignés par chaque État comme (...)* ». Viennent à la suite de l'article l'ensemble des critères et catégories qui permettent de qualifier un bien comme étant culturel.

en établissant une définition générale de ces biens. C'est à cette même solution que renvoie la Convention Unidroit de 1995, malgré sa prudence apparente. En s'inspirant de la Convention de La Haye de 1954, la convention de 1995 donne une définition autonome des biens culturels sans renvoyer à une qualification nationale des biens<sup>172</sup>. Néanmoins, cette convention à vocation à s'appliquer non seulement dans des relations interétatiques, mais également transétatiques et transnationales. Les différends susceptibles d'opposer l'acquéreur du bien et son détenteur initial risque ainsi d'être portés devant des juridictions internes de droit commun ou devant des tribunaux arbitraux. Il sera évidemment nécessaire, une fois encore, de procéder à des interprétations de droit interne de la définition conventionnelle, puisqu'aucune juridiction centralisée n'est établie. Ainsi les États parties, ou les organes internes qu'ils auront désigné, pourront interpréter de bonne foi cette définition conventionnelle de la notion de bien culturel. Le Secrétariat d'Unidroit précise notamment que « *tout État partie à la Convention aura la possibilité d'établir dans sa législation nationale des règles de protection de son patrimoine culturel* ». En outre, la convention adopte la même catégorisation que la convention de 1970. Plus précisément, « *la liste des biens de l'article premier de la Convention de 1970 (est) annexée à la Convention sans être partie intégrante et sans que soit citée expressément sa source* »<sup>173</sup>. Il en résulte un rapprochement manifeste des définitions des deux conventions<sup>174</sup>. Dès lors, comme pour la Convention de 1970 : « *la qualification de ces objets reste effectuée par les autorités nationales d'après leurs propres critères (...)* »<sup>175</sup>. Par conséquent, la définition internationale des biens culturels ne fait qu'encadrer le pouvoir des États de déterminer quels sont les biens bénéficiant des régimes de protection et de restitution en cas de trafic illicite. D'autant plus que le titre de compétence réelle des États dans la détermination des biens culturels apparaît dans ces conventions.

### B. La reconnaissance conventionnelle du titre de compétence réelle des États

En effet, toutes les conventions traitant de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite font état de la valeur des biens considérés. Cette référence apparaît à chaque fois d'une façon similaire dans tous les instruments pertinents. Dans la Convention de La Haye de

---

<sup>172</sup> Convention Unidroit de 1995, article 2. C'est l'interprétation qu'en fait Marina Schneider, Secrétaire exécutive de la Conférence diplomatique d'adoption de la Convention : « *L'article 2 ne fait aucune référence au droit national des États contractants pour la détermination des biens culturels qui bénéficieront de la protection accordée par la Convention (...)* ». SCHNEIDER (M.) : Secrétariat d'Unidroit, *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, *Revue de droit uniforme*, op. cit., p. 503.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 501.

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> CARDUCCI (G.) : *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, op. cit., p. 219.

1954, les biens culturels sont définis comme les biens meubles ou immeubles « *présentant une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples (...)* »<sup>176</sup>. Cette importance rappelle l'intérêt fondamental des communautés culturelles à l'intégrité des éléments de leurs patrimoines culturels. Il en va de même pour la Convention de l'UNESCO de 1970 qui considère comme bien culturel « *les biens qui, à titre religieux ou profane, sont désignés par chaque État comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science, et qui appartiennent aux catégories ci-après (...)* »<sup>177</sup>.

Ainsi, comme l'a souligné le professeur Carducci, les États demeurent libres de qualifier les biens culturels d'après leurs propres critères – en tenant comptes des catégories conventionnellement établies – et à la seule condition que « *l'importance de l'objet doit exister pour l'un des domaines visés* »<sup>178</sup>. Le professeur O'Keefe considère ainsi que cette définition est mixte : « *one element allowing State to define its own cultural heritage together with a second imposed element – it must be of importance and within the defined categories* ». Il serait également possible de voir dans cette nécessité d'établir l'importance du bien culturel la consécration du titre de compétence réelle dans le chef des États parties. Le commentaire du professeur O'Keefe est très explicite à cet égard : « *(it) is clear from the words 'specifically designated by each State as being of importance', that each State has the right to decide what objects are of importance for its own national cultural heritage* »<sup>179</sup>. Même si ce professeur ne se réfère qu'au patrimoine national de l'État, il faudrait y joindre l'ensemble des patrimoines culturels dont l'intégrité est garantie, dans l'ordre juridique international, directement par l'État.

En revanche la Convention Unidroit de 1995 ne semble pas, *a priori*, attacher une importance particulière à cet intérêt fondamental. Cela tiendrait au fait que l'article 2, en définissant le bien culturel, ne ferait aucune référence à « *la 'désignation' de l'importance (du bien) par chaque État* ». Mais il convient cependant de relativiser cette appréciation. Lors des travaux préparatoires de la Convention, certaines délégations estimèrent que « *la Convention*

---

<sup>176</sup> Convention de La Haye de 1954, article premier, alinéa *a* : sont considérés comme biens culturels les biens meubles ou immeubles « *présentant 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 artistiques, historiques ou archéologiques, ainsi que les collections scientifiques et les collections importantes de livres, d'archives ou de reproductions des biens définis ci-dessus* ».

<sup>177</sup> Convention de l'UNESCO de 1970, article premier.

<sup>178</sup> CARDUCCI (G.) : *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, op. cit., p. 219.

<sup>179</sup> O'KEEFE (P.), *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, op. cit., p. 37.

ne manquera pas d'avoir des implications considérables sur les règles nationales de droit privé relatives à l'acquisition de biens mobiliers » ; elles doutèrent que « les États accepteraient d'envisager des changements de ces règles pour une catégorie trop large de biens ». C'est pourquoi ces délégations proposèrent une définition plus étroite « limitée aux biens culturels revêtant une 'grande' importance, voir une importance 'exceptionnelle' »<sup>180</sup>. Cette proposition fut rejetée afin de ne pas porter atteinte au principe voulu par la Convention selon lequel tout acquéreur doit se montrer diligent en s'interrogeant sur la provenance du bien. En outre, il fallait garantir la protection des biens culturels « provenant de collections privées ou ayant une importance locale »<sup>181</sup>. Ce refus de préciser le degré d'importance que représente le bien culturel ne concerne que les cas de vols<sup>182</sup>. Mais il faut cependant préciser que le critère d'importance demeure néanmoins ; sans qu'il soit nécessaire d'établir une hiérarchie au sein de ce critère. En effet, l'article 2 précise que le champ d'application *ratione materiae* de la Convention s'étend aux biens culturels revêtant « une importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science (...) ». Or, comme précisé précédemment, cette importance doit être déterminée afin de permettre l'applicabilité de la convention aux cas d'espèces. C'est pourquoi l'interprétation authentique de la Convention devra être réalisée par les États parties ou leurs autorités internes, notamment celles judiciaires. En outre, cette référence indéterminée à l'importance du bien culturel en cas de vol tient au fait que « le vol constitue une infraction universellement réprimée (...) ». Par conséquent, l'importance est acquise *ab initio* dans la mesure où tout vol de biens culturels porte atteinte au principe contenu dans le second considérant du préambule établissant « l'importance fondamentale de la protection du patrimoine culturel »<sup>183</sup>. Par ailleurs, le critère d'importance préserve toute sa vigueur en matière d'exportation illicite des biens culturels. Cela se justifie principalement par le fait que les différends portant sur la restitution des biens culturels sont interétatiques – dans la mesure où ils portent sur l'opposabilité des règles internes de droit public à des États tiers. Ainsi, l'article 5§3 de la Convention conditionne le retour d'un bien culturel illicitement exporté à l'atteinte à l'un des intérêts particuliers invocables par l'État requérant ou à « l'importance culturelle significative que

---

<sup>180</sup> SCHNEIDER (M.) : Secrétariat d'Unidroit, *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, *Revue de droit uniforme, op. cit.*, p. 499.

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> Convention Unidroit de 1995, Préambule, 2<sup>ème</sup> considérant.

revêt » le bien<sup>184</sup>. *L'importance culturelle significative* – et donc l'intérêt fondamental révélant l'existence d'un titre de compétence réelle – prend une place centrale au regard de l'interprétation du professeur Merryman. En effet, il considère que le retour du bien culturel en cas d'exportation illicite peut être obtenu sur le fondement des quatre intérêts particuliers cités dans l'article 5§3. À défaut d'un tel fondement, il estime qu'il sera toujours possible de se fonder sur le critère de *l'importance culturelle significative*<sup>185</sup>. Si cette remarque a été formulée par son auteur pour critiquer la rédaction de cet article, elle manifeste cependant la référence persistante à l'intérêt fondamental à la restitution ou au retour du bien culturel en cas de trafic illicite. Dans la mesure où ces conventions internationales sont conclues entre États, il ressort que ceux-ci disposent donc d'un titre de compétence réelle afin de déterminer quels sont les biens culturels bénéficiant des régimes conventionnels de protection et de restitution. Cet intérêt fondamental devient ainsi un intérêt juridiquement protégé justifiant la demande et l'obtention de la restitution ou du retour du bien culturel en cas de trafic illicite. Il convient désormais de savoir si cet intérêt fondamental constitue un intérêt commun aux États ou s'il est véritablement un intérêt collectif, manifestant l'existence d'une communauté internationale en matière de protection des biens et des patrimoines culturels. La substance de cette communauté pourrait dépasser les sujets primaires du droit international. En effet, la compétence réelle des États pour protéger les signifiants culturels de patrimoines infra-étatiques, étatiques ou universels permet de prendre en compte les intérêts des sujets de droit interne ou d'entité sans personnalité juridique. Cependant, l'intensité de ce dépassement peut varier selon la nature des droits et obligations – donc de la responsabilité – qui s'attachent à la protection de ces patrimoines. En effet, la référence à des communautés infra-étatiques – comme celle de *peuple autochtone* – peut clairement renvoyer à des mécanismes propres aux « *droits des peuples* ». Ces droits « *ne sont pas reconnus à des individus mais à des groupes dénués de personnalité légale* »<sup>186</sup>. Comme il a déjà été souligné, ces « droits » sans

---

<sup>184</sup> Les intérêts particuliers reconnus aux États parties justifiant la restitution d'un bien culturels illicitement exportés sont : (a) la conservation matérielle du bien ou de son contexte ; (b) l'intégrité d'un bien complexe ; (c) la conservation de l'information, notamment de nature scientifique ou historique, relative au bien ; (d) l'usage traditionnel ou rituel du bien par une communauté autochtone ou tribale. Il est par ailleurs possible pour l'État de prouver que le bien revêt pour lui une importance culturelle significative.

<sup>185</sup> MERRYMAN (J. H.), « The UNIDROIT Convention : Three Significant Departures from the *Urtext* » *I.J.C.P.*, 1996, vol. 5, n°1, p. 16.

<sup>186</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public, op. cit.*, p. 388.

créanciers personnalisés peuvent très bien permettre l'établissement d'obligations à la charge des États, « dont les réflexes seraient des droits subjectifs dans le chef d'autres États »<sup>187</sup>.

Pour ce faire, il convient de s'appuyer sur les propos précités du professeur Lagrange, qui estime que l'intérêt fondamental de l'État, invoqué sur le titre de compétence réelle, n'est pas « unilatéralement défini » par lui. En réalité, « le droit international reconnaîtrait alors, à un ou quelques État(s) un intérêt propre et exclusif à régir une activité »<sup>188</sup>. L'État doit « pouvoir invoquer un intérêt reconnu au minimum par ceux des États auxquels la situation pourrait être rattaché autrement »<sup>189</sup>. Afin de savoir si cet intérêt est commun ou collectif, il faut interroger la nature et le contenu de l'obligation de restitution qui s'y attache. Ainsi, il faudra savoir si l'obligation de restitution est de nature bilatérale, interdépendante ou intégrale. En fonction de la nature de l'obligation, il sera possible de connaître la nature et la consistance de la communauté internationale considérée. Car les compétences réelles des États peuvent venir protéger divers types d'intérêts : leurs intérêts fondamentaux propres, ceux de la communauté internationale ou encore des intérêts fondamentaux non étatiques – ceux de leurs nationaux<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 388.

<sup>188</sup> LAGRANGE (E.), « Les titres de compétence », *op. cit.*, p. 122.

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public, op. cit.* pp. 355-356



## **CHAPITRE 2 : LES FONDEMENTS DE L'OBLIGATION DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS**

Il convient désormais de s'attacher, non plus aux règles d'habilitation, mais à celles prescriptrices. Pour savoir si l'intérêt fondamental des communautés culturelles pour la restitution de leurs signifiants culturels – tel qu'il se manifeste dans la compétence réelle des États à la détermination des biens culturels – s'attache à un intérêt collectif ou commun d'une communauté internationale donnée, il est nécessaire de déterminer la nature et le contenu de l'obligation de restitution qui s'impose aux États et à leurs ordres juridiques internes (**Section 1**). La consistance de la communauté internationale disposant d'un tel intérêt collectif ou commun pourra, ensuite, être établie en fonction de la source de cette obligation internationale de restitution des biens culturels (**Section 2**).

### SECTION 1. LA NATURE ET LE CONTENU DE L'OBLIGATION DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS

Qu'il s'agisse du vol ou de l'exportation illicite, la nature (**paragraphe 1**) et le contenu (**paragraphe 2**) de l'obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite donnent de nombreuses informations sur la portée de l'intérêt juridiquement protégé en ce domaine.

#### **Paragraphe 1. La nature de l'obligation de restitution des biens culturels**

Il convient de se pencher sur la nature de l'obligation de restitution. Le droit conventionnel a développé une obligation primaire de restitution ; ce qui permet par ailleurs d'ouvrir le débat sur la qualification de cette obligation comme obligation intégrale ou interdépendante (**A**). La qualification de cette obligation comme obligation de comportement ou de résultat permet de mettre en évidence la portée de cette obligation de restitution (**B**).

##### *A. L'établissement d'une obligation primaire de restitution des biens culturels*

La nature juridique de l'obligation de restitution d'un bien culturel volé ou illicitement exporté peut paraître ambiguë. La notion de restitution peut effectivement être équivoque dans la mesure où elle peut renvoyer à divers aspects du droit de la responsabilité ; notamment en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. La restitution constitue en effet l'une des trois modalités de réparation qui s'attache à la violation

d'une obligation internationale<sup>191</sup>. Les trois modes de réparation – qui apparaissent notamment à l'article 34 des Articles de 2001 de la Commission du droit international (ci-après la C.D.I.) sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite – sont la restitution, la satisfaction et l'indemnisation<sup>192</sup>. La restitution peut être également qualifiée de *restauration*. Il s'agirait plus précisément de « *la restauration de la situation antérieure à la survenance du fait illicite* »<sup>193</sup>. Ce mode de réparation tend à « *effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis* »<sup>194</sup>. La restitution constitue ainsi le mode de réparation généralement qualifié de *restitutio in integrum*, qui signifie « rétablissement » « ou remise en état »<sup>195</sup>. En cas de violation d'une obligation internationale, la restitution est « *la forme la plus satisfaisante* » de réparation dans la mesure où elle « *prive l'État responsable de la faculté de remplacer après coup l'exécution de son obligation primaire par celle d'une obligation secondaire de contenu différent et peut être moins lourde à ses yeux* »<sup>196</sup>. La restitution permet ainsi l'exécution de l'obligation secondaire de réparation qui s'attache à la violation de l'obligation primaire. Comme l'explique le professeur Combacau, « *il s'agit d'une substitution d'obligations, de la transformation d'une obligation en une autre, dont il incombe à l'État assujéti de s'acquitter comme il lui incombait de s'acquitter de la première* »<sup>197</sup>. C'est effectivement ainsi qu'était appréhendée l'obligation de restitution des biens culturels en droit international jusqu'à la conclusion de la Convention de La Haye de 1954. Cette obligation secondaire de restitution a notamment été formulée dans la Convention de La Haye de 1907, en son article 56. Elle se présentait comme une obligation secondaire de restitution des biens culturels pillés lors de conflits armés, dans la mesure où l'illicéité du pillage était établie aux articles 28 et 47. Par ailleurs les événements de 1814 et 1815 permettent certainement d'établir un *opinio juris* qui devait se consolider ultérieurement, par la manifestation de l'*usus* à travers l'adoption de

---

<sup>191</sup> Le dommage n'ayant virtuellement aucun rôle dans l'engagement de la responsabilité, selon les Articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

<sup>192</sup> AGNU, Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, résolution 56/83, 12 décembre 2001.

<sup>193</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public, op. cit.*, p. 525.

<sup>194</sup> C.P.J.I., *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, arrêt du 13 septembre 1928, fond, Recueil, Série A n°17, p. 47.

<sup>195</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public, op. cit.*, p. 525.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 520.

divers traités de paix<sup>198</sup>. Mais cet *usus* n'était pas véritablement décelable auparavant. Trois traités de paix ont favorisés sa manifestation : il s'agit des Traités de Saint-Germain du 10 septembre 1919, de Trianon du 4 juin 1920 et de Versailles du 28 juin 1929. Un raisonnement *a contrario* permet de considérer ces traités de paix comme instituant une obligation secondaire de restitution. Cela tient au fait que « *la restitution d'un quelconque objet est séparée de la plus ample question des réparations et s'ajoute en tant qu'obligation ultérieure pour l'ensemble des biens 'enlevés, saisis ou séquestrés'* »<sup>199</sup>. Ce qui n'est pas le cas de la restitution des biens culturels qui est, elle, à chaque fois posée par les dispositions relatives aux réparations<sup>200</sup>. Ces réparations spécifiques devaient répondre de la violation d'obligations primaires, notamment de l'interdiction du pillage.

La restitution peut également s'affranchir des modalités de la réparation, qui permettent l'exécution d'une obligation secondaire, pour s'attacher à l'exécution de l'obligation primaire. En effet la violation d'une obligation ne mettant pas fin à son existence, il convient dès lors de garantir son exécution<sup>201</sup>. Ainsi, le destinataire d'une obligation qui ne l'exécute pas doit « *mettre un terme à l'illicéité si elle consiste dans un fait continu en cours* »<sup>202</sup>. La rétention d'un bien culturel volé ou illicitement exporté peut ainsi s'analyser comme un fait internationalement illicite de l'État dont l'ordre juridique autorise cette rétention continue et illicite. Dès lors, la restitution du bien culturel peut s'apparenter à la cessation de l'illicite, qui est une modalité d'exécution de l'obligation primaire. Une illustration simple peut être tirée de l'article 5 du premier Protocole à la Convention de La Haye de 1954. Cet article oblige les États parties à restituer, au terme des conflits armés, les biens culturels sortis des territoires occupés et déposés à l'étranger afin de garantir leur sécurité. Si au terme d'un conflit armé les « États dépositaires » refusent – passé un certain délai ou au terme de négociations infructueuses – de restituer les biens culturels à l'État dont le territoire était occupé, ils commettent un fait illicite continu. Ce fait prendra fin lorsque les biens culturels seront finalement restitués. Dès lors, cette restitution s'apparentera à l'exécution de l'obligation primaire contenu dans l'article 5 ; mais elle ne pourra pas

---

<sup>198</sup> CARDUCCI (G.), « L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé », *op. cit.*, p. 298. C'est en 1815, au terme des Guerres napoléoniennes, que la France fût contrainte de retourner les biens culturels amassés lors des campagnes napoléoniennes.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>200</sup> Article 238 du Traité de Versailles ; Article 168 du Traité de Trianon ; Article 184 du Traité de Saint-Germain.

<sup>201</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public*, *op. cit.*, p. 524.

<sup>202</sup> *Ibid.*

s'analyser comme l'exécution d'une obligation secondaire de réparation. C'est pourquoi il est généralement considéré que la Convention de La Haye de 1954 établit une obligation primaire de restitution des biens culturels sortis des territoires occupés lors de conflits armés. C'est dans ce courant que s'inscrivent les conventions relatives à la lutte contre le trafic illicite des biens culturels, puisqu'elles font de la restitution l'objet même de l'obligation primaire.

### B. La restitution entre obligation de comportement et obligation de résultat

Il est également possible de déterminer la nature de ces obligations primaires au regard de la distinction entre obligations de comportement et de résultat. Il faut souligner que la distinction est, ici, tirée de la conception développée par le droit français. En effet, dans le projet d'articles de la C.D.I. de 1996 – sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – l'obligation de résultat était celle laissant une marge d'appréciation aux États pour déterminer les modalités d'exécution de l'obligation primaire. Le projet considérait par ailleurs que l'obligation de comportement consistait en un énoncé prescriptif strict imposant à l'État une modalité spécifique et déterminée d'exécution de l'obligation primaire. La qualification est tout simplement inversée en droit français : si la modalité d'exécution de l'obligation est strictement déterminée, il s'agira d'une obligation de résultat ; si les modalités peuvent être librement établies, il s'agira alors d'une obligation de comportement. La distinction a été rejetée en droit international par le projet définitif de 2001 dans la mesure où elle n'emporte pas de conséquence pratique sur la mise en œuvre de la responsabilité<sup>203</sup>. Dès lors, seule la conception française peut avoir une utilité, notamment pour qualifier l'obligation primaire. La Convention de l'UNESCO de 1970 contient deux dispositions établissant l'obligation de restitution. Il s'agit de l'article 7 (b)ii et de l'article 13. L'article 7, au second alinéa de son paragraphe (b), engage les États parties à « *prendre les mesures appropriées pour saisir et restituer à la requête de l'État d'origine partie à la Convention tout bien culturel ainsi volé et importé après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard des deux États concernés (...)* ». L'article ajoute que « *les requêtes de saisie et de restitution doivent être adressées à l'État requis par la voie diplomatique* ». L'article 7 consiste en une obligation de comportement ; laissant ainsi aux États parties le soin de recourir aux moyens de leur choix pour exécuter cette obligation. Il faut néanmoins rejeter

---

<sup>203</sup> CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 1<sup>er</sup> éd., 2003, p. 26 ; COMBACAU (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement, quelques questions et pas de réponse », p. 181, *in Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1<sup>er</sup> éd., 1981, 582 p.

l'interprétation selon laquelle l'obligation de restitution contenue dans cet article aurait un caractère subsidiaire. Ce caractère subsidiaire tiendrait au fait que l'exécution de l'obligation ne serait pas obligatoire et ne constituerait pas non plus l'unique modalité de restitution valable – dans la mesure où des modalités de droit commun demeurent disponibles. Ce serait, de plus, à l'État requis que reviendrait la charge de déterminer la modalité de restitution la plus adéquate. Une partie de la doctrine fonderait cette interprétation sur le fait que l'utilité de la procédure contenue dans l'article 7 serait limitée aux situations dans lesquelles l'État demandeur ne pourrait obtenir de restitution en usant du droit interne de l'État requis<sup>204</sup>. Il faudrait davantage considérer, comme le fait le professeur O'Keefe, que le refus de recourir au mécanisme de l'article 7 sous prétexte que d'autres modalités existent constitue une violation de l'obligation primaire de restitution<sup>205</sup>. Le professeur O'Keefe souligne l'importance de l'indétermination qui s'attache à cette obligation et tente d'y remédier : « (...) *this may mean taking no action other than advising the requesting State to take legal proceedings (...). Even then, it would be prudent for the requested State to have the power of seizure or at least a legal means to hold the disputed object pending a decision by a competent authority* »<sup>206</sup>. L'article 13 fait également état d'une obligation primaire de restitution qui se manifeste clairement par diverses obligations de comportement et de résultat. Le paragraphe (b) de l'article impose aux États parties, dans le cadre de leurs législations respectives, de « *faire en sorte que leurs services compétents collaborent en vue de faciliter la restitution, à qui de droit (...)* » des biens culturels illicitement exportés. Il s'agit là d'une obligation de comportement. La version anglaise de cet article vise la restitution de ces biens culturels aux « *rightful owner* » - termes traduits en français par l'expression « à qui de droit ». Il semble cependant que le « détenteur légitime » doit être déterminé au regard du paragraphe (d) de l'article. Il fait référence au droit imprescriptible des États « *de classer et déclarer inaliénable certains biens culturels qui, de ce fait ne doivent pas être exportés (...)* »<sup>207</sup>. Dès lors, la disposition du paragraphe (b) devrait s'adresser aux États parties à la convention et concerner exclusivement les relations interétatiques de restitution. Le paragraphe (c) établit, quant à lui, une obligation de résultat par laquelle les États parties doivent admettre les actions en revendication des biens culturels volés exercées par le

---

<sup>204</sup> GORDON (J. B.), « The UNESCO Convention on the Illicit Movement of Art Treasures », *H.I.L.J.*, 1971, vol. 12, p. 551.

<sup>205</sup> KOWALSKI (W. W.), *Restitution of Works of Art Pursuant to Private and Public International Law*, *R.C.A.D.I.*, 2001, vol. 288, p. 143.

<sup>206</sup> O'KEEFE (P.), *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 83.

« *propriétaire légitime ou en son nom* ». C'est un préalable nécessaire à la restitution d'un bien culturel volé. Les relations juridiques semblent ici dépasser largement le cadre interétatique, dans la mesure où le propriétaire légitime n'est pas nécessairement un État. Il semblerait que cette disposition se contente de reprendre à son compte une solution propre aux ordres juridique nationaux dans la mesure où elle doit être exécutée « *dans le cadre de la législation de chaque État* »<sup>208</sup>. En revanche, le paragraphe (d) s'inscrit clairement dans des relations interétatiques. Cette disposition oblige les États parties à faciliter la récupération par leurs pairs des biens inaliénables pourtant exportés à l'étranger. Il s'agit là encore d'une obligation de comportement. La Convention Unidroit de 1995 distingue nettement la restitution des biens culturels volés de celle des biens culturels illicitement exportés. L'article 3 de la convention établit une obligation absolue de restitution du bien culturel en cas de vol. Il s'agit là d'une obligation de résultat dont les modalités d'exécution ne sont que faiblement encadrées<sup>209</sup>. Cette obligation joue quelque soit la nature de la propriété – publique ou privée – qui grève désormais le bien volé<sup>210</sup>. Le destinataire de cette obligation n'est pas non plus déterminé mais est largement défini comme le « possesseur » actuel du bien. Il s'agira généralement de personnes publiques ou privées de droit interne. Le demandeur est également défini largement, dans le commentaire officiel de la convention, comme toute personne dépossédée<sup>211</sup>. L'obligation primaire de restitution des biens culturels illicitement exportés est posée au paragraphe 3 de l'article 5. Cet article établit clairement une procédure interétatique de restitution. Le paragraphe 1 reconnaît un droit de revendication à l'État dont la législation d'ordre public en matière d'exportation des biens culturels a été atteinte. Le paragraphe 3 impose ainsi aux autorités compétentes des États parties, notamment celles juridictionnelles, d'ordonner le retour des biens culturels illicitement exportés. Néanmoins, comme souligné précédemment, l'autorité compétente saisie doit vérifier que l'exportation illicite a bien portée atteinte à l'un des intérêt reconnu à l'État requérant dans ce paragraphe 3. Les ordres juridiques régionaux ont également consacré cette obligation primaire de restitution. Le droit communautaire l'a formulé dans la Directive 93/7/CEE du 15 mars 1993 relative à la

---

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>209</sup> Voir l'article 10§1 : l'obligation n'est effective qu'à l'égard des biens culturels volés après l'entrée en vigueur de la convention à l'égard de l'État requit. Mais cette effectivité ne joue qu'après l'entrée en vigueur de la convention à l'égard de l'État sur le territoire duquel le bien a été volé et uniquement si le bien réclamé se trouve sur le territoire d'un État partie.

<sup>210</sup> SCHNEIDER (M.) : Secrétariat d'Unidroit, *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, *Revue de droit uniforme*, *op. cit.*, p. 503.

<sup>211</sup> *Ibid.*

restitution des biens culturels ayant quitté illégalement le territoire d'un État membre<sup>212</sup>. L'obligation est formulée et détaillée dans les articles 5 à 8. L'article 5 autorise les États membres à introduire, auprès de leurs juridictions respectives et à l'encontre de tout détenteur ou possesseur, une action en restitution du bien culturel ayant quitté illicitement ce territoire. L'article 8 impose aux juridictions internes d'ordonner la restitution des biens culturels illicitement sortis du territoire de l'État requérant. Par ailleurs, la convention de l'OEA de 1976 sur la défense du patrimoine archéologique, historique et artistique des nations américaines établit cette obligation primaire en son article 10. Sur le modèle de l'article 7 de la Convention de l'UNESCO de 1970, l'article 10 de la convention de 1976 établit une obligation de comportement dans la mesure où tout État partie « *undertakes to take whatever measures it may consider effective to return of (cultural property) to the State to which it belongs in the event of its removal* ».

Ainsi, les conventions internationales à vocation universelle de même que les ordres juridiques régionaux établissent désormais une obligation primaire de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Que l'obligation soit de résultat ou de comportement, « *la réussite figure dans chacun de ses termes* »<sup>213</sup>. Seulement, l'objet de cette réussite change selon la nature de l'obligation. En prenant le risque de recourir aux concepts du droit français pour distinguer ces deux types d'obligations, il est possible de s'inspirer des propos du professeur Combacau. Il est ainsi envisageable que, en matière de restitution des biens culturels, l'objet d'une obligation de résultat est « *de faire passer les termes de la convention dans le droit interne* » ; alors que l'obligation de comportement doit être exécutée directement par des modalités propres au droit international<sup>214</sup>. Le classement entre obligations de résultat et de comportement permet de constater les tendances s'attachant à l'appréhension par le droit international de cette obligation primaire de restitution. Il apparaît – avec la Convention de l'UNESCO et celle de l'OEA – que seules les relations interétatiques de restitution des biens culturels sont fondées sur des obligations de comportement. Ces obligations, qui doivent être exécutées directement par des modalités propres à l'ordre juridique international, sont moins strictes dans la mesure où les États demeurent libres de choisir les modalités adéquates. En revanche les relations transétatiques et transnationales de restitution des biens culturels se manifestent dans des obligations de résultats, qui doivent être exécutées par le recours à des

---

<sup>212</sup> Lire les articles 5 à 7 de la Directive.

<sup>213</sup> COMBACAU (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement (...) », *op. cit.*, p. 202.

<sup>214</sup> *Ibid.*, pp. 202-203.

modalités – de droit interne – strictement établie par la norme internationale<sup>215</sup>. Dès lors, il faut constater que l'objet de l'obligation primaire est déplacé lorsque la restitution d'un bien culturel concerne des relations transétatiques ou transnationales : les États parties aux conventions internationales – ou membres d'ordres juridiques régionaux – devront « faire passer les termes de la convention dans le droit interne ». C'est en cette « transposition » que réside l'obligation primaire de résultat ; et non plus en la restitution effective du bien culturel au demandeur. La non restitution du bien ne constituera donc pas un manquement à l'obligation primaire. En revanche, ce manquement se manifestera en l'atteinte à une garantie de traitement. Cette dernière étant déterminée au regard d'un « *standard* » établi par la norme internationale<sup>216</sup>. Les États manqueront ainsi à une obligation de faire, consistant notamment à « *déployer les moyens administratifs et judiciaires* » nécessaire à accueillir les demandes de restitution et à éviter un déni de justice « substantiel » ou « processuel »<sup>217</sup>. Par conséquent il semble peu probable que les régimes de restitutions valant dans des relations transétatiques ou transnationales puissent permettre la manifestation d'un quelconque intérêt collectif d'une communauté internationale à la restitution des biens culturels. En effet, l'objet de l'obligation primaire est étranger à la question de la restitution des biens culturels. Seuls les régimes de restitution interétatique semblent porter, éventuellement, un intérêt juridique s'attachant à une communauté internationale.

## **Paragraphe 2. Le contenu de l'obligation primaire de restitution des biens culturels**

Le contenu de l'obligation de restitution peut être observé à l'aide des catégories doctrinales distinguant entre obligation intégrale, obligation interdépendante et obligation bilatérale. Cette étude permettra de constater l'absence d'un intérêt collectif d'une communauté internationale à la restitution des biens culturels **(A)**. Par ailleurs, si un intérêt commun des États à la restitution des biens culturels peut être établi, l'étude révélera néanmoins que cet intérêt n'est pas celui d'une communauté interétatique. En effet, il s'agira uniquement d'un intérêt commun de « sociétés » des États se satisfaisant de simples relations juridiques intersubjectives en matière de restitution **(B)**.

---

<sup>215</sup> Cette dichotomie, réductrice, permet néanmoins de mieux cerner les limites à la reconnaissance d'un intérêt commun ou collectif d'une éventuelle communauté internationale à la restitution des biens culturels. Ainsi, l'article 3 de la Convention d'Unidroit de 1995, concernant le vol des biens culturels, pose une obligation de restitution consistant en une obligation de résultat. Cette obligation vaut également dans le cadre de procédures interétatiques de restitution. De même, la directive communautaire de 1993 établie une obligation de résultat à l'égard des États membres.

<sup>216</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public, op. cit.*, p.378.

<sup>217</sup> *Ibid.*, pp. 379-380.



#### A. L'inexistence juridique d'un intérêt collectif à la restitution des biens culturels

Une fois établie l'existence d'une obligation primaire de restitution, il est nécessaire de déterminer son fondement juridique. L'établissement de ce fondement permettra notamment de mieux déterminer la nature réelle d'un intérêt juridique généralisé à la protection et, notamment, à la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. La référence à un « intérêt juridique généralisé » évoque un mouvement dans lequel s'est engagée la C.D.I., en 2001, dans ses travaux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : l'introduction d'un contrôle de la légalité dans celui de la responsabilité<sup>218</sup>. Il est vrai que l'étude du fondement d'une obligation internationale se rapporte à l'origine de la responsabilité. Cependant, les Articles de la C.D.I. de 2001 sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite (ci-après, les Articles de 2001) traitent de ce mouvement précité « *dans les parties relatives au contenu (...) de la responsabilité* »<sup>219</sup>. Par souci de clarté, il convient dès lors d'aborder la question du fondement de l'obligation primaire de restitution à travers l'étude de son contenu. Le renvoi à un contrôle de la légalité évoque l'idée d'un ordre public international<sup>220</sup>. En d'autres termes, les Articles de la C.D.I. proposent des fondements juridiques à l'établissement de règles d'ordre public véritablement international, ainsi qu'un régime de responsabilité permettant de garantir le respect de ces règles. Cet intérêt juridique généralisé pourrait bénéficier de divers fondements identifiables dans les Articles de 2001 et formulés aux articles 42 et 48 par le Rapporteur spécial Crawford<sup>221</sup>. Mais il convient parallèlement de bien définir ces fondements en recourant aux catégories doctrinales clairement identifiées par le professeur Dupuy<sup>222</sup>. Il s'agirait de classer les obligations de restitution selon qu'elles s'apparentent à une obligation « intégrale », « interdépendante » ou « bilatérale »<sup>223</sup>. Comme il a déjà été souligné (*supra*, Introduction), les obligations intégrales sont « *autonomes pour chaque partie et (leur) réalisation ne dépend pas d'une exécution correspondante par les autres parties* »<sup>224</sup>.

---

<sup>218</sup> STERN (B.), « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique (...) », *op. cit.*, p. 16.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>220</sup> Le Vocabulaire juridique Cornu donne une définition générale de l'ordre public : « *Au sein d'un ordre juridique, termes servant à caractériser certaines règles qui s'imposent avec une force particulière (...) et par extension à désigner l'ensemble des règles qui présente ce caractère* ». CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 632.

<sup>221</sup> CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État (...)*, *op. cit.*, pp. 306-312 et pp. 329-334.

<sup>222</sup> DUPUY (P.-M.) : « Quarante ans de codification (...) », *op. cit.*, pp. 305-348.

<sup>223</sup> *Ibid.*, pp. 332-333.

<sup>224</sup> *Ibid.*

Les obligations intégrales sont également qualifiées d'obligations *erga omnes*. L'obligation *erga omnes* est d'une structure telle – si ce n'est d'une importance telle – que tous ont droit à son respect et que chacun est tenu de respecter<sup>225</sup>. Cette structure ou cette importance font référence à l'intérêt juridiquement protégé par l'obligation primaire considérée. Si l'intérêt s'inscrit dans la structure de la règle primaire – « *soit par une implication nécessaire, soit par construction juridique, en octroyant aux États concernés le qualificatif d'États intéressés* » – l'obligation qui s'y attache sera *erga omnes*<sup>226</sup>. Si l'intérêt est « *inhérent au caractère essentiel de la règle pour la collectivité concernée* », l'obligation primaire qui s'y attache pourra être une obligation *erga omnes* impérative<sup>227</sup>. Ce type d'obligation a été présenté par la C.I.J. dans l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction Light Power Company, Limited*<sup>228</sup>. En se prononçant sur la nature des obligations *erga omnes*, la C.I.J. estimait que : « *par leur nature même, (elles) concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés* »<sup>229</sup>. Selon le professeur Combacau, la C.I.J. faisait ici référence aux normes de *jus cogens*<sup>230</sup>. L'évincement de la condition de réciprocité dans l'exécution des obligations intégrales permet de soutenir que les intérêts particuliers des États concernés sont dépassés au profit de la protection d'un intérêt collectif. Ces obligations intégrales peuvent s'inscrire dans des régimes conventionnels – elles seront alors des obligations *erga omnes partes* – ou bien dans le droit international général – pour s'apparenter à des obligations *erga omnes* absolues. En ce sens l'article 48 reconnaît un intérêt juridique, et donc une qualité pour agir, à un État lorsque « *l'obligation est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de protection d'un intérêt collectif du groupe* » – obligation *erga omnes partes* – ou si « *l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble* » – obligation *erga omnes* absolue.

Il convient de déterminer si les conventions et autres normes juridiques régionales établissent de telles obligations *erga omnes partes* à l'égard des États parties ou membres. Pour ce faire, il est nécessaire de préciser le fondement de la qualité pour agir de l'État qui

---

<sup>225</sup> STERN (B.) : « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? (...) » , *op. cit.*, p. 18.

<sup>226</sup> *Ibid.*

<sup>227</sup> *Ibid.*

<sup>228</sup> C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, 2<sup>e</sup> phase, Recueil 1970, p. 3.

<sup>229</sup> *Ibid.*, § 33.

<sup>230</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public*, *op. cit.*, p. 531. Le *jus cogens* serait une norme juridique internationale ayant une portée universelle, comme les obligations *erga omnes* absolues, et un caractère impératif, c'est-à-dire indérogeable.

prétend avoir subi un préjudice du fait de la violation d'une telle obligation<sup>231</sup>. L'article 31 des Articles de 2001 considère que « *le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite* ». Si le dommage résulte du fait générateur, le préjudice en est la *cause* : malgré la prétendue consécration d'une responsabilité objective, engagée sur la seule commission d'un fait internationalement illicite, la C.D.I. n'a pas évincé la nécessité d'un lien de causalité entre le fait internationalement illicite et le préjudice. Aussi, il est possible de dépasser la lettre de l'article 31 et de reconnaître l'existence de préjudices ne consistant pas en un *dommage* matériel ou moral. Un tel préjudice *comprendrait* l'atteinte au droit subjectif – donc à un droit propre – de l'État à voir une norme internationale respectée à son égard. En effet, le professeur Graefrath souligne que « *every violation of a right is an injury* »<sup>232</sup>. Or, « *le préjudice juridique est directement lié à la violation du droit* »<sup>233</sup>. Le professeur Stern a défini le préjudice juridique en se référant à « *l'intérêt légal au respect du droit international, dont on pourrait considérer que la violation constitue un préjudice juridique* »<sup>234</sup>. Ainsi, toute violation d'une obligation internationale cause un préjudice juridique à l'État ayant un intérêt juridique – un droit subjectif, et non pas objectif – au respect de cette obligation. Il n'est donc pas nécessaire que l'État partie ou membre, ou que l'un de ses ressortissants, subisse un dommage matériel ou moral du fait la violation de l'obligation primaire de restitution. Tout État concerné par cette obligation pourra prétendre subir un préjudice juridique du fait de sa seule violation, alors même que celle-ci ne causera pas dans son chef ou dans celui de ses ressortissants un dommage matériel ou moral. Dès lors, le préjudice juridique soulignerait la nature *erga omnes* de l'obligation de restitution dans la

---

<sup>231</sup> Il faut toutefois préciser que le fondement de l'intérêt à agir en cas de violation de telles obligations sera la *lésion* ; contrairement à ce que prétend l'article 48 qui concerne l'intérêt juridique « d'États autres que lésés ». En réalité, *l'intérêt juridique* d'un État se matérialise toujours en un *droit propre*, c'est-à-dire en la consécration d'un droit subjectif dans le chef de l'État. En matière d'obligations intégrales l'atteinte au droit subjectif pourra donc consister en un préjudice juridique. Il n'est donc pas nécessaire de dissocier la *lésion* de *l'intérêt juridique* dans le but de garantir la pérennité du lien entre *lésion* et *droit propre* : *droit propre*, *intérêt juridique* et *lésion* doivent toujours et nécessairement rester liés. Cette dissociation, résultant du refus de reconnaissance de l'existence du préjudice juridique, n'a pas lieu d'être. Il n'est donc pas non plus nécessaire d'embrasser l'alternative d'une partie de la doctrine selon laquelle il convient de dissocier *lésion* et *droit propre* de l'État pour garantir, cette fois-ci, la pérennité du lien entre *l'intérêt juridique* et la *lésion*. En tout état de cause, la C.D.I. n'est pas parvenue, dans son projet de 2001, à établir une responsabilité véritablement objective : la responsabilité est engagée lorsque le lien de causalité est établie entre la faute – qui se manifeste directement dans le fait internationalement illicite – et le dommage qui en résulte. Ce dommage consistera toujours au moins en un préjudice juridique : l'atteinte au droit subjectif – et non pas objectif – de l'État à voir une norme internationale respectée à son égard.

<sup>232</sup> GRAEFRATH (B.), *Responsibility and damages caused : Relationship between responsibility and damages*, R.C.A.D.I., 1984-II, vol. 185, p. 35.

<sup>233</sup> BARTHE-GAY (C.), « Réflexion sur la satisfaction en droit international », A.F.D.I., 2003 p. 107.

<sup>234</sup> STERN (B.), « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? (...) », *op. cit.*, p. 26.

mesure où il révélerait l'existence d'un intérêt collectif au respect duquel chaque membre d'une communauté a droit. En d'autres termes, l'obligation *erga omnes* témoigne de l'existence d'un intérêt collectif d'une véritable communauté internationale.

Cependant, un tel intérêt *collectif* à la restitution des biens culturels n'existe pas, du moins dans le droit conventionnel et régional. Il n'existe par conséquent aucun moyen de déduire de ces régimes de responsabilité l'existence de communautés interétatiques – conventionnelles ou régionales. Cette absence d'intérêt collectif résulte de l'impossible usage du seul *préjudice juridique* comme fondement d'un intérêt pour agir en vue de la restitution des biens culturels. En effet, aucun État n'est en mesure d'agir en réclamation à l'encontre d'un de ses pairs sans avoir subi dans son propre chef un *dommage* quelconque. L'étude ultérieure des obligations interdépendantes ou bilatérales permettra de mettre en exergue la nécessité d'un dommage matériel ou moral pour agir en réclamation d'un bien culturel. Lorsque l'obligation de restitution se traduit en une obligation de comportement, le dommage de l'État consistera directement en la non restitution du bien culturel, dans les conditions établies conventionnellement ou posées par un ordre juridique régional. Il s'agira donc d'un dommage matériel. Si l'obligation de restitution se manifeste en une obligation de résultat – nécessitant de « faire passer les termes de la convention en droit interne » – le dommage sera nécessairement moral. Il importe peu, dans ce dernier cas, que l'obligation de résultat soit établie dans des relations interétatiques, transétatiques ou transnationales, dans la mesure où l'obligation était spécialement due à cet État. Si la relation juridique de restitution est interétatique, l'État pourra arguer de l'atteinte à son droit subjectif à voir l'obligation de résultat exécuté *à son égard*<sup>235</sup>. Aucune qualité pour agir n'est reconnue à un État pour garantir le respect de cette obligation au profit d'un État tiers. Il n'est donc pas permis à un État de fonder sa réclamation sur le seul préjudice juridique. Si la relation juridique est transétatique ou transnationale, il suffira à l'État dont le ressortissant s'est vu refusé le bénéfice de l'obligation de résultat d'endosser la réclamation selon le mécanisme de la protection diplomatique. Dans ce cas, l'État invoquera l'atteinte à son droit subjectif à voir une obligation internationale respectée à l'égard de son ressortissant. Il est alors évident que le lien de nationalité est essentiel et empêche qu'un État se fonde uniquement sur le préjudice

---

<sup>235</sup> Établissent des obligations de résultat dans des relations transétatiques de restitution des biens culturels les articles : 13 paragraphe c de la Convention de l'UNESCO de 1970 ; 3 de la Convention Unidroit de 1995 en matière de vol ; 5 de la Directive communautaire 93/7/CEE du 15 mars 1993.

juridique pour venir endosser la réclamation de tout sujet de droit interne sans condition de nationalité.

Deux enseignements peuvent être tirés de ces observations dans le domaine spécifique de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite : l'article 48 ne permet pas, dans les régimes conventionnels ou les systèmes régionaux, de dépasser une *éventuelle* communauté interétatique dans la mesure où l'intérêt juridique des États est établi sur l'atteinte à leur droit subjectif ; cette atteinte ne pouvant pas s'apparenter au seul préjudice juridique, le dépassement de l'intérêt étatique n'est manifestement pas réalisé. Dès lors, l'inefficacité du régime de l'article 48 souligne l'absence d'un intérêt collectif d'une communauté internationale interétatique. Le mécanisme de responsabilité s'apparentant à celui de la responsabilité objective, tel que la C.D.I. tente de la développer en matière de protection de l'environnement, n'est pas consacré en matière de restitution des biens culturels. Cela aurait pourtant été utile dans la mesure où les États ne reconnaissent généralement pas les qualifications par lesquelles leurs pairs établissent l'illicéité d'une transaction portant sur les biens culturels. Le recours à une responsabilité pour les conséquences dommageables de faits licites simplifierait la protection de l'intérêt collectif envisagé.

#### *B. Un intérêt commun à la restitution des biens culturels dans des relations intersubjectives*

Il faut désormais déterminer l'existence d'obligations de restitution qui s'apparenteraient à des obligations « interdépendantes » ou « bilatérales ». Ces deux sortes d'obligations se distinguent nettement, bien que les Articles de 2001 soient parvenus à les rassembler au sein de son article 42. L'association de ces deux types d'obligations au sein d'un même article tient moins à leurs similitudes qu'aux dissemblances qu'elles entretiendraient ensembles avec l'obligation intégrale de l'article 48. En effet, selon les Articles de 2001, l'obligation intégrale reconnaît un intérêt juridique aux États autres que lésés afin de mettre en œuvre la responsabilité. À l'inverse, les obligations interdépendantes et bilatérales comprises dans l'article 42 renverraient à un intérêt juridique fondé sur la lésion. Il a pourtant été souligné que l'intérêt juridique d'un État ne peut être fondé *que* sur la lésion, c'est-à-dire sur l'atteinte à l'un de ses droits propres. Dès lors, la mise en œuvre de la responsabilité pour violation d'obligations intégrales contraint l'État à s'appuyer sur l'atteinte à un droit subjectif. Il lui faudra par conséquent prouver qu'il a subi un préjudice juridique du fait de cette violation. Ainsi, la seule différence véritable qui existe entre les obligations de l'article 42 et 48 réside dans la nature du préjudice causé : il est juridique pour l'obligation intégrale ; il peut être matériel ou moral pour les obligations interdépendantes et bilatérales.

Mais ces deux derniers types d'obligations se distinguent néanmoins. Le professeur Dupuy a bien souligné la nécessité de distinguer, parmi les énoncés conventionnels, ceux établissant des obligations synallagmatiques et ceux énonçant des obligations auxquelles s'attache une « *réciprocité globale* »<sup>236</sup>. Les premières sont des obligations bilatérales et les secondes des obligations interdépendantes. Par l'obligation interdépendante, « *chaque partie est tenue vis-à-vis de toutes les autres* » et « *la réciprocité atteint son stade le plus poussé* »<sup>237</sup>. L'article 42 fait mention de ce type d'obligation en son paragraphe *b*. Cet article pose deux conditions cumulatives à la reconnaissance de la lésion et renvoyant directement à l'obligation interdépendantes. Sera ainsi considéré comme lésé l'État appartenant à un groupe d'États ou à la communauté internationale dans son ensemble à qui l'obligation violée est due. Il faut en outre que cet État soit « *spécialement atteint* » par cette violation – article 42 *b* *i* – ou que cette dernière « *modifie radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation* » – article 42 *b* *ii*. Il est peu probable que la non exécution de l'obligation de restitution puisse permettre l'application de l'article 42 *b* *ii* ; sauf éventuellement à propos des signifiants culturels rattachés à un patrimoine universel. Mais il a déjà été souligné qu'il n'existe pas de mécanisme centralisé de qualification et de protection des éléments du patrimoine mondial. En effet, le rôle donné au Comité intergouvernemental de la protection du patrimoine mondial et culturel dans la détermination des éléments du patrimoine mondial est subsidiaire. Il avait alors été soutenu qu'en l'absence d'une autorité centralisée aux pouvoirs effectifs, un tel patrimoine se manifesterait certainement à travers l'existence d'un intérêt collectif des États à la protection de ce patrimoine. L'obligation de restitution de ces biens culturels en cas de trafic illicite passera alors par l'établissement d'obligations intégrales absolues, témoignant de l'existence de cet intérêt collectif propre à la communauté interétatique<sup>238</sup>. Par conséquent les obligations interdépendantes de l'article 42 *b* *ii* ne recouvrent pas le trafic illicite des biens culturels provenant du patrimoine mondial. Mais, surtout, ces obligations ne manifestent en rien l'existence d'un intérêt collectif des États à la restitution des biens culturels. Comme l'avait expliqué Sir Gerald Fitzmaurice, la mise en œuvre d'une obligation interdépendante est conditionnée par l'exécution correspondante de toutes les autres parties, de sorte que : « *une violation fondamentale par (l'une des parties) des obligations conventionnelles justifie une*

---

<sup>236</sup> DUPUY (P.-M.) : « Quarante ans de codification (...) », *op. cit.*, p. 332.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 333.

<sup>238</sup> Voir *Supra*, Partie I, Chapitre 1, Paragraphe 2 *B*, p. 40.

*non-exécution générale correspondante par les autres parties et pas seulement une non-exécution dans les relations de ces parties avec la partie en défaut* »<sup>239</sup>. S'il s'agissait de protéger un intérêt collectif aucune condition de réciprocité ne serait nécessaire. La réciprocité dans l'exécution d'obligations conventionnelles est la manifestation des intérêts particuliers des États. Dès lors, l'obligation interdépendante pourrait n'être que la manifestation d'un intérêt commun – et non plus collectif – d'une communauté interétatique à la restitution des biens culturels. Cependant, cette réciprocité généralisée n'apparaît dans aucune des dispositions conventionnelles relatives à la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Cela est vérifiable tant pour le vol que l'exportation illicite des biens culturels.

En effet, la Convention de l'UNESCO de 1970 et celle de l'OEA de 1976 semblent limiter l'obligation de restitution à de simples relations bilatérales desquelles pourraient résulter des relations intersubjectives de responsabilité. Aucune définition générale du vol, ni même de la propriété, n'y est développée<sup>240</sup>. L'article 3 de la Convention de 1970 souligne, à titre d'exemple, l'illicéité du « *transfert de propriété des biens culturels, effectués contrairement aux dispositions prises par les États parties en vertu de la présente Convention* ». La propriété n'est cependant pas déterminée directement mais uniquement à travers le renvoi aux droits nationaux. Il est vrai que « *le vol constitue une infraction universellement réprimée* » et qu'en évitant d'en donner une définition stricte il demeure possible d'embrasser la notion de vol la plus large possible<sup>241</sup>. Cette remarque est tout aussi valable pour la Convention Unidroit de 1995 qui se contente, en son article 3, de poser une obligation absolue de restitution en cas de vol, sans en donner de définition<sup>242</sup>. Le renvoi aux

---

<sup>239</sup> SIR FITZMAURICE (G. G.), *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law, R.C.A.D.I.*, 1957, T. 92, commentaire de l'article 19, p. 46 §91.

<sup>240</sup> Le champ d'application matériel du régime de la Convention de 1970 applicable aux biens culturels volés est encadré par trois conditions : le bien doit être volé ; il doit provenir d'un musée ou d'un monument public civil ou religieux, ou encore d'une institution similaire ; ce bien doit être situé sur le territoire d'un autre État partie à la Convention après son entrée en vigueur à l'égard des États concernés. Mais il faut en outre que ce bien fasse partie de l'inventaire de l'institution de provenance. Lire : Convention de l'UNESCO de 1970, article 7(b)ii.

<sup>241</sup> SCHNEIDER (M.) : Secrétariat d'Unidroit, *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif, Revue de droit uniforme, op. cit.*, p. 499.

<sup>242</sup> Il apparaît simplement que le champ d'application matériel de l'article est sensiblement étendu par rapport au régime de restitution prévu dans la Convention de l'UNESCO de 1970. En effet, l'article 3§2 considère les biens culturels issus de fouilles illicites ou licitement issus de fouilles mais illicitement retenus comme des biens volés. En outre, les conditions de la Convention de l'UNESCO de 1970 limitant le champ d'application matériel du régime de restitution en cas de vol n'apparaissent plus dans la Convention Unidroit de 1995. Il n'y a plus de condition d'inventaire et l'appartenance publique ou privée des biens n'est plus distinguée. Lors des travaux préparatoires, « *il avait été envisagé d'assimiler au vol les actes de 'détournement, escroquerie, appropriation dolosive d'un objet perdu ou tout autre acte répréhensible considéré comme équivalent'* ». Mais il fût finalement décidé de limiter le champ d'application matériel de l'article 3 au seul vol « *réprimé dans tous les systèmes de droit (...)* ». SCHNEIDER (M.) : Secrétariat d'Unidroit, *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif, Revue de droit uniforme, op. cit.*, p. 495.

conceptions nationales de la notion de vol empêche toute consécration d'un intérêt collectif à la restitution des biens culturels. Ainsi, l'article 7 (b)ii manifeste sans aucune ambiguïté cette particularité. Non seulement la détermination du vol relève des concepts de droit interne, mais en outre elle s'inscrit clairement dans de simples relations bilatérales : c'est uniquement « *à la requête de l'État d'origine* » que l'État saisi devra qualifier le vol. Ainsi, seul l'État d'origine – donc « *l'État spécialement atteint* » selon la lettre de l'article 42 b i des Articles de 2001 – pourra réclamer la restitution. Il ne pourra le faire que si la convention de 1970 est entrée en vigueur à l'égard des deux États concernés ; ce qui signifie là encore que la relation de restitution est bilatérale et que sa violation cristallisera une relation intersubjective de réparation pour violation de l'obligation primaire. Le fait que « *les requêtes de saisie et de restitution doivent être adressées à l'État requis par la voie diplomatique* » confirme cette interprétation. Par conséquent, l'obligation de restitution n'est pas une obligation interdépendante mais simplement bilatérale. Cette obligation est définie à l'article 42 b i des Articles de 2001 : là encore l'intérêt juridique est reconnu à l'État appartenant à un groupe d'États ou à la communauté internationale dans son ensemble à qui l'obligation violée est due. Mais il faut que l'État lésé soit « *spécialement atteint* » par cette violation. C'est-à-dire qu'elle doit lui causer un dommage matériel ou moral spécifique. Cette configuration se retrouve également dans la Convention de l'OEA de 1976. L'obligation de restitution des biens volés établie dans la Convention Unidroit de 1995 et dans le droit communautaire est également de nature bilatérale. En effet, l'obligation de résultat consistera à imposer aux États parties aux conventions internationales – ou membres d'ordres juridiques régionaux – de « faire passer les termes de la convention dans le droit interne ». C'est en cette « transposition » que réside l'obligation primaire de résultat. Les États manqueront ainsi à une obligation de faire, consistant notamment à « *déployer les moyens administratifs et judiciaires* » nécessaires à accueillir les demandes de restitution et à éviter un déni de justice « substantiel » ou « processuel ». L'obligation est alors bilatérale dans la mesure où l'intérêt juridique ne sera reconnu qu'à l'État ayant été directement lésé par un tel déni de justice ou dont le ressortissant aura lui-même été confronté à un tel déni de justice.

L'obligation de restitution est également bilatérale en cas d'exportation illicite. Le fait que la non application du droit public étranger ait pu être dépassée par les instruments conventionnels ne modifie pas la nature bilatérale de l'obligation de restitution. Cette « pratique » de non application du droit public étranger relève de la notion d'*ordre public d'exclusion*, utilisée en droit international privé. Le professeur Rollin considère que l'ordre



public d'exclusion consiste à « (grouper) *dans chaque État un certain nombre de règles et de principes faisant obstacle à l'application des lois étrangères ou jugements étrangers dont relèvent normalement les rapports juridiques envisagés et y substitue des dispositions de la loi du for* »<sup>243</sup>. Il est parfois fait référence à cet ordre public d'exclusion par les expressions d'ordre public d'éviction qui manifestent « *un refus d'admettre, d'appliquer ou de reconnaître l'ordre juridique étranger (...)* »<sup>244</sup>. D'une manière générale, le droit international privé définit l'ordre public d'éviction comme un « *ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique (...), des lois étrangères et des actes des autorités étrangères* »<sup>245</sup>. Il s'agit effectivement d'écarter l'application de lois étrangères incompatibles avec des principes essentiels du droit interne de l'État requis. La référence aux principes essentiels, ou fondamentaux, rappelle l'intérêt fondamental d'une communauté culturelle à l'intégrité des éléments de son patrimoine culturel. Or, dans la mesure où la protection effective du patrimoine de chaque communauté relève de la compétence étatique, l'intérêt fondamental se manifestera dans l'édiction de règles d'ordre public par l'État garant du patrimoine culturel donné. Parmi ces règles figurent par conséquent celles relatives au contrôle des exportations des biens culturels. Mais leur application « extraterritoriale », dans l'ordre juridique de l'État requis, sera généralement considérée incompatible avec l'ordre public de cet État. À titre d'exemple la Cour d'appel de Paris, par un arrêt confirmé par la Cour de cassation, considère que « *à défaut d'une convention internationale définissant les limites d'une coopération internationale réciproque ou d'un objectif de solidarité évident, les tribunaux français ne sont pas compétents pour appliquer des règles de droit public d'un État étranger et participer ainsi à l'activité de celui-ci* »<sup>246</sup>. Les systèmes juridiques de *common law* usent de la théorie de l'*Act of State* pour parvenir au même résultat : les juges internes refusent de donner effet dans leurs ordres juridiques respectifs aux règles étrangères d'ordre public. Les règles internes contrôlant l'exportation des biens culturels sont donc inopposables et inopérantes compte tenu de leur champ d'application *ratione loci* limité au territoire national de l'État d'édiction. Dès lors, la

---

<sup>243</sup> ROLLIN (H.), « Vers un ordre public réellement international », p. 442, in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, 561 p.

<sup>244</sup> LALIVE (P.), « Réflexions sur un ordre public culturel », p. 159, in WYLER (E.) & PAPAUX (A.) (Eds.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, op. cit.

<sup>245</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 632.

<sup>246</sup> Cour d'appel de Paris, *Affaire République du Guatemala*, arrêt du 20 janvier 1988, *Gazette du Palais*, 1988/1, p. 199.

restitution des biens culturels illicitement exportés est fortement entravée. L'affaire *Attorney-General for New Zealand v. Ortiz and others* manifeste clairement cette limite<sup>247</sup>. Dans cette affaire la Nouvelle-Zélande réclamait la restitution de panneaux sculptés de la civilisation Maori. Ces panneaux avaient été acquis sur le territoire néo-zélandais puis illicitement exportés pour, finalement, être retrouvés à Londres chez *Sotherby's*. La loi néo-zélandaise sur laquelle était fondée la réclamation faisait de tout objet classé comme signifiant du patrimoine national et illicitement exporté une propriété de l'État ; ce qui devait justifier la confiscation puis la restitution du bien par les autorités de l'État sur le territoire où il serait situé. Mais la *House of Lords*, confirmant la position de la *Court of Appeal*, se prononça sur la nature de la confiscation prévue par la loi néo-zélandaise et considéra que l'expression « *shall be forfeited* » excluait toute automaticité de la confiscation. Par conséquent le transfert de propriété en faveur de l'État demandeur était subordonné à la saisie effective de l'objet lors de la sortie du territoire. Les juges estimèrent que cette condition n'était pas remplie et donc que la demande de l'État néo-zélandais était irrecevable<sup>248</sup>.

Mais si le pouvoir d'édiction de telles mesures est fondé sur un titre de compétence réelle, l'obstacle de l'ordre public d'éviction peut être éludé. Il a été précédemment soutenu que le pouvoir de qualification étatique des biens culturels peut être fondé sur un titre de compétence réelle. Ce titre permet notamment de fonder le pouvoir de qualification en l'absence de tout rattachement personnel ou territorial. Il permet surtout de déterminer l'État dont la prétention est la mieux fondée pour exercer ce pouvoir de qualification et revendiquer un bien culturel illicitement exporté. En d'autres termes, il détermine le lien de rattachement le plus effectif. L'État ayant établi un tel lien effectif de rattachement justifiera ainsi toute demande de restitution d'un bien culturel appartenant à un patrimoine culturel dont il est le garant. Il a également été souligné qu'une compétence est réelle si elle vient protéger un intérêt fondamental ou impératif de l'État. Cet intérêt fondamental ou impératif se matérialise dans *l'intérêt fondamental* d'une communauté culturelle à la préservation de ses signifiants culturels. En ce sens, le titre de compétence réelle permettrait de fonder un intérêt fondamental de l'État requérant à la restitution du bien illicitement exporté. Cet intérêt fondamental, dans la mesure où il établirait le rattachement le plus effectif au profit du requérant, concurrencerait celui formulé dans l'ordre public d'éviction de l'État du for. Les divers instruments internationaux semblent avoir œuvré à cette solution. Déjà en 1975, lors de

---

<sup>247</sup> Courts of appeals, *Attorney General of New Zealand v. Ortiz and others*, 1<sup>st</sup> avril 1982, *All England Reports*, 1982, p. 432.

<sup>248</sup> CARDUCCI (G.) : *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, op. cit., pp. 288-289.

la Session de Wiesbaden, l'Institut du Droit International adopta une Résolution, à l'unanimité, par laquelle il déclarait que le principe de l'inapplicabilité du droit public étranger était dépourvu de « *raison théorique ou pratique valable* », d'autant plus qu'il était « *susceptible d'entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale* »<sup>249</sup>. Cette résolution venait conforter un mouvement engagé par la Convention de l'UNESCO de 1970 qui, en son article 3 (d), impose aux États parties de « *reconnaître, en outre, le droit imprescriptible de chaque État partie à la présente convention de classer et déclarer inaliénables certains biens culturels (...) et faciliter la récupération par l'État intéressé de tels biens au cas où ils auraient été exportés* ». La référence à un droit *imprescriptible* de *classer inaliénables* les biens culturels implique la reconnaissance des règles internes des États parties portant interdiction d'exportation de ces biens. Il faut cependant souligner que ces biens appartiennent nécessairement au domaine public et sont la propriété de personnes publiques, si ce n'est de l'État lui-même. Or, certains États, comme les États-Unis, ne disposent que d'une très faible quantité de biens culturels appartenant au domaine public ; ce qui relativise grandement l'intérêt de cet article<sup>250</sup>. De plus, cette reconnaissance spécifique aux cas d'exportation illicite ne renvoie pas à des relations juridiques particulières de restitution et semble par conséquent reposer sur des relations bilatérales et intersubjectives de restitution. En ce sens, l'article 13 se rapproche de l'article 7, relatif aux restitutions en cas de vol. Enfin, l'article 5§1 de la Convention Unidroit de 1995 prévoit qu'un État contractant « *peut demander au tribunal ou à toute autre autorité compétente d'un autre État contractant d'ordonner le retour d'un bien culturel illicitement exporté du territoire de l'État requérant* ». Cette disposition lève l'obstacle que constituait l'ordre public d'éviction et rappelle également l'article 7 de la Convention de l'UNESCO de 1970. En effet, la relation de restitution est également bilatérale et intersubjective. Ainsi, même si ces instruments internationaux reconnaissent la compétence réelle des États pour la qualification des biens culturels, le rattachement effectif est déterminé *in concreto* en fonction de la relation bilatérale et intersubjective de restitution. Ainsi, bien que l'intérêt fondamental de l'État requérant à récupérer le bien culturel n'est pas « *unilatéralement défini* » par lui et qu'il doit donc « *pouvoir invoquer un intérêt reconnu au minimum par ceux des États auxquels la situation pourrait être rattaché autrement* », ce n'est qu'à l'encontre de l'État

---

<sup>249</sup> Institut du Droit International, *Résolution sur l'application du droit public étranger*, Session de Wiesbaden 1975, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, p. 550.

<sup>250</sup> O'KEEFE (P.), *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, *op. cit.*, p. 85.

requis que l'appréciation de l'intérêt fondamental à la restitution sera évalué<sup>251</sup>. C'est pourquoi l'article 5 de la Convention Unidroit de 1995 n'oblige l'État requis à restituer le bien illicitement exporté que s'il est établi que l'État requérant a un intérêt caractérisé à la restitution. Cet intérêt caractérisé devra ainsi être fondé sur l'un des quatre intérêts ou sur l'importance fondamentale qui figurent à l'article 5§3<sup>252</sup>. La solution est équivalente en droit communautaire.

Il n'existe donc pas dans les instruments conventionnels ou régionaux d'intérêt collectif d'une communauté internationale à la restitution des biens culturels. Il n'existe qu'un intérêt commun partagé par l'ensemble des États parties ou membres. Mais cet intérêt ne se conçoit pas comme celui d'une « communauté » étatique, au sein de laquelle chaque membre aurait un droit subjectif à voir l'obligation primaire respectée même si sa violation ne lui cause qu'un préjudice juridique. Cet intérêt permet uniquement à l'État spécialement atteint d'engager la responsabilité de celui ayant commis le fait internationalement illicite. Par conséquent il s'agit d'un intérêt commun d'une « société des États ». Peut être le droit international général change-t-il la nature de cet intérêt et l'inscrit-il dans une véritable communauté internationale.

## SECTION 2. LES SOURCES DE L'OBLIGATION DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS

La nature et le contenu de l'obligation de restitution des biens culturels n'ont, pour le moment, été étudiés qu'au regard de leurs diverses sources originelles, toutes de nature conventionnelle ou, sinon, issues du droit dérivé d'ordres juridiques régionaux. Il importe de déterminer l'étendue véritable de cette obligation de restitution afin de savoir si l'ensemble des États, et donc la communauté interétatique, est lié par cette obligation de restitution. Aucune adhésion universelle à l'obligation conventionnelle de restitution n'est constatable ; malgré les efforts fournis par les divers acteurs de la restitution, qu'il s'agisse d'organisations internationales – intergouvernementales ou non gouvernementales – ou même d'États **(Paragraphe 1)**. Le droit international général est par conséquent appelé au soutien de l'obligation conventionnelle. Bien qu'aucune coutume générale ne cristallise l'obligation de

---

<sup>251</sup> LAGRANGE (E.), « Les titres de compétence », *op. cit.*, p. 122.

<sup>252</sup> L'article 3§5 dispose que la restitution est prononcée lorsque l'État requérant prouve que l'exportation du bien porte une atteinte significative à l'un ou l'autre des intérêts suivants : a) la conservation matérielle du bien et de son contexte ; b) l'intégrité d'un bien complexe ; c) la conservation de l'information, notamment de nature scientifique ou historique relative au bien ; d) l'usage traditionnel ou rituel du bien par une communauté autochtone ou tribale ; ou établit que le bien revêt pour lui une importance culturelle significative.

restitution des biens culturels en cas de trafic illicite, le recours aux principes généraux du droit permet de renforcer l'étendue de cette obligation (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1. L'effectivité relative de l'obligation conventionnelle de restitution**

L'adhésion aux instruments internationaux consacrant l'obligation de restitution n'est absolument pas universelle (**A**), malgré le soutien apporté par les divers acteurs de la restitution pour garantir l'effectivité de cette obligation (**B**).

#### A. L'absence d'adhésion universelle à l'obligation conventionnelle de restitution

L'absence d'adhésion universelle à l'obligation conventionnelle de restitution est un constat qui ne semble pas contestable. En effet, la Convention de l'UNESCO de 1970 ne compte que 120 États parties, soit un peu plus de la moitié des États membres de l'Organisation des Nations Unies (ci-après, l'ONU). Même si les États spécialement intéressés, c'est-à-dire ceux actifs sur le marché des biens culturels, sont tous parties à cette convention – notamment les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Italie, la France, l'Allemagne ou la Suisse – les réserves et déclarations interprétatives formulées lors des ratifications ou adhésions sont légions. Ces limites à l'établissement d'un régime unifié de restitution des biens culturels résultent principalement de l'impossible réconciliation des opinions étatiques portant sur l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi, sur les prescriptions ou sur d'autres questions de procédure. Les États-Unis, par exemple, formulèrent une réserve par laquelle l'article 7 « *est sans préjudice des autres recours, civils ou pénaux, qui peuvent être prévus par la législation des États parties pour la récupération par leur propriétaire légal de biens culturels volés, sans versement d'indemnité* »<sup>253</sup>. Les États-Unis semblent ainsi vouloir se réserver la possibilité de recourir à la pratique du *forum shopping*.

La Convention Unidroit de 1995 est parvenue à éviter l'obstacle des réserves et déclarations interprétatives en s'attaquant directement aux problèmes de droit privé, qui sont la source réelle du développement du trafic illicite des biens culturels (voir *infra*, Partie II, Chapitre I). De plus, les rédacteurs sont parvenus à garantir l'unité de cette convention par le rejet de toute faculté de choix entre le Chapitre II, concernant le vol, et le Chapitre III relatif à

---

<sup>253</sup> Convention de l'UNESCO de 1970, *Déclarations et réserves*. Disponible sur le site interne de l'UNESCO à l'adresse électronique suivante : [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\\_ID=13039&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html#STATE\\_PARTIES](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#STATE_PARTIES).

l'exportation illicite. Ainsi, toute clause d'*opting out* est exclue<sup>254</sup>. Par ailleurs, les seules réserves et déclarations interprétatives possibles sont celles expressément autorisées par la convention elle-même, en son article 18. Il faut cependant souligner que l'efficacité et l'effectivité de cette convention effraie les États ; et les ratifications sont peu nombreuses : sur les 31 États ayant signé la convention, seuls 20 l'ont ratifié et 18 ont formulé des réserves<sup>255</sup>.

Sur le plan régional, ou local, les tentatives ont connu un succès variable. Il est vrai que le droit communautaire dispose d'une directive de 1993 et d'un règlement de 1992 pour encadrer les transactions intra-communautaires portant sur les biens culturels. Le règlement étant d'applicabilité directe et la directive ayant bénéficié d'une transposition dans tous les États membres, l'obligation de restitution semble assurée. Cependant le règlement n'empêche pas l'exportation des trésors nationaux hors du territoire de la communauté. Ce qui limite grandement l'intérêt de la protection apportée par le droit communautaire<sup>256</sup>. Concernant le continent américain, la Convention de l'OEA de 1976 n'a été ratifiée que par 13 États et l'absence des États-Unis parmi cette liste limite clairement l'intérêt que pouvait présenter cette convention<sup>257</sup>. Cet État a préféré conclure des conventions bilatérales avec les autres États américains. En effet, il a conclu ce type de convention avec l'Équateur, le Guatemala, le Mexique et le Pérou<sup>258</sup>. L'absence de multilatéralisme nuit alors à la reconnaissance universelle de l'obligation de restitution et rend les procédures bilatérales de restitution encore plus aléatoires.

Enfin, l'organisation du *Commonwealth*, comprenant 53 États, adopta en 1993, lors de la Conférence de Maurice, le *Scheme for the Protection of cultural heritage within the Commonwealth*. Si ce document établit une procédure de restitution entre les États membres, elle n'a aucune valeur obligatoire – compte tenu de la nature du document – et n'a qu'un intérêt limité puisque le Royaume-Uni n'est pas partie. Il résulte que les droits conventionnel et régional ne sont pas parvenus à garantir l'adhésion universelle à l'obligation de restitution des biens culturels. Le soutien apporté par les acteurs de la lutte contre le trafic illicite des

---

<sup>254</sup> LALIVE (P.), « Une avancée du droit international : la Convention de Rome d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés », *Revue de droit uniforme*, 1996, vol. 1, p. 49.

<sup>255</sup> Unidroit, *Etat de mise en œuvre de la Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés – Signatures, ratifications, adhésions*, document disponible sur le site internet d'Unidroit à l'adresse électronique suivante : <http://www.unidroit.org/french/conventions/1995culturalproperty/main.htm>.

<sup>256</sup> SIEHR (K.), « A Special Regime for Cultural Objects in Europe », *op. cit.*, p. 557.

<sup>257</sup> Nombre de ratification consultable à l'adresse électronique suivante : <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/c-16.html>.

<sup>258</sup> Conventions du 17 novembre 1973, du 21 mars 1984, du 17 juillet 1970 et du 15 septembre 1981 conclues, respectivement, avec l'Équateur, le Guatemala, le Mexique et le Pérou.

biens culturels ne suffit pas à étendre l'opposabilité et à garantir l'effectivité de l'obligation de restitution

### B. La prévention du trafic illicite favorisé par les organisations internationales

Les organisations concernées sont tant intergouvernementales que non gouvernementales. La prévention du trafic nécessite de la part de ces organisations un soutien dans l'exécution des normes internes de protection des biens culturels. En effet, les normes internationales pertinentes en matière de restitution de biens culturels nécessitent toujours l'adoption de normes internes de prévention du trafic illicite<sup>259</sup>. Par conséquent ces conventions se traduisent « *par l'adoption de mesures nationales, telles que l'adoption de textes législatifs nationaux appropriés, l'établissement d'inventaires ou la mise en place de services de protection* »<sup>260</sup>. L'UNESCO, notamment, encourage l'adhésion à sa convention de 1970 en apportant aux États le soutien technique nécessaire à l'adoption de ces mesures internes<sup>261</sup>. Monsieur Clément, ancien représentant de l'UNESCO au Cambodge et actuel représentant en Thaïlande, considère que l'action entreprise par cette organisation au Cambodge illustre parfaitement l'importance que représente un tel soutien technique. Ce soutien a permis d'adopter une législation protectrice, des mesures réglementaires de protection de sites archéologiques menacés de pillages – notamment le site d'Angkor –, de proposer des stages de formation aux personnels concernés, ou encore de développer des campagnes de sensibilisation des populations. En serait résulté plusieurs restitutions spectaculaires<sup>262</sup>. Il semble cependant que ce travail de fond n'ait pas réussi à mettre un terme au conflit opposant, depuis près de cinquante ans, la Thaïlande et le Cambodge concernant la souveraineté sur le temple de Préah Vihéar. En effet, malgré l'arrêt de la C.I.J de 1962

---

<sup>259</sup> À titre d'exemple, l'article 5 de la Convention de l'UNESCO de 1970 impose aux États de se doter des services de protection adéquat et du personnel qualifié afin d'élaborer les normes internes de protection des biens culturels et de répression du trafic illicite ; d'établir des inventaires nationaux de protection ainsi que des listes de biens culturels importants ; promouvoir la création et le développement d'institutions scientifiques et techniques pour assurer la conservation des biens culturels ; organiser le contrôle des fouilles archéologiques et la conservation *in situ* des antiquités ; établir des règles éthiques à l'intention des milieux professionnels concernés, etc ...

<sup>260</sup> CLEMENT (E.) & SEGUROLA (A.), « Les instruments du droit international public pour la protection des biens culturels », p. 96., in MEZGHANI (N.) & CORNU (M.) (Eds.), *Intérêt culturel et mondialisation. Les aspects internationaux*, T. 2, Paris, L'Harmattan, 2005, 364 p.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>262</sup> *Ibid.*, pp. 98-99.

reconnaissant la souveraineté du Cambodge sur le temple, des heurts ont de nouveaux éclatés depuis 2008 aux abords du temple entre les armées des deux pays<sup>263</sup>.

Par ailleurs, les organisations internationales offrent un soutien important dans l'adoption d'instruments pratiques. L'UNESCO a, par exemple, établi un modèle de certificat d'exportation des biens culturels, appelé UNESCO-OMD, facilitant ainsi le travail des autorités douanières dans l'identification des biens culturels susceptibles d'être exportés ou importés. Il a été souligné que la prévention du trafic illicite passe également par l'adoption d'inventaires et de listes des biens culturels bénéficiant des régimes conventionnels de protection. L'article 5 de la Convention de l'UNESCO de 1970 incite les États à « *établir et mettre à jour, sur la base d'un inventaire national de protection, la liste des biens culturels importants, publics et privés, dont l'exportation constituerait un appauvrissement sensible du patrimoine culturel* ». L'Organisation est également habilitée, sur le fondement de l'article 17 de la convention, à apporter son soutien aux États membres pour l'élaboration de ces inventaires. Certaines organisations non gouvernementales, comme le Conseil International des Musées (ci-après, l'ICOM), encouragent l'adoption de ces inventaires. L'ICOM a, par exemple mis en place un comité international pour la documentation, le CIDOC, offrant un soutien aux États dans l'élaboration de ces inventaires. De même, en concertation des milieux professionnels concernés l'UNESCO a mis en place en 1993 la norme internationale dite *Object-ID* dont l'usage est recommandé aux « *agences du maintien de l'ordre comme le FBI, Scotland Yard ou (...) Interpol* »<sup>264</sup>. Ces documents identifient les biens culturels en indiquant leur nom, leur lieu de placement et d'origine, en établissant une description de leurs caractéristiques ainsi qu'en donnant leur numéro d'inventaire.

Au delà du soutien technique apporté aux États dans la mise en place des services internes compétents, les organisations internationales cherchent à agir directement sur les causes du trafic illicite. Elles tentent de favoriser la circulation des informations relatives à ce trafic. Il est nécessaire de communiquer le plus rapidement possible sur le vol ou l'exportation illicite d'un bien culturel, de façon à faire obstacle à la commercialisation de ce bien. En cela réside l'intérêt d'une information prompte et largement diffusée sur les biens attraités dans ce trafic illicite. Cet avis est notamment partagé par Laurent Grosse et Jean-Pierre Jouanny, respectivement Conseiller juridique et Officier spécialisé auprès du Secrétariat général de

---

<sup>263</sup> C.I.J., *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt du 15 juin 1962, fond, Recueil, 1962, p. 6.

<sup>264</sup> Propos tirés de la page web de l'UNESCO présentant la norme internationale *Object-ID*. Disponible à l'adresse électronique : [http://archives.icom.museum/object-id/about\\_fr.html](http://archives.icom.museum/object-id/about_fr.html).



l'Organisation Internationale de Police Criminelle (ci-après, Interpol)<sup>265</sup>. Divers organismes ont pris l'initiative de diffuser ce genre d'informations, comme le *Art Loss Register* pour le Royaume-Uni ou l'*International Foundation for Art Research* aux États-Unis. Cependant, le système d'information le plus élaboré et le plus largement usité est celui développé par Interpol. L'outil d'information développé par Interpol repose sur « un réseau de télécommunication sécurisé », « une base de donnée informatisée accessible à distance par les pays membres » et « un CD-ROM accessible au public »<sup>266</sup>. Interpol met ainsi les diverses polices nationales au courant de la mise en circulation sur le marché illicite des biens volés ou illicitement exportés. Par ailleurs, la communication au public permet de favoriser l'effectivité de l'article 4§4 de la Convention Unidroit de 1995. Cet article conditionne l'octroi d'une indemnité à l'acquéreur du bien volé – lors de sa restitution au requérant – à la constatation qu'il avait agi avec une diligence suffisante pour considérer qu'il ne savait pas que le bien avait été volé. Il faut cependant souligner que la concurrence des systèmes d'information empêche de lutter efficacement contre le trafic illicite. Il est régulièrement proposé de faire du système développé par Interpol un « fichier central international unique »<sup>267</sup>.

Enfin, les organisations internationales tentent d'insuffler une éthique professionnelle au commerce international de ces biens. L'ICOM a adopté, à l'unanimité, un code de déontologie des musées lors de sa 15<sup>e</sup> Assemblée générale de Buenos-Aires, en 1986. Ce code fut modifié en 2001 puis révisé en 2004, lors de la 24<sup>e</sup> Assemblée générale de Séoul. L'ICOM souligne notamment qu'en adhérant à l'organisation, les membres s'engagent à respecter ce code<sup>268</sup>. Ce code déontologique établit des « normes minimales de pratiques et de performance professionnelles pour les musées et leur personnel ». Il contient notamment une partie relative à l'acquisition des collections par ces institutions muséales. L'article 2.3 du code soumet les membres à une obligation de diligence sur la provenance des biens acquis, afin de s'assurer qu'ils ne proviennent pas du trafic illicite. L'article souligne le caractère impératif de cette obligation. L'UNESCO s'est inspiré des travaux de l'ICOM pour rédiger son propre code de déontologie à l'intention, cette fois-ci, des négociants en biens culturels.

---

<sup>265</sup> GROSSE (L.) & JOUANNY (J. P.), « La protection du patrimoine culturel en vertu des instruments de l'UNESCO (1970) et d'UNIDROIT (1995) : la position d'Interpol », *Revue de droit uniforme*, 2003, vol. 1-2, p. 576.

<sup>266</sup> *Ibid.*

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 579.

<sup>268</sup> Propos recueillis sur le site internet de l'ICOM et disponibles à l'adresse internet suivante : <http://www.icom-musees.fr/index.php/page/index/Code-de-deontologie-de-IICOM>.

Ce code fût adopté par le Comité intergouvernemental pour le retour et la restitution des biens culturels lors de sa 10<sup>ème</sup> session de janvier 1999 et approuvé par la 30<sup>ème</sup> Conférence générale de l'UNESCO de novembre 1999. Il cherche à rendre opposable aux commerçant d'art et d'antiquités l'interdiction d'acquisition de biens culturels volés ou illicitement exportés, tel que l'atteste son article premier<sup>269</sup>.

Toutefois, si l'ensemble de ces initiatives permet certainement de rendre plus effectives les régimes conventionnels de lutte contre le trafic illicite, ils ne garantissent pas une adhésion universelle à l'obligation de restitution. En effet, ces initiatives portent sur la prévention du trafic illicite et non pas sur l'obligation de restitution qui doit être exécutée une fois que le bien culturel tombe dans ce trafic. Le droit international doit être sondé afin de déterminer s'il contient des règles coutumières ou d'autres natures susceptibles d'étendre l'opposabilité de l'obligation de restitution à la communauté internationale des États.

## **Paragraphe 2. Le droit international général au soutien de l'obligation de restitution**

Le droit international général ne semble contenir aucune règle coutumière équivalente à l'obligation conventionnelle de restitution **(A)**. La seule alternative disponible réside donc dans les principes généraux du droit qui sont susceptibles de consacrer cette obligation **(B)**.

### *A. L'absence d'une coutume générale consacrant l'obligation primaire de restitution*

La coutume internationale est généralement définie par référence à l'article 38§1 *b* du Statut de la C.I.J., qui la considère comme une « *preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant de droit* ». Même si la coutume est classiquement acceptée comme une norme juridique internationale, elle peut plus limitativement être considérée comme une *règle technique* – et non pas juridique – permettant de révéler l'existence d'une norme juridique internationale<sup>270</sup>. Quelque soit la nature véritable de la coutume internationale, deux éléments doivent être cumulativement réunis pour que son existence soit révélée : l'*usus* – une pratique étatique constante, cohérente et générale – et l'*opinio juris* – qui consiste en « *la conviction que (la pratique) est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit* »<sup>271</sup>. La C.I.J.

---

<sup>269</sup> L'article 1<sup>er</sup> interdit aux commerçants de biens culturels « *d'importer ou d'exporter de tels biens ou d'en transférer la propriété lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de penser que le bien concerné a été volé, qu'il a été aliéné illicitement, qu'il provient de fouilles clandestines ou qu'il a été exporté illicitement* ».

<sup>270</sup> BARBERIS (J. A.), « Réflexions sur la coutume internationale », *A.F.D.I.*, 1990, pp. 19-21.

<sup>271</sup> C.I.J., *Affaire de la Délimitation du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, Recueil, 1969, p. 3. §77.

depuis l'arrêt rendu en 1969 dans l'*Affaire de la Délimitation du plateau continental de la mer du Nord*, identifie trois effets distincts découlant des rapports qu'entretiennent entre eux coutume et droit écrit : le droit écrit peut être déclaratoire d'une coutume préexistante – il s'agit alors d'une codification *stricto sensu*, ou « *pure et simple* » selon la terminologie employée par le professeur Abi-Saab ; le droit écrit peut également « *cristalliser* » la « *coutume naissance* » ; enfin, il peut générer le développement d'une coutume nouvelle<sup>272</sup>. Cependant, ce n'est que dans le domaine des conflits armés que peut être établie l'existence d'une coutume internationale obligeant à la restitution des biens culturels. Cette coutume s'est, dans un premier temps, cristallisée à travers divers traités de paix, notamment ceux de Versailles de 1929, de Saint-Germain de 1919 et de Trianon de 1920. Mais il a été souligné que cette pratique a simplement révélée l'existence d'une obligation secondaire de restitution (voir *supra*, Partie I, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1). Cette obligation secondaire a par la suite été codifiée dans les Conventions de La Haye de 1899 et 1907<sup>273</sup>.

La Convention de La Haye de 1954, avec ses Protocoles additionnels, pourrait être constitutive d'une coutume nouvelle comportant une obligation primaire de restitution des biens culturels. Il semble cependant que l'*usus* fasse défaut dans la mesure où il n'existerait pas de pratique cohérente et générale – universelle – de l'exécution d'une telle obligation. Non seulement les États tiers n'invoquent pas la valeur générale de la convention et de ses Protocoles, mais surtout les États parties eux mêmes ne semblent pas exécuter l'obligation de restitution qui y est établie. En effet, « *la pratique montre une violation continue du Protocole et un véritable flux de biens enlevés illicitement dans plusieurs régions du monde en conflit (...) et transférés vers plusieurs pays importateurs* »<sup>274</sup>. Le cas iraquien est révélateur de l'inexistence d'une règle coutumière consacrant l'obligation primaire de restitution. Le Musée de Bagdad fût pillé entre le 8 et 12 avril 2003. Près de 13 000 objets furent volés. L'Iraq est un État partie aux conventions de La Haye de 1954 et de l'UNESCO de 1970. Cependant, l'indétermination du statut juridique de l'Autorité provisoire de la coalition et du Conseil de gouvernement irakien les a empêché d'agir en tant que gouvernement de l'Iraq et a rendu difficile l'application de la convention de 1970. Par ailleurs, ni l'Iraq, ni les grands États

---

<sup>272</sup> ABI-SAAB (G.), « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », p. 55, in *Le droit international à l'heure sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Guiffirè, 1987, T. 1, XIX-604 p.

<sup>273</sup> Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Règlement annexe de 1899. La Convention (II) fût modifiée par la Convention (IV) de 1907 ; CARDUCCI (C.), « L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé », *op. cit.*, pp. 323-332.

<sup>274</sup> CARDUCCI (C.) : « L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé », *op. cit.*, p. 346.

importateurs de biens culturels n'étaient partie à la Convention Unidroit de 1995 lors de ces événements. Enfin, et surtout, les États-Unis ne sont devenus partie à la Convention de 1954 qu'en mars 2009. Par conséquent, l'interdiction conventionnelle du vol, du pillage et du détournement de biens culturels, de même que l'obligation conventionnelle de restitution au terme du conflit armé, ne liaient pas cet État. Certains considéraient alors que l'interdiction de soustraction des biens culturels était de nature coutumière et liait dès lors les États-Unis<sup>275</sup>. En réalité cette interdiction coutumière adressée aux forces d'occupation ne correspond pas aux dispositions conventionnelles de la Convention de La Haye de 1954. Elle renvoie davantage à la prohibition du pillage des biens culturels lors de conflits armés consacrée aux articles 28 et 47 de la Convention de La Haye de 1907<sup>276</sup>. Dans ces circonstances la restitution, fondée sur règle coutumière, des biens culturels irakiens provenant du trafic illicite s'apparenterait à une obligation secondaire de réparation, telle qu'elle apparaît dans l'article 56 de la convention de 1907. Compte tenu de ces failles, le Conseil de sécurité des Nations unies (CSNU) adopta, le 22 mai 2003, la résolution 1483 rendant opposable à la communauté des États toutes les provisions substantielles du droit conventionnel portant sur les deuxième – protection contre une soustraction du bien – et troisième volets – restitution du bien – de protection des biens culturels en cas de trafic illicite. Ainsi, le CSNU *décida*, à l'alinéa 7 de la résolution, « *que tous les États Membres doivent prendre les mesures voulues pour faciliter la restitution, en bon état, aux institutions irakiennes des biens culturels irakiens (...)* » et qu'ils doivent également « *(frapper) d'interdiction le commerce ou le transfert de ces objets et des objets dont il y a de bonnes raisons de croire qu'ils ont été enlevés illégalement (...)* ».

Le trafic illicite des biens culturels dépasse largement le domaine des conflits armés. Mais il semble que les conventions internationales luttant contre le trafic illicite ne révèlent aucunement l'existence d'une obligation coutumière de restitution des biens culturels. En aucune manière les conventions pertinentes ne peuvent être considérées comme codifiant une coutume préexistante : les débats houleux qui ont accompagné la rédaction de ces conventions et l'adhésion relative des États aux régimes de protection et de restitution qu'elles établissent empêchent de voir en elles des conventions de codification. Par conséquent, ces conventions sont uniquement susceptibles de cristalliser une coutume en formation ou de générer le développement d'une coutume nouvelle. Il faut en réalité exclure que ces conventions aient cristallisé une coutume en voie de formation. Cela tient avant tout à la relative efficacité des

---

<sup>275</sup> PHUONG (C.) : « The protection of Iraqi cultural property », *I.C.L.Q.*, 2004, vol. 53, n°4, p. 987.

<sup>276</sup> *Ibid.*

régimes conventionnels de protection et de restitution des biens culturels. En effet, les États parties peinent à garantir la protection et la restitution des biens culturels. L'affaire ayant récemment opposé la France à l'Égypte est assez exemplaire à cet égard. La France restitua le 6 novembre 2009 cinq fresques provenant d'une tombe thébaine de la Vallée des Nobles. Cette restitution intervint après que l'avis favorable de la commission scientifique nationale des collections des musées de France soit rendue le 9 octobre 2009 et que, en conséquence, l'arrêté de déclassement du ministère de la culture et de la communication soit adopté le 5 novembre 2009<sup>277</sup>. Ces cinq fresques avaient été pillées puis acquises par la France en violation de la Convention de l'UNESCO de 1970. Dans un communiqué de presse de la Direction du Musée du Louvre, datant d'octobre 2009, la Direction fit mine de répondre à des questions suggérées afin de justifier son attitude. Elle chercha notamment à discréditer les justifications avancées par le chef du Conseil Suprême des Antiquités Égyptiennes pour cesser toute collaboration avec le Musée du Louvre tant que les fresques n'auraient pas été restituées. Le Musée du Louvre serait ainsi « *resté muet* » aux demandes de restitution formulées par les autorités égyptiennes. Cependant, les arguments avancés par la Direction du Musée du Louvre sont évasifs et de peu de poids. En effet, la Direction souhaitait simplement « *éviter la polémique* » et maintint avoir « *pleinement coopéré avec* (les autorités égyptiennes) »<sup>278</sup>. Il faut donc considérer que le silence continu des autorités françaises ait constitué un différend entre la France et l'Égypte portant sur l'exécution de l'obligation primaire de restitution. Le manquement continu à cette obligation aurait alors conduit les autorités égyptienne à engager la responsabilité de la France – par la voie diplomatique – afin d'obtenir la cessation du fait internationalement illicite. Cet exemple démontre bien que l'inexécution des obligations conventionnelles rend encore plus aléatoire la caractérisation de l'*usus* nécessaire à la formation d'une coutume.

Il faut par ailleurs s'attacher à la situation des États tiers aux conventions. Il est, à ce propos, important de souligner qu'en l'absence d'une adhésion généralisée à ces régimes conventionnels, l'*opinio juris* de la communauté des États n'est pas décelable. La conclusion et la ratification de ces conventions ne fait que manifester la volonté des États de se rendre opposable des instruments conventionnels. L'éventualité d'une coutume instantanée consacrée par certains documents émanant d'organes pléniers d'organisations internationales est également à proscrire. Ces documents seraient « *l'expression collective et consensuelle*

---

<sup>277</sup> Arrêté de déclassement inscrit en annexe : voir l'annexe n°2.

<sup>278</sup> Voir annexe n°1.

des États membres » et « les conditions dans lesquelles (ils sont adoptés), leur caractère déclaratoire et solennel, ou encore la répétition constante des mêmes formules (...) pourrait les qualifier pour exprimer, voir pour créer des règles coutumières en même temps qu'elles les attestent »<sup>279</sup>. Ce n'est cependant pas une proposition envisageable. C'est d'abord le cas pour de nombreuses résolutions votées par les États revendiquant la restitution des biens qui leurs ont été soustraits pendant une période d'occupation coloniale. Parmi ces actes figurent, à titre d'exemple, la résolution de l'AGNU 3187 (XXVIII) du 18 décembre 1973 ou celle 3391 (XXX) du 19 novembre 1975. C'est ensuite le cas de la Recommandation de 1964 adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO et concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'exportation, l'importation et le transfert de propriété illicites des biens culturels. Il faut souligner que ces résolutions n'ont pas de caractère obligatoire et peuvent davantage être assimilées à des invitations ou des recommandations. C'est pour cette raison qu'elles sont adoptées et il est donc peu probable qu'elles manifestent un quelconque *opinio juris*. Elles ne sont, par ailleurs, que rarement suivies d'effet. Dès lors, « reconnaître une autorité coutumière immédiate (à ces documents) revient à donner un rôle primordial à l'*opinio juris*, en oubliant cet autre élément d'attestation que constitue la pratique générale »<sup>280</sup>. Or, la C.I.J., dans ses arrêts rendus dans l'*Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, a bien souligné l'autonomie fondamentale qui s'établit entre la norme coutumière et celle écrite : chacune des deux normes mène son existence propre<sup>281</sup>. Il est donc impossible de se fonder sur la conclusion, l'entrée en vigueur et la ratification des conventions internationales pertinentes pour prouver l'existence d'une pratique constante, cohérente et générale.

Par conséquent, il ne reste qu'une voie disponible : celle selon laquelle les conventions internationales génèrent le développement d'une coutume nouvelle.

#### B. Les principes généraux du droit et la consécration d'une obligation générale de restitution

Dans l'arrêt rendu dans l'*Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour pose trois conditions pour qu'une disposition conventionnelle puisse générer le développement d'une coutume nouvelle : la disposition conventionnelle doit avoir « un caractère fondamentalement normatif et (pouvoir) constituer la base d'une règle générale de

---

<sup>279</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public, op. cit.*, p. 63.

<sup>280</sup> *Ibid.*

<sup>281</sup> C.I.J., *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, arrêts du 26 novembre 1984 et du 27 juin 1986, Recueils 1984, p. 392. et 1986, p. 14.

*droit* » ; elle doit en outre faire l'objet d'une « *participation très large et représentative (des États spécialement intéressés)* » ; enfin la pratique des États doit « *établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit est en jeu* »<sup>282</sup>. Les développements précédents permettent de constater que cette dernière condition fait défaut et conduisent à considérer que seuls des principes généraux du droit sont décelables dans ce domaine. Les principes généraux du droit peuvent être présentés comme des *corpus* de règles qui « *dominerait l'ordre juridique international, assurant sa cohérence et sa complétude* »<sup>283</sup>. Cependant, il s'agit généralement de règles supplétives et abstraites. Le droit positif consacrerait l'existence de deux catégories différentes de principes généraux : les *principes de droit international* et les *principes généraux de droit* tels que formulés dans l'article 38 du Statut de la C.I.J. Les premiers ont une autorité juridique variable qui tient à leur mode de production. Ils ne sont pas issus d'un « *élément de formation autonome* » et se rattachent à d'autres éléments desquels ils tirent leur régime juridique. Ils pourraient ainsi avoir la valeur d'une norme de *jus cogens* ou coutumière ou encore d'une disposition d'un instrument quelconque du droit international. Le professeur Sur dégage trois sens distincts de cette notion : il peut s'agir de règles fondamentales ancrées dans la structure du système juridique international et engendrant divers corollaires, ainsi des principes de bonne foi ou de règlement pacifique des différends ; il peut ensuite s'agir de ces corollaires déduits de principes fondamentaux ; il s'agira enfin de règles inachevées « *dont le contenu abstrait et général demande à être développé – ainsi le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ou celui de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles* »<sup>284</sup>. L'obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite pourrait trouver un prolongement dans un principe de droit international du second type. C'est-à-dire dans un corollaire déduit d'une règle fondamentale ancrée dans la structure du système juridique international : en l'occurrence, il s'agirait d'un corollaire du principe général de bonne foi et, plus précisément, de l'obligation de coopérer de bonne foi<sup>285</sup>.

En effet, l'ensemble des instruments internationaux précités, qu'il s'agisse de conventions ou de résolutions non contraignantes adoptées au sein d'organisations

---

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 75. Il ne sera pas fait état des controverses doctrinales relatives au fait que l'*usus* puisse servir à la manifestation de l'*opinio juris*.

<sup>283</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 107

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>285</sup> C.I.J., *Affaire de la Délimitation du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, Recueil, 1969, p. 3

internationales, insiste sur l'importance de la coopération interétatique tant en matière de prévention du trafic illicite que pour la restitution des biens culturels. De nombreux commentateurs estiment que cette « répétition constante d'une même formule » révèle l'existence d'un *principe de coopération contre les mouvements illégaux de biens culturels*<sup>286</sup>. De nombreuses résolutions de l'AGNU encouragent à la restitution des biens culturels afin de renforcer la coopération internationale. C'est notamment le cas de la résolution 3187 (XXVIII) de l'AGNU, datant du 18 décembre 1973 et considérant « *la restitution prompte et gratuite à un pays de (ses biens culturels) est de nature à renforcer la coopération internationale* ». La résolution 36/64 du 27 novembre 1981 incite les musées et collectionneurs publics comme privés à retourner les biens culturels à leurs pays d'origine. Même si ces documents sont relatifs au retour des biens culturels à leurs pays d'origine, ils soulignent le lien entre rapatriement du bien culturel et coopération internationale. Mais le document central consiste en la Recommandation de la Conférence générale de l'UNESCO, adoptée le 19 novembre 1964, concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'exportation, l'importation et le transfert de propriété illicites des biens culturels. Cette Recommandation établit des principes généraux voués à la lutte contre le trafic illicite des biens culturels. Le principe général figurant au septième alinéa de la Recommandation considère comme illicite : « *toute exportation, importation et transfert de propriété effectué contre les règles adoptées par chaque État membre (...)* ». La résolution 54/190 du 17 décembre 1999 souligne l'importance de l'échange d'information sur le trafic des biens culturels afin de lutter efficacement contre cette pratique. Les conventions internationales pertinentes et le droit communautaire, mais cela a déjà été souligné, établissent des obligations de coopération à l'encontre des États parties afin de lutter contre le trafic illicite des biens culturels. En outre, la résolution 1483 du CSNU datant du 22 mai 2003, contraignante pour tous les États, les oblige à la coopération afin d'endiguer le trafic illicite des biens culturels irakiens et de garantir la restitution de ces biens à l'État irakien. Enfin, les initiatives des organisations internationales – tant intergouvernementales que non gouvernementales – viennent encourager la coopération internationale dans la lutte contre le trafic illicite. C'est notamment le cas d'Interpol et de l'ICOM (voir *supra* Partie I, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1 B).

---

<sup>286</sup> SCOVAZZI (T.) : « Diviser c'est détruire : principes éthiques et règles juridiques applicables au retour des biens culturels », *op. cit.*, p. 29.



La seconde catégorie de principes généraux du droit comprend les principes « *reconnus par les nations civilisées* » et les juridictions internationales les découvrent généralement au terme d'un processus de transposition et d'internationalisation de principes issus de divers droits internes. Cette catégorie de principes serait bien plus intéressante que la précédente dans la mesure où elle offre plus de virtualité. En effet, la précédente catégorie se contente de mettre en évidence la formulation d'énoncés substantiellement équivalents dans divers documents internationaux. Par ailleurs, il apparaît que ces énoncés ne se rapportent finalement qu'au principe de coopération de bonne foi, somme toute classiquement consacré en droit international. En revanche la seconde catégorie de principes permet de « *transposer* » dans le système juridique international des concepts juridiques intrinsèquement liés à la structure de systèmes juridiques internes et hiérarchisés. En l'espèce, si un principe général reconnu par les nations civilisées devait se dévoiler, il s'agirait d'un principe d'ordre public – culturel – international. En ce sens, la consécration d'un ordre public international en matière de protection et de restitution des biens culturels permettrait d'étendre la consistance de la communauté internationale concernée et de diversifier les relations juridiques se nouant entre les membres de cette communauté pour dépasser les rapports bilatéraux de restitution. L'idée de principes généraux manifestant l'existence d'un ordre public culturel ressort de diverses jurisprudences internes relatives à l'ordre public d'éviction. En d'autres termes, ces jurisprudences ont généralement été élaborées à propos de litiges relatifs à l'exportation illicite de biens culturels plutôt qu'au simple vol. Il est cependant notoire que l'existence d'un tel principe général n'a toujours pas été mise en évidence en droit international.

Ces jurisprudences internes font obstacle à l'invocation de l'ordre public d'éviction. Pour ce faire elles se fondent sur l'existence d'un ordre public réellement international comportant des règles relatives à la protection et à la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Deux arrêts peuvent être cités à titre d'exemple. Il s'agit d'un arrêt du *Bundesgerichtshof* allemand du 22 juin 1972 et d'un arrêt rendu par le Tribunal fédéral suisse du 1<sup>er</sup> avril 1997 – relatif à une demande d'entraide judiciaire émise par la France à propos d'un vol de tableau<sup>287</sup>. L'arrêt de 1972 concernait une affaire portant sur un contrat d'assurance de transport maritime relatif à des objets d'arts pourtant interdits d'exportation par la loi nigériane. Les contractants – une société expéditrice nigériane et une société d'assurance allemande – avaient pourtant pris soin de soumettre leur contrat à la *lex fori* allemande, écartant ainsi l'application de la loi nigériane à leur contrat. Le Tribunal fédéral

---

<sup>287</sup> LALIVE (P.), « Réflexions sur un ordre public culturel », *op. cit.*, pp. 155-158.

allemand considéra néanmoins le contrat d'assurance nul et « *contraire aux mœurs* ». Cette appréciation était fondée sur la Convention de l'UNESCO de 1970 pourtant non ratifiée par l'Allemagne. Le Tribunal fédéral allemand considéra que cette convention manifestait « *l'intérêt général de tous les peuples au maintien de leurs biens culturels en leur lieu et place* »<sup>288</sup>. Par conséquent, le contrat d'assurance en cause ne devait bénéficier d'aucune protection juridique dans le but de maintenir « *de la décence dans le commerce international portant sur des œuvres d'art* »<sup>289</sup>. Le recours à la notion de bonnes mœurs pour déterminer l'applicabilité de la *lex fori* devait en réalité permettre d'écarter l'ordre public d'éviction et de considérer l'existence d'un intérêt public commun des États – se manifestant dans les règles d'ordre public contrôlant les exportations – à la protection des biens culturels et à la lutte contre le trafic illicite de ces biens. En 1997, le Tribunal fédéral suisse se prononçait sur un recours contre une décision administrative ordonnant la restitution d'un tableau volé et illicitement exporté aux autorités françaises. Le Tribunal fédéral rejeta le recours en se fondant sur des conventions en vigueur relatives à l'entraide judiciaire, mais également sur les conventions de l'UNESCO de 1970 et d'Unidroit de 1995 auxquelles la Suisse n'était pourtant pas partie. Selon les juges, ces instruments internationaux et certaines de leurs dispositions « *qui relèvent d'une commune inspiration, constituent autant d'expressions d'un ordre public international en vigueur ou en formation* »<sup>290</sup>. En outre le Tribunal fédéral invoqua « *l'intérêt public international, commun à la Suisse et la France, lié à la protection de ces biens* ». En d'autres termes, ces jurisprudences internes considèrent que les conventions internationales pertinentes transposent en droit international des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées et consistant à considérer d'ordre public les normes internes de protection et de restitution des biens culturels. Mais il a pourtant été souligné que les conventions internationales ne consacrent pas de véritable ordre public international dans la mesure où les obligations qu'elles contiennent sont bilatérales et les relations de responsabilité qui en découlent sont strictement intersubjectives. En outre, le Tribunal fédéral suisse fait uniquement référence à un intérêt commun, et non pas à un intérêt collectif. Par conséquent, aucun principe général du droit consacrant l'existence d'un ordre public culturel international ne semble formellement consacré, si ce n'est dans la Résolution de l'Institut du Droit International adoptée lors de la Session de Wiesbaden de 1975 et rejetant

---

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>289</sup> *Ibid.*

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 156.

le principe de l'inapplicabilité du droit public étranger. Cette résolution n'est associée à aucun régime particulier de responsabilité. Son principe peut donc dépasser les simples relations bilatérales et interétatiques. Dès lors, la reconnaissance d'un ordre public international en matière de lutte contre le trafic illicite et de restitution des biens culturels aura la valeur juridique de cette résolution : c'est-à-dire une valeur morale certaine.

#### *CONCLUSION*

Il semble que la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite ne constitue toujours pas un intérêt collectif d'une quelconque communauté internationale. Seul un intérêt commun à la société des États peut être mis en évidence. Mais cet intérêt ne peut, en tout état de cause, être mis en œuvre que dans des relations juridiques bilatérales et intersubjectives. Cette situation ne constitue cependant pas nécessairement une entorse à la lutte effective contre le trafic illicite des biens culturels et à l'effectivité des restitutions de tels biens. En effet, le principe de droit international d'une coopération de bonne foi dans la restitution des biens culturels volés et illicitement exportés devrait permettre une mise en œuvre effective des régimes conventionnels de restitution. En outre, l'Institut du droit international, et les conventions internationales pertinentes dans une moindre mesure, encouragent un mouvement vers la reconnaissance de règles d'ordre public international utiles à la restitution des biens culturels. C'est ce qu'il convient de vérifier à travers l'étude de la mise en œuvre de l'obligation de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite.

## SECONDE PARTIE

### LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA RESTITUTION DES BIENS CULTURELS

Il convient désormais de déterminer si les régimes juridiques de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite traduisent véritablement la nature de la responsabilité et des intérêts précédemment authentifiés.

Même si ces régimes traduiront assurément une responsabilité intersubjective classiquement usitée pour les relations interétatiques, certains aménagements se sont avérés nécessaires pour répondre au cas spécifique de la restitution des biens culturels. En effet, les régimes conventionnels de responsabilité sont venus régir directement certaines questions de droit international privé. Dès lors, les régimes de responsabilité transétatique et transnationale ont pu être harmonisés au maximum dans le but d'assurer une garantie de traitement minimum aux sujets de droit interne, qu'ils soient demandeurs ou défendeurs. Il avait été souligné que ce traitement minimum consistait en l'obligation de résultat énoncée dans les conventions internationales pertinentes. La Convention Unidroit de 1995 a notamment permis un saut qualitatif majeur à ce propos. C'est en partie de l'exécution de cette obligation de résultat dont il sera question désormais. Toutefois cet aménagement spécifique concerne principalement le vol des biens culturels et il convient d'étudier également le cas des biens illicitement exportés. À ce propos, comme souligné précédemment, une certaine harmonisation du traitement des réclamations étatiques est également constatable. Ces aménagements devraient permettre d'évaluer la portée des principes généraux du droit précédemment dégagés sur les régimes de responsabilité considérés.

Les sources – ou les fondements – de la responsabilité ont déjà été étudiées. Ils ont permis de déterminer « qui » est en mesure de mettre en œuvre cette responsabilité ou, plus généralement, de revendiquer les biens culturels attraités dans le trafic illicite. Les États ont un pouvoir de revendication des biens culturels illicitement exportés ; tout sujet de droit – selon l'instrument international considéré – peut revendiquer un bien culturel qui lui a été volé. Simplement, dans le cas du vol la restitution est généralement énoncée comme une obligation de résultat. Par conséquent sa violation entraînera une interétatisation du différend. Mais il faut désormais déterminer à quelles conditions le pouvoir de revendication d'un bien culturel peut être exercé (**Chapitre 1**). Il faut en outre étudier les conséquences de l'engagement de la responsabilité en matière de restitution des biens culturels. Il convient dans un premier temps de déterminer quelle autorité sera compétente pour prononcer une décision définitive portant sur une réclamation de restitution. La diversification des modes de règlement des différends

donne des indications sur l'effectivité des principes généraux du droit précédemment énoncés. Par ailleurs, les solutions envisagées pour solder ces différends se diversifient également. En effet, le règlement d'un différend en matière de restitution d'un bien culturel ne se solde pas nécessairement par la restitution pure et simple du bien revendiqué. Il convient de s'interroger sur la nature de ces solutions alternatives : il pourrait s'agir de virtualités s'attachant à l'exécution de l'obligation primaire de restitution ; mais elles pourraient davantage manifester l'exécution de l'obligation secondaire de réparation **(Chapitre 2)**.

## CHAPITRE 1 : L'EXERCICE DU POUVOIR DE REVENDICATION DES BIENS CULTURELS EN CAS DE TRAFIC ILLICITE

L'exercice du pouvoir de revendication peut être perçu comme la mise en œuvre de la qualité à agir afin de demander la restitution d'un bien culturel. Deux conditions essentielles à l'exercice du pouvoir de revendication peuvent être prises en considération. La première concerne l'indemnisation de l'acquéreur *a non domino* du bien culturel volé ou illicitement exporté. L'indemnisation, dans le droit conventionnel, constitue effectivement une condition d'exercice du pouvoir de revendication. Elle n'est pas une conséquence de cette revendication s'apparentant, dans le droit de la responsabilité, à une réparation du préjudice causé par la confiscation et la restitution du bien. En ce sens, elle peut s'apparenter à une compensation similaire à l'indemnisation juste et équitable accompagnant les procédures d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le revendiquant aura souvent le choix de fonder sa réclamation soit sur les régimes conventionnels – souvent favorables à une indemnisation de l'acquéreur de bonne foi – soit sur les régimes de droit commun prévus par les ordres juridiques nationaux – parfois moins favorable à l'acquéreur. La caractérisation de l'indemnisation constitue donc un aspect important de la revendication d'un bien culturel : elle *conditionne* clairement le choix des fondements juridiques utilisés pour exercer une revendication. Il est donc essentiel de la prendre en considération (**Section 1**). La seconde condition est relative au respect des délais de prescription et est intrinsèquement liée à la première condition. De nombreux débats ont porté sur ce point dans la rédaction des conventions internationales et des normes communautaires (**Section 2**).

### SECTION 1. L'INDEMNISATION DE L'ACQUÉREUR *A NON DOMINO* COMME CONDITION D'EXERCICE DU POUVOIR DE REVENDICATION DES BIENS CULTURELS

La prise en compte de la situation de l'acquéreur d'un bien culturel volé ou illicitement exporté dans les régimes conventionnels de restitution n'a pas été évidente. Notamment parce que la situation de l'acquéreur *a non domino* relève de considérations propre au droit privé, ou au droit international privé, et que les États ont été réticents à faire entorse à leurs régimes de propriété respectifs. En effet, chaque système juridique dispose de son propre régime d'acquisition des biens, qu'il s'agisse de biens culturels ou autres. Alors que certains ordres internes se montreront plus favorable envers l'acquéreur d'un bien volé ou illicitement exporté qui doit le restituer, d'autres établiront au contraire un régime beaucoup plus strict, favorisant la seule restitution. Les différences existantes entre les ordres juridiques,

et qu'il a fallu atténuer par voie conventionnelle, tiennent à la prise en compte de la bonne foi de l'acquéreur (**Paragraphe 1**) et à la caractérisation de son indemnisation (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1. La prise en compte de la bonne foi de l'acquéreur *a non domino***

La prise en compte de la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* par les régimes conventionnels a été délicate. Cette difficulté tenait à l'opposition stérile existant entre les systèmes de type *romano-germanique* et ceux relevant de la *common law*. Mais elle relevait également de la conception que certains États avaient de la propriété publique et du principe d'inaliénabilité. Une harmonisation est finalement proposée par le droit conventionnel et les normes communautaires relatives à la restitution des biens culturels. Cette harmonisation propose le rejet du principe de la bonne foi acquisitive (**A**). Cependant, la référence au principe de bonne foi est réintroduite pour la détermination de l'indemnisation due à l'acquéreur d'un bien culturel issu du trafic illicite (**B**).

#### *A. Le rejet du principe de la bonne foi acquisitive aux dépens de l'acquéreur a non domino*

La bonne foi peut se définir comme la « *croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière* »<sup>291</sup>. Elle est généralement invoquée pour écarter les conséquences d'un fait ou d'un acte illicite dénué de toute intentionnalité. Le triomphe du trafic illicite des biens culturels repose clairement sur sa capacité à écouler les biens qui y sont attirés auprès d'acquéreurs de bonne foi, persuadés de la régularité de la transaction et du titre juridique acquis sur le bien. Le professeur Lalive a parfaitement présenté cette situation en soulignant que le franchissement successif des frontières suivant généralement le vol d'un bien culturel – mais également son exportation illicite – permet aux réseaux de trafiquants « *de faciliter la liquidation ou le 'blanchiment' du (bien) au terme d'une ou plusieurs reventes impliquant receleurs et autres intermédiaires de tous poils, pour entrer enfin dans le trafic licite et aboutir dans les mains d'un acquéreur considéré comme de 'bonne foi' par la loi locale, la *lex rei sitae** »<sup>292</sup>. La revente successive du bien à des receleurs et autres intermédiaires permet de voiler la caractérisation du vol – ou de l'exportation illicite – par la production de faux documents d'authentification et d'exportation. La *lex causae* – c'est-à-dire la loi de la dernière transaction juridique – ou la *lex rei sitae* – la loi de situation du bien – donnera alors à l'acquéreur de bonne foi un titre considéré comme valide sur le bien culturel

---

<sup>291</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 116.

<sup>292</sup> LALIVE (P.), « *Une convention internationale qui dérange (...)* », *op. cit.*, p. 179.

volé ou illicitement exporté. Un exemple classique permet d'illustrer ce mécanisme du trafic illicite. Il s'agit de l'affaire *Winkworth v. Christie's, Manson & Woods Ltd. and another* de 1979<sup>293</sup>. Dans cette affaire, des biens d'art japonais – des estampes – avaient été volés en Angleterre et transportés en Italie pour être vendus à un acquéreur de bonne foi, selon la *lex causae* italienne. L'acquéreur italien les envoya de nouveau en Angleterre pour une vente aux enchères à la maison *Christie's*. Le propriétaire volé prit connaissance de la vente et revendiqua, en vain, la propriété de ces biens. En effet, les tribunaux anglais durent appliquer la *lex causae* italienne, favorable à l'acquéreur de bonne foi. La bonne foi de l'acquéreur *a non domino* constitue donc un aspect important de l'établissement de régimes juridiques efficace en matière de restitution. Cependant, la prise en compte de la bonne foi dans les procédures de restitution des biens culturels est aléatoire tant qu'elle relève de chaque ordre juridique national. En effet, les ordres juridiques nationaux favorisent parfois l'acquéreur de bonne foi et parfois le propriétaire légitime dépossédé. En fin de compte les ordres juridiques nationaux choisissent quels intérêts méritent une plus grande protection, ceux de l'acquéreur de bonne foi ou ceux du propriétaire initial.

De façon assez réductrice, les dissemblances nationales relatives au traitement de l'acquéreur de bonne foi sont résumées à travers l'opposition simpliste entre les systèmes juridiques de *common law* et ceux de tradition *romano-germanique*. Le professeur Lalive a qualifié l'antinomie entre ces deux systèmes de droit comme « *l'opposition entre la 'Security of title' de la Common law, pour qui 'nemo dat quod non habet' et la sécurité des transactions, favorable, dans les pays de droit civil, à l'acquisition de bonne foi (...)* »<sup>294</sup>. En effet, les systèmes de *common law* ont généralement recours au principe formulé par l'adage *nemo dat quod non habet* – « *nul ne peut transférer la propriété de ce qui ne lui appartient pas* » – afin d'évincer les prétentions du possesseur, même de bonne foi, et de protéger efficacement le propriétaire ou possesseur légitime. Dès lors, ce dernier est toujours susceptible de revendiquer son bien et l'acquéreur, même de bonne foi, ne peut pas invoquer de titre valable de propriété par effet translatif *ex contractu*. Il ne pourra acquérir un tel titre qu'en ayant recours à l'institution de l'*usucapio*<sup>295</sup>. Il existe cependant des exceptions développées par les pays de *common law*. L'exception la plus satisfaisante consistant en « *la*

---

<sup>293</sup> High Court, Chancery Division, *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd. and another*, 5 november 1979, *The Law Reports, Part 9-11*, november 1980, p. 496.

<sup>294</sup> LALIVE (P.), « *Une convention internationale qui dérange (...)* », *op. cit.*, p. 179.

<sup>295</sup> CARDUCCI (G.) : *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, *op. cit.*, p. 400.



*création d'un titre intermédiaire du titre du vendeur* », qualifié de « *voidable title* »<sup>296</sup>. Ce titre se situerait entre le « *title* » simple et le « *void title* », et garantit l'acquisition d'un titre réel sur le bien à l'acquéreur de bonne foi. Toutefois, l'obtention de ce titre n'est possible qu'à la condition que la dépossession du propriétaire initial ait été volontaire en vue du transfert de propriété au profit du vendeur – même si ce transfert est fondé sur une fraude. Il ne faut pas non plus que le propriétaire légitime invoque cette fraude lors de l'acquisition du bien par le possesseur de bonne foi. Cette exception a souvent été invoquée avec succès par l'acquéreur de bonne foi d'un bien culturel volé<sup>297</sup>. Les systèmes de tradition *romano-germanique* favorisent clairement la sécurité juridique des transactions commerciales et assimilent, notamment par voie de présomption, la possession à une propriété véritable. Il semble que cette solution soit consacrée comme principe dans divers ordres juridiques nationaux, comme les droits italien, suisse, autrichien et allemand<sup>298</sup>. Mais c'est au droit français dont il est le plus généralement fait référence pour la formulation de ce principe. L'article 2276 alinéa 1 du Code civil dispose que « *en fait de meuble possession vaut titre* ». Sous réserve des limitations établies au second alinéa, cet article semble poser une présomption irréfragable de titre de propriété au bénéfice du possesseur et, *a fortiori*, de l'acquéreur de bonne foi.

Les instruments internationaux sont finalement parvenus à réconcilier ces deux intérêts divergents à l'avantage des systèmes de *common law*. Ils ont en effet rejeté le principe de la bonne foi acquisitive, pourtant cher aux systèmes de tradition *romano-germanique*. Cette solution s'avérait cependant la seule praticable pour parvenir à établir des régimes conventionnels en mesure de lutter efficacement contre le trafic illicite des biens culturels. Il a effectivement été souligné que l'acquisition des biens volés ou illicitement exportés par des personnes de bonne foi constitue l'objectif principal des réseaux de trafiquants. C'est pourquoi, dans son commentaire de la Convention Unidroit de 1995, le Secrétariat d'Unidroit souligna que l'évincement du principe de la bonne foi acquisitive était « *la seule solution réaliste et dissuasive dans la lutte contre le trafic illicite des biens culturels* »<sup>299</sup>. Il faut en outre souligner que la protection de l'acquéreur de bonne foi peut entrer directement en

---

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 402.

<sup>297</sup> *Ibid.*, pp. 402-403.

<sup>298</sup> Pour l'Italie, *Codice civile*, art. 707 ; la Suisse, Code civil, art. 714 ; l'Autriche, § 367 ABGB ; l'Allemagne, § 932-936 et § 1006 BGB ; lire en ce sens : CARDUCCI (G.) : *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, *op. cit.*, p. 405.

<sup>299</sup> SCHNEIDER (M.) : Secrétariat d'Unidroit, *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, *Revue de droit uniforme*, *op. cit.*, p. 503.

conflit avec la conception que certains États se font de la domanialité publique et du principe d'inaliénabilité. Le droit français a clairement développé des principes juridiques permettant de donner entièrement effet à la domanialité publique. La domanialité publique « *qualifie l'ensemble des règles spéciales auxquelles sont soumis les biens composant le domaine public* »<sup>300</sup>. Les biens culturels meubles peuvent certainement être attirés dans le domaine public par la méthode qualifiée en droit administratif français du « *domaine artificiel* ». Ce domaine artificiel se composerait des biens « *dont l'acquisition est accompagnée d'un acte exprès d'affectation par l'autorité administrative dénommé classement* »<sup>301</sup>. Parmi les règles de la domanialité publique figure notamment le principe d'inaliénabilité des biens composant le domaine public. Or, le droit français consacre un principe d'inaliénabilité absolue interdisant toute décision de déclassement. L'article L451-7 du Code du patrimoine inclut dans cette catégorie « *les biens incorporés dans les collections publiques par dons et legs ou, pour les collections ne relevant pas de l'État, ceux qui ont été acquis avec l'aide de l'État (...)* ». Le droit anglais semble beaucoup plus souple et paraît hiérarchiser diverses catégories de domaines publics nécessitant une protection plus ou moins stricte des biens qui les composent<sup>302</sup>. La catégorie nécessitant la protection la plus stricte – c'est-à-dire la *Crown property* – sera également grevée d'une inaliénabilité absolue. Pour le reste, le déclassement sera autorisé au regard de conditions plus ou moins strictes. Le principe d'inaliénabilité, lorsqu'il est consacré dans sa forme la plus absolue, ne peut souffrir l'atteinte que constitue le principe de la bonne foi acquisitive. La conception souple du principe d'inaliénabilité qu'a développé le droit anglais peut être mise en corrélation avec le rejet du principe de la bonne foi acquisitive. Aussi, la Convention de l'UNESCO de 1970 prend en compte ce principe d'inaliénabilité en son article 13 (d) contraignant les États à « *reconnaître, en outre, le droit imprescriptible de chaque État partie à la présente Convention, de classer et déclarer inaliénable certains biens culturels qui, de ce fait, ne doivent pas être exportés (...)* ». Le respect du principe d'inaliénabilité a également motivé un certain nombre d'États à adhérer aux régimes conventionnels de lutte contre le trafic illicite des biens culturels.

La Convention de l'UNESCO de 1970 semblerait rejeter implicitement le principe de la bonne foi acquisitive. En effet, l'article 7 (b)ii impose aux États requis de « *prendre des mesures appropriées pour saisir et restituer* » les biens culturels volés et illicitement exportés

---

<sup>300</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 322.

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>302</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « *New Developments in the Restitution of Cultural Property (...)* », op. cit., p. 8.

à l'État requérant. Cette obligation de comportement impliquerait, selon certains auteurs, l'évincement de l'effet acquisitif de la bonne foi<sup>303</sup>. Mais cette appréciation semble faire peu de cas de la nature de l'obligation de restitution. Car cette obligation de comportement n'impose aucunement d'évincer le principe de la bonne foi acquisitive. Tout au plus un aménagement de ce principe peut-il s'avérer nécessaire afin que la bonne foi de l'État requis dans l'exécution de l'obligation de comportement ne puisse être mise en doute. En tout état de cause « *cette Convention a vu ses effets considérablement atténués du fait notamment qu'elle ne réglait pas suffisamment la protection de l'acquéreur de bonne foi* »<sup>304</sup>. L'article 13 de cette convention ne semble pas davantage prendre en compte la situation de l'acquéreur de bonne foi, d'autant plus que cet article reconnaît, en son paragraphe (d), le droit imprescriptible des États de classer des biens culturels inaliénables. Ces carences relatives au traitement de la bonne foi se retrouvent dans la Convention de l'OEA de 1976, dans la mesure où cette dernière a été rédigée sur le modèle de la Convention de l'UNESCO de 1970. En 1975 le Projet de loi uniforme d'Unidroit sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels (ci-après, LUAB), relatif à la vente internationale des biens meubles en général, protégeait davantage l'acquéreur de bonne foi<sup>305</sup>. Il s'agissait de protéger la sécurité juridique du commerce international des biens corporels mobiliers. Mais la spécificité des biens culturels a conduit Unidroit à rejeter le principe de la bonne foi acquisitive en cas de trafic illicite. Ainsi, concernant le vol des biens culturels, la Convention Unidroit de 1995 ne laisse aucun doute sur l'évincement du principe de la bonne foi acquisitive. En effet, son article 3§1 établit une obligation absolue – et de résultat – de restitution du bien culturel volé puisque « *le possesseur du bien culturel volé doit le restituer* ». Il n'est donc plus question de faire défaut à la restitution par le recours à la bonne foi acquisitive. L'article 5, relatif à la restitution en cas d'exportation illicite pose également une obligation de résultat en matière de restitution. Ce qui ne laisse aucune place pour la prise en compte du principe de bonne foi acquisitive. Les seules conditions préalables à l'exécution de l'obligation de restitution résident dans l'établissement par l'État requérant d'un intérêt caractérisé à la restitution du bien ou de l'importance significative que ce dernier représente pour lui<sup>306</sup>. Mais il n'est aucunement fait état de la situation de l'acquéreur de bonne foi pour justifier la constitution d'un titre valable

---

<sup>303</sup> CARDUCCI (C.) : « L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé », *op. cit.*, p. 409.

<sup>304</sup> *Ibid.*

<sup>305</sup> *Projet de Convention portant loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels* (« LUAB »), *Revue de droit uniforme*, 1975, vol. 1, p.68.

<sup>306</sup> Convention Unidroit de 1995, article 5§3.

sur le bien culturel qu'il aurait acquis. Enfin, le droit communautaire semble également écarter le principe de la bonne foi acquisitive. La Directive 93/7/CEE du 15 mars 1993 établit une obligation de restitution en son article 2 sans qu'une limitation à la restitution ne soit fondée sur la bonne foi de l'acquéreur.

L'ensemble des instruments internationaux et régionaux exclut donc le principe de la bonne foi acquisitive aux dépens de l'acquéreur *a non domino* d'un bien culturel volé ou illicitement exporté. Le choix de cette solution est évidemment guidé par une nécessité pratique. Il apparaît effectivement qu'un régime juridique de lutte contre le trafic illicite des biens culturels ne peut être efficace que s'il s'attaque aux origines de ce trafic. Les carences qui s'attachent à la prévention d'un tel trafic constituent assurément l'une de ses multiples origines. Cependant les débouchées que les trafiquants trouvent auprès des acquéreurs de bonne foi alimentent clairement ce trafic illicite. C'est donc pour bloquer ces débouchées que l'évincement de ce principe s'avère nécessaire. Pourtant, l'exclusion du principe de la bonne foi acquisitive peut également constituer une manifestation du *principe de droit international* de coopération de bonne foi des États dans la lutte contre le trafic illicite et dans la restitution des biens culturels provenant de ce trafic. En effet, l'exclusion de ce principe constitue une entorse aux systèmes nationaux de tradition *romano-germanique* qui reconnaissent généralement ce principe. Il s'agit donc d'harmoniser – dans le domaine restreint des biens culturels – les régimes nationaux d'acquisition des biens et d'en exclure ce principe, trop protecteur de l'acquéreur de bonne foi. Cette exclusion empêche notamment les États de considérer l'obligation de restitution exécutée, lorsqu'elle est de comportement, alors que le principe de la bonne foi acquisitive ferait obstacle à la restitution effective du bien. En d'autres termes les États prétendraient avoir mis en œuvre tous les moyens disponibles pour permettre la restitution, bien que celle-ci ne soit finalement pas réalisée. C'est donc la coopération de bonne foi des États qui est renforcée par l'évincement du principe de la bonne foi acquisitive. Cependant, la bonne foi est réinjectée dans les régimes de restitution en ce qui concerne l'indemnisation de l'acquéreur contraint de restituer le bien.

#### *B. La prise en compte de la bonne foi pour l'indemnisation de l'acquéreur a non domino*

La bonne foi n'a cependant pas totalement été évincée des régimes de restitution des biens culturels. Elle a une importance capitale dans la mesure où elle détermine l'octroi d'une indemnité à l'acquéreur *a non domino* contraint de restituer le bien revendiqué. Mais la prise en compte de la bonne foi à cette fin n'a pas été évidente. Beaucoup d'États s'étaient opposés – et s'opposent encore – à cette solution. Les raisons qui poussent les États à refuser la prise

en compte de la bonne foi pour l'indemnisation de l'acquéreur *a non domino* sont les mêmes que celles qui les poussaient à refuser le principe de la bonne foi acquisitive : il s'agit principalement de la protection d'une certaine conception de la domanialité – ou de la propriété – publique. L'inaliénabilité des biens inclus dans le « domaine public » – *lato sensu*, sans faire expressément référence aux concepts du droit français – interdit toute dépossession de tels biens et toute acquisition par un tiers. Dès lors, la bonne foi ne devrait pas servir de fondement pour l'octroi d'une indemnité à l'acquéreur *a non domino*. Certains auteurs n'hésitent pas à pousser le raisonnement à son paroxysme et considèrent qu'une fois diffusées les informations sur le vol ou l'exportation illicite de biens publics – notamment d'antiquités – la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* ne peut être présumée. C'est par exemple la position officielle de l'Égypte, dans la mesure où cet argument a été énoncé dans un article du Procureur général de la République Arabe d'Égypte et publié dans la *Revue de droit uniforme* en 2003<sup>307</sup>. Dans cet article, le Procureur général considère que « *once Egypt has reported or made public – in whatever manner – that a given antiquity has been stolen, then the good faith collector or holder is presumed to know that the piece is a stolen and/or illegally exported object* »<sup>308</sup>. Cette objection n'aura pas eu raison des avancées conventionnelles, prenant toujours mieux en compte la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* afin de lui assurer une indemnisation équitable.

La Convention de l'UNESCO de 1970, malgré son caractère interétatique et l'absence de dispositions *self-executing*, présente déjà l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi comme une condition de la restitution. L'article 7 (b)ii prévoit en effet que la restitution du bien par l'État requis ne peut se faire que si « *l'État requérant verse une indemnité équitable à la personne qui est acquéreur de bonne foi ou qui détient légalement la propriété de ces biens* ». La réintroduction de la bonne foi repose donc sur une appréciation relevant du droit interne. Il pourra s'agir de la *lex rei sitae* ou de la *lex causae*. Le renvoi au droit interne ne garantit cependant pas l'établissement uniformisé de la bonne foi. Cette dernière pourra parfois être écartée assez facilement ou, au contraire, trop facilement accordée. C'était notamment le cas dans l'affaire *Winkworth v. Christie's, Manson*, où la bonne foi était accordée à l'acquéreur par la *lex causae* lors de l'acquisition. Ce qui n'aurait pas été le cas au regard de la *lex fori* anglaise. La Convention Unidroit de 1995 se fonde également sur la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* pour lui attribuer une indemnité. L'appréciation de la

---

<sup>307</sup> ABD EL WAHED (M.), « The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects : a View from Egypt », *Revue de droit uniforme*, 2003, vol. 57, pp. 529-540.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 531.

bonne foi de l'acquéreur est très détaillée dans cette convention, bien qu'il ne soit jamais fait explicitement mention de la bonne foi. En effet, pour les cas de restitution pour vol, l'article 4§1 établit que « *le possesseur d'un bien culturel volé, qui doit le restituer, a droit au paiement, au moment de sa restitution, d'une indemnité équitable à condition qu'il n'ait pas su ou dû raisonnablement savoir que le bien était volé et qu'il puisse prouver avoir agi avec la diligence requise lors de l'acquisition* ». La condition ainsi posée vise clairement la caractérisation de la bonne foi dans la mesure où l'acquéreur – ou possesseur – ne doit raisonnablement pas savoir que le bien ait été volé. Il doit donc avoir une « *croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière* ». La bonne foi est également prise en compte en cas de restitution pour exportation illicite. L'article 6§1 prévoit effectivement que l'acquéreur *a non domino* aura droit à une indemnité à la condition qu'il « *n'ait pas su ou dû raisonnablement savoir, au moment de l'acquisition, que le bien avait été illicitement exporté* ». Le droit communautaire prend également en compte la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* pour justifier l'octroi d'une indemnité. La Directive 93/7/CEE du 15 mars 1993 y fait référence en son article 9. Selon cet article, le juge du for requis doit accorder une indemnité à l'acquéreur *a non domino* « *à condition qu'il soit convaincu que le possesseur a exercé la diligence requise lors de l'acquisition* ».

L'établissement de la bonne foi demeure cependant problématique et aléatoire. La bonne foi de l'acquéreur *a non domino* se présume-t-elle ou doit-elle être invoquée par ce dernier en vue de l'obtention de l'indemnité ? Les conditions permettant l'établissement de cette bonne foi sont-elles homogènes et harmonisées pour tous les instruments internationaux concernés ? Ces interrogations ont opposé la doctrine et les États. La question de la présomption et de la charge de la preuve a notamment été très délicate à résoudre. Elle a surtout suscité beaucoup d'interrogations dans le régime de la Convention de l'UNESCO de 1970. En effet, l'article 7 (b)ii de cette convention fait référence à la bonne foi sans dire si elle doit être présumée ou s'il revient à l'acquéreur de la prouver. En réalité, puisque l'obligation de restitution dans cet article est de comportement, la *lex rei sitae* ou la *lex causae* viendront déterminer le contenu du concept de bonne foi pour chaque cas spécifique de restitution. Cette convention n'harmonise donc pas le concept de bonne foi et ne permet pas de savoir si elle doit être présumée. La même limite apparaît en droit communautaire car la Directive de 1993, en son article 9 alinéa 2, laisse aux États membres le soin de déterminer la charge de la preuve. C'est la raison pour laquelle la Convention Unidroit de 1995 comprend des développements très détaillés sur l'appréciation de la bonne foi. À ce propos, beaucoup

d'États ou de commentateurs ont souligné la nécessité de ne pas présumer la bonne foi de l'acquéreur *a non domino*. Car, selon eux, cette présomption emporterait des risques pour l'économie générale des conventions relatives à la lutte contre le trafic illicite des biens culturels. Tous les efforts mis en œuvre pour prévenir ce trafic et pour restituer les biens culturels qui en proviennent seraient vains si la seule bonne foi de l'acquéreur pourrait empêcher la restitution. En réalité, cet avis a été formulé maintes fois par les détracteurs des régimes conventionnels en vigueur et, notamment, de la Convention Unidroit de 1995. L'Égypte conteste, par exemple, que la bonne foi puisse être présumée et que la charge de prouver la mauvaise foi de l'acquéreur pèse sur le requérant. Cet avis a notamment été formulé afin de critiquer le régime de restitution – très mal analysé – de la Convention de 1995. En effet, selon le Procureur général de la République Arabe d'Égypte, la seule diffusion des informations relatives au vol ou à l'exportation illicite d'un bien culturel – notamment un bien du domaine public – établit la mauvaise foi d'un acquéreur éventuel. À charge pour ce dernier de prouver sa bonne foi<sup>309</sup>. C'est pourquoi il s'oppose à ce que la Convention Unidroit de 1995 puisse prévoir l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi. Selon lui, la bonne foi de l'acquéreur s'apprécierait exclusivement à l'aune de la remise volontaire du bien à l'État requérant. Ce dernier pourrait alors, à titre gracieux et exceptionnellement, accepter de verser une indemnité à l'acquéreur de bonne foi<sup>310</sup>. Mais il faut pourtant constater qu'un tel avis est mal fondé et repose sur une sous-évaluation des précautions prises pour garantir la restitution des biens volés ou illicitement exportés. En aucune manière la convention de 1995 ne présume la bonne foi de l'acquéreur *a non domino*. Le professeur Lalive – président du groupe d'experts gouvernementaux chargé de rédiger la Convention Unidroit de 1995 – souligne bien que la bonne foi ne se présume pas. Il revient à l'acquéreur *a non domino* de la prouver dès lors que l'article 4§1 précise que l'indemnité est due pour autant que l'acquéreur « *puisse prouver avoir agi avec la diligence requise lors de l'acquisition* »<sup>311</sup>.

Qu'une présomption de bonne foi soit établie ou que la charge de la preuve repose sur l'acquéreur *a non domino*, l'appréciation de la bonne foi risque en tout état de cause d'être délicate. Certains critères ou indices doivent permettre d'établir cette bonne foi. Lorsque les instruments internationaux ou régionaux se contentent de renvoyer aux droits internes pour caractériser la bonne foi – ce qui est généralement le cas – il y a peu de chance pour que des

---

<sup>309</sup> ABD EL WAHED (M.), « The 1995 UNIDROIT Convention (...) », *op. cit.*, p. 531.

<sup>310</sup> *Ibid.*, pp. 531-532.

<sup>311</sup> LALIVE (P.), « Une avancée du droit international : la Convention de Rome d'Unidroit (...) », *op. cit.*, p. 51.

indices ou des critères homogènes soient utilisés. La seule convention ayant encadré directement l'appréciation de la bonne foi est la Convention Unidroit de 1995. L'article 4§4 établit une liste de conditions permettant de caractériser la bonne foi ; cette liste s'apparente davantage à un faisceau d'indices plutôt qu'à des critères cumulatifs. L'article considère que la bonne foi – « *la diligence requise* » – est déterminée au regard de « *toutes les circonstances de l'acquisition* ». Une liste non exhaustive d'indices illustre ces circonstances. Parmi ces indices se trouvent notamment les circonstances « *de la qualité des parties, du prix payé, de la consultation par le possesseur de tout registre relatif aux biens culturels volés raisonnablement accessible et de toute autre information et documentation pertinentes (que l'acquéreur) aurait pu raisonnablement obtenir et de la consultation d'organismes auxquels il pouvait avoir accès (...)* »<sup>312</sup>. L'établissement d'une liste non exhaustive d'indices souligne la difficulté qu'il peut y avoir à asseoir l'existence de la bonne foi pour l'acquéreur *a non domino*. La convention de 1995 a également été mise en cause par les professionnels du marché de l'art, qui craignaient qu'une protection trop faible ne soit accordée à l'acquéreur *a non domino*. Ils estimaient notamment que l'article 4 de cette convention imposait à l'acquéreur un fardeau de la preuve « *insupportable et moralement choquant* »<sup>313</sup>. Il serait, selon ces critiques, impossible pour l'acquéreur d'avoir accès à l'ensemble de ces informations. Cette critique des marchands d'art est mal venue dans la mesure où il est demandé à l'ensemble des acteurs du marché international des biens culturels d'être vigilants dans leurs acquisitions. Le code déontologique de l'ICOM établit, par exemple, des « *normes minimales de pratiques et de performance professionnelles pour les musées et leur personnel* ». Son article 2.3 soumet les membres de l'ICOM à une obligation de diligence dans l'acquisition de biens culturels afin de s'assurer qu'ils ne proviennent pas du trafic illicite. Il faut en outre souligner que les diverses conventions internationales et organisations internationales – intergouvernementales comme non gouvernementales – ont tâché de garantir l'accès aux informations utiles à l'exercice de cette diligence. Il a déjà été signalé que le *Art Loss Register* ou l'*International Foundation for Art Research* diffusent les informations relatives au trafic illicite des biens culturels. Quant à Interpol, la communication au public à travers la diffusion d'un CD-ROM permet de favoriser l'effectivité de l'article 4§4 de la Convention Unidroit de 1995. Il semble donc excessif de considérer que l'acquéreur *a non domino* se trouve dans l'impossibilité de vérifier l'origine du bien. La même remarque vaut en

---

<sup>312</sup> Convention Unidroit de 1995, article 4§4.

<sup>313</sup> LALIVE (P.), « *Une convention internationale qui dérange (...)* », *op. cit.*, p. 181.



matière d'exportation illicite. L'article 6§2 de la Convention Unidroit de 1995 renvoie également aux circonstances de l'acquisition pour déterminer la bonne foi de l'acquéreur. Il est notamment demandé à l'acquéreur de vérifier qu'un certificat d'exportation ait été délivré pour le bien qu'il souhaite acquérir. Une telle vérification devrait être relativement simple dans la mesure où des modèles de certificats d'exportations sont développés, notamment par l'UNESCO.

Il semble une fois encore que les principes généraux du droit se manifestent dans la prise en compte du concept de bonne foi. Même si la notion sera appréciée par les autorités et juridictions internes au regard de la définition qu'ils en donnent, parfois avec l'aide de faisceaux d'indices proposés par les instruments internationaux, la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* devra toujours être prise en compte dans toute procédure de restitution. Cette prise en compte peut éventuellement faire penser au *principe de droit international* de coopération de bonne foi des États dans la lutte contre le trafic illicite. En effet, la diffusion d'informations relatives au vol et à l'exportation illicite de biens culturels s'attache à la coopération internationale et interétatique dans la lutte contre ce trafic illicite. Il arrive, par exemple, que les régimes conventionnels proposent une solution inverse de celle prévue par les droits nationaux en imposant à l'acquéreur la charge de prouver sa bonne foi. C'est notamment le cas de la France qui, par l'article 2279 du Code civil, présume l'existence d'un titre valide sur la chose possédée ; ce qui revient à présumer la bonne foi du possesseur lors de la réception matérielle du bien. Mais les systèmes nationaux établissent généralement un principe général de coopération entre les parties au litige, leur imposant de collaborer lorsque les circonstances empêchent la partie qui supporte la charge d'une preuve de l'assumer. Dès lors, la finalité de ce partage d'informations concerne plus directement la protection de l'acquéreur *a non domino*. Ce dernier étant dans la plupart des cas un sujet de droit interne, l'établissement d'un régime lui garantissant une *relative* sécurité juridique – puisqu'il se contente le plus souvent de renvoyer aux conceptions internes de bonne foi – permet l'établissement d'un standard ou d'une garantie de traitement. Il s'agirait ainsi d'éviter que l'acquéreur *a non domino* ne soit victime d'un déni de justice processuel et substantiel, c'est-à-dire d'un déni « *témoignant d'une mauvaise administration de la justice* » par le non-respect de principes généraux de procédure ou même des règles substantielles du for. L'évincement de la bonne foi, qu'elle se présume ou qu'elle doive être prouvée, peut s'apparenter à une atteinte du principe du contradictoire ou des droits de la défense et implique ainsi un déni de justice processuel. Si la bonne foi est évincée par les juges nationaux dans un cas particulier alors que la loi du for s'y réfère généralement, le jugement

prononcé sera dès lors vicié par un déni de justice substantiel<sup>314</sup>. En outre, la prise en compte de la bonne foi doit permettre de déterminer l'octroi d'une indemnité compensatrice à l'acquéreur *a non domino*. La prise en compte de la bonne foi par les instruments internationaux est donc motivée par le souci de garantir à cet acquéreur une certaine sécurité juridique. En d'autres termes, l'établissement de ce standard renvoie au *principe général de droit reconnu par les nations civilisées* inscrivant la protection des biens culturels dans des règles d'ordre public – prohibant le déni de justice – touchant directement des sujets de droit interne. Un ordre public culturel collectivement partagé par les États parties aux instruments internationaux pertinents commence donc à émerger. Cet ordre public établit un équilibre entre l'impératif de protection des biens culturels et celui d'une justice équitable. La caractérisation de l'indemnisation proprement dite devrait permettre de souligner le rôle de l'*équité* dans l'établissement de cette règle d'ordre public international.

## **Paragraphe 2. La caractérisation de l'indemnité de l'acquéreur *a non domino***

L'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi manifeste clairement l'émergence d'un ordre public culturel international dans la mesure où elle privilégie une solution équitable dans la résolution des demandes de restitution. C'est en cela que l'indemnisation prévue par les instruments internationaux se distingue des solutions développées par les ordres juridiques nationaux. Dès lors, une extension qualitative de la communauté internationale considérée est amorcée. **(A)**. Ceci explique notamment pourquoi l'indemnité se perçoit comme une compensation équitable et non comme la réparation d'un préjudice subi par l'acquéreur de bonne foi. C'est pourquoi il importe peu d'identifier précisément le destinataire de cette obligation d'indemnisation. **(B)**.

### *A. L'indemnisation comme manifestation de l'équité dans les procédures de restitution*

Beaucoup d'ordres juridique internes refusent de se fonder sur la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* pour justifier l'octroi à ce dernier d'une indemnité en cas de confiscation et de restitution du bien considéré. C'est notamment le cas du droit américain et deux affaires traitées par les juridictions de cet État en témoignent. Il s'agit de l'affaire *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon* de 1982 ainsi que de l'affaire *Autocephalous Greek*

---

<sup>314</sup> Développements inspirés des propos du professeur Combacau : COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public*, *op. cit.* pp. 379-380.

*Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg Feldman Fine Arts* de 1990<sup>315</sup>. La première affaire est relative au vol de deux toiles de peintre Albrecht Dürer en 1945. Ces toiles, volées en Allemagne pendant l'occupation américaine suivant la Seconde Guerre mondiale, ont été retrouvées à New York en possession d'un collectionneur américain. Le propriétaire originaire des œuvres en réclama la restitution. Les tribunaux New-yorkais, notamment la Cour d'appel, soulignèrent la bonne foi de cet acquéreur au regard de la *lex fori* applicable. En effet, la Cour d'appel précisa que les œuvres furent retrouvées en 1966 «*in the Brooklyn home of Edward I. Elicofon, an American citizen, where they had been openly displayed by him to friends since his good-faith purchase of them over 20 years earlier without knowledge that they were Duerers*»<sup>316</sup>. Cependant, le titre de cet acquéreur de bonne foi n'était pas valide et il ne disposait que d'un «*void title*» n'ouvrant pas droit à une indemnité compensatrice<sup>317</sup>. La seconde affaire est relative à la revendication par la République de Chypre de mosaïques détachées d'une église du Haut Moyen-Âge à la fin des années 1970 et retrouvées aux États-Unis ultérieurement. Même si la *lex causae* lors de la vente était la loi suisse, les juridictions américaines décidèrent d'appliquer la *lex rei sitae* de ces biens, c'est-à-dire la loi de l'État fédéré de l'Indiana<sup>318</sup>. Or, les juges estimèrent que la loi de cet État comportait également de nombreuses références au «*void title*» et que, par conséquent, il aurait été délicat d'attribuer une indemnité compensatrice à l'acquéreur. Cependant, ce dernier ne pouvait de toute façon pas être considéré comme étant de bonne foi<sup>319</sup>.

Ces solutions de droit commun devraient pouvoir être dépassées par les régimes conventionnels afin de garantir une indemnisation compensatrice de l'acquéreur *a non domino*. Il apparaît pourtant que la Convention de l'UNESCO de 1970 n'est pas parvenue à harmoniser le traitement de l'acquéreur de bonne foi. L'une des plus importantes réserves formulées par les États-Unis quant à la ratification de cette convention porte sur son article 7 (b)ii. Selon cette réserve «*les États-Unis considèrent que l'alinéa (b) de l'article 7 est sans préjudice des autres recours, civils ou pénaux, qui peuvent être prévus par la législation des États parties pour la récupération par leur propriétaire légal de biens culturels volés, sans*

---

<sup>315</sup> Court of appeals, Second Circuit, *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*, 5 may 1982, *Federal Reporter*, May-June 1982, 2<sup>d</sup> ed., vol. 678, p. 1150 ; Court of appeals, Seventh Circuit, *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg Feldman Fine Arts*, 24 october 1990, *Federal Reporter*, February 1991 – October 1990, 1990, 2<sup>d</sup> ed., vol. 917, p. 261.

<sup>316</sup> Court of appeals, Second Circuit, *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*, 5 may 1982, *op. cit.*, §1.

<sup>317</sup> *Ibid.*, §45 et §51.

<sup>318</sup> Court of appeals, Seventh Circuit, *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg Feldman Fine Arts*, 24 october 1990, *op. cit.*, Summary of Decision, §2.

<sup>319</sup> *Ibid.*, FN22.

versement d'une indemnité, sauf dans la mesure où la Constitution des États-Unis l'exigerait à l'égard des États parties qui conviendront de faire de même à l'égard des institutions des États-Unis »<sup>320</sup>. Cet État n'accepte de verser d'indemnité à l'acquéreur de bonne foi que sous condition de réciprocité. La réciprocité n'est pas ici une condition d'exécution mais d'opposabilité de l'obligation d'indemnisation. En ce sens, elle souligne le caractère bilatérale de l'obligation primaire de restitution, à l'exécution de laquelle cette indemnisation s'attache. Dans les cas où la condition de réciprocité ne serait pas remplie, les États-Unis se réservent le droit de recourir aux voies de droit commun prévues par les droits nationaux et permettant d'éviter le versement d'une indemnité compensatrice. La formulation de cette réserve limite grandement l'importance du rôle des États-Unis dans la lutte contre le trafic illicite international des biens culturels. Il a en effet souvent été soutenu que cet État est extrêmement actif dans cette lutte dans la mesure où il conclut de nombreuses conventions bilatérales établissant des régimes particuliers de restitution. Ainsi, les États-Unis ont conclu des conventions avec des États du continent américain, comme le Mexique, le Pérou, l'Équateur ou le Guatemala (voir *supra* Partie 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1 A). En réalité ces conventions encadrent plus strictement le régime des restitutions que ne le feraient les régimes développés par les conventions multilatérales. Car les États-Unis ont développé un modèle de convention qu'ils ont imposé au Pérou, à l'Équateur et au Guatemala et dans lequel il n'est absolument pas fait état de la bonne foi du possesseur actuel d'un bien culturel revendiqué. Il n'est pas davantage fait état d'une obligation d'indemniser ce possesseur en cas de restitution. Quant à la convention conclue entre les États-Unis et le Mexique, elle exclut expressément l'indemnisation de ceux qui pourrait être lésés par la restitution d'un bien culturel volé ou illicitement exporté, ce qui inclut l'acquéreur de bonne foi. L'article IV de cette convention considère effectivement que « *no person or Party shall have any right to claim compensation from the returning Party for damage or loss to the archaeological, historical or cultural property in connection with the performance by the returning Party of its obligations under this Treaty* ». Seule la directive communautaire de 1993 impose à l'ensemble des États membres d'indemniser l'acquéreur de bonne foi contraint à la restitution. Il est même précisé que le versement de cette indemnité compensatrice doit être mit à la charge de l'État requérant<sup>321</sup>. La Convention Unidroit de 1995 est assez ambiguë à ce sujet.

---

<sup>320</sup> Convention de l'UNESCO de 1970, Déclarations et réserves, États-Unis d'Amérique (lors de l'acceptation). Document disponible sur le site internet de l'UNESCO à l'adresse électronique suivante : [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\\_ID=13039&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

<sup>321</sup> Directive du Conseil de l'Union européenne 93/7/CEE, 15 mars 1993, article 9 *in fine*.

Son article 9§1 autorise les États parties à « *appliquer toutes les règles plus favorables à la restitution ou au retour des biens culturels volés ou illicitement exportés que celles prévues par la présente Convention* ». Cette disposition semble permettre aux États parties – et à tout sujet de droit susceptible de bénéficier du régime de la convention – de recourir à la pratique du « *forum shopping* » et d’éviter ainsi de fonder leurs revendications sur des régimes de restitution attribuant une indemnité compensatrice à l’acquéreur de bonne foi<sup>322</sup>. Ce risque serait néanmoins limité par le libellé de l’article 9§2, selon lequel le premier paragraphe de cet article « *ne doit pas être interprété comme créant une obligation de reconnaître ou de donner force exécutoire à une décision d’un tribunal ou de toute autre autorité compétente d’un autre État contractant qui s’écarte des dispositions de la présente Convention* ». Il faut également préciser que l’article 9§1 ouvre simplement une faculté aux États parties et n’établit aucune obligation à leur charge. D’autant plus que cette faculté n’est ouverte qu’à l’État requis et son utilisation ne peut être exigée par le requérant. Cette convention harmonise donc relativement les conditions d’octroi d’une telle indemnité. En outre, comme expliqué dans le commentaire de la Convention, les dispositions de cette convention visent notamment à assurer une indemnité équitable à l’acquéreur de bonne foi, dans la mesure où cette indemnité renvoie aux « *principes fondamentaux du droit* » auxquels cet acquéreur a droit<sup>323</sup>. C’est aussi en cela que l’harmonisation des conditions d’octroi de l’indemnité manifeste le souci de garantir un traitement équitable et, partant, révèle le développement d’un ordre public culturel.

Cette référence faite aux « *principes fondamentaux du droit* » dans le commentaire de la Convention Unidroit de 1995 souligne une évolution très importante de la lutte contre le trafic illicite des biens culturels. En effet, le « *principe fondamental* » renvoie plus ou moins explicitement aux principes généraux du droit, qu’il s’agisse des *principes du droit international* ou de ceux *reconnus par les nations civilisées*. Il a été souligné que les principes du droit international renvoient à « *des règles fondamentales* » – auxquelles le commentaire de la convention semble faire référence – qui emportent le développement de corollaires comme, par exemple, le principe de bonne foi. À ce propos, il a déjà été précisé que la C.I.J., dans l’*Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, a contraint les parties au différend de recourir à des « *principes équitables* » – identifiées par la doctrine aux « *règles*

---

<sup>322</sup> Lire en ce sens : SCHNEIDER (M.) : Secrétariat d’Unidroit, *Convention d’Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, *Revue de droit uniforme*, op. cit., p. 549.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 548.

*fondamentales* » comprises dans les principes de droit international<sup>324</sup>. Le recours à ces principes équitables est utile à la recherche d'une solution à un différend. La C.I.J. définit ces principes équitables comme des « *préceptes généraux de justice et de bonne foi (...)* »<sup>325</sup>. L'équité, en ce sens, ne doit pas s'entendre comme une « *manière de résoudre les litiges en dehors des règles du droit, selon des critères tels que la raison, l'utilité, l'amour, la paix, la morale* »<sup>326</sup>. Cette définition de l'équité est formulée à l'article 38 §2 du Statut de la C.I.J. qui permet à ses juges, avec l'accord des parties au différend, de statuer *ex aequo et bono*. Mais l'équité telle qu'elle est formulée dans l'*Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, correspond davantage à une « *justice supérieure au Droit positif, justice idéale (...)* »<sup>327</sup>. En réalité cette justice ne dépasse pas le droit positif mais doit permettre une application équitable du droit afin de parvenir à un résultat raisonnable. C'est certainement à cette fin que le commentaire de la Convention Unidroit de 1995 qualifie l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi comme un principe fondamental du droit.

Dans ce cas il conviendrait mieux d'assimiler l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi à l'expression d'un principe *reconnu par les nations civilisées* au sens de l'article 38 §1c du Statut de la C.I.J. Ces principes procèdent en effet d'un syncrétisme dans la mesure où ils sont transposés de divers ordres juridiques nationaux pour être internationalisés à travers des instruments internationaux. L'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi est un principe d'équité procédant effectivement de divers droits nationaux, souvent de tradition *romano-germanique*. Le professeur Combacau a notamment souligné l'existence d'un « *principe général qui commande une application équitable du droit, afin qu'il ne conduise pas concrètement à des résultats absurdes ou déraisonnables* »<sup>328</sup>. Un tel principe consacrerait l'existence d'un standard minimum ou d'une garantie de traitement. Ce droit à l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi contraint à la restitution d'un bien culturel pourrait dès lors être perçu comme l'amorce d'un mouvement visant à généraliser l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi de tout type de bien. De sorte qu'un principe général issu de nombreux droits internes pourrait être internationalisé. Mais la consécration d'un tel principe est très incertain dans la mesure où l'article 9 de la Convention Unidroit de 1995 ouvre une échappatoire aux États qui ne souhaiteraient pas consacrer un tel droit à

---

<sup>324</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 110.

<sup>325</sup> C.I.J., *Affaire de la Délimitation du plateau continental de la mer du Nord (...)*, *op. cit.*, §85.

<sup>326</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 361.

<sup>327</sup> *Ibid.*

<sup>328</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 108.

indemnisation. Il est regrettable que cette convention n'ait pas consacré une obligation absolue d'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi. Une telle consécration aurait répondu à l'objet de cette convention et aux nécessités de son véritable champ d'application *ratione personae*. En effet, les dispositions de cette convention sont quasiment toutes *self-executing* et visent des relations de restitution pouvant être de nature tant interétatique que transétatique ou transnationale. L'obligation absolue d'indemnisation aurait donc pu permettre de reconnaître d'intérêt public – et donc d'ordre public – le traitement équitable à accorder à l'acquéreur de bonne foi. En d'autres termes, l'intérêt que trouve cet acquéreur à obtenir une indemnisation juste et équitable pour la restitution d'un bien culturel aurait pu avoir une consistance juridique certaine. La reconnaissance d'un tel intérêt juridique de l'acquéreur de bonne foi justifierait, par exemple, l'exercice de la protection diplomatique de son État national si un État requérant refusait de verser l'indemnité. Ce qui aurait *encouragé* – sans la consacrer – l'extension qualitative de la communauté internationale intéressée par les procédures de restitution des biens culturels et, plus largement, par la protection des biens culturels contre le trafic illicite. À ce propos, en laissant des échappatoires à l'obligation d'indemnisation les régimes conventionnels perdent une grande chance de lutter efficacement contre le trafic illicite. Car en l'absence d'indemnisation, l'acquéreur *a non domino* a moins de raisons de prouver qu'il a acquis le bien en toute bonne foi. Dès lors, rien ne l'empêche, si ce n'est la loi pénale, de recourir au trafic illicite des biens culturels pour augmenter sa collection.

La seule manifestation véritablement avérée d'un ordre public culturel réside donc dans la prise en compte par les instruments internationaux de la bonne foi de l'acquéreur *a non domino*. Cette bonne foi permet notamment à l'acquéreur d'échapper aux lois pénales applicables en cas de trafic illicite de biens culturels. En ce sens, la bonne foi manifeste clairement l'intérêt public qui s'attache à la répression de ce trafic illicite. La prise en compte internationalisée et généralisée de cette bonne foi consacre donc l'émergence d'un ordre public culturel international. C'est aussi pourquoi l'identification du sujet de droit tenu de verser l'indemnité n'a qu'une importance secondaire.

#### B. La nature de l'indemnité attribuée et le destinataire de l'obligation d'indemnisation

Comme souligné à l'instant, il n'est pas certain qu'une indemnité soit toujours attribuée à l'acquéreur de bonne foi contraint de restituer le bien qu'il avait acquis *a non domino*. Néanmoins, à chaque fois qu'elle sera attribuée l'indemnité manifestera davantage l'émergence d'un principe général s'attachant à un ordre public culturel international. Les critiques avancées à l'encontre du montant éventuel d'une telle indemnité ne devraient

d'ailleurs pas dissuader les requérants de la verser. Ces critiques tiennent, une fois encore, à une méprise relative à la nature de l'indemnité. Cette dernière n'est pas un mode de réparation d'un préjudice causé par l'atteinte au droit réel que l'acquéreur a pu constituer sur le bien. Si l'acquéreur est contraint de restituer le bien acquis de bonne foi c'est justement parce qu'il n'a pas constitué, par cette acquisition, de titre réel valable sur ce bien. De sorte que l'indemnité perçue s'apparentera à une compensation équitable. S'il devait s'agir d'un mode de réparation, l'indemnisation consisterait certainement au versement d'une somme pécuniaire permettant de réparer le préjudice – matériel ou moral – subi. Mais puisque la restitution ne porte pas atteinte à un titre de propriété définitivement constitué – et donc à un droit propre – de l'acquéreur de bonne foi, aucun préjudice n'est causé à ce dernier. L'indemnisation ne peut donc pas se présenter comme un mode de réparation par équivalent ; elle ne vise qu'à dédommager équitablement l'acquéreur de la dépossession du bien. Ainsi, l'indemnisation répond au souci de garantir une application équitable du droit, telle qu'exigée par les principes généraux du droit en formation. Le Musée du Louvre a peut-être manqué une occasion exceptionnelle d'exiger le respect de ces principes. Cette institution muséale a effectivement omis de réclamer le versement d'une indemnité équitable par les autorités égyptiennes lors de la restitution des cinq fresques provenant de la tombe thébaine de la Vallée des Nobles. Les autorités françaises se sont astreintes à garantir la restitution pure et simple de ces fresques. Aucune somme monétaire *compensatrice* n'a été exigée mais, plus largement, aucune contrepartie à la restitution n'a été négociée avec les autorités égyptiennes : ni échange, ni prêt, ni accord de coopération renforcé dans le domaine scientifique concerné. Le Musée du Louvre était pourtant en mesure de négocier une contrepartie à la restitution puisqu'il était parvenu à prouver sa bonne foi dans l'acquisition de ces fresques. La Convention de l'UNESCO de 1970, applicable en l'espèce, prévoit justement l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi tenu de restituer le bien culturel volé ou illicitement exporté. La retenue dont fit preuve l'institution française tenait certainement au climat politique tendu qui s'était installé entre la France et l'Égypte à cause de cette affaire. Mais il est possible de considérer que l'indemnité équitable obtenue par le Musée du Louvre résidait dans la reprise de la coopération entre l'Égypte et cette institution muséale. En effet, l'Égypte avait décidé de cesser toute coopération avec le Musée du Louvre jusqu'à la restitution des fresques revendiquées.

Il est ainsi intéressant de souligner que le Musée de Louvre aurait certainement pu demander à l'Égypte une indemnité équitable qui n'aurait pas nécessairement consisté au versement d'une somme pécuniaire compensatrice. D'autres voies sont ouvertes pour



satisfaire à l'exigence d'indemnisation. Ces voies sont extrêmement nombreuses et ne semblent pas épuisables à mesure que les recours à diverses institutions du droit se multiplient, comme le prêt à court ou long terme, le dépôt, l'échange, ou le développement de la coopération institutionnelle<sup>329</sup>. La diversification des modes d'indemnisation laisse penser que le montant de l'indemnité, lorsqu'elle consiste en une somme pécuniaire, n'a que peu d'importance. Il n'est pas nécessaire de verser à l'acquéreur destitué la somme pécuniaire exacte qu'il avait déboursé pour acquérir le bien culturel. Il s'agit en effet de verser une indemnité *équitable* et non pas de réparer un préjudice causé. Les instruments internationaux les plus significatifs de la lutte contre le trafic illicite des biens culturels font état d'une indemnité équitable. C'est le cas de la Convention de l'UNESCO de 1970, de celle Unidroit de 1995 et de la directive communautaire de 1993<sup>330</sup>. Beaucoup d'indices permettent de déterminer le montant d'une indemnité équitable. Bien évidemment le montant du prix payé lors de l'acquisition sera considéré. Mais les frais engagés par l'acquéreur de bonne foi pour la conservation ou la restauration du bien peuvent également être déterminants. Les coûts d'assurance ou encore la variation du prix du bien entre l'acquisition et la restitution seront également utiles. Les instruments internationaux ne précisent pas le caractère équitable de l'indemnité et ne permettent donc pas d'évaluer le montant d'une éventuelle indemnité pécuniaire. Mais cette imprécision permet justement de laisser une marge d'appréciation aux autorités nationales chargées de mener à terme la procédure de restitution – il s'agira le plus souvent des juridictions nationales. Cette marge nationale d'appréciation répond parfaitement à l'application équitable du principe général reconnu par les nations civilisées exigeant de prendre en compte la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* et, si possible, de l'indemniser. Ce principe est en effet extrait de divers ordres juridiques nationaux et sa transposition en droit international est assez récente. La marge d'appréciation dont bénéficient les États les encouragent ainsi à garantir l'application de ce principe général. Il s'agit donc d'un moyen utile à la promotion d'un ordre public culturel international. Cette raison explique également pourquoi l'identification du sujet de droit tenu d'indemniser n'est pas déterminante.

---

<sup>329</sup> Voir par exemple l'accord de médiation de 2006 conclu entre les cantons suisses de Zurich et Saint-Gall pour régler un différend portant sur des manuscrits anciens. L'accord de médiation retient à la fois la restitution, le prêt à long terme, la donation et l'exécution d'une copie d'un des biens culturels en question. Accord portant règlement définitif du litige entre Saint-Gall et Zurich au sujet de biens culturels (27 avril 2006). Accord annexé à l'article suivant : CORNU (M.) & RENOLD (M.-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 524.

<sup>330</sup> Voir les articles 7 (b)ii de la Convention de l'UNESCO, 4§1 et 6§1 de la Convention Unidroit et l'article 9 de la directive communautaire.

Beaucoup d'États refusent que l'obligation d'indemnisation puisse être mise à leur charge lorsqu'ils revendiquent la restitution d'un bien culturel. Ils n'acceptent pas que la victime du trafic illicite puisse être contrainte à l'indemnisation du bénéficiaire d'un tel trafic. C'est notamment le cas de l'Égypte qui s'exprime, une fois encore, à travers son Procureur général. Selon ce dernier « (it is difficult) *to waive the right to commence legal proceedings against such possessor and compensate him instead, while he may actually be a partner in the illegal act of stealing or exporting the object in question* »<sup>331</sup>. Mais la participation de l'acquéreur au trafic illicite est sanctionnée sur un autre terrain : celui du droit pénal. C'est notamment à ce propos que la prise en compte de la bonne foi présente un intérêt majeur. La mauvaise foi de l'acquéreur entraînera certainement des poursuites pénales à son encontre. Il est en outre évident que la mauvaise foi exclut toute possibilité d'indemnisation équitable. Une autre critique présente plus d'intérêt dans la mesure où elle repose sur une confusion relative à la nature de l'indemnisation. Le Procureur général de la République Arabe d'Égypte souligne en effet que le patrimoine culturel égyptien *n'est pas à vendre*. Par conséquent l'Égypte ne devrait pas avoir à indemniser l'acquéreur *a non domino*<sup>332</sup>. La référence faite à la vente dans ce raisonnement fait directement écho au prix de vente. Ce raisonnement – virtuellement valable pour tout propriétaire – se fonde sur l'idée que l'indemnité équitable consiste nécessairement au versement d'une somme équivalente au prix d'acquisition du bien payé par l'acquéreur *a non domino*. En d'autres termes, ce raisonnement considère l'indemnité équitable comme la réparation du préjudice subi par l'acquéreur du fait de la dépossession du bien. Or, il a été souligné que cette dépossession ne porte aucunement atteinte à un droit réel que l'acquéreur aurait définitivement constitué sur le bien. Il n'est dès lors plus question de hiérarchiser les intérêts – juridiques – en cause et la restitution du bien peut très bien s'accompagner d'une indemnité équitable au profit de l'acquéreur *a non domino*. Le revendiquant ne devrait pas s'estimer lésé par le versement de cette indemnité. C'est également parce que l'indemnité répond à une exigence d'équité qu'il importe peu de savoir qui doit la verser.

La plupart des instruments internationaux mettent le versement de l'indemnité équitable à la charge du requérant. L'article 7 (b)ii de la Convention de l'UNESCO de 1970 souligne bien que l'indemnité doit être versée par « *l'État requérant* ». La directive communautaire de 1993 met également à la charge de l'État requérant le versement de

---

<sup>331</sup> ABD EL WAHED (M.), « The 1995 UNIDROIT Convention (...) », *op. cit.*, p. 532.

<sup>332</sup> *Ibid.*

l'indemnité<sup>333</sup>. La réticence des États requérants à verser cette indemnité participe également de l'effectivité limitée de la Convention de l'UNESCO de 1970. En outre, le trafic illicite des biens culturels ne s'inscrit pas uniquement dans des relations interétatiques ou transétatiques et les requérants peuvent également être des sujets de droit interne. Seule la Convention Unidroit de 1995 semble avoir pris en compte cet élément et ne met pas à la charge des seuls États requérants le versement de l'indemnité équitable. En cas d'exportation illicite la procédure de restitution est exclusivement interétatique et l'article 6§1 de la Convention Unidroit de 1995 prévoit alors que seul l'État requérant devra verser l'indemnité. En revanche, la restitution d'un bien culturel en cas de vol s'inscrit dans des relations juridiques plus larges et le requérant sera souvent un sujet de droit interne. L'article 4§3 de la Convention Unidroit de 1995 remet ainsi au « *demandeur* » en général, sans préciser son statut juridique, la charge de verser l'indemnité. Ce demandeur pourra ainsi être un sujet de droit interne – public ou privé – ou un sujet de droit international. Mais cette convention innove dans la mesure où elle tient compte de la complexité des rapports juridiques dans la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Elle cherche à faire peser les conséquences du trafic illicite directement sur les trafiquants. Ainsi, l'article 4§2 privilégie le versement de l'indemnité par « *la personne qui a transféré le bien culturel au possesseur, ou tout autre cédant antérieur* », pour autant que cette solution soit permise par le droit de l'État où la demande est introduite. En outre, la convention semble autoriser les actions récursoires du requérant à l'encontre d'un responsable du vol du bien culturel réclamé. L'action récursoire est un « *recours en justice de la personne, qui a dû exécuter une obligation dont une autre était tenue (indemniser la victime d'un dommage, par ex.), contre le véritable débiteur de l'obligation (l'auteur responsable du dommage dans l'exemple ci-dessus) pour obtenir sa condamnation (...)* »<sup>334</sup>. En l'espèce, l'article 4§3 prévoit en effet que « *le paiement de l'indemnité au possesseur par le demandeur, lorsque cela est exigé, ne porte pas atteinte au droit du demandeur d'en réclamer le remboursement à une autre personne* ». Cette autre personne sera certainement l'un des divers cédants du bien durant son transit dans le circuit du trafic illicite. Tous les intérêts sont donc pris en compte dans la Convention Unidroit de 1995 : tant ceux du requérant qui souhaite recouvrer le bien culturel qui lui a été soustrait que ceux de l'acquéreur de bonne foi qui peut espérer le versement d'une indemnité équitable. En réalité cette solution explicitement privilégiée dans la Convention Unidroit semble également

---

<sup>333</sup> Directive communautaire 93/7/CEE, article 9 *in fine*.

<sup>334</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 23.

valable pour les autres instruments internationaux. Même si la Convention de l'UNESCO de 1970 est un instrument principalement interétatique, il ne semble pas qu'il faille pour autant écarter de son régime l'éventualité d'une indemnisation de l'acquéreur *a non domino* par les trafiquants du bien culturel revendiqué, notamment par le dernier cédant du bien. L'article 13 (c) oblige les États parties à « *admettre une action de revendication de biens culturels perdus ou volés exercée par le propriétaire légitime ou en son nom* ». Cet article permet en effet l'usage de voies de recours internes et, certainement, le recours aux actions récursoires prévues par ces droits nationaux. Il sera ainsi possible d'obtenir l'indemnité de la part du dernier cédant, soit directement, soit au terme d'une action récursoire exercée par le revendiquant du bien culturel. La garantie d'une indemnisation de l'acquéreur de bonne foi favorise donc le développement d'un ordre public culturel international contenant certains principes généraux en voie de formation. Les prescriptions devraient confirmer cette évolution.

## SECTION 2. LA PRESCRIPTION DE LA REVENDICATION D'UN BIEN CULTUREL VOLÉ OU ILLICITEMENT EXPORTÉ

Pour que les régimes conventionnels ou communautaire de restitution soient applicables, il est nécessaire que le champ d'application *ratione temporis* soit respecté. Il s'agit là d'une condition essentielle à l'exercice du pouvoir de revendication d'un bien culturel volé ou illicitement exporté. Mais pour que le régime des restitution satisfasse au développement d'un ordre public culturel international, il est également nécessaire d'harmoniser le plus possible les règles de prescriptions. Les obstacles à cette harmonisation tiennent notamment à l'effet juridique qui est donné à ces instruments internationaux d'un point de vue temporel. En ce sens cette harmonisation compléterait celle relativement réalisée concernant la prise en compte de la bonne foi de l'acquéreur et son indemnisation. Il semble néanmoins que cette harmonisation ne soit que relative (**Paragraphe 1**). Sa réalisation effective ne paraît réalisée qu'à propos des biens soumis à un régime de propriété publique. Mais elle n'emporte pas pour autant l'application rétroactive des dispositions conventionnelles à l'égard de ce type de biens culturels (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1. Une harmonisation délicate des prescriptions en matière de revendication**

L'harmonisation des règles de prescription est en effet relative dans la mesure où la plupart des instruments pertinents renvoient aux différents droits nationaux la charge de déterminer les délais de prescription valables (**A**). Seuls deux instruments semblent se soucier

de l'harmonisation des délais de prescription. Il s'agit de la directive communautaire de 1993 et de la Convention Unidroit de 1995 (B).

A. Le renvoi aux droits nationaux comme frein au développement des principes généraux

La prise en compte de la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* garantit une application équitable du droit ; la généralisation de cette prise en compte traduit le développement de principes généraux du droit international et, dès lors, d'un ordre public culturel international. Il convient de déterminer si les règles de prescriptions relatives à la revendication des biens culturels volés ou illicitement exportés assurent également une application équitable du droit et si elles sont harmonisées de façon à garantir le développement de cet ordre public culturel international. En l'occurrence, les prescriptions devraient établir un équilibre entre les intérêts en cause pour assurer une application équitable du droit. Les intérêts en cause sont ceux des revendiquants – généralement les propriétaires dépossédés – d'une part et, d'autre part, de l'acquéreur de bonne foi du bien volé ou illicitement exporté. La bonne foi n'épuise donc pas ses effets dans l'exclusion des lois pénales ou dans l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi. Elle permet en outre l'acquisition définitive d'un titre réel sur le bien en faisant jouer la prescription acquisitive. Cette prescription acquisitive est corrélativement extinctive pour le requérant dans la mesure où l'écoulement de son terme emporte pour ce dernier la forclusion de l'action en revendication. Cette action peut être diplomatique dans les rapports interétatiques, mais elle sera le plus souvent portée devant les autorités nationales administratives ou judiciaires. Dans ce dernier cas, qui est aussi le plus courant, il s'agira d'une action en justice. En ce sens la prescription sera un « *mode d'extinction de l'action en justice résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi* »<sup>335</sup>. Les délais de prescription doivent donc permettre un équilibre entre les attentes légitimes de l'acquéreur de bonne foi et le recouvrement du bien culturel par son propriétaire originel ou son possesseur légitime.

Il est cependant notoire que ni la Convention de l'UNESCO de 1970, ni la Convention de l'OEA de 1976 ne se soucient de déterminer les délais de prescriptions de l'action en revendication d'un bien culturel volé ou illicitement exporté. Cette remarque est valable tant pour les relations de restitution interétatiques que transétatiques ou transnationales. L'article 7 (b)ii de la Convention de l'UNESCO de 1970 ne fait aucunement mention des délais de

---

<sup>335</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 696.

prescriptions susceptibles de s'attacher à la requête de l'État d'origine du bien. Les seules conditions existantes concernent l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi et la fourniture de tous les moyens de preuve à l'appui de la revendication. L'article 13 (b) précise simplement que la collaboration des services compétents doit permettre la restitution des biens culturels « *dans les délais les plus rapides* ». En outre cette disposition limite expressément son effet à la restitution des biens culturels illicitement exportés. Mais elle ne permet absolument pas de se prononcer sur le traitement réservé aux délais de prescriptions. En effet, cette disposition caractérise un délai qui court une fois que la revendication est exercée. Elle n'est donc pas relative à la prescription qui s'attache à l'exercice du pouvoir de revendication du bien culturel. Par ailleurs, l'article 13 (c) se contente d'obliger les États parties à admettre une action en revendication – devant les autorités nationales compétentes – par le propriétaire légitime dépossédé ou en son nom. Cette disposition renvoie implicitement aux droits nationaux pour la détermination de tout délai de prescription. La Convention de 1976 n'harmonise pas non plus les délais de prescription pour l'exercice de l'action en revendication. Son article 11 al. 2 impose simplement à l'État requis de confisquer et restituer le bien revendiqué sans préciser les délais de prescription qui s'attachent à l'action en revendication. Le renvoi aux droits nationaux est encore plus éclatant dans cette convention puisque son article 11 *in fine* autorise l'État requérant à user des voies de recours internes disponibles dans l'ordre juridique de l'État où se trouve le bien revendiqué. Ces multiples renvois aux droits nationaux emportent une diversification des règles de prescription et une grande instabilité juridique.

Ce manque d'harmonisation nuit tant au revendiquant qu'à l'acquéreur *a non domino* et l'instabilité juridique qui en découle rend aléatoire l'application équitable des dispositions conventionnelles. La situation de l'acquéreur *a non domino* et du revendiquant varie selon les aléas du trafic illicite et le lieu de situation du bien ou de la dernière transaction effectuée. Aucune sécurité juridique n'est assurée aux deux parties impliquées dans une procédure de restitution. La prise en compte des intérêts des deux parties en cause devrait garantir une application équitable du droit ; la généralisation et l'harmonisation de cette prise en compte devrait en outre traduire le développement de principes généraux du droit international et, donc d'un ordre public culturel international. Cependant le manque d'harmonisation en la matière nuit clairement au développement d'un tel ordre public. Il n'est pas possible ici de considérer que le renvoi aux droits nationaux encourage les États à faire une application équitable du droit ou, plus largement, des régimes de restitution en vigueur. Au contraire, ce

renvoi aux droits nationaux nuit à la cohérence des régimes conventionnels de restitution et constitue un frein au développement d'un ordre public culturel international.

### B. L'harmonisation des règles de prescription au soutien des principes généraux du droit

Seules la directive communautaire de 1993 et la Convention Unidroit de 1995 ont uniformisé les délais de prescription. Cette uniformisation aura cependant été difficile à réaliser compte tenu des intérêts apparemment divergents des États en matière de restitution des biens culturels. Les États exportateurs – en réalité les États anciennement colonisés, pour la plupart – ne souhaitaient pas l'établissement de délais de prescription afin de garantir en toute circonstance le recouvrement des biens culturels volés ou illicitement exportés s'attachant aux patrimoines culturels dont ils sont les garants. À l'inverse, les États à forte économie de marché souhaitaient établir des délais de prescription extrêmement courts afin de garantir la sécurité des transactions portant sur les biens culturels et assurer la stabilité du marché international des biens culturels<sup>336</sup>. Concrètement, cette divergence de point de vue tendait à opposer les intérêts du revendiquant à ceux de l'acquéreur *a non domino*. Ni la Convention de l'UNESCO ni celle de l'OEA ne sont parvenues à surmonter cette tension étant donné qu'elles n'harmonisent pas les délais de prescription.

Néanmoins cette tension peut être éludée dans la mesure où elle ne cristallise pas l'enjeu que représente véritablement les délais de prescription. Ceux-ci visent à « *inciter le demandeur à agir rapidement car le droit n'est pas fait pour protéger les négligents, en même temps qu'il s'agit d'éviter de troubler une possession établie de longue date* »<sup>337</sup>. Par ailleurs l'opposition réductrice entre États importateurs et États exportateurs n'est pas viable et ne permet donc pas de justifier l'impossibilité d'établir des délais de prescriptions harmonisés<sup>338</sup>. La Convention Unidroit de 1995 et la directive communautaire de 1993 ont donc procédé à l'harmonisation des régimes de prescription tant au regard du *quantum* que du *dies a quo*<sup>339</sup>. Le *quantum* d'une prescription renvoie aux délais nécessaires à son accomplissement alors que le *dies a quo* se présente comme le point de départ du délai de prescription. La convention et la directive ont toutes deux établie des régimes de prescription dualistes au regard du *quantum* et présentent une analyse analogue du *dies a quo*. Concernant la détermination du

---

<sup>336</sup> SCHNEIDER (M.) : Secrétariat d'Unidroit, *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, *Revue de droit uniforme*, op. cit., p. 507.

<sup>337</sup> *Ibid.*

<sup>338</sup> *Ibid.*

<sup>339</sup> CARDUCCI (G.), *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, op. cit., pp. 351-359.

point de départ des délais de prescription, la convention et la directive se sont toutes deux écartées des solutions proposées par les systèmes de tradition *romano-germanique* peu protecteurs du requérant.

En effet, les pays de *Civil Law* ont plutôt tendance à consolider les situations juridiques subjectives constituées et font généralement courir les délais de prescription à partir du jour du vol ou de la perte de l'objet. C'est par exemple le cas de la France, avec l'article 2279 du Code civil, de la Suisse, implicitement à la lecture du premier alinéa de l'article 934 du Code civil, ou de la Pologne<sup>340</sup>. Ce point de départ est bien trop strict pour les procédures internationales de restitution puisque le trafic international des biens culturels implique le franchissement de frontières, la transmission successives des biens à divers receleurs et la production de faux certificats et titres de propriétés. Tous ces éléments brouillent les pistes et rendent difficile la recherche des biens culturels dans des délais écourtés. Les pays de *Common Law* adoptent souvent une position similaire aux pays de *Civil Law* et font courir les délais de prescription à partir du jour du vol ou de la perte de l'objet. Cependant les pays de *Common Law* ont développé des techniques jurisprudentielles permettant d'assouplir le *dies a quo*. C'est notamment le cas au Royaume-Uni et aux États-Unis avec les techniques de la « *Demand and Refusal* » ou de la « *Discovery Rule* »<sup>341</sup>. La première technique permet de faire courir les délais de prescription après le refus du défendeur de restituer le bien au propriétaire requérant<sup>342</sup>. La seconde technique permet au juge saisi d'apprécier l'opportunité d'assouplir le *dies a quo* au profit du demandeur « *d'après les difficultés objectives de preuve rencontrées, par ce dernier, dans chaque espèce* »<sup>343</sup>. Cette méthode peut nécessiter la prise en compte de la diligence attendue du revendiquant dans la recherche des biens qui lui ont été soustraits. Ainsi, dans l'affaire *De Weerth v. baldinger*, la *U.S. Court of appeals* refusa d'assouplir le *dies a quo* au profit d'un revendiquant qui avait attendu vingt-quatre ans avant de rechercher et revendiquer un tableau de Monet qui lui avait été volé<sup>344</sup>. La convention et la directive communautaire ont d'emblée assoupli le *dies a quo* et, sans faire référence à la diligence requise du requérant, font directement courir les délais de prescription à compter de la connaissance du lieu de situation du bien et de l'identité du possesseur actuel. Ces deux

---

<sup>340</sup> Sur la Pologne, lire : KOWALSKI (W. W.), *Restitution of Works of Art Pursuant to Private and Public International Law*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>341</sup> *Ibid.*

<sup>342</sup> CARDUCCI (G.), *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, *op. cit.*, p. 353.

<sup>343</sup> *Ibid.*

<sup>344</sup> Court of appeals, Second Circuit, *De Weerth v. Baldinger*, 30 december 1987, *Federal Reporter*, February-January 1988, 2<sup>d</sup> ed., vol. 836, p. 103.



conditions sont cumulatives tant pour la convention que pour la directive. La convention établit ce *dies a quo* assoupli en son article 3§3 concernant les vols de biens culturels, et dans son article 5§5 à propos des biens culturels illicitement exportés. La directive prévoit le même *dies a quo* en son article 7§1.

Mais ce point de départ s'attache à un délai de prescription relatif. Or, la convention et la directive ont mis en place un régime dualiste de prescription, comportant un double *quantum* : un délai relatif et un délai absolu. Le délai relatif, protecteur des situations juridiques constituées et favorable au détenteur du bien culturel, est grevé d'un *dies a quo* souple afin de rééquilibrer les intérêts en présence. De même, le délai absolu qui protège le requérant est grevé d'un *dies a quo* strict permettant de tempérer la protection qui est accordée à ce dernier. Ainsi le délai relatif est de trois ans pour la convention et d'un an pour la directive<sup>345</sup>. Celui absolu est de cinquante ans pour la convention, que ce soit en cas de vol ou d'exportation illicite, et de trente ans pour la directive. Les deux instruments font courir le délai absolu à compter du vol – uniquement pour la convention – ou de l'exportation illicite<sup>346</sup>. L'équilibre des intérêts ainsi réalisé devrait garantir une application équitable du droit. Mais l'uniformisation n'est que relative dans la mesure où les délais de prescription ne sont pas identiques pour les deux instruments, même si tous deux renvoient à un régime dualiste de prescription. En outre, la directive communautaire n'est contraignante qu'à l'égard des États membres et la Convention Unidroit de 1995 n'a pas été largement ratifiée. Par conséquent les divergences sont toujours trop grandes entre les régimes de restitution prévus par ces deux instruments et la Convention UNESCO de 1970. Il semble que les régimes de prescriptions ne sont réellement harmonisés qu'en cas de propriété publique.

## **Paragraphe 2. L'harmonisation des délais de prescription en cas de propriété publique**

Dans la rédaction des instruments les plus significatifs pour la lutte contre le trafic illicite des biens culturels, les États n'ont pas omis d'accorder un traitement particulier aux biens qui présentent un lien de rattachement significatif au patrimoine culturel étatique. Ce lien se manifeste notamment par la propriété publique et l'inaliénabilité qui s'y attache **(A)**. Mais la nature particulière de ces biens ne justifie pas à elle seule une application rétroactive des dispositions conventionnelles **(B)**.

---

<sup>345</sup> Art. 3§3 de la Convention Unidroit de 1995 ; art. 7§1 de la Directive communautaire 93/7/CEE du 15 mars 1993.

<sup>346</sup> Art. 3§3 et 5§5 de la Convention Unidroit de 1995 ; art. 7§2 de la Directive communautaire.

#### A. L'évincement du délai de prescription absolu en cas de propriété publique

L'établissement de délais de prescription unifiés est également entravé par la conception que les États se font de la propriété publique ou de la domanialité publique. Il a en effet été souligné que les biens culturels appartenant à l'État ou à d'autres personnes publiques bénéficient généralement d'un statut particulier et d'un régime de protection renforcé. Le professeur Cornu a mis en exergue l'importance pour le droit français de l'inaliénabilité qui s'attache aux biens faisant partie du domaine public<sup>347</sup>. Leur vol ou leur exportation illicite ne devraient donc pas permettre de faire courir un délai de prescription extinctive relatif à leur revendication. C'est notamment l'avis de l'Égypte qui ne considère pas les éléments de son patrimoine culturel, notamment les antiquités, comme de simples biens de commerce. Ainsi, une loi égyptienne de 1983 pose un principe d'interdiction de commercialisation des antiquités et les soumet à la propriété publique<sup>348</sup>. En conséquence de cette inaliénabilité il serait impossible de faire bénéficier le détenteur des biens culturels volés ou illicitement exportés d'aucune prescription acquisitive. Ainsi, concernant l'Égypte il semble que « *it is quite out of the question that it would ever accept the limitation periods set out in the Articles 3 and 5 of the Unidroit Convention that implicitly provide for the victim State to lose the right to return of the stolen or illegally exported cultural objects by virtue of time limitations* »<sup>349</sup>.

Cette critique peut néanmoins être relativisée dans la mesure où la Convention Unidroit de 1995 prévoit un régime spécifique de prescription pour les biens culturels dont l'appartenance aux patrimoines nationaux se traduit par la propriété publique<sup>350</sup>. En effet, un régime de prescription dérogatoire est établi à l'article 3 pour ce type de biens mais uniquement en cas de vol. L'article 3§4 prévoit qu' « *une action en restitution d'un bien culturel faisant partie intégrante d'un monument ou d'un site archéologique identifié, ou faisant partie d'une collection publique n'est soumise à aucun délai de prescription autre que le délai de trois ans à compter du moment où le demandeur a connu l'endroit où se trouvait le bien culturel et l'identité du possesseur* ». Il faut ajouter à cette liste de biens culturels ceux ayant un caractère « *sacré ou revêtant une importance collective appartenant à, et utilisé par, une communauté autochtone ou tribale dans un État contractant pour l'usage traditionnel ou*

---

<sup>347</sup> CORNU (M.), « À propos de l'adoption du code du patrimoine (...) », *op. cit.*, p. 1457.

<sup>348</sup> ABD EL WAHED (M.), « The 1995 UNIDROIT Convention (...) », *op. cit.*, p. 534.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 539.

<sup>350</sup> CORNU (M.), « À propos de l'adoption du code du patrimoine (...) », *op. cit.*, p. 1457.

*rituel de cette communauté* »<sup>351</sup>. Cette dernière disposition permet par ailleurs de souligner que les biens s'attachant au patrimoine culturel des peuples autochtones peuvent être la propriété publique de l'État garant de l'intégrité de ce patrimoine. La gestion de ce patrimoine par le peuple autochtone d'appartenance se distingue donc de sa protection juridique par l'autorité publique compétente. Ces dispositions écartent explicitement la prise en compte d'un délai de prescription absolu pour ne garder que le délai relatif de trois ans soumis aux deux conditions cumulatives précédemment énoncées. Cette dérogation devrait convaincre les États les plus réticents à ratifier cette convention. En outre, les États qui ne font pas bénéficier la propriété publique d'un régime exorbitant du droit commun sont en mesure de faire jouer l'exception à cette dérogation qui est formulée dans l'article 3§5. La disposition de cet article prévoit que « *tout État contractant peut déclarer qu'une action se prescrit dans un délai de 75 ans ou dans un délai plus long prévu par son droit* ». Dans ce cas, le délai absolu est toutefois plus long que celui général prévu par l'article 3§3. L'article 7 de la directive communautaire parvient à un résultat analogue en formulant cependant différemment le principe et l'exception. Il est en effet prévu que la revendication des biens faisant partie d'une collection publique ainsi que les biens ecclésiastiques bénéficiant d'une protection spéciale dans le droit des États membres se prescrit par principe dans un délai de soixante-quinze ans. Cependant, les États membres peuvent prévoir l'imprescriptibilité de l'action en revendication, compte tenu de la nature des biens en cause, ou un délai de prescription supérieur à soixante-quinze ans. La seule différence de taille avec le régime de la Convention Unidroit tient au fait que les prescriptions prévues par la directive valent tant pour les biens culturels volés que ceux illicitement exportés.

Bien évidemment, les mêmes critiques peuvent être soulevées pour relativiser l'harmonisation des délais de prescription : le champ d'application *ratione materiae* et *ratione loci* de la directive est limité et la Convention Unidroit de 1995 est très peu ratifiée. Mais ces deux instruments établissent des régimes de prescription dérogatoires pour les biens intrinsèquement liés aux patrimoines étatiques. Ces régimes de prescription sont de plus matériellement similaires ; ce qui promeut la compatibilité entre la directive communautaire et la Convention Unidroit. En outre, il ne semble pas que ces deux instruments aient initié ce mouvement. En effet, la Convention de l'UNESCO de 1970 se soucie également des biens soumis à la propriété publique dans la mesure où son article 13 (d) prend en compte le droit des États parties à classer inaliénables certains biens culturels. Comme le souligne le

---

<sup>351</sup> Art. 3§8 de la Convention Unidroit de 1995.

professeur Carducci « *cette affirmation d'un droit imprescriptible (...) constitue une règle matérielle : la qualification de biens inaliénables est une prérogative de chaque État partie, s'imposant à l'État partie d'importation de l'objet (...)* » et « *il semble bien que l'affirmation de ce droit imprescriptible ait également une valeur procédurale, et qu'ainsi la récupération s'effectuant par voie de revendication bénéficierait de l'imprescriptibilité* »<sup>352</sup>. L'imprescriptibilité de la revendication pour ce type de biens semble donc harmonisée pour les instruments internationaux majeurs dans la mesure où les délais absolus sont exclus.

#### *B. La distinction entre l'exclusion du délai de prescription absolu et la notion de rétroactivité*

L'évincement du délai de prescription absolu pour ce type de biens a pu encourager certains États à réclamer l'application rétroactive de ces instruments internationaux. L'enjeu de l'application rétroactive de conventions pertinentes concerne surtout les demandes de restitution de biens culturels soustraits à leur État d'origine durant une période coloniale. Si la demande de restitution de biens soustraits pendant une période coloniale est fondée sur le caractère illégitime des soustractions alors réalisées, les régimes conventionnels relatifs à la lutte contre le trafic illicite ne seront pas applicables. Il sera dès lors nécessaire de passer par des solutions négociées au cas par cas. En revanche, si ces soustractions sont considérées comme illégales, les régimes conventionnels précités seraient d'une grande utilité pour les restitutions. Mais il faudrait alors que ces conventions internationales puissent être applicables rétroactivement.

La mise à l'écart d'un délai de prescription absolu permet de protéger le lien extrêmement étroit – qui se manifeste souvent par la propriété publique – entre le patrimoine culturel et l'État qui en est le garant. Or, les États qui souhaitent et espèrent toujours protéger au maximum ce lien ont cherché et tentent encore d'obtenir l'application rétroactive des régimes internationaux de restitutions. L'exclusion de tout délai absolu de prescription permettrait de demander la restitution de biens culturels soustrait pendant des périodes coloniales. En d'autres termes, l'application rétroactive de ces conventions serait encouragée par l'exclusion de délais de prescription absolu. Cette application rétroactive n'est cependant pas soutenue par le droit international général et seules des accords négociés semblent permettre cette solution. Aucun des instruments pertinents ne retient l'application rétroactive de leurs dispositions. Ni la Convention de La Haye de 1954 et ses protocoles, ni la Convention de l'UNESCO de 1970 ou celle de l'OEA de 1976, ni la Convention Unidroit de

---

<sup>352</sup> CARDUCCI (G.), *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, op. cit., pp. 357-358.

1995 n'établissent la rétroactivité de leurs dispositions respectives. Or, l'article 28 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités – qui codifie le droit international général en la matière – établit que « *les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou un fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou d'une situation qui avait cessé d'exister à cette date* ». L'exclusion des délais de prescription absolu ne suffit pas à elle seule à permettre la revendication des biens soustraits pendant une période coloniale ou, tout simplement, avant l'entrée en vigueur des instruments internationaux pertinents.

En revanche, le principe de non-rétroactivité des traités n'a pas de caractère impératif et des dispositions particulières peuvent permettre d'y déroger. L'article 28 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit lui-même que l'intention d'appliquer rétroactivement les dispositions conventionnelles peut ressortir du traité ou être autrement établie<sup>353</sup>. La jurisprudence internationale souligne aussi le caractère dérogeable de ce principe. En effet la Cour permanente de Justice internationale (ci-après la C.P.J.I.) a souligné la possibilité de déroger à ce principe dans l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*<sup>354</sup>. Les Conventions de l'UNESCO de 1970 et Unidroit de 1995 permettent ainsi de déroger au principe de non-rétroactivité pour rendre *illicites* les soustractions *illégitimes* de biens effectuées pendant une période coloniale. La Convention de l'UNESCO de 1970 prévoit, dans son article 15, que « *rien, dans la présente Convention, n'empêche les États qui y sont parties de conclure entre eux des accords particuliers ou de poursuivre la mise à exécution des accords déjà conclus concernant la restitution de biens culturels sortis de leur territoire d'origine, pour quelque raison que ce soit, avant l'entrée en vigueur de la présente Convention pour les États intéressés* ». Ce faisant, cette Convention souligne explicitement qu'elle n'entérine pas la légalité des soustractions survenues avant son entrée en vigueur. En outre, cet article souligne clairement la possibilité de déroger par accord étatiques bilatéraux et renvoie explicitement au volontarisme étatique. Ce qui souligne une fois encore le caractère principalement interétatique des dispositions substantielles de cette convention. La Convention Unidroit de 1995 cherche également à ne pas entériner la légalité de soustractions de biens antérieurs à son entrée en vigueur. Son article 10§3 qui considère que « *la présente*

---

<sup>353</sup> Art. 28 de la Convention de Vienne de 1969 : « *À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie (...)* », les dispositions conventionnelles ne s'appliquent pas rétroactivement.

<sup>354</sup> C.P.J.I., *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (Gouvernement de la République Hellénique c. Gouvernement de Sa Majesté britannique)*, arrêt du 30 août 1924, exceptions préliminaires, Recueil, Série A n°2, partie V, p. 35.

*Convention ne légitime aucunement une opération illicite de quelque nature qu'elle soit qui a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la présente Convention ou à laquelle l'application de celle-ci est exclue par les paragraphes 1 et 2 du présent article, ni ne limite le droit d'un État ou d'une autre personne d'intenter, en dehors du cadre de la présente Convention, une action en restitution ou retour d'un bien culturel volé ou illicitement exporté avant l'entrée en vigueur de la présente Convention ».*

Il apparaît donc que l'harmonisation des deux conditions essentielles à l'exercice du pouvoir de revendication des biens culturels est nécessaire. En effet, cette nécessité tient à la promotion d'un ordre public culturel international. L'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi et l'établissement de délais de prescription harmonisés – si ce n'est unifiés – permettent de garantir une application équitable du droit et de promouvoir le développement de principes généraux extraits des ordres juridiques internes. Il faut néanmoins constater que l'harmonisation n'est pas entièrement réalisée et que de nombreux efforts restent à fournir pour faire de la lutte contre le trafic illicite des biens culturels et la restitution des biens volés ou illicitement exportés un objectif d'intérêt public international. Mais le mouvement vers cette reconnaissance est engagé et les modalités juridiques de la restitution pourraient notamment renforcer cette évolution. Les modalités de la restitution font référence aux différents modes de règlement des différends en la matière ainsi qu'aux différents modes de restitution des biens culturels. La participation accrue et diversifiée de divers sujets de droit et d'autres entités juridiques concernées par l'intégrité des biens culturels et des patrimoines culturels devrait appuyer le développement des principes généraux présentés précédemment. En d'autres termes, la pratique effective des restitutions devrait encourager la cristallisation de ces principes généraux et le développement d'un droit coutumier en matière de restitution des biens culturels

## CHAPITRE 2 : LES MODES JURIDIQUES DE LA RESTITUTION DES BIENS CULTURELS

Une fois déterminées les conditions d'exercice du pouvoir de revendication, il convient d'étudier les modalités de la restitution. Plus précisément, ce sont les modalités d'exécution de l'obligation primaire de restitution qu'il importe de déterminer. La restitution effective d'un bien culturel intervient généralement après que le bien fondé de la revendication ait été vérifié. Même si la demande de restitution est parfois accueillie inconditionnellement avant même qu'un différend ne soit constitué sur le bien fondé de la demande, la plupart du temps la restitution sera exécutée après la résolution d'un tel différend.

Le différend a été défini par la C.P.J.I. comme « *un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes* »<sup>355</sup>. En réalité, comme l'a défini le professeur Combacau, le différend est bien plus qu'une simple contradiction de thèses et se manifeste par le refus de la partie requise d'adopter le comportement exigé par la partie requérante<sup>356</sup>. En ce sens la définition donnée par la C.I.J. est plus significative dans la mesure où elle considère qu'un différend est constitué si « *la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre* »<sup>357</sup>. Il faut que l'une des parties prétende avoir un droit propre que l'autre partie refuse de reconnaître ou de se rendre opposable. En matière de trafic illicite des biens culturels, cela implique que l'une des parties invoque un pouvoir de revendication qui ne lui est pas reconnu par la partie détentrice du bien.

Les voies disponibles pour le règlement de ces différends se multiplient et traduisent l'importance substantielle que commence à revêtir la protection internationale des biens culturels. Les acteurs de la restitution se diversifient et les modes de règlement des différends s'adaptent à cette évolution. Ceci implique le développement d'un ordre public culturel international et, bientôt, une extension qualitative de la communauté internationale intéressée par la protection des biens et patrimoines culturels (**Section 1**). Une fois établie l'obligation de restitution, les modes de la restitution sont eux mêmes extrêmement diversifiés. De sorte qu'il est parfois possible de se demander si les modes de la restitution constituent des modalités d'exécution de l'obligation primaire de restitution ou plutôt l'exécution d'une obligation secondaire de réparation. Si elles permettent effectivement l'exécution de

---

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>356</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 554.

<sup>357</sup> C.I.J., *Affaire du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud, Liberia c. Afrique du Sud)*, arrêt du 21 décembre 1962, exceptions préliminaires, Recueil, 1962, p. 328.

l'obligation primaire de restitution, elles traduiront alors le développement d'un ordre public culturel international (**Section 2**).

#### SECTION 1. LES MODES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS AU SOUTIEN DU DÉVELOPPEMENT D'UN ORDRE PUBLIC CULTUREL INTERNATIONAL

Les modes de règlement des différends peuvent être les vecteurs des principes généraux énoncés précédemment et participer ainsi à l'établissement d'un ordre public culturel international. Pour ce faire, il convient en priorité de rendre opposable à l'ensemble des États les principes généraux. En d'autres termes, les modes de règlement des différends portant sur la restitution des biens culturels devraient permettre d'étendre l'applicabilité des régimes internationaux de restitution à l'ensemble de la communauté des États (**Paragraphe 1**). S'il s'avère effectivement qu'une telle extension est réalisée, ou réalisable, les États seront alors de plus en plus tenus au respect des principes généraux présentés antérieurement. Ils seront donc plus enclins à garantir une application équitable de ces régimes à l'ensemble des sujets de droit interne – ou à d'autres entités juridiques dénuées de personnalité juridique – impliqués dans de tels différends. Il en résultera ainsi une extension du champ d'application *ratione personae* de ces régimes de restitution. Par conséquent une extension qualitative de la communauté internationale concernée par la protection et la restitution des patrimoines et biens culturels sera en cours de réalisation (**Paragraphe 2**).

##### **Paragraphe 1. L'extension horizontale des régimes de restitution des biens culturels**

Tant que les différends interétatiques relatifs à la restitution des biens culturels volés ou illicitement exportés se règlent par voie diplomatique, les États se protègent de toute intrusion de règles internationales matérielles dans leurs ordres juridiques respectifs. En effet, ils ne sont pas contraints de régler ces différends par référence à des normes juridiques internationales substantielles ou processuelles et peuvent se contenter d'user d'autres fondements pour justifier la restitution ou la non-restitution d'un bien culturel revendiqué. Le choix de ces fondements relève de l'opportunité politique d'une restitution ; mais il n'en demeure pas moins que le règlement diplomatique de tels différends constitue un moyen de solder l'engagement et la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État sollicité (**A**). Les modes diplomatiques de règlement des différends ne permettent donc pas d'encourager au respect de certaines règles substantielles ou processuelles s'attachant à une application équitable du droit et au respect de principes généraux manifestant le



développement d'un ordre public culturel international. Pour ce faire, il conviendrait d'encadrer institutionnellement les procédures de règlement des différends. Diverses méthodes ont été développées à cette fin, toutes consistant à recourir à l'office d'un tiers pour trouver une solution au différend. Il peut s'agir d'un recours à l'assistance ou à la négociation ou encore à la conciliation ; mais il peut également s'agir d'un recours aux modes juridictionnels de règlement des différends. Si la C.I.J. peut être amenée, de manière incidente, à connaître de différends relatifs à la restitution des biens culturels, c'est surtout le recours à l'arbitrage international qui présente le plus d'intérêts **(B)**.

#### A. L'opportunité politique ou le recours au mode diplomatique de règlement des différends

Les modes diplomatiques de règlement des différends se distinguent de ceux juridictionnels notamment par le fait que les derniers sont liés à la notion de *jurisdictio*, c'est-à-dire par le pouvoir reconnu à une autorité tierce de dire le droit avec force obligatoire à l'encontre des parties au litige<sup>358</sup>. Il est dès lors évident que les modes juridictionnels de règlement des différends ne statuent que sur des différends dits justiciables. En effet, « *un différend est justiciable s'il peut, au moins virtuellement, être porté (...) devant un organe juridictionnel, c'est-à-dire rendant sur la base du droit des jugements s'imposant à elles (...)* »<sup>359</sup>. Or, les modes diplomatiques de règlement des différends donnent justement aux parties aux différends une liberté absolue dans la détermination des bases de règlement. Le différend n'a pas à être résolu sur la base de règles de droit et les parties peuvent trouver le moyen de statuer sur le différend *ex aequo et bono* ou en pure opportunité. Bien sûr l'évincement des bases de règlement juridiques n'est qu'une faculté et rien n'empêche les parties au différend de se fonder sur des règles de droit pour déterminer la solution définitive. Ce qui signifie que les modes diplomatiques permettent de résoudre des différends tant justiciables que politiques. Mais il est certain que la marge d'appréciation offerte par ces modes de règlement explique que leur usage relève de l'opportunité politique. Le recours à ces modes de règlement peut être décidé *a posteriori* une fois le différend constitué, mais il peut également être envisagé *a priori*.

---

<sup>358</sup> Sur la notion de *jurisdictio* voir : COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., 568 ; CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 519, sur la notion de *fonction juridictionnelle* : « *fonction de juger, mission d'ensemble qui englobe celle de dire le droit dans l'exercice de la juridiction contentieuse (...)* ».

<sup>359</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 556.

La plupart des organes pléniers des organisations internationales – notamment à l’ONU et à l’UNESCO – ont adopté des résolutions incitant les États à procéder aux restitutions sans pour autant établir de véritables fondements juridiques à cette incitation<sup>360</sup>. Il en résulte un encouragement à recourir aux modes diplomatiques de règlement des différends. Il est souvent demandé aux États de prendre toutes les mesures nécessaires à la restitution et, notamment, de négocier des accords particuliers<sup>361</sup>. Le professeur Goy souligne ainsi que « *les restitutions sont donc volontaires* » et que les recommandations et résolutions des organisations internationales n’établissent aucune obligation juridique de restitution, de sorte que les restitutions sont généralement exécutées *ex gratia*<sup>362</sup>. Ainsi, la Pologne a restituée à la France des cartes géographiques anciennes, les États-Unis ont restitué à la Hongrie la couronne du Roi Etienne I<sup>er</sup> en 1978. La restitution des biens culturels soustraits à leurs États d’origine pendant une période coloniale passe généralement par ces modes de règlement des différends. La Belgique avait en ce sens établi une coopération technique avec le Zaïre en vue de la constitution de collections nationales et accepta d’y verser un apport conséquent d’œuvres congolaises<sup>363</sup>. Mais que ces accords bilatéraux interviennent *a priori* ou *a posteriori* de la constitution d’un différend relatif à la restitution des biens culturels, les modalités de restitution sont à chaque fois librement déterminées et, la plupart du temps, très peu développées. À titre d’exemple, le Congrès des États-Unis a adopté une loi en 1983 transposant la Convention de l’UNESCO de 1970 et autorisant le Président des États-Unis à négocier des accords bilatéraux de coopération de lutte contre le trafic illicite des biens culturels. C’est sur le fondement de cette loi que les États-Unis ont passé des conventions bilatérales avec divers États du continent américain. Or, comme souligné précédemment, ces conventions bilatérales se contentent de modalités de restitution extrêmement succinctes. Les bases de règlement n’y sont pas strictement établies. À titre d’exemple, l’indemnisation de l’acquéreur de bonne foi n’est pas envisagée, les délais de prescription ne sont pas davantage encadrés.

La pratique des États-Unis est particulièrement intéressante dans la mesure où la loi de 1983 – autorisant le gouvernement à négocier des accords de coopération en matière de

---

<sup>360</sup> Résolution 20 C/4/7.6/5, adoptée à Paris lors de la 20<sup>ème</sup> session de la Conférence générale de l’UNESCO, 24 octobre au 28 novembre 1978 ; Résolution 3391 (XXX) adoptée par l’Assemblée générale des Nations Unies le 19 novembre 1975.

<sup>361</sup> Lire en ce sens : : GOY (R.), « Le retour et la restitution des biens culturels (...) », p. 977.

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 978.

<sup>363</sup> *Ibid.*, pp. 978-979.

restitution des biens culturels – est une loi transposant dans l’ordre juridique interne la Convention de l’UNESCO de 1970. Ce qui implique que cette convention encourage le règlement diplomatique des différends relatifs à la restitution des biens culturels. L’article 7 (b)ii de cette convention prévoit que « *les requêtes de saisie et de restitution doivent être adressées à l’État requis par la voie diplomatique* ». Cette disposition a déjà été évoquée pour souligner la liberté qu’ont les États de déterminer les modalités de la restitution : ils demeurent libres de choisir les moyens d’exécution de l’obligation de restitution. C’est pourquoi l’obligation de restitution comprise dans cet article a été antérieurement qualifiée d’obligation de comportement. Ce renvoi aux modes diplomatiques de règlement des différends n’est pas strictement encadré et ni l’indemnisation de l’acquéreur de bonne foi, ni les délais de prescription ne sont directement réglementés par les dispositions substantielles de la convention. Mais une liberté entière dans le choix des bases de règlement aurait pour conséquence de dissoudre le règlement des différends relatif à la restitution des biens culturels dans le simple ajustement concerté des situations conflictuelles<sup>364</sup>. Dès lors la Convention de l’UNESCO de 1970 ne proposerait pas de base véritablement juridique de règlement de tels différends. Elle se contenterait de poser une obligation conventionnelle de recourir aux modes diplomatiques de règlement des différends. En réalité la Convention de l’UNESCO établit quelques bases juridiques de règlement. En ce sens, l’indemnisation reste prévue et le champ d’application *ratione, materiae, temporis, loci et personae* reste déterminé par les dispositions de la convention. Par conséquent la convention vient tout de même encadrer le choix des bases de règlement et impose le respect de quelques principes juridiques. Ainsi, l’article 13 de la convention pose diverses bases de règlement sous la forme d’obligations de comportement ou de résultats. Même si les modes diplomatiques sont privilégiés, les États parties ont l’obligation de « *faire en sorte que leurs services compétents collaborent en vue de faciliter la restitution, à qui de droit, dans les délais les plus rapides, des biens culturels exportés illicitement* »<sup>365</sup>. De sorte que, même dans le cas d’un recours aux modes diplomatiques de règlement, les États sont obligés de se comporter de bonne foi dans les négociations qui en découlent. Cet encadrement de l’usage des modes diplomatiques de règlement concerne la restitution des biens culturels illicitement exportés : ce type de différend est purement interétatique dans la mesure où il implique l’exclusion de l’ordre public d’éviction. L’article 13 (d) va dans le même sens étant donné qu’il impose aux États parties la reconnaissance du

---

<sup>364</sup> Formule inspirée des propos du professeur Combacau : COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 555.

<sup>365</sup> Art. 13 (b) de la Convention de l’UNESCO de 1970.

droit de chacun d'entre eux de classer certains biens culturels comme étant inaliénables. En outre, l'article 13 (c) dépasse les relations diplomatiques et autorise toute personne dépossédée – y compris les sujets de droit interne – à saisir les autorités compétentes de l'État dans le territoire duquel le bien culturel revendiqué se trouve. Il résulte de ces dispositions qu'un encadrement des modes diplomatiques de règlement des différends est tout de même inscrit dans cette convention. Mais cet encadrement est si ténu que les principes généraux énumérés précédemment sont assez mal promus par cette convention.

Il convient désormais d'étudier l'encadrement formel des modes diplomatiques de règlement. Les États peuvent adopter divers types d'actes permettant de résoudre les différends relatifs à la restitution des biens culturels. Même si ces actes peuvent être utilisés pour régler des différends non justiciables – ce qui est généralement le cas concernant le retour des biens culturels soustraits à leur pays d'origine pendant une période coloniale – ils révèlent parfois la mise en cause de la responsabilité de l'État requis. Il s'agira d'actes unilatéraux – consistant en des lois ou des actes administratifs – ou bilatéraux – souvent des conventions bilatérales. En ce qui concerne l'adoption d'actes unilatéraux, il est généralement admis que l'adoption de lois internes permettant la restitution de biens acquis sous un régime de propriété publique est superfétatoire. L'édition d'actes administratifs suffirait amplement<sup>366</sup>. Plus précisément, il suffirait d'adopter un acte administratif de déclassement, permettant d'extraire le bien considéré du domaine public, puis un acte d'aliénation permettant la restitution au revendiquant. C'est la procédure qui a été suivie par la France pour la restitution à l'Égypte des cinq fresques provenant d'une tombe thébaine de la Vallée des Nobles. L'Égypte a d'abord, au terme d'une série de revendications infructueuses, décidé unilatéralement de cesser toute collaboration avec le Musée du Louvre. La Convention de l'UNESCO de 1970, ratifiée par la France en 1997, interdit l'acquisition de biens culturels volés ou illicitement exportés et oblige, le cas échéant, leur restitution. L'institution muséale française en cause avait acquis ce bien après 1997 et en violation de la Convention de 1970. La cessation de toute collaboration répondait donc à l'engagement de la responsabilité internationale de la France pour violation des dispositions de cette convention. Les autorités françaises ont alors décidé de procéder au déclassement des fresques revendiquées afin de les restituer et de mettre ainsi un terme à la violation continue des dispositions conventionnelles. Sur avis de la commission scientifique nationale des collections des musées de France réunie

---

<sup>366</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 11.

le 9 octobre 2009, le ministre français de la culture et de la communication adopta, le 5 novembre 2009, l'arrêté portant déclassement des cinq fresques. Ce déclassement devait permettre la restitution de ces biens culturels aux autorités égyptiennes. Mais les autorités publiques sont parfois réticentes et craignent que le recours à de simples actes administratifs ne constituent des précédents en matière de restitution. C'est pourquoi le recours aux lois est généralement préféré dans la mesure où elles soulignent le caractère exceptionnel de la procédure de restitution. Ce fût notamment le cas pour la restitution de la *Vénus Hottentote* – bien qu'il ne s'agisse pas là d'un cas relatif au trafic illicite des biens culturels puisqu'il était question de la restitution d'une dépouille humaine. La *Vénus Hottentote* était une esclave originaire d'Afrique du Sud et appartenant au peuple Khoïkhoï. Emmenée en Europe en 1810, elle mourut en France en 1816 et fût exposée au Musée de l'Homme jusqu'en 1976. Dès 1994 l'Afrique du Sud réclama la restitution de sa dépouille. Les autorités françaises avaient alors fait valoir dans un premier temps l'inaliénabilité des collections nationales pour rejeter ces demandes. En outre le gouvernement de l'époque était peu enclin à procéder à un déclassement, de peur notamment de créer un précédent. L'adoption d'une loi constituait le seul moyen de contourner les réticences du gouvernement. Finalement, fût adoptée une loi du 6 mars 2002 *relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud*<sup>367</sup>. Enfin, et comme le montre le cas des États-Unis, les restitutions peuvent passer par la conclusion d'accords bilatéraux. Ces accords peuvent intervenir *a posteriori* de la constitution d'un différend relatif à la restitution de biens culturels. C'est notamment le cas en ce qui concerne la restitution des manuscrits coréens pillés par la flotte française en 1867 lors d'une expédition punitive sur l'île de Kangwha, au large de Séoul. Cette affaire relèverait davantage de la Convention de La Haye de 1954 et de ses protocoles et ne présente pas les caractéristiques s'attachant au trafic illicite des biens culturels. Mais puisque les bases de règlement sont relativement succinctes pour les voies diplomatiques de règlement, l'affaire présente tout de même un certain intérêt. Dans les

---

<sup>367</sup> Loi n°2002-323 du 6 mars 2002, JORF du 7 mars 2002, p. 4265, texte n°2. Cette loi comporte un article unique disposant que :

« A compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, les restes de la dépouille mortelle de la personne connue sous le nom de Saartjie Baartman cessent de faire partie des collections de l'établissement public du Muséum national d'histoire naturelle.

L'autorité administrative dispose, à compter de la même date, d'un délai de deux mois pour les remettre à la République d'Afrique du Sud.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État ».

Lire à ce propos : CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 11 ; PLANCHE (E.) : « Les enjeux internationaux liés à la restitution et au retour des œuvres d'art », p. 83, in *Questions internationales – L'art dans la mondialisation*, *op. cit.*

relations bilatérales franco-coréenne, la restitution de ces archives à souvent été avancées par les autorités coréennes comme une condition nécessaire au renforcement de la coopération intergouvernementale et à la conclusion d'accords économiques. À l'occasion du sommet du G20 de novembre 2010, le Président français s'engagea à rendre ces manuscrits royaux des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles. Il proposa une restitution prenant la forme d'un prêt illimité, sans transfert de propriété et renouvelable tous les cinq ans. Pour ce faire, il est prévu que des concertations entre les autorités compétentes des deux États – la Bibliothèque nationale de France (la BNF) et le musée national de Corée – permettent la conclusion d'un accord particulier. Cette affaire, sans concerner directement le trafic illicite des biens culturels, manifeste clairement la flexibilité qu'offrent les modes diplomatiques de règlement des différends. Cette flexibilité est si grande dans le cas des archives coréennes qu'elle a suscité d'importantes critiques de la part des conservateurs de la BNF. En effet, l'engagement du Président français envers les autorités coréennes a été pris contre l'avis du ministre français de la culture et de la communication et contre l'avis de la BNF. Il a également été pris sans qu'une disposition n'ait été préalablement prise pour déclasser ces manuscrits et les rendre aliénables<sup>368</sup>. Le manque de base de règlement qui s'attache aux modes diplomatiques de règlement des différends ne peut donc pas garantir le respect et le développement des principes généraux du droit permettant une application équitable du droit et manifestant l'émergence d'un ordre public culturel international. Pour atteindre un tel objectif il importe que le règlement des différends relatifs à la restitution des biens culturels soit organiquement – ou institutionnellement – encadré.

#### B. L'encadrement institutionnel du règlement des différends relatifs à la restitution

Le règlement des différends portant sur la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite peut être institutionnellement encadré. Cet encadrement devrait fournir certaines bases juridiques de règlement et assurer ainsi le respect des principes généraux applicables dans le domaine de la restitution des biens culturels. Mais cet encadrement peut avoir divers fondements : il peut s'inscrire tant dans les modes diplomatiques que juridictionnels de règlement des différends. Dans le premier cas l'encadrement institutionnel ne devrait pas emporter la formulation par une institution tierce d'une décision obligatoire pour les deux

---

<sup>368</sup> Sur l'affaire des archives coréennes, lire : CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 11 ; NOCE (V.), « Par retour de Corée », *Libération*, 18 décembre 2010, disponible à l'adresse électronique suivante : <http://www.liberation.fr/culture/01012302888-par-retour-de-coree>.

parties au différend. Deux types d'encadrements institutionnels des modes diplomatiques de règlement intéressent la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Il s'agit de la médiation et de la conciliation. Ces deux institutions permettent à un tiers d'assister les parties au différend dans la recherche d'un règlement acceptable par chacune d'entre elles. À ce propos la médiation dépasse le simple mécanisme des « bons offices » par lequel un tiers – généralement l'État – fait office de relais entre les parties au différend et peut simplement leur proposer un mode de règlement permettant de parvenir à une solution sur le fond. À l'inverse la médiation permet au tiers de proposer une solution au fond, c'est-à-dire qu'il établit les « termes de règlement »<sup>369</sup>. La précédente présidente de l'ICOM, Alissandra Cummins, a notamment publié une déclaration en janvier 2006 intitulée *Promouvoir le recours à la médiation pour résoudre les conflits sur la propriété des objets appartenant aux collections des musées*<sup>370</sup>. Elle souligna dans cette déclaration que même dans les cas où le code de déontologie de l'ICOM était correctement appliqué par les institutions muséales lors de l'acquisition de biens culturels, les acquisitions antérieures à l'élaboration de ce code peuvent être illicites. En résulterait la constitution de nombreux et longs contentieux devant les juridictions internes. C'est pourquoi la présidente estima dans cette déclaration que « depuis au moins sa Conférence générale de 1983 (Londres), l'ICOM a pour règle d'encourager la résolution à l'amiable des conflits sur la propriété des objets appartenant aux collections des musées lorsque ces objets peuvent avoir été volés ou exportés illégalement du pays d'origine, en réglant ces conflits, dans la mesure du possible, par le biais de procédures amiables plutôt que par des procès longs et coûteux (ou des négociations politiques entre gouvernements peu ou pas concernés par les musées) »<sup>371</sup>. Au delà de la médiation, il est possible de recourir à l'institution plus formalisée qu'est la conciliation. La conciliation est un mode diplomatique de règlement des différends dans la mesure où l'organe qui l'exerce ne peut pas trancher un différend en usant des attributs de la *jurisdictio*. Néanmoins, d'un point de vue formel, la procédure de règlement suivie dans le cadre de la conciliation est plus complexe et l'autonomie de l'organe de conciliation est plus poussée. De sorte que ce mode de règlement des différends s'approche davantage des modes juridictionnels dont il sera ultérieurement

---

<sup>369</sup> Sur la distinction entre les « bons offices » et la médiation, lire : COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public, op. cit.*, pp. 563-564.

<sup>370</sup> Déclaration pour Promouvoir le recours à la médiation pour résoudre les conflits sur la propriété des objets appartenant aux collections des musées : Déclaration de la présidente de l'ICOM Alissandra Cummins, 2006, disponible à l'adresse électronique suivante : <http://icom.museum/qui-sommes-nous/la-vision/declarations/L/2.html>

<sup>371</sup> *Ibid.*, p. 1.

question<sup>372</sup>. Des Statuts de l'organe de conciliation sont généralement élaborés dans lesquels sont établies des règles procédurales proches de celles existantes dans les modes juridictionnels de règlement. Les Statuts d'un organe de conciliation contiennent par exemple des dispositions relatives au principe du contradictoire ou aux enquêtes. En outre, l'organe de conciliation statue directement sur le fond du différend et propose une solution autonome fondée sur les bases de règlements disponibles dans ses Statuts ou dans son règlement intérieur.

Un organe présente un intérêt particulier dans le domaine de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Il s'agit du Comité intergouvernemental pour le retour et la restitution des biens culturels. Le retour faisant ici référence au rapatriement des biens culturels soustraits à leur pays d'origine pendant une période coloniale. La restitution porte sur les biens culturels attraités dans le circuit du trafic illicite international. Ce Comité a été créé en 1978 par la résolution 20C4/7/6/5 de la 20<sup>e</sup> session de la Conférence générale de l'UNESCO. Puisque sa compétence *ratione temporis* n'est pas limitée, ce Comité peut assister les États dans le règlement de différends portant sur des biens attraités dans le trafic illicite avant l'entrée en vigueur de la Convention de l'UNESCO de 1970. Il permet donc d'étendre à ces différends les bases succinctes de règlement élaborées dans cette convention<sup>373</sup>. En effet, tout État membre de l'UNESCO peut saisir ce Comité, qui se compose des vingt-deux États membres et se réunit tous les deux ans<sup>374</sup>. Les membres sont élus parmi les États membres de l'UNESCO lors de sa Conférence générale, sur le fondement du principe de la représentation géographique équitable et de la règle du roulement approprié<sup>375</sup>. Les États membres du Comité choisissent leurs représentants, parmi lesquels devront figurer des suppléants, des conseillers et des experts, notamment des spécialistes des biens culturels<sup>376</sup>. L'article 4§1 des Statuts remet au Comité la charge de « *rechercher* (à la demande des États parties à un différend) *les voies et les moyens de faciliter les négociations*

---

<sup>372</sup> Appréciation tirée des propos du professeur Combacau : COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public, op. cit.*, pp. 564-565.

<sup>373</sup> Kit d'information sur la promotion de la restitution des biens culturels, p. 7, disponible à l'adresse électronique suivante : [http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL\\_ID=35283&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=35283&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

<sup>374</sup> Pour un historique de la création de ce Comité, voir le Kit d'information sur la promotion de la restitution des biens culturels.

<sup>375</sup> Art. 2 des Statuts du Comité intergouvernemental pour le retour et la restitution des biens culturels. Le renouvellement des membres se fait par moitié à l'occasion d'élections qui ont lieu tous les deux ans, lors de la Conférence générale de l'UNESCO.

<sup>376</sup> Art. 2§5 des Statuts du Comité intergouvernemental et art. 4 al.1 et 4 al.2 du Règlement intérieur du Comité intergouvernemental.



*bilatérales pour la restitution ou le retour des biens culturels (...). À cet égard, le Comité peut également soumettre aux États membres concernés des propositions en vue d'une médiation ou d'une conciliation (...)* ». Cette référence à la médiation et à la conciliation n'apparaissait pas à l'origine dans cet article. Mais compte tenu de l'efficacité relative dont avait fait preuve le Comité, une résolution fût adoptée par la 33<sup>ème</sup> Conférence générale de l'UNESCO de 2005 inscrivant ces deux procédés dans cet article. Auparavant le Comité était simplement autorisé à proposer ses « bons offices ». Il est notamment précisé dans l'article 4§1 que la conciliation implique la constitution d'un organe d'enquête et de règlement du différend. Ces organes sont constitués sous la forme de sous-comités *ad hoc*<sup>377</sup>. En outre, si le résultat du processus de conciliation ne permet pas de résoudre le différend, le Comité demeure saisi de l'affaire. La procédure d'enquête, quant à elle, permettrait l'établissement des faits et, partant, de contrôler l'exécution par les États de leurs obligations internationales<sup>378</sup>. L'encadrement offert par ce Comité dans le règlement diplomatique des différends assure l'extension à l'ensemble des États membres de l'UNESCO des bases de règlement disponibles dans la Convention de 1970. Non seulement tout État membre de l'UNESCO peut faire appel à ce Comité dans la résolution d'un différend relatif à la restitution d'un bien culturel, mais en outre tout État membre de cette organisation intergouvernementale peut participer aux débats du Comité et, ainsi, se sensibiliser davantage à la question des restitutions de biens culturels<sup>379</sup>. Le Comité a permis de résoudre un certain nombre de différends, souvent par la voie de la médiation et pour des affaires n'impliquant pas le trafic illicite des biens culturels<sup>380</sup>. Quelques affaires sont actuellement pendantes devant ce Comité. Les deux plus importantes étant celle relative aux *Marbres du Parthénon* qui oppose le Royaume-Uni à la Grèce et celle concernant le *Sphinx de Bogasköy* opposant l'Allemagne à la Turquie.

Mais l'encadrement institutionnel du règlement des différends peut être plus poussé et se rattacher, dans ce cas, aux modes juridictionnels de règlement des différends. Ces modes de règlement des différends se caractérisent tous par les attributs de la *jurisdictio*. Ce qui signifie que les parties au différends n'ont, en principe, ni la liberté de déterminer les bases de

---

<sup>377</sup> Art. 6 des Statuts du Comité intergouvernemental, art. 10 du Règlement intérieur du Comité intergouvernemental.

<sup>378</sup> COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public, op. cit.*, p. 567.

<sup>379</sup> Art. 8 des Statuts du Comité intergouvernemental.

<sup>380</sup> En 1983, l'appui moral du Comité permit la restitution par l'Italie de plus de 12000 objets précolombiens à l'Équateur ; En 1987, la République démocratique allemande restitua à la Turquie, au terme d'une procédure de médiation menée par le Comité, 7000 tablettes cunéiformes de *Bogasköy*. ; La médiation du Comité permit également la restitution par les États-Unis du linteau *Phra Narai* à la Thaïlande.

règlement, ni celle d'accepter la solution dégagée par l'organe tiers. Ces modes de règlement sont de deux types : le mode juridictionnel et le mode arbitral. L'organe arbitral est institué et composé par les parties au différend qui lui attribuent en outre le pouvoir de statuer sur ce différend. La juridiction arbitrale a donc une existence précaire : institué pour résoudre un contentieux – qui peut comprendre plusieurs affaires – il se dissout aussitôt son objet réalisé. Il importe peu à ce titre que cette juridiction soit établie par un compromis d'arbitrage ou une clause compromissoire. À l'inverse la juridiction judiciaire est un organe permanent auquel est confié le règlement d'un différend spécifique. Aussi, la composition, de même que le mode de fonctionnement de cet organe, ne sont pas déterminés par les parties au différend puisque ces questions sont réglées dans un statut prédéterminé. Les États peuvent être amenés à régler leurs différends relatifs à la restitution des biens culturels devant les juridictions judiciaires, que celles-ci soient des juridictions nationales ou qu'il s'agisse de la C.I.J. Le plus souvent les États porteront leurs réclamations devant les tribunaux de l'État dans le territoire duquel les biens revendiqués se trouvent. L'article 13 (c) de la Convention de l'UNESCO de 1970 impose aux États parties d'admettre l'action en revendication d'un bien culturel perdu ou volé devant les autorités nationales compétentes. Ces autorités seront le plus souvent les juridictions internes. De même, l'article 8 de la Convention Unidroit de 1995 prévoit qu'une demande en restitution d'un bien culturel volé ou illicitement exporté *« peut être introduite devant les tribunaux ou toutes autres autorités compétentes de l'État contractant où se trouve le bien culturel, ainsi que devant les tribunaux ou autres autorités compétentes qui peuvent connaître du litige en vertu des règles en vigueur dans les États contractants »*. De plus le Chapitre III, relatif à la restitution des biens culturels illicitement exportés, formule également ce droit d'action dans son article 5§1 selon lequel *« un État contractant peut demander au tribunal ou à toute autre autorité compétente d'un autre État contractant d'ordonner le retour d'un bien culturel illicitement exporté du territoire de l'État requérant »*. La directive communautaire de 1993 prévoit également, en son article 5, l'existence de ce droit d'action. Il convient de préciser que l'exercice de ce droit d'action devant les juridictions nationales fait de l'État un simple requérant de droit interne, puisqu'il ne dispose d'aucune procédure exorbitante du droit commun. En revanche, le différend pourra être internationalisé si l'État requérant estime que son droit d'action n'a pas pu être correctement exercé. Cette éventualité est également réalisable en cas de protection diplomatique exercée par les États parties à ces instruments internationaux pour violation du droit d'action de leurs ressortissants respectifs. En cas d'internationalisation du différend, la C.I.J. – en tant que juridiction judiciaire permanente – pourrait être amenée à trancher un différend portant sur la violation du droit

d'action d'un État devant les juridictions internes. Mais, dans ce cas, l'objet du différend ne portera pas directement sur la restitution du bien culturel. Ce n'est qu'incidemment que ce différend international aura des conséquences sur la procédure de restitution du bien culturel considéré.

En revanche les tribunaux arbitraux pourraient régler directement les différends relatifs à la restitution des biens culturels. Le recours à l'arbitrage présente surtout des avantages dans le cadre des différends transétatiques ou transnationaux relatifs à la restitution des biens culturels. Mais l'arbitrage international peut également être une voie utile à la résolution des différends interétatiques. Les instruments internationaux traitant de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite permettent le règlement des différends interétatiques par l'arbitrage. Sans faire explicitement référence à l'arbitrage, la Convention de l'UNESCO de 1970 n'empêche aucunement le recours à ce mode de règlement. En effet, le renvoi opéré par l'article 7 (b)ii au mode diplomatique de règlement des différends n'interdit pas les États concernés de s'entendre sur le recours à l'arbitrage. Par ailleurs, l'article 15 permet expressément aux États parties de « *conclure entre eux des accords particuliers ou de poursuivre la mise à exécution des accords déjà conclus concernant la restitution des biens culturels* » illicitement exportés avant l'entrée en vigueur de la Convention. Dans ces cas précis, il semble que le recours à l'arbitrage puisse faire l'objet de tels accords. L'article 4§6 de la directive communautaire permet également le recours aux procédures nationales d'arbitrages pour résoudre les différends relatif à la restitution des biens culturels lorsque le demandeur est un État. Enfin, la Convention Unidroit de 1995, en son article 8 al.2, permet aux parties à un différend de le soumettre à l'arbitrage. Cet article peut notamment s'avérer utile dans la mesure où le recours à l'arbitrage est souvent prévu par les accords de coopération conclus entre États et sujets de droit interne. Ces accords s'analysent généralement comme des contrats internationaux conclus entre un sujet de droit international et un sujet de droit interne. Ainsi des accords conclus entre l'Italie et le Boston Museum of Fine Arts en 2006, le Paul Getty Museum in California et l'Université de Princeton en 2007, ou le Musée de Cleveland en 2008<sup>381</sup>. Tous ces accords prévoient un arbitrage CCI à Paris et composé de trois arbitres<sup>382</sup>. Plusieurs modèles d'arbitrages pourraient être utilisés pour constituer les tribunaux arbitraux présentant le plus d'avantages pour le règlement des

---

<sup>381</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 19.

<sup>382</sup> *Ibid.*

différents relatif à la restitution des biens culturels. Mais ils seront présentés plus en avant à l'occasion de l'étude des différends transnationaux ou transétatiques.

## **Paragraphe 2. L'extension verticale des régimes de restitution des biens culturels**

L'encadrement institutionnel de plus en plus poussé des modes de règlement des différends interétatiques impose aux États le respect de bases de règlement de plus en plus strictes. Le respect par les États des principes généraux applicables en matière de restitution des biens culturels pourrait être encouragé par cet encadrement institutionnel des règlement des différends. En ce sens, les modes de règlement des différends pourraient également encourager le respect de ces principes au profit des sujets de droit interne ou d'autres entités sans personnalité juridique. Il convient de s'intéresser successivement aux modes judiciaires **(A)** puis arbitral **(B)** de règlement des différends.

### *A. Le contentieux judiciaire au soutien des régimes de restitution des biens culturels*

Les différends transnationaux ou transétatiques relatifs à la restitution de biens culturels volés ou illicitement exportés peuvent très bien être résolus par de simples négociations bilatérales et par la conclusion d'accords particuliers. Il est, par exemple, fort possible qu'un différend transétatique se résolve au moyen des modes diplomatiques de règlement. C'est notamment le cas lorsque le différend oppose un État à un collectionneur privé. Ainsi de l'accord passé en 2007 entre le gouvernement italien et le Paul Getty Museum in California. Les différends entre sujets de droit interne – qu'il s'agisse de personnes privées ou publiques – peuvent également être résolus de cette manière. L'accord de médiation de 2006 conclu entre les cantons suisses de Zurich et de Saint-Gall pour régler un différend portant sur la restitution de manuscrits anciens en est une exemple classique<sup>383</sup>. Mais la voie de la négociation bilatérale ne risque pas de garantir aux sujets de droit interne le bénéfice des principes généraux du droit relatifs à la restitution des biens culturels. Pour ce faire il est nécessaire que les modes de règlement des différends soient le relais de ces principes. Or, la liberté qui s'attache à toute négociation bilatérale permet d'évincer tout principe juridique à caractère supplétif. Il ressort notamment des développements précédents que les instruments internationaux à valeur contraignante ne font qu'encourager le développement de ces principes généraux sans les consacrer explicitement. Plus précisément, les dispositions

---

<sup>383</sup> Accord annexé à l'article suivant : CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 524.

substantielles de ces instruments tentent de garantir une application équitable du droit – notamment en écartant l’ordre public d’éviction, en prévoyant l’indemnisation de l’acquéreur de bonne foi et tentant d’harmoniser les règles de prescription. En outre ces instruments poussent les États parties à la coopération, ce qui renvoie au principe de coopération de bonne foi. Mais ces incitations ne seront effectives qu’en cas de recours à ces instruments. Les négociations bilatérales peuvent permettre d’exclure l’exécution de ces dispositions conventionnelles. La seule référence explicite à un principe général encourageant au développement d’un ordre public culturel international tient à la Résolution de l’Institut du Droit International de 1975 et rejetant le principe de l’ordre public d’éviction.

Le contentieux judiciaire – national – constitue le cadre idéal au développement d’un ordre public culturel international. Car il n’est alors plus possible d’échapper à l’application des principes généraux dont le respect est imposé aux juridictions nationales. Les divers instruments internationaux relatifs à la restitution des biens culturels prévoient un droit d’action devant les juridictions nationales. L’article 13 (c) de la Convention de l’UNESCO de 1970, cela a déjà été noté, prévoit ce droit d’action. L’article 5 de la directive communautaire de 1993 pose également ce droit d’action au profit des États membres. Mais ce droit d’action peut être exercé contre tout détenteur actuel du bien revendiqué : ce qui implique que les sujets de droit interne sont susceptibles d’être attirés devant les juridictions nationales pour qu’il soit statué sur le différend relatif à la revendication du bien considéré. Enfin, l’article 8§1 de la Convention Unidroit de 1995 permet à tout revendiquant de présenter sa demande de restitution devant les tribunaux de l’État contractant où se trouve le bien. Tout différend transétatique ou transnational relatif à la restitution d’un bien culturel volé ou illicitement exporté peut être porté devant les tribunaux d’un État contractant. Dans la mesure où les tribunaux des États parties peuvent être saisis sur le fondement de ces instruments internationaux, ils seront contraints de statuer conformément aux dispositions conventionnelles pertinentes. Ils seront donc amenés à encourager le développement des principes généraux relatifs à la restitution des biens culturels.

Mais le recours au contentieux judiciaire n’a d’intérêt qu’à la condition que les parties au différend soient des sujets de droit. En effet, qu’il s’agisse du demandeur ou du défendeur, les parties au contentieux doivent avoir une capacité juridique établie – notamment une capacité processuelle leur permettant de saisir les tribunaux et de bénéficier des garanties procédurales qui s’attachent au droit au procès équitable. Or, à l’observation des instruments internationaux pertinents, les collectionneurs privés, les personnes publiques de droit interne,

tout acquéreur de bonne foi ou revendiquant qualifiable de sujet de droit interne sont susceptibles de régler leur différends devant les juridictions nationales. Pour déterminer le statut juridique des parties au différend, les juges devront se référer à la loi de l'État national de ces parties. Il résulte donc que le contentieux juridictionnel national assure aux sujets de droit interne certaines garanties apportées par les régimes conventionnels et régionaux relatifs à la restitution des biens culturels. De sorte que l'effectivité des principes généraux dégagés auparavant sera étendue à ces sujets de droit. Cet élargissement est en mesure d'apporter une extension qualitative de la communauté internationale concernée par la protection et la restitution des biens culturels. En effet, la prise en compte des intérêts – « juridicisés » – des sujets de droit interne traduit non seulement la volonté de garantir une application équitable du droit quelque soit la qualité des parties au différends mais souligne également l'extension qualitative de la communauté internationale concernée par ce type de contentieux. Cette récente extension est en mesure d'encourager le développement d'un ordre public culturel international puisque les intérêts de sujets sans capacité juridique internationale sont désormais pris en compte.

Une limite à cette évolution demeure néanmoins. Il est en effet notoire que les intérêts des peuples autochtones ne sont pas directement pris en considération par le contentieux judiciaire national. Comme il a déjà été souligné, la notion de peuple implique l'exercice du droit à l'auto-détermination, tel que prévu par l'article 3 de la Déclaration sur les peuples autochtones. Il s'agit de leur reconnaître, au sein d'un ordre juridique interne, certains droits « collectifs » qui leur permettent de préserver leur identité en tant que peuple. Les articles 8 et 9 de la Déclaration protègent les peuples autochtones contre l'assimilation forcée ou la destruction de leur culture et leur garantissent un droit à appartenir à une nation autochtone. L'article 11 de la Déclaration sur les peuples autochtones leur donne le droit « *d'observer et revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes* »<sup>384</sup>. Cette Déclaration met en exergue la nature du lien de rattachement qui s'établit entre ces peuples et leurs signifiants culturels : ce rattachement n'est pas ici synonyme de propriété. Le lien de rattachement se manifeste par un droit d'usage des signifiants culturels libre de toute interférence d'un tiers quelconque. Mais il n'est pas question de leur attribuer un titre réel sur les biens considérés. L'intérêt fondamental des peuples autochtones à la restitution des biens culturels volés ou illicitement exportés n'est juridiquement consacré qu'au sein de chaque ordre juridique national concerné. Mais ces peuples ne bénéficient aucunement des dispositions conventionnelles attribuant un

---

<sup>384</sup> AGNU, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, op. cit.

droit d'action à tout propriétaire légitime dépossédé. Or, sans intérêt juridiquement établi, il ne peut y avoir de qualité à agir. Comme l'a souligné le professeur Cornu, « *a claim to ownership should not present problems when the holder of the right can be recognized as a natural or legal person in private or public law. (...) The issue is more complex when the claimant is a community* »<sup>385</sup>. Par ailleurs les instruments internationaux venant protéger le patrimoine culturel des peuples autochtones établissent généralement des obligations à la charge des États parties. C'est notamment le cas de la Convention n°169 de l'O.I.T de 1989 concernant les peuples indigènes et tribaux<sup>386</sup>. Ce sont les États garants du patrimoine de ces peuples qui auront la capacité processuelle leur permettant « d'endosser » leurs réclamations. Ils fonderont leur revendication sur la propriété publique qui grève ces biens. Ce fût notamment la procédure adoptée pour la revendication des *Têtes Maoris* par la Nouvelle-Zélande au Muséum d'Histoire Naturelle de Rouen<sup>387</sup>. Le contentieux arbitral pourrait permettre de dépasser cette limite.

#### B. Le contentieux arbitral au soutien des régimes de restitution des biens culturels

Le contentieux arbitral devrait également permettre d'encourager le développement d'un ordre public culturel d'une communauté internationale élargie. En effet, ce mode de règlement constitue « *a civilised method of settling disputes introducing, as it does, ideas of charity and fairness* »<sup>388</sup>. Le recours à l'arbitrage permet notamment aux parties au différend de déterminer plus librement les bases – juridiques – de règlement. Il leur sera de cette façon possible de prendre en considération les intérêts des deux parties et de garantir ainsi une application équitable du droit. Il n'est donc pas ici question du principe de droit international imposant aux États de coopérer de bonne foi dans la résolution des différends relatifs à la restitution des biens culturels. En effet, la question centrale concerne ici les différends transétatiques ou transnationaux. L'application équitable du droit par le tribunal arbitral fait plutôt référence au principe général reconnu par les nations civilisées qui avait été dégagé antérieurement. C'est ainsi que les questions de l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi

---

<sup>385</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 10.

<sup>386</sup> Cette convention établit que les gouvernements des États parties ont pour responsabilité de développer des actions coordonnées pour protéger les droits de ces peuples (article 2) et développer les mécanismes et moyens disponibles (article 33).

<sup>387</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 10.

<sup>388</sup> SHYLLON (F.), « The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration », *Revue de droit uniforme*, 2000, n°2, vol. 52, p.227.

ou des délais de prescription pourront être abordés. De sorte que l'effectivité des principes généraux dégagés auparavant sera étendue aux sujets de droit interne. Cet élargissement est en mesure d'apporter une extension qualitative de la communauté internationale concernée par la protection et la restitution des biens culturels.

Il faut cependant vérifier que les sujets de droit interne sont en mesure de recourir à la juridiction arbitrale pour résoudre leurs différends relatifs à la restitution des biens culturels. Seule la Convention Unidroit de 1995 comporte une disposition autorisant explicitement le recours à la juridiction arbitrale. L'article 8§2 de cette convention prévoit que « *les parties peuvent convenir de soumettre leur litige soit à un tribunal ou une autre autorité compétente, soit à l'arbitrage* ». Cette disposition constitue une base autonome de recours à la juridiction arbitrale et permet de palier à la non ratification de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>389</sup>. De plus le renvoi immédiat à ce mode de règlement rend superflète la formulation d'une ordonnance d'exequatur par les juridictions des États parties où se trouvent les biens à restituer en exécution de la sentence arbitrale. En réalité les sujets de droit interne ne sont susceptibles de se porter demandeur devant une telle juridiction qu'en cas d'application du chapitre II de la Convention Unidroit de 1995, c'est-à-dire pour la revendication de biens culturels volés. En revanche la revendication des biens culturels illicitement exportés, traitée dans le chapitre III, est uniquement exercée par les États. Les sujets de droit interne ne pourront qu'être les défendeurs dans ce cas. Il est néanmoins regrettable de constater que l'effectivité de l'article 8§2 est pour le moment extrêmement limitée dans la mesure où elle ne bénéficie pas d'une large adhésion des États. Car l'article 8§2 de la Convention Unidroit de 1995 ouvre l'accès à un mode de règlement utile à la consolidation d'une communauté internationale concernée par la protection des biens culturels. Un exemple classique du recours à ce mode de règlement peut être trouvé dans l'affaire *Republic of Austria and al. v. Maria V. Altmann*. Maria Altmann assigna le gouvernement autrichien devant les juridictions américaines afin d'obtenir la restitution de cinq tableaux de Klimt qui avait été volés à son mari par les nazis pendant la Seconde Guerre mondiale. La Cour suprême des États-Unis considéra que la requérante était autorisée à exercer une action contre un État pour des pillages commis en violation du droit international<sup>390</sup>. En conséquence de cet arrêt les parties au différend décidèrent de constituer un tribunal arbitral. La sentence du 15 janvier 2006 reconnaît Maria Altmann comme seule

---

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 226.

<sup>390</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 13.



ayant droit de la propriétaire légitime des cinq œuvres, Adèle Bloch-Bauer. Par conséquent il fût décidé que ces œuvres seraient restituées à Maria Altmann<sup>391</sup>.

Il convient en outre de vérifier si toutes les entités juridiques internes peuvent recourir à ce mode de règlement. Trois modèles d'arbitrage utiles à la résolution des différends relatifs à la restitution des biens culturels ont été dégagés par le doctrines<sup>392</sup>. Deux modèles présentent un intérêt particulier pour les différends transétatiques. Le premier modèle repose sur les règles et la structure du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après, le CIRDI) et se présente comme un modèle institutionnel d'arbitrage<sup>393</sup>. Le CIRDI a adopté une Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Cette convention pourrait être adaptée pour le domaine des biens culturels. Ainsi, l'article 42§1 de cette convention permet aux parties au différend de choisir les règles de droit sur le fondement desquelles les arbitres statueront. Cette disposition permet donc aux parties de déterminer le droit applicable en considération de leurs intérêts respectifs. De sorte que les principes généraux applicables en matière de restitution des biens culturels seront certainement pris en compte. À défaut d'accord entre les parties, l'article prévoit que les arbitres statuent en considération des « *principes de droit international (applicables) en la matière* ». Cette formulation semble faire plus largement référence aux principes généraux du droit, quelque soit leur nature spécifique. Ce modèle d'arbitrage pourrait donc inciter les parties et les arbitres à prendre en compte les dispositions des instruments internationaux pertinents en matière de restitution des biens culturels – coopération de bonne foi, indemnisation de l'acquéreur de bonne foi, délais de prescription. Le second modèle repose sur le Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État. Certains considèrent que ce règlement pourrait également être utilisé s'il devait être créé un centre d'arbitrage international pour le règlement des différends relatif aux biens culturels<sup>394</sup>.

---

<sup>391</sup> *Maria V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, George Bentley c. République d'Autriche*, Sentence arbitrale du 15 janvier 2006. Disponible à l'adresse électronique suivante : <http://www.bslaw.com/altmann/klimt> ; CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 13.

<sup>392</sup> *Ibid.*, p. 228 ; SIDORSKY (E.), « The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects : The Role of International Arbitration », *I.J.C.P.*, 1996, vol. 5, n° 19, pp. 19-72.

<sup>393</sup> SHYLLON (F.), « The Recovery of Cultural Objects by African States (...) », *op. cit.*, p. 228.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 229.

Ce règlement permet notamment aux arbitres d'adopter des mesures provisoires ou conservatoires, tel que le prévoit l'article 8§3 de la Convention Unidroit de 1995<sup>395</sup>.

Enfin, un troisième modèle présente plus d'intérêt pour les différends transnationaux. La Résolution de l'Institut du Droit International adoptée le 12 septembre 1989 relative à l'arbitrage entre États, entreprises d'État ou entités étatiques et entreprises étrangères propose un modèle non institutionnel d'arbitrage. Son article 2 dispose que « *en aucun cas un arbitre ne doit méconnaître les principes d'ordre public international sur lesquels un large consensus s'est formé dans la communauté internationale* ». Si cette résolution pouvait servir à l'établissement de tribunaux arbitraux dans le domaine de la restitution des biens culturels, il est certain qu'elle aiderait au développement des principes généraux pertinents. Mais cette extension qualitative de la communauté internationale concernée par la protection et la restitution des biens culturels semble connaître une limite. Le contentieux arbitral ne permet pas aux peuples autochtones de régler directement les différends relatifs à la restitution de leurs biens culturels. Cela tient au fait que ces peuples n'ont pas la capacité juridique de conclure un accord visant la saisine d'un tribunal arbitral. Mais il n'en demeure pas moins que la juridiction arbitrale présente de nombreux atouts pour le règlement des différends relatifs à la restitution des biens culturels. Ce mode de règlement permet de prendre en compte tous les intérêts en cause tout en encourageant le développement d'un ordre public culturel international.

La diversification des modes de règlement disponibles est utile au développement d'un ordre public culturel rattaché à une communauté internationale élargie. Il convient désormais de savoir si les modes de la restitution accompagnent ce mouvement.

## SECTION 2. LA DIVERSIFICATION DES MODES DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS

L'obligation primaire de restitution devrait disposer de voies d'exécution relativement claires et homogènes. Dans la mesure où cette obligation, du moins dans le droit conventionnel, ne s'identifie pas à une obligation secondaire de réparer un préjudice causé par la violation d'une obligation primaire, il ne semble pas *a priori* nécessaire de distinguer les différentes modalités de la réparation. Pourtant, la restitution pure et simple n'est pas la seule modalité utilisée pour l'exécution de l'obligation primaire (**Paragraphe 1**). Par conséquent se pose la question de la nature juridique des autres modalités employées : s'agit-il de procédés alternatifs permettant l'exécution de l'obligation primaire de restitution ? Ou s'agit-il plutôt

---

<sup>395</sup> *Ibid.*

de voies d'exécution d'une obligation secondaire de réparation ? En effet, ces modalités alternatives s'écartent de la restitution pure et simple et laissent supposer que cette dernière n'était pas réalisable. Les solutions alors élaborées pourraient éventuellement s'apparenter à une réparation par équivalent. Mais si ce n'est pas le cas, elle pourront alors éventuellement se concevoir comme les solutions négociées visant à assurer à l'acquéreur de bonne foi l'octroi d'une indemnité équitable. Ce qui soulignera le souci de garantir une application équitable du droit (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1. Le recours aux méthodes alternatives à la restitution pure et simple**

La restitution pure et simple constitue nécessairement le mode le plus adéquat d'exécution de l'obligation primaire de restitution des biens culturels. Elle est également le mode d'exécution qui témoigne le plus directement du souci d'assurer la pérennité du lien entre le signifiant culturel et son patrimoine d'appartenance (**A**). Mais d'autres modalités de restitution sont régulièrement utilisées afin de concilier les intérêts en présence (**B**).

#### *A. La restitution pure et simple comme garantie du lien de rattachement culturel*

La restitution pure et simple est la voie d'exécution qui devrait logiquement être exercée par le destinataire de l'obligation primaire de restitution. En effet, la restitution ne s'analyse pas, dans les régimes conventionnels, comme une *restitutio in integrum*. Car cette dernière constitue, avec la satisfaction et l'indemnisation, l'une des trois modalités d'exécution de l'obligation secondaire de réparation. Par conséquent, l'établissement d'une obligation primaire de restitution impliquerait nécessairement la remise de la chose revendiquée au demandeur. En réalité l'assimilation de la restitution d'un bien culturel à la *restitutio in integrum* peut être aisément écartée. L'obligation de restitution répond à une acquisition ou une possession illicite et à une soustraction continue d'un bien culturel provenant du trafic illicite. Pour autant que l'intégrité du bien revendiqué est assurée, l'obligation de restitution permettra ainsi la réversibilité du fait illicite continu – c'est-à-dire de la soustraction illicite continue du bien appartenant à un tiers. En d'autres termes, la restitution constitue alors une modalité de cessation de l'illicite et, par conséquent, une modalité d'exécution de l'obligation primaire de restitution. Cette analyse avait notamment pu être vérifiée à propos du différend entre la France et l'Égypte relatif à la restitution des cinq fresques provenant d'une tombe thébaine de la Vallée des Nobles. L'Égypte avait cessé toute coopération avec le Musée du Louvre jusqu'à ce que les autorités françaises prennent les

mesures nécessaires pour cesser leur comportement illicite. Il ne s'agit donc pas de restaurer la situation antérieure à la réalisation du fait illicite, puisque ce fait n'est pas encore définitivement accompli.

Il est cependant une modalités de restitution qui outrepassse les exigences de la restitution pure et simple. Il s'agit de ce que le professeur Cornu appelle « *la restitution avec contrepartie* »<sup>396</sup>. Cette contrepartie joue en faveur du bénéficiaire de la restitution. De sorte qu'en plus de la remise du bien le revendiquant bénéficiera d'avantages supplémentaires. L'exemple le plus connu de cette modalité de restitution ne concerne cependant pas le trafic illicite des biens culturels. Il s'agit de la restitution à l'Éthiopie de l'Obélisque d'Axoum par l'Italie. Les troupes mussoliniennes avaient rapporté cet obélisque à Rome en 1937. Cette restitution fût finalement décidée en 2005 et l'Italie s'engagea à couvrir intégralement les frais de retour, de reconstitution et de réinstallation<sup>397</sup>. Cette affaire souligne par ailleurs que la restitution pure et simple des biens culturels revendiqués constitue le moyen le plus sûr de protéger le lien de rattachement qui s'établit entre un bien culturel et son patrimoine d'appartenance. Car dans tout différend relatif à la restitution des biens culturels, l'importance culturelle des biens revendiqués demeure centrale. Tous les instruments internationaux pertinents font référence à l'importance culturelle des biens revendiqués. Il a en outre déjà été souligné que la détermination de cette importance culturelle peut être le fait des États parties aux régimes conventionnels (voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2, B). Cette importance culturelle délimite le champ d'application matériel des régimes conventionnels en même temps qu'elle vient déterminer le rattachement le plus effectif lorsque l'une des parties au litige est un État.

Cela dépend si l'obligation de restitution s'inscrit ou non dans des différends impliquant un État. Dans ce cas l'importance culturelle du bien devrait permettre de le rattacher au patrimoine culturel de l'État, ou dont l'État est le garant. Ceci est vrai quelque soit la nature de l'obligation de restitution. Que cette obligation soit de comportement ou de résultat, l'importance culturelle du bien permettra de départager les deux parties au différend en déterminant laquelle des deux présente un lien plus étroit avec le bien culturel. Ainsi, qu'il s'agisse de la Convention de l'UNESCO de 1970 – qui établit diverses obligations de comportement pour la restitution dans les différends interétatiques – ou de la Convention

---

<sup>396</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 19.

<sup>397</sup> *Ibid.* ; Voir également le site internet de l'UNESCO : <http://whc.unesco.org/fr/actualites/456/>.

Unidroit de 1995 – qui développe des obligations de résultat en terme de restitution – l'importance culturelle du bien permet de vérifier la densité du lien de rattachement entre un bien et le patrimoine culturel dont l'État demandeur ou défendeur est le garant. C'était notamment le cas dans l'affaire des fresques de la Vallée des Nobles réclamée par l'Égypte à la France. Le lien de rattachement effectif avec le patrimoine culturel égyptien était évident. D'autant plus qu'une loi égyptienne établit la propriété de l'État sur toute antiquité illicitement fouillée et exportée du territoire national. Le principe de l'inaliénabilité des collections publiques ne permettait donc pas d'établir un lien de rattachement plus effectif au patrimoine culturel français. La même faiblesse du principe d'inaliénabilité se dévoile également dans les affaires de la *Vénus Hottentote* et des *Têtes maoris*. En l'espèce l'État revendiquant était le garant de patrimoines infra-étatiques rattachés à des peuples autochtones.

En revanche, dans des différends n'impliquant pas un État la référence à l'importance culturelle du bien n'a pas la même finalité. Lorsqu'un bien culturel volé ou illicitement exporté est contesté entre deux sujets de droit interne, le différend porte sur la validité des titres réels prétendument constitués sur le bien. Il est donc moins question d'appartenance à un patrimoine culturel que de validité des titres juridiques constitués sur le bien. Il est pourtant toujours nécessaire de vérifier l'importance culturelle du bien. L'importance culturelle vient alors déterminer le champ d'application *ratione materiae* des régimes conventionnels de restitution. De sorte que l'importance culturelle du bien revendiqué permettra aux parties au litige de bénéficier des dispositions conventionnelles applicables. Mais cette application servira principalement des intérêts privés. Ce n'est que médiatement que la protection du patrimoine culturel est pris en compte. Ainsi, l'article 2 de la Convention Unidroit de 1995, relatif à la restitution en cas de vol, prévoit que son champ d'application *ratione materiae* s'étend aux biens culturels revêtant « *une importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science (...)* ». Cette importance est déterminée – notamment – par les juridictions nationales afin de permettre l'applicabilité de la convention aux cas d'espèces. En outre, il a déjà été souligné que le vol constitue une infraction universellement réprimée. De sorte que l'importance est acquise *ab initio* puisque le vol d'un biens culturel porte atteinte au principe contenu dans le second considérant du préambule établissant « *l'importance fondamentale de la protection du patrimoine culturel* »<sup>398</sup>.

---

<sup>398</sup> Convention Unidroit de 1995, Préambule, 2<sup>ème</sup> considérant.

### B. La conciliation des intérêts en présence par le recours aux modes alternatifs de restitution

La restitution pure et simple n'est cependant pas le mode de restitution le plus évident à mettre en œuvre. Il est généralement utilisé lorsque les prétentions du revendiquant sont clairement fondées et difficilement contestables. C'était notamment le cas dans l'affaire précitée relative aux fresques de la Vallée des Nobles, où l'acquisition française avait clairement été faite en violation des dispositions de la Convention de l'UNESCO de 1970. Il n'était alors plus possible de se fonder uniquement sur l'inaliénabilité des collections publiques pour justifier le rattachement de ces fresques au patrimoine national français. Il est cependant des différends où les intérêts en cause sont difficiles à hiérarchiser et nécessitent d'être conciliés. Ce sera très souvent le cas lorsque chacune des parties au différend prétend avoir un lien de rattachement plus effectif ou un titre réel exclusif sur le bien. Les tensions actuelles entre le Cambodge et la Thaïlande relatifs à la souveraineté sur le temple de Préah Vihéar démontrent, par exemple, que chacune des parties prétend posséder un lien de rattachement plus étroit avec le site archéologique considéré. Cet exemple est cependant étranger au domaine du trafic illicite des biens culturels et le regain des tensions entre les deux États fait suite à l'inscription du temple sur la liste du patrimoine mondial en juillet 2008<sup>399</sup>. Dans le cadre du trafic illicite des biens culturels, il devient alors nécessaire de négocier sur les intérêts en cause afin de trouver une solution acceptable pour tous. Par conséquent les modes alternatifs de restitution des biens culturels sont généralement utilisés dans le cadre des modes négociés de règlement des différends – notamment les modes diplomatiques, les médiations et conciliations – débouchant sur la conclusion d'accords bilatéraux ou l'adoption de mesures unilatérales.

Mais le recours à ces modes de restitution peut alors semer le doute sur l'efficacité réelle des régimes conventionnels de restitution. En effet, le fait de délaissier la restitution pure et simple pour recourir à des solutions alternatives peut suggérer que le but des régimes conventionnels n'est pas tout à fait réalisable. La restitution constitue le meilleur moyen de faire cesser un fait illicite : celui consistant à soustraire illicitement le bien à son propriétaire ou possesseur légitime. L'abandon de cette solution pourrait être interprétée comme un échec de la lutte contre le trafic illicite. Car transiger sur le moyen le plus adéquat pour faire cesser un fait illicite continu permet la réalisation définitive de ce fait. Le développement de

---

<sup>399</sup> Comité du patrimoine mondial, *Décision 32COM 8B 102 – Examen des propositions d'inscriptions – Temple de Préah Vihéar (CAMBODGE)*, Québec, Canada, 2-10 juillet 2008, 32<sup>ème</sup> session. Document disponible à l'adresse électronique suivante : <http://whc.unesco.org/fr/decisions/1548>.

solutions négociées et alternatives à la restitution pure et simple favoriserait ainsi la protection des intérêts particuliers aux dépens du développement d'un ordre public culturel international soucieux de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Néanmoins la restitution pure et simple n'est généralement pas consacrée comme une obligation de résultat. Seule la Convention Unidroit de 1995 et la directive communautaire de 1993 consacrent une telle obligation. Mais la plupart des autres instruments internationaux ne consacrent généralement qu'une obligation de comportement n'allant pas jusqu'à la restitution matérielle du bien, notamment dans les différends interétatiques. Ce qui laisse une marge d'appréciation relativement large pour adopter d'autres solutions respectueuses des intérêts en présence. En outre, les solutions négociées et la prise en compte des intérêts divergents sont susceptible de permettre une application équitable du droit.

Il est maintenant nécessaire de présenter ces modes alternatifs de restitution. Deux d'entre eux sont relativement proches de la restitution pure et simple mais proposent des aménagements bénéficiant à la partie tenue à la restitution. Il s'agit de « *la restitution accompagnée de mesures de collaboration culturelle* » et de la donation<sup>400</sup>. Les mesures de collaboration qui accompagne les restitutions concernent généralement des relations transétatiques entre un gouvernement et une institution muséale. Ainsi, par un accord du 21 février 2006, le Metropolitan Museum of Art de New York accepta de restituer au gouvernement italien le *cratère d'Euphronios* en échange d'une intensification des relations culturelles entre ces deux parties. Ainsi, les autorités italiennes ont, dès janvier 2008, mis à la disposition du musée, par des prêts de quatre ans, des biens culturels « *de beauté et d'importance historique et culturelle égale au cratère d'Euphronios* »<sup>401</sup>. L'article 7 de l'accord prévoit par ailleurs que les deux parties s'engagent pour l'avenir à procéder à d'autres restitutions et à d'autres prêts. Aucune loi nationale n'est attribuée à cet accord et les litiges qui pourraient naître de son application devront être portés devant la Chambre de Commerce Internationale de Paris<sup>402</sup>. Par ailleurs, la donation permet la remise matérielle du bien au revendiquant, exactement comme pourrait le faire la restitution pure et simple. La différence de qualification juridique qui s'attache à des actes présentant de nombreuses

---

<sup>400</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 19.

<sup>401</sup> Article 4 de l'accord de collaboration conclu entre le Metropolitan Museum of Art de New York et le gouvernement italien, reproduit en annexe de l'article : CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*

<sup>402</sup> *Ibid.*, p. 20.

similitudes emporte des conséquences majeures. La donation se définit généralement comme un « *contrat par lequel une personne – le donateur – se dépouille actuellement et irrévocablement sans contrepartie et dans une intention libérale d’une bien présent lui appartenant en faveur d’une autre personne – le donataire – qui l’accepte* »<sup>403</sup>. Ainsi, la donation consiste en un acte volontaire d’aliénation d’un bien sur lequel le donateur dispose d’un titre réel – la propriété. La libéralité qui caractérise cet acte d’aliénation exclut ainsi que la remise matérielle du bien s’analyse comme l’exécution d’une obligation primaire de restitution. Le donateur considère donc valable le titre qu’il pourrait avoir constitué sur le bien revendiqué. La donation consisterait en un transfert *ex gratia* et unilatéral du bien revendiqué, de façon à écarter l’applicabilité des régimes conventionnels de restitution en cas de trafic illicite. Ce mécanisme présente l’avantage majeur de ne pas mettre en cause la responsabilité du donateur et de préserver également sa réputation ou son image. Deux affaires exemplaires se sont soldées par le recours à ce mécanisme. La première affaire porte sur un litige qui opposa le Musée d’Art et d’Histoire de Genève à l’État français. Devant les tribunaux suisses, le titre de propriété du musée n’a jamais été contesté. Par un accord de prêt de juillet 1997, l’institution muséale accepta de prêter les fresques romanes de Casenoves à la commune française d’origine. Mais, par délibération du Conseil municipal de 2003, la Ville de Genève décida unilatéralement de transformer ce prêt en donation<sup>404</sup>. La seconde affaire concerne *l’œil d’Amenhotep III*. Il s’agit de l’œil manquant d’une statue de ce pharaon conservée en Égypte. En 2008, cet œil a fait l’objet de deux donations simultanées afin de le retourner à sa statue d’origine : le collectionneur-acquéreur de cet objet l’a tout d’abord donné à l’Antikenmuseum de Bâle ; mais il a en même temps été donné par le musée aux autorités égyptiennes<sup>405</sup>.

Les autres modes alternatifs se distinguent plus clairement de la restitution pure et simple et sont extrêmement diversifiés. Le mode le plus usité étant certainement le prêt, sous les diverses formes qu’il peut revêtir. Il peut en effet être conclu à plus ou moins long terme. Le prêt à long terme peut être utilisé tant comme substitut à la restitution pure et simple que comme « contrepartie » à celle-ci. Le prêt comme substitut à la restitution a été utilisé dans le différend opposant les cantons suisses de Zurich et de Saint-Gall. En effet, l’accord de médiation conclu entre les deux parties reconnaît la propriété de Zurich sur les manuscrits

---

<sup>403</sup> CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 325.

<sup>404</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 21.

<sup>405</sup> *Ibid.*



mais Saint-Gall bénéficie d'un prêt illimité portant sur ces biens. Le prêt comme « contrepartie » à la restitution a été utilisé dans l'accord conclu en 2002 entre la France et le Nigeria. Cet accord prévoyait la restitution au Nigéria par la France de biens de grande valeur historique et archéologique, puisqu'il s'agissait d'objets d'art de la civilisation Nok ou de l'Empire de Sokoto. L'accord reconnaît la propriété du Nigéria mais en échange de l'octroi d'un prêt de vingt-cinq ans renouvelables en faveur du Musée du Quai Branly<sup>406</sup>. D'autres modes alternatifs s'écartent davantage encore de la restitution pure et simple. Il y a, notamment, l'exécution de répliques, qui ne s'assimile pas à la restitution mais peut venir compléter une procédure complexe de restitution – c'est-à-dire une procédure comportant à la fois des restitutions pures et simples, des prêts et des répliques. Ce qui s'est produit dans l'affaire impliquant les cantons suisses de Zurich et de Saint-Gall<sup>407</sup>. Il est également possible d'élaborer un régime complexe de propriété sur le bien revendiqué. Cela s'est notamment fait par l'établissement d'un régime de copropriété sur le bien revendiqué au bénéfice de l'acquéreur et du revendiquant. Enfin, les deux solutions les plus extrêmes consistent, d'une part, à refuser la restitution tout en reconnaissant l'importance culturelle qu'attache le revendiquant au bien, et, d'autre part, à obtenir le retrait de la revendication en échange d'une indemnité pécuniaire. Cette diversification des modes de restitution permet donc de réconcilier les intérêts en cause. Mais il n'est pas certain que la prise en compte de ces intérêts nuit au développement d'un ordre public culturel. Cela dépend de la nature juridique qui peut être attribuée à ces modes alternatifs de restitution dans le cadre des régimes conventionnels de restitution.

## **Paragraphe 2. Les modes de restitution face à l'obligation primaire de restitution**

La diversification des modes de restitution interroge la nature juridique qu'ils sont susceptibles de revêtir. Cette diversification peut suggérer que l'exécution de l'obligation primaire de restitution est impossible ; de sorte que les modes alternatifs s'appréhendent comme des voies d'exécution d'une obligation secondaire de réparation. Il est fort à craindre, dans ce cas, que l'effectivité des régimes de restitution soient mis à mal (A). En revanche, si les modes de restitution, quels qu'ils soient, constituent bien des voies d'exécution de l'obligation primaire de restitution, ils pourraient garantir une application équitable du droit.

---

<sup>406</sup> Pour des développements plus poussés sur le prêt, lire : CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 22.

De sorte qu'ils favoriseraient le développement d'un ordre public culturel international et garantiraient l'effectivité des régimes conventionnels (B).

#### A. Les modes alternatifs comme exécution d'une obligation secondaire de réparation

Le recours aux modes alternatifs peut constituer un expédient à l'impossibilité d'exécution de l'obligation primaire de restitution. Comme souligné précédemment, la restitution pure et simple permet de faire cesser le fait illicite continu consistant à soustraire illicitement le bien à son propriétaire ou possesseur légitime. D'autant plus que la restitution ne se présente pas comme une manifestation de la *restitutio in integrum*. Elle n'est pas un mode d'exécution de l'obligation secondaire de réparation pour la violation d'une quelconque obligation primaire. Par conséquent, la non-restitution permet la réalisation définitive du fait illicite. Or, les modes alternatifs de restitution viennent souvent entériner la situation juridique qui grève le bien revendiqué et permettent ainsi la réalisation définitive du fait illicite. Car en proposant des palliatifs à la restitution matérielle du bien ces modes alternatifs permettent à l'acquéreur de bonne foi de garder la possession du bien ou de constituer définitivement un titre réel sur le bien. Si la restitution pure et simple constitue le mode d'exécution unique et véritable de l'exécution de l'obligation primaire de restitution, les modes alternatifs à l'instant présentés seraient alors d'une nature différente. Le recours à ces modes alternatifs manifesterait à la fois la violation de l'obligation primaire de restitution et l'exécution d'une obligation secondaire de réparation.

Divers exemples permettent d'illustrer cette interprétation. Le prêt constitue clairement un rejet de la restitution dans la mesure où le titre réel portant sur le bien peut être conservé par le prêteur. Or, la revendication d'un bien culturel doit la plupart du temps garantir la remise du bien au propriétaire originel. En d'autres termes, il s'agit de donner effet au titre réel que le revendiquant possède sur le bien culturel considéré. Le prêt conclu au bénéfice du revendiquant peut alors s'interpréter comme la réparation du préjudice causé par le refus de reconnaître le titre réel qu'il prétend avoir sur le bien. Il existe néanmoins des cas où la revendication est faite au profit d'un possesseur légitime qui ne dispose pourtant pas d'un titre réel sur le bien. Ce sera notamment le cas lorsque le bien revendiqué est un signifiant culturel appartenant au patrimoine culturel d'un peuple autochtone. Dans ce cas, les conditions de la remise matérielle du bien n'ont pas de conséquence directe sur l'usage que le peuple autochtone concerné pourrait en faire. Inversement, le prêt peut également permettre la reconnaissance du titre réel du revendiquant tout en évitant la remise matérielle du bien à ce dernier. L'État nigérian, garant de son patrimoine historique national, aurait certainement

souhaité que la reconnaissance de son titre de propriété sur les œuvres Nok et Sokoto s'accompagne de leur remise matérielle. Ces œuvres sont conservées au Musée du Quai Branly dans le cadre d'un prêt de vingt-cinq ans. Il est possible de considérer que la reconnaissance du titre de propriété permette la réparation du préjudice subi par la rétention de ces biens par l'État français. D'autres modes alternatifs pourraient s'interpréter comme des voies d'exécution d'une obligation secondaire de réparation. Sans tous les énumérer, il convient toutefois de s'intéresser aux deux modes les plus révélateurs. Le premier de ces modes consiste en la reconnaissance de l'importance culturelle du bien pour le revendiquant. La référence à l'importance culturelle vise directement le lien de rattachement entre un signifiant culturel et un patrimoine culturel donné. L'auteur de cette reconnaissance préserve néanmoins la possession du bien et le titre réel qui s'y attache. Ce qui fait de lui le garant de l'intégrité de ces signifiants culturels au bénéfice de leur communauté culturelle de rattachement. Ceci explique pourquoi ce procédé a été utilisé pour régler des différends relatifs à des biens appartenant au patrimoine culturel de peuples autochtones. Il arrive ainsi que des institutions muséales acceptent que les peuples autochtones usent des signifiants culturels conservés dans leurs collections dans le cadre d'usages rituels<sup>408</sup>. Cette solution a également été utilisée dans le différend opposant le canton de Zurich à celui de Saint-Gall : les biens qui n'ont pas été restitués à Saint-Gall sont explicitement reconnus par Zurich comme ayant une valeur identitaire essentielle pour Saint-Gall<sup>409</sup>. Le caractère hautement « symbolique » de ces reconnaissances permet de les interpréter comme un mode de satisfaction permettant la réparation de la violation de l'obligation primaire de restitution<sup>410</sup>. Outre la satisfaction, certains modes alternatifs de restitution peuvent s'interpréter comme une indemnisation. L'indemnisation constituera alors la réparation par équivalent de la violation de l'obligation primaire de restitution. La manifestation la plus évidente de cette technique réside dans le retrait de la réclamation du bien en échange d'une indemnité pécuniaire. Cette technique semble cependant davantage utilisée dans les affaires relatives à des biens culturels spoliés durant un conflit armé et une occupation militaire. C'est la solution qui a été adoptée dans l'affaire *Schoeps v. the Museum of Modern Art of New York and the Solomon R. Guggenheim Foundation in New York*. Le revendiquant de deux toiles de Picasso perdues par son ancêtre lors de ventes forcées en Allemagne en 1934, obtint de la part de ces deux

---

<sup>408</sup> CORNU (M.) & RENOLD (M-A.), « New Developments in the Restitution of Cultural Property (...) », *op. cit.*, p. 20.

<sup>409</sup> *Ibid.*

<sup>410</sup> *Ibid.*

institutions muséales une indemnité pécuniaire pour non-restitution des toiles. La solution a été formulée par la *Federal Court of New York*, dans un arrêt du 2 février 2009<sup>411</sup>.

Si les modes alternatifs devaient effectivement s'analyser comme des voies d'exécution d'une obligation secondaire de restitution, la lutte contre le trafic illicite serait confrontée à un double risque. En effet, le simple recours à ces modes alternatifs signerait à lui seul l'échec des régimes conventionnels de restitution. Le recours à des modes d'exécution d'une obligation secondaire de réparation implique la violation d'une obligation primaire. Or, les régimes conventionnels de restitution ont cherché à garantir le respect d'une obligation primaire de restitution. Ces solutions alternatives pourraient donc nuire à l'effectivité des régimes conventionnels et à la réalisation de leur but : l'élimination du trafic illicite des biens culturels. En outre, le développement de solutions négociées et alternatives à la restitution permet de protéger les intérêts particuliers des parties au différend. Si la prise en compte de ces intérêts était liée à l'exécution de l'obligation primaire de restitution, elle manifesterait le souci de garantir une application équitable des régimes conventionnels de restitution. Mais tant que la prise en compte de ces intérêts est extérieure aux régimes conventionnels de restitution, elle se ferait aux dépens du développement d'un ordre public culturel international.

Ce raisonnement peut néanmoins être mis à mal à travers l'étude du contenu juridique de l'obligation primaire de restitution. Comme noté auparavant, les régimes conventionnels n'établissent que rarement une obligation stricte de restitution. Il a effectivement été souligné que seules la Convention Unidroit de 1995 et la directive communautaire de 1993 consacrent une obligation de résultat pour la restitution des biens culturels. Mais les autres instruments internationaux ne formuleraient généralement qu'une obligation de comportement, surtout pour les différends impliquant les États. La restitution matérielle du bien n'est donc pas la solution strictement exigées par les obligations de comportement. Les destinataires de ce type d'obligation bénéficient donc d'une marge d'appréciation relativement large pour adopter d'autres solutions respectueuses des intérêts en présence. De sorte que le recours aux modes alternatifs permettrait de garantir une application équitable du droit, du moins lorsque l'obligation de restitution est une obligation de comportement. Il serait par conséquent possible de considérer que la prise en compte des intérêts des parties se fasse dans le cadre de l'exécution de cette obligation primaire et encourage ainsi le développement d'un ordre public

---

<sup>411</sup> *Ibid.*, p. 22.

culturel international. En réalité cette analyse peut s'étendre à l'ensemble des modes alternatifs de restitution et quelque soit le contenu de l'obligation primaire de restitution.

### B. Les modes alternatifs comme exécution de l'obligation primaire de restitution

Il ne semble pas que les modes alternatifs de restitution puissent véritablement être présentés comme les voies d'exécution d'une obligation secondaire de réparation. Notamment parce que la notion d'obligation secondaire appartient à la théorie de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Or, hormis la directive communautaire de 1993 et la Convention Unidroit de 1995, les autres instruments internationaux ne mettent généralement à la charge des États qu'une obligation de comportement en ce qui concerne la restitution des biens culturels revendiqués. Ce qui signifie non seulement que l'obligation de restitution mise à la charge des États peut être exécutée de diverses façons, mais également que les différends dans lesquels des sujets de droit interne sont tenus de restituer un bien culturel n'ont pas recours aux notions d'obligations primaire ou secondaire. Par conséquent il ne semble pas que la distinction entre obligation primaire et secondaire soit nécessaire à la qualification des modes alternatifs de restitution. Néanmoins, pour autant que cette distinction soit valable, les modes alternatifs peuvent être considérés comme des modes d'exécution de l'obligation primaire de restitution. Cette proposition semble valable y compris lorsque l'obligation primaire de restitution se présente comme une obligation de résultat.

Cette interprétation peut se justifier au regard de la nature juridique des modes alternatifs de restitution. Il a effectivement été souligné que les modes alternatifs permettent de concilier les intérêts conflictuels des parties au différend. Ils visent donc à garantir une application équitable du droit et, plus précisément, à assurer à l'acquéreur de bonne foi une indemnité équitable. Or, cela a également été souligné, l'indemnité équitable s'attache à l'exécution de l'obligation primaire de restitution. Elle en conditionne même la mise en œuvre dans la mesure où elle déterminera le fondement juridique de la revendication. Ainsi, les modes alternatifs de restitution garantissent en réalité une indemnité équitable à l'acquéreur de bonne foi<sup>412</sup>. D'autant plus que la nature de l'indemnité ne doit pas nécessairement être pécuniaire. Elle peut donc se réaliser par la constitution d'un titre réel sur le bien en compensation de sa remise matérielle à l'acquéreur ou, au contraire, en la préservation matérielle du bien en échange d'un transfert de titre. L'indemnité de l'acquéreur de bonne foi

---

<sup>412</sup> Notamment le prêt, la donation, la reconnaissance de l'importance culturelle du bien pour le revendiquant, l'indemnisation pour non-restitution, ou l'établissement d'un régime complexe de propriété.

peut également se manifester dans toutes les « contreparties » octroyées par le revendiquant lors du recours aux modes alternatifs de restitution. Ainsi, tout comme l'indemnité n'est pas nécessairement pécuniaire, la restitution ne consiste pas irrémédiablement en la remise matérielle du bien au revendiquant.

Les modes alternatifs de restitution peuvent, dès lors, être considérés comme des voies d'exécution de l'obligation primaire de restitution. Par conséquent, ils permettent de conforter et d'encourager l'effectivité des régimes de restitution. En effet, ils présentent deux caractéristiques favorables à ces régimes juridiques. Il s'agit avant tout de l'octroi d'une indemnité à l'acquéreur de bonne foi qui procède à la restitution. Le versement de l'indemnité garantie par les modes alternatifs est en effet révélateur du souci d'assurer une application équitable du droit dans la résolution des différends portant sur la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Plus précisément, les modes alternatifs encouragent la reconnaissance du principe général du droit reconnu par les nations civilisées en matière de restitution des biens culturels. C'est-à-dire la prise en compte des intérêts respectifs des parties à ce type de différend, notamment en écartant autant que faire se peut l'ordre public d'éviction en cas d'exportation illicite. C'est en cela que les modes alternatifs permettent également d'encourager au respect du principe de droit international consistant à coopérer de bonne foi dans la recherche d'une solution à ce type de différends. En effet, les modes alternatifs de restitution ne sont généralement pas invoqués dans les règlements judiciaires des différends portant sur les biens culturels. Ils sont davantage invoqués dans le cadre des modes diplomatiques de règlement, qu'il s'agisse de l'adoption d'actes unilatéraux ou de la conclusion d'accord bilatéraux, dans le cadre de la médiation ou de la conciliation.

À titre d'exemple, la restitution par la France des cinq fresques de la Vallée des Nobles à l'Égypte s'est faite par l'adoption d'un acte unilatérale de déclassement puis par la remise matérielle de ces biens aux autorités égyptiennes. En l'espèce, l'indemnité équitable pourrait consister en la reprise de la collaboration entre les autorités égyptiennes et le Musée du Louvre. L'affaire opposant les deux cantons suisse, qui s'est soldée par l'adoption d'un accord de médiation, manifeste également le respect du principe de coopération de bonne foi dans la résolution du différend. Ainsi, les modes alternatifs de restitution devraient encourager le respect des régimes conventionnels de restitution. Car, en tant que modes d'exécution de l'obligation primaire de restitution, le champ d'application *ratione materiae* des régimes conventionnels devrait être respecté. De sorte que, par la négociation, qui permet de passer outre l'ordre public d'éviction, et l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi, ces modes

alternatifs encouragent au respect de ces régimes conventionnels et développent un ordre public culturel international. Il semble donc que, sans parler pour le moment de coutume internationale, des principes généraux du droit se développent dans le domaine de la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. La prise en compte de ces principes dans des différends de nature tant interétatique que transétatique ou transnationale, devraient permettre d'approfondir la consistance de la communauté internationale concernée par la restitution des biens culturels. De sorte qu'un véritable ordre public culturel international serait susceptible de se développer.

## ***CONCLUSION GÉNÉRALE***

L'ensemble de cette étude permet de dresser un bilan descriptif et prescriptif des régimes internationaux de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Un tel bilan est nécessairement mitigé et les faiblesses qui s'attachent à ces régimes juridiques sont tout aussi nombreuses que les perspectives offertes. La faiblesse majeure tient principalement à la réticence des États à se rendre opposable une obligation primaire de restitution en cas de trafic illicite. Le volontarisme étatique est un obstacle de taille à l'efficacité des régimes de restitution. Mais il semble cependant que les évolutions contemporaines relatives à la structure du système juridique international favorisent l'effectivité de ces régimes de restitution. La généralisation amorcée de l'obligation de restitution des biens culturels repose néanmoins sur des méthodes et outils juridiques fragiles.

### ***1. Les craintes infondées des États comme obstacles à l'effectivité des régimes de restitution***

L'obstacle majeur à l'effectivité des régimes internationaux de restitution des biens culturels réside dans les intérêts antagonistes existant entre les États. Beaucoup d'entre eux refusent toujours de se rendre opposable les instruments juridiques établissant une obligation primaire de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Seule une faible majorité des États membres de l'ONU sont parties à la Convention de l'UNESCO de 1970 et la Convention Unidroit de 1995 n'a été que très faiblement ratifiée. L'hostilité des États envers les régimes internationaux de restitution s'explique par la volonté de faciliter les transactions sur le marché international des biens culturels sans risquer une limitation malvenue de leur liberté de commerce. Les enjeux commerciaux majeurs que représentent les transactions des biens culturels ont cependant induit en erreur les États sur les buts véritables de la lutte contre le trafic illicite des biens culturels. Il ne s'agit pas simplement de réguler le marché international des biens culturels, mais principalement de protéger l'intégrité de signifiants culturels et, partant, de patrimoines culturels auxquels ils se rattachent. Il n'est donc pas question de prohiber les transactions portant sur les biens culturels, de quelque nature qu'ils soient, mais d'encadrer les mécanismes de ces transactions de façon à ne pas porter atteinte à l'intégrité des patrimoines culturels.

D'autres confusions alimentées par les États ont également nui à l'effectivité des régimes de restitution. Ces confusions sont notamment entretenues par les contrastes existants entre les différents ordres juridiques nationaux. C'est par exemple le cas en ce qui concerne la difficile harmonisation des délais de prescription relatifs à l'exercice du pouvoir de



revendication. C'est également le cas à propos de l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi. Contrairement à l'analyse critique de certains États, l'indemnisation de l'acquéreur prévue par certaines conventions internationales devrait permettre de juguler le trafic illicite des biens culturels. Puisqu'elle ne se présente pas comme la réparation d'un préjudice subi par l'acquéreur *a non domino*, l'indemnisation est liée à l'exercice du pouvoir de revendication et est associée à l'exécution de l'obligation primaire de restitution. Elle devrait encourager les acquéreur *a non domino* à restituer le bien. C'est pourquoi elle facilite la lutte contre le trafic illicite. Le refus de certains gouvernements de se rendre opposable une obligation d'indemnisation est fondée sur un raisonnement dualiste, voir manichéen. Le refus des États est parfois fondé sur leurs législations nationales relatives aux régimes d'acquisition des biens ou aux transactions commerciales. Mais il peut, autrement, être fondé sur les lois d'ordre publiques venant protéger la propriété publique, notamment les biens appartenant au domaine public. Quelque soit le fondement choisi, le refus d'indemniser l'acquéreur de bonne foi est contraire à l'esprit général qui se dégage des régimes internationaux de restitution : c'est-à-dire une volonté de garantir une application équitable du droit. Enfin, une dernière confusion fait obstacle à l'effectivité des régimes de restitution. La plupart des États insèrent les régimes internationaux relatifs à la lutte contre le trafic illicite dans une perspective bien plus large. Ils les associent en effet à la problématique du retour des biens culturels soustraits à leur pays d'origine durant une période coloniale. Cette confusion, entretenue tant par les États revendiquant que par ceux requis, ne peut que nuire à l'application des régimes internationaux de restitution.

Il est pourtant évident que ces obstacles peuvent être surmontés – et le sont de plus en plus – par la nature spécifique des régimes de restitution ainsi que par l'élargissement substantielle de la communauté internationale concernée.

## ***2. Les régimes de restitution dans une logique de protection des patrimoines culturels***

Comme noté précédemment, les régimes de restitution visent principalement à protéger l'intégrité des biens culturels attraités dans le trafic illicite dans la mesure où ils constituent des signifiants de divers patrimoines culturels. Les instruments internationaux font effectivement tous référence à l'importance culturelle du bien pour déterminer leur champ d'application *ratione materiae*. Quelque soit la marge d'appréciation des autorités étatiques dans la détermination de cette importance, le rattachement des biens considérés à un patrimoine culturel est à chaque fois nécessaire. Or, la référence à l'importance culturelle d'un bien nécessite de qualifier l'intérêt fondamental qu'une communauté culturelle

déterminée lui donne. En d'autres termes, il s'agit d'établir le lien de rattachement entre un signifiant et un patrimoine culturel spécifique. Même s'il est souvent question de protéger les titres réels sur les biens et les droits subjectifs qui s'y attachent, les régimes de restitution ont pour objectif véritable la protection des patrimoines culturels. Les préambules des instruments internationaux en témoignent.

Il ressort de cette constatation que les régimes de restitution sont en réalité des régimes de protection des patrimoines culturels, et non pas seulement de biens marchands présentant certaines propriétés culturelles. L'appréhension des biens culturels comme des biens d'une nature particulière a justifié l'insertion dans les régimes de restitution de certains mécanismes originaux. Il s'agit de mécanismes utilisés dans les régimes de responsabilité pour les conséquences préjudiciables résultants d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Le mécanisme le plus significatif de ce type de responsabilité étant certainement l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi. Les transactions sur les biens culturels n'étant pas interdites par principe, la bonne foi d'un acquéreur *a non domino* lui permet de bénéficier de certains aménagements de sa responsabilité. Hormis l'exclusion de la loi pénale à son égard, l'acquéreur *a non domino* bénéficiera d'une indemnisation pour autant qu'il prouve avoir acquis le bien en exerçant toute la diligence exigée. Ce mécanisme renvoie à l'obligation de diligence qui existe dans le domaine de la protection de l'environnement. En la matière, il s'agit bien souvent de protéger des biens considérés comme étant inappropriables et dont la protection présente un certain intérêt public. Même si les biens culturels peuvent être appropriés, il n'en demeure pas moins que les régimes de restitution soulignent l'intérêt public qu'ils représentent. L'exclusion de l'ordre public d'éviction en est une manifestation exemplaire dans le domaine de l'exportation illicite.

Ainsi, les régimes de restitution contredisent les conceptions étatiques qui ne voient dans les biens culturels que de simples biens marchands. En outre, l'intérêt public que représente la protection des biens culturels concerne une collectivité de plus en plus complexe et soudée : une communauté internationale étendue et disposant d'intérêts collectifs en devenir.

### ***3. L'élargissement substantiel de la communauté internationale concernée***

En plus de consacrer un véritable intérêt public à la protection et – *a fortiori* – à la restitution des biens culturels en cas de trafic illicite, les instruments internationaux parviennent à étendre l'effectivité de cet intérêt à une communauté de plus en plus large et de plus en plus dense. Cette extension repose sur deux vecteurs de natures distinctes : il y a

d'abord l'élargissement de l'accès aux modes de règlement des différends pour ce type d'affaires ; il y a ensuite la généralisation de l'applicabilité des règles matérielles de restitution. Ces deux vecteurs permettent d'asseoir l'existence d'un intérêt public – ou collectif – à la restitution des biens culturels et de développer un ordre public culturel international.

L'élargissement de l'accès aux modes de règlement des différends s'entend dans le cadre spécifique des régimes de restitution des biens culturels. En effet, la plupart des instruments internationaux jonglent entre les différents modes de règlements existants et permettent généralement de recourir à l'ensemble de ces modes en fonction de la qualité des parties au différend. La communauté internationale appréhendée par les régimes internationaux de restitution est de plus en plus large puisque les différends interétatiques, transétatiques et transnationaux sont envisagés. Même dans les différends entre sujets de droit privés, les divers modes de règlements permettent d'assurer, *in fine*, l'application des régimes de restitution avec toutes les garanties qu'ils comprennent : notamment l'exclusion de l'ordre public d'éviction et l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi. En outre, le principe de droit international imposant une coopération de bonne foi dans la résolution de ce type de différends encourage au respect des régimes de restitution et des règles matérielles qui y sont attenantes, alors même que les instruments internationaux pertinents ne seraient pas formellement applicables.

Le recours aux règles matérielles des régimes de restitution est notamment garantie par le principe général du droit qui consiste simplement à assurer une application équitable du droit. Ce qui implique notamment l'exclusion de l'ordre public d'éviction et l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi. Il apparaît donc que, même en l'absence de ratification par les États des instruments internationaux relatifs à la restitution des biens culturels, certains principes généraux du droit viennent en garantir le respect au sein d'une communauté internationale diversifiée et concernée par le respect d'un intérêt collectif en formation : celui consistant à protéger les patrimoines culturels et leurs signifiants culturels. Il est en revanche prématuré de considérer qu'une coutume internationale existante ait transposé dans le droit international général les régimes de restitution conventionnels. Il faudrait pour ce faire qu'une pratique plus dense vienne au soutien d'une telle prétention. En effet, les principes généraux du droit ont généralement une valeur supplétive dans l'ordre juridique international. Leur utilité réside principalement dans la mise en évidence d'une pratique évolutive guidée par le sentiment de l'existence d'une obligation légale. Ainsi, le recours régulier à ces principes permettraient de joindre à l'*opinio juris* la pratique nécessaire à la formation de règles

coutumières susceptibles de comprendre une obligation primaire de restitution des biens culturels en cas de trafic illicite. Mais cette pratique, guidée par les principes généraux mis en évidence, n'est pas suffisamment établie pour le moment.

Il n'en demeure pas moins que la lutte contre le trafic illicite des biens culturels bénéficie de certaines évolutions touchant au contenu et à la nature des régimes de restitution des biens culturels. Il est certain que la prise de conscience généralisée du but véritable des régimes de restitution facilitera la reconnaissance de l'intérêt collectif d'une communauté internationale concernée par la protection des patrimoines culturels et de leurs signifiants culturels.

# BIBLIOGRAPHIE

## 1- OUVRAGES

### Ouvrages juridiques généraux et divers

ALLAND (D.) & RIALS (S.) (Eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige dico poche, 1<sup>e</sup> éd., 2003, XXV-1649 p.

COMBACAU (J.) & SUR (S.) : *Droit international public*, Paris, Montchrestien, coll. Droit Public, 8 éd., 2008, XXVI-813 p.

CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige dicos poche, 7<sup>e</sup> éd., 2007, XX-986 p.

CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 1<sup>er</sup> éd., 2003, XVI-461 p.

GRAEFRATH (B.), *Responsibility and damages caused : Relationship between responsibility and damages*, *R.C.A.D.I.*, 1984-II, vol. 185, 380 p.

SALMON (J.) (Ed.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. Universités Francophones, 2001, XLI-1198 p.

SIR FITZMAURICE (G. G.), *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, *R.C.A.D.I.*, 1957, T. 92, 1-128 p.

WYLER (E.) & PAPAUX (A.) (Eds.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Paris, Pedone, 1997, 317 p.

### Ouvrages juridiques spécialisés

BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international. Les compétences des États à l'égard des éléments du patrimoine culturel*. Thèse, 2008, Université Paris-Ouest Nanterre, Publication en 2011, Pedone. Disponible en format microfiche, Bibliothèque interuniversitaire Cujas.

CARDUCCI (G.) : *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, Paris, L.G.D.J. coll. Droit des affaires, 1<sup>er</sup> éd., 1997, 493 p.

CORNU (M.), *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 621 p.

KOWALSKI (W. W.), *Restitution of Works of Art Pursuant to Private and Public International Law*, *R.C.A.D.I.*, 2001, vol. 288, 9-244 p.

MEZGHANI (N.) & CORNU (M.) (Eds.), *Intérêt culturel et mondialisation. Les aspects internationaux*, T. 2, Paris, L'Harmattan, 2005, 364 p.

O'KEEFE (P.), *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, Builth Wells, *I.A.L.*, 2<sup>e</sup> éd., 2007, 217 p.

O'KEEFE (P.J.), PROTT (L.V.), *Law and the cultural heritage – Movement*, London, Butterworths, 1989, vol. 3, p. 841.

VON LEWINSKI (S.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Leiden, Kluwer Law International, 2<sup>e</sup> éd., 2008, 568 p.

## 2-ARTICLES

ABD EL WAHED (M.), « The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects : a View from Egypt », *Revue de droit uniforme*, 2003, vol. 57, pp. 529-540.

ABI-SAAB (G.), « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », pp. 53-65., in *Le droit international à l'heure sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Guiffrè, 1987, T. 1, XIX-604 p.

AMATO (S.), « 'Rien qui soit' : présences juridiques de l'immatériel », *A.P.D.*, *Le droit et l'immatériel*, 1999, t. 43, pp. 45-59.

BARBERIS (J. A.), « Réflexions sur la coutume internationale », *A.F.D.I.*, 1990, pp. 9-46.

BARTHE-GAY (C.), « Réflexion sur la satisfaction en droit international », *A.F.D.I.*, 2003 pp. 105-128.

CARDUCCI (G.) : « L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé », *R.G.D.I.P.*, 2000, vol. 2, pp. 289-357.

CLÉMENT (E.) : « Le concept de responsabilité collective de la communauté internationale pour la protection des biens culturels dans les conventions et recommandations de l'UNESCO », *R.B.D.I.*, 1993, vol. 2, pp. 534-551.

COGGINS (C.) : « Illicit traffic of Pre-Columbian Antiquities », *Art Journal*, 1969, vol. 29, n°1, pp. 94-114

COMBACAU (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement, quelques questions et pas de réponse », pp. 181-204, in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1<sup>er</sup> éd., 1981, 582 p.

CORNU (M.) & RENOLD (M-A.) : « New Developments in the Restitution of Cultural Property : Alternative Means of Dispute Resolution », *I.J.C.P.*, 2001, vol. 17, n°1, pp.1-31.

CORNU (M.), « À propos de l'adoption du code du patrimoine, quelques réflexions sur les notions partagées », *Recueil Dalloz*, 2005, n° 22, pp. 1452-1458.

DARTIES (B.) « Les bases de données, outil de lutte contre le trafic illicite des biens culturels », in *La coopération internationale au service de la sûreté des collections – journée d'études du 14 mai 2004*, BNF-réseau LIBER, p.3.

DE VRIÈSE (M.), « La structure et le fonctionnement du marché mondial de l'art », *Questions Internationales – L'art dans la mondialisation*, n°42, mars-avril 2010, pp. 61-68.

DUPUY (P-M.) : « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan », *R.G.D.I.P.*, 2003, vol. 2, pp. 305-348.

- FRIGO (M.), « Cultural property versus cultural heritage, a battle of concepts in international law », *R.I.C.R.*, 2004, vol. 86, n°854, pp. 367-378.
- GORDON (J. B.), « The UNESCO Convention on the Illicit Movement of Art Treasures », *H.I.L.J.*, 1971, vol. 12, pp. 537-553.
- GOY (R.) : « Le retour et la restitution des biens culturels à leurs pays d'origine en cas d'appropriation illégale », *R.G.D.I.P.*, 1979, vol. 4, pp. 962-985.
- GROSSE (L.) & JOUANNY (J. P.), « La protection du patrimoine culturel en vertu des instruments de l'UNESCO (1970) et d'UNIDROIT (1995) : la position d'Interpol », *Revue de droit uniforme*, 2003, vol. 1-2, pp. 575-580.
- LAGRANGE (E.), « Les titres de compétence », Rapport, pp. 97-132, in *Les compétences de l'État en droit international*, Actes du Colloque de Rennes, S.F.D.I., Paris, Pedone, 2006, 320 p.
- LALIVE (P.) : « Une convention internationale qui dérange : la convention Unidroit sur les biens culturels », pp. 177-188, in DUPUY (R.-J.) (Ed.) : *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice*, Paris, Pedone, 1999, 703 p
- LALIVE (P.), « Réflexions sur un ordre public culturel », pp. 155-185, in WYLER (E.) & PAPAUX (A.) (Eds.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Paris, Pedone, 1997, 317 p.
- LALIVE (P.), « Une avancée du droit international : la Convention de Rome d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés », *Revue de droit uniforme*, 1996, vol. 1, pp. 40-58.
- MERRYMAN (J. H.), « A Licit International Trade in Cultural Object », *I.J.C.P.*, 1995, vol. 4, n°1, pp. 13-60.
- MERRYMAN (J. H.), « The UNIDROIT Convention : Three Significant Departures from the *Urtext* » *I.J.C.P.*, 1996, vol. 5, n°1, pp. 1-18.
- MERRYMAN (J. H.), « Two ways of thinking about cultural property », *A.J.I.L.*, 1986, vol. 80, n°4, pp. 831-853.
- MÜLLER (M. M.), « Cultural Heritage Protection : Legitimacy, Property, and Functionalism », *I.J.C.P.*, 1998, vol. 7, n°2, pp. 395-409.
- PHUONG (C.) : « The protection of Iraqi cultural property », *I.C.L.Q.*, 2004, vol. 53, n°4, pp. 985-998.
- PLANCHE (E.) : « Les enjeux internationaux liés à la restitution et au retour des œuvres d'art », *Questions Internationales – L'art dans la mondialisation*, n°42, mars-avril 2010, pp. 81-87.
- POIRAT (F.), « L'exercice des compétences de l'État en droit international », Rapport, pp. 203-238, in *Les compétences de l'État en droit international*, Actes du Colloque de Rennes, S.F.D.I., Paris, Pedone, 2006, 320 p.
- PONTIER (J.-M.), « La notion d'œuvre d'art », *Revue de droit public*, 1990, pp. 1403-1437.
- ROCHACKA-CHERNER (A.), « Le retour des marbres du Parthénon en débat », *Questions Internationales – L'art dans la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 88-89.

ROLIN (H.), « Vers un ordre public réellement international », pp. 441-462, in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, 561 p.

SCOVAZZI (T.) : « Diviser c'est détruire : principes éthiques et règles juridiques applicables au retour des biens culturels », UNESCO, document de travail, 15<sup>e</sup> session du Comité intergouvernemental pour la promotion du retour des biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale, du 11 au 13 mai 2009, disponible à l'adresse électronique : [www.unesco.org/culture/fr/illicittrafficking](http://www.unesco.org/culture/fr/illicittrafficking).

SHYLLON (F.), « The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration », *Revue de droit uniforme*, 2000, n°2, vol. 52, pp.219-241.

SIDORSKY (E.), « The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects : The Role of International Arbitration », *I.J.C.P.*, 1996, vol. 5, n° 19, pp. 19-72.

SIEHR (K.), « A Special Regime for Cultural Objects in Europe », *Revue de droit uniforme*, 2003, vol. 1-2, pp. 551-563.

STERN (B.) : « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des États », *A.F.D.I.*, 2001, p. 3-44.

TABEL (P.) : « Le trafic international des œuvres d'art », *Questions Internationales – L'art dans la mondialisation*, n°42, mars-avril 2010, pp.70-77

TONER (M.), « Egypt Reclaims Stolen Heritage », *The Atlanta Journal Constitution*, mai 2003.

VERHOEVEN (J.), « Droit international public, droit international privé et droit national », pp. 17-35, in WYLER (E.) & PAPAUX (A.) (Eds.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Paris, Pedone, 1997, 317 p.

WARRING (J.), « Underground debates : The Fundamental Differences of Opinion that Thwart Unesco's Progress in Fighting the Ilicit Trade in Cultural Property », *E.I.L.R.*, 2005, vol. 19, pp. 359-363.

### **3-DOCUMENTS OFFICIELS**

#### **Actes adoptés au sein d'organisations internationales**

##### **UNESCO**

UNESCO : « La lutte contre le trafic illicite des biens culturels. La convention de 1970 : bilan et perspectives », Dossier d'information CLT/2011/CONF/207/6/Rev produit par la Division de l'information du public et le Secteur de la Culture de l'UNESCO à l'occasion du 40<sup>e</sup> anniversaire de la Convention de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de la propriété illicites des biens culturels, 15 et 16 mars 2011, Paris, Siège de l'UNESCO, p. 3. Document disponible sur le site internet de l'UNESCO.

UNESCO, Comité du patrimoine mondial, *Décision 32COM 8B 102 – Examen des propositions d'inscriptions – Temple de Préah Vihéar (CAMBODGE)*, Québec, Canada, 2-10 juillet 2008, 32<sup>ème</sup> session. Document disponible à l'adresse électronique suivante : <http://whc.unesco.org/fr/decisions/1548>.



UNESCO, Conférence générale, Statuts du Comité intergouvernemental pour la promotion du retour des biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale, Résolution 4/7.6/5, 20<sup>e</sup> session, Paris, 24 octobre-28 novembre 1978

M'BOW (A-M.) : « Trafic illicite et restitution des biens culturels. Pour le retour, à ceux qui l'ont créé, d'un patrimoine culturel irremplaçable », déclaration du directeur général de l'Unesco, 7 juin 1978, p. 3. Disponible à l'adresse électronique : [www.unesco.org/culture/fr/illicittrafficking](http://www.unesco.org/culture/fr/illicittrafficking).

UNESCO, Résolution 20 C/4/7.6/5, adoptée à Paris lors de la 20<sup>ème</sup> session de la Conférence générale, 24 octobre au 28 novembre 1978.

UNESCO, *Kit d'information sur la promotion de la restitution des biens culturels*, disponible à l'adresse électronique suivante : [http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL\\_ID=35283&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=35283&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

## **ONU**

AGNU, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution A/RES/61/295 du 13 septembre 2007

AGNU, *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, résolution 56/83, 12 décembre 2001.

COBO (M.), *Étude du problème des discriminations à l'encontre des populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1986/7, Rapport de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 1986.

AGNU, Résolution 3391 (XXX), *Restitution des œuvres d'art aux pays victimes d'expropriation*, 19 novembre 1975, 30<sup>ème</sup> session.

AGNU, résolution 3148 (XXVIII), *Préservation et épanouissement des valeurs culturelles*, 14 décembre 1973, 28<sup>ème</sup> session.

## **Union européenne et communauté européenne**

Directive du Conseil de l'Union européenne 93/7/CEE, 15 mars 1993, *relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre*.

Règlement (CEE) n°3911/92 du Conseil, 9 décembre 1992, *concernant l'exportation de biens culturels*.

## **Unidroit**

SCHNEIDER (M.) : Secrétariat d'Unidroit, *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, *Revue de droit uniforme*, 2001, n°3, vol. 61, pp. 477-565.

Unidroit, *Projet de Convention portant loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels* (« LUAB »), *Revue de droit uniforme*, 1975, vol. 1, p.68.

## **ICOM**

ICOM, *Déclaration de la présidente de l'ICOM Alissandra Cummins*, 2006, disponible à l'adresse électronique suivante : <http://icom.museum/qui-sommes-nous/la-vision/declarations/L/2.html>

ICOM, *Code de déontologie pour les musées*, 15<sup>e</sup> Assemblée générale, Buenos-Aires, 4 novembre 1986. Modifiée en 2001 et révisée en 2004. Document disponible à l'adresse électronique suivante : [http://archives.icom.museum/ethics\\_fr.html](http://archives.icom.museum/ethics_fr.html)

## **IDI**

Institut du Droit International, *Résolution sur l'application du droit public étranger*, Session de Wiesbaden 1975, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, p. 550.

### **Conventions internationales**

Convention (II) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Règlement annexe de 1899. Modifiée par la Convention (IV) de 1907.

Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, avec Règlement d'exécution de 1954.

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

Convention n° 169 de l'O.I.T du 27 juin 1989. concernent les peuples indigènes et tribaux.

Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels.

Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités

Convention Unidroit de 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés.

### **Jurisprudence internationale et interne**

#### **Jurisprudence internationale :**

C.I.J., *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, arrêts du 26 novembre 1984 et du 27 juin 1986, Recueils 1984, p. 392. et 1986, p. 14.

C.I.J., *Affaire de la Délimitation du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, Recueil, 1969, p. 3.

C.I.J., *Affaire du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud, Liberia c. Afrique du Sud)*, arrêt du 21 décembre 1962, exceptions préliminaires, Recueil, 1962, p. 328.

C.I.J., *Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt du 15 juin 1962, fond, Recueil, 1962, p. 6.

C.I.J., affaire *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955 (deuxième phase), Recueil, 1955, p. 4.

C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, 2<sup>e</sup> phase, Recueil 1970, p. 3.

C.P.J.I., *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, arrêt du 13 septembre 1928, fond, Recueil, Série A n°17, p. 47.

C.P.J.I., *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (Gouvernement de la République Hellénique c. Gouvernement de Sa Majesté britannique)*, arrêt du 30 août 1924, exceptions préliminaires, Recueil, Série A n°2, partie V, p. 35.

*Maria V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, George Bentley c. République d'Autriche*, Sentence arbitrale du 15 janvier 2006. Disponible à l'adresse électronique suivante : <http://www.bslaw.com/altmann/klimt>

#### Jurisprudence interne :

Cour d'appel de Paris, *Affaire République du Guatemala*, arrêt du 20 janvier 1988, *Gazette du Palais*, 1988/1, p. 199.

Court of appeals, Seventh Circuit, *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg Feldman Fine Arts*, 24 october 1990, *Federal Reporter*, February 1991 – October 1990, 1990, 2<sup>d</sup> ed., vol. 917, p. 261.

Court of appeals, Second Circuit, *De Weerth v. Baldinger*, 30 december 1987, *Federal Reporter*, February-January 1988, 2<sup>d</sup> ed., vol. 836, p. 103.

Court of appeals, Second Circuit, *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*, 5 may 1982, *Federal Reporter*, May-June 1982, 2<sup>d</sup> ed., vol. 678, p. 1150.

Courts of appeals, *Attorney General of New Zealand v. Ortiz and others*, 1<sup>st</sup> april 1982, *All England Reports*, 1982, p. 432.

High Court, Chancery Division, *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd. and another*, 5 november 1979, *The Law Reports, Part 9-11*, november 1980, p. 496.

#### Articles de presse (quotidiens et hebdomadaires)

ABUNGU (G.) : « La Déclaration : une question controversée », *Les Nouvelles de l'ICOM*, vol. 57, n°1, 2004, disponible sur le site internet de l'ICOM à l'adresse électronique suivante : <http://www.museum.or.jp/icom/universal.html>

BAQUE (P.) : « Enquête sur le pillage des œuvres d'art », *Le monde diplomatique*, janvier 2005, p. 19.

CASTELAIN (J-C) : « Vers une OPEP des objets archéologiques ? », *L'Œil*, n°624, mai 2010, disponible sur le site internet Artclair à l'adresse électronique suivante : [http://www.artclair.com/oeil/archives/docs\\_article/75149/vers-une-opep-des-objets-archeologiques.php](http://www.artclair.com/oeil/archives/docs_article/75149/vers-une-opep-des-objets-archeologiques.php).

CORTEGGIANNI (J-P.) : « Qui sont donc les pillards du musée du Caire ? Les propos du ministre Zahi Hawass éveillent les soupçons », *Le Monde*, 24 février 2011.

FLOUQUET (S.) : « Le retour des biens culturels en débat », *Le journal des arts*, n°342, 4 mars 2011.

LEWINO (F.) : « L'Indiana Jones égyptien rend son chapeau ministériel », *Le Point*, 4 mars 2011, disponible à l'adresse électronique : [http://www.lepoint.fr/actu-science/l-indiana-jones-egyptien-rend-son-chapeau-ministeriel-04-03-2011-1302840\\_59.php](http://www.lepoint.fr/actu-science/l-indiana-jones-egyptien-rend-son-chapeau-ministeriel-04-03-2011-1302840_59.php).

NOCE (V.), « Par retour de Corée », *Libération*, 18 décembre 2010, disponible à l'adresse électronique suivante : <http://www.liberation.fr/culture/01012302888-par-retour-de-coree>.

SCHUSTER (P-K) : « Les trésors des cultures du monde dans le musée public », *Les Nouvelles de l'ICOM*, vol. 57, n°1, 2004, disponible sur le site internet de l'ICOM à l'adresse électronique suivante : <http://www.museum.or.jp/icom/universal.html>

### **Divers**

Loi n°2002-323 du 6 mars 2002, *relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud*, JORF du 7 mars 2002, p. 4265

MAC GREGOR, British Museum, *La Déclaration sur l'importance et la valeur des musées universels*, disponible en anglais à l'adresse électronique suivante : <http://www.museum.or.jp/icom/universal.html>.

## TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	III
Sigles et abréviations.....	IV
Sommaire.....	V
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>

### PREMIÈRE PARTIE

#### LA NATURE DE LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS

<b>CHAPITRE I. LA CONSISTANCE DE L'INTÉRÊT COLLECTIF À LA RESTITUTION DES BIENS CULTURELS .....</b>	<b>21</b>
---	-----------

SECTION 1. LA DÉTERMINATION DU LIEN DE RATTACHEMENT ENTRE LE BIEN CULTUREL ET SA COMMUNAUTA D'APPARTENANCE .....	22
--	----

<b>§ 1. Le malentendu dans la qualification des intérêts juridiquement protégés .....</b>	<b>23</b>
<i>A. L'invocation de l'internationalisme et du nationalisme culturel en matière de restitution .....</i>	<i>23</i>
<i>B. L'impossible évincement du lien de rattachement entre le bien et son patrimoine culturel .....</i>	<i>27</i>

<b>§ 2. Le rattachement au patrimoine comme intérêt juridiquement protégé .....</b>	<b>32</b>
<i>A. Le signifiant culturel comme intérêt fondamental d'une communauté culturelle donnée .....</i>	<i>32</i>
<i>B. L'hétérogénéité réductible des communautés culturelles ayant un intérêt fondamental .....</i>	<i>34</i>

SECTION 2. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES BIENS CONSIDÉRÉS EN TANT QU'ÉLÉMENTS DU PATRIMOINE CULTUREL .....	40
---	----

<b>§ 1. Un titre de compétence réel et étatique pour qualifier les biens culturels .....</b>	<b>40</b>
<i>A. Un pouvoir de qualification des biens culturels confisqué par l'État .....</i>	<i>41</i>
<i>B. Un pouvoir de qualification fondé sur un titre de compétence réelle .....</i>	<i>43</i>

<b>§ 2. Les méthodes conventionnelles de qualification des biens culturels .....</b>	<b>47</b>
<i>A. L'encadrement de l'exercice du pouvoir étatique     de détermination des biens culturels .....</i>	<i>47</i>
<i>B. La reconnaissance conventionnelle du titre de     compétence réelle des États .....</i>	<i>52</i>
 <b>CHAPITRE II.          LES FONDEMENTS DE L'OBLIGATION DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS .....</b>	<b>57</b>
 SECTION 1. LA NATURE ET LE CONTENU DE L'OBLIGATION DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS .....	 57
 <b>§ 1. La nature de l'obligation de restitution des biens culturels .....</b>	<b>57</b>
<i>A. L'établissement d'une obligation primaire de restitution     des biens culturels .....</i>	<i>57</i>
<i>B. La restitution entre obligation de comportement et obligation     de résultat .....</i>	<i>60</i>
 <b>§ 2. Le contenu de l'obligation primaire de restitution des biens culturels.....</b>	<b>64</b>
<i>A. L'inexistence juridique d'un intérêt collectif à la restitution     des biens culturels.....</i>	<i>65</i>
<i>B. Un intérêt commun à la restitution des biens culturels dans     des relations intersubjectives .....</i>	<i>69</i>
 SECTION 2. LE SOURCES DE L'OBLIGATION DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS .....	 76
 <b>§ 1. L'effectivité relative de l'obligation conventionnelle de restitution.....</b>	<b>77</b>
<i>A. L'absence d'adhésion universelle à l'obligation conventionnelle     de restitution .....</i>	<i>77</i>
<i>B. La prévention du trafic illicite favorisé par     les organisations internationales .....</i>	<i>79</i>
 <b>§ 2. Le droit international général au soutien de l'obligation de restitution .....</b>	<b>82</b>
<i>A. L'absence de coutume générale consacrant l'obligation     primaire de restitution .....</i>	<i>82</i>
<i>B. Les principes généraux du droit et la consécration d'une</i>	

	<i>obligation générale de restitution</i> .....	
86		

## DEUXIÈME PARTIE

### LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA RESTITUTION DES BIENS CULTURELS

#### CHAPITRE I. L'EXERCICE DU POUVOIR DE REVENDICATION DES BIENS CULTURELS EN CAS DE TRAFIC ILLICITE .....

94

##### SECTION 1. L'INDEMNISATION DE L'ACQUÉREUR A *NON DOMINO* COMME CONDITION D'EXERCICE DU POUVOIR DE REVENDICATION DES BIENS CULTURELS .....

S

##### § 1. La prise en compte de la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* .....

95

*A. Le rejet du principe de la bonne foi acquisitive*

*aux dépens de l'acquéreur a non domino* ..... 95

*B. La prise en compte de la bonne foi pour l'indemnisation*

*de l'acquéreur a non domino* ..... 100

##### § 2. La caractérisation de l'indemnité de l'acquéreur *a non domino* .....

S

*A. L'indemnisation comme manifestation de l'équité*

*dans les procédures de restitution*.....

106

*B. La nature de l'indemnité attribuée et le destinataire*

*de l'obligation d'indemnisation* ..... 111

##### SECTION 2. LA PRESCRIPTION DE LA REVENDICATION D'UN BIEN CULTUREL VOLÉ OU ILLICITEMENT EXPORTÉ .....

116

##### § 1. Une harmonisation délicate des prescriptions en matière de revendication.....

ICI

*A. Le renvoi aux droits nationaux comme frein au développement*

*des principes généraux* ..... 117

*B. L'harmonisation des règles de prescription au soutien*

*des principes généraux du droit*..... 119

##### §2. L'harmonisation des délais de prescription en cas de propriété publique.....

121

*A. L'évincement des délais de prescription absolu*

*en cas de propriété publique*..... 122

*B. La distinction entre l'exclusion du délai de prescription absolu*

*et la notion de rétroactivité*..... 124

#### CHAPITRE II. AES MODES JURIDIQUES DE LA RESITUTION DES BIENS CULTURELS .....

127

SECTION 1. LES MODES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS AU SOUTIEN DU DÉVELOPPEMENT D'UN ORDRE PUBLIC CULTUREL INTERNATIONAL .....	128
<b>§ 1. L'extension horizontale des régimes de restitution des biens culturels</b> .....	128
<i>A. L'opportunité politique ou le recours aux modes diplomatiques de règlement des différends</i> .....	129
<i>B. L'encadrement institutionnel du règlement des différends relatifs à la restitution</i> .....	134
<b>§ 2. L'extension verticale des régimes de restitution des biens culturels</b> .....	140
<i>A. Le contentieux judiciaire au soutien des régimes de restitution des biens culturels</i> .....	140
<i>B. Le contentieux arbitral au soutien des régimes de restitution des biens culturels</i> .....	143
SECTION 2. LA DIVERSIFICATION DES MODES DE RESTITUTION DES BIENS CULTURELS .....	146
<b>§ 1. Le recours aux méthodes alternatives à la restitution pure et simple</b> .....	147
<i>A. La restitution pure et simple comme garantie du lien de rattachement culturel</i> .....	147
<i>B. La conciliation des intérêts en présence par le recours aux modes alternatifs de restitution</i> .....	150
<b>§ 2. Les modes de restitution face à l'obligation primaire de restitution</b> .....	153
<i>A. Les modes alternatifs comme exécution d'une obligation secondaire de réparation</i> .....	153
<i>B. Les modes alternatifs comme exécution d'une obligation primaire de restitution</i> .....	157
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	160
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	165
1- Ouvrages .....	165
2- Articles .....	166
3- Documents officiels .....	168
Actes adoptés au sein d'organisations internationales .....	168
Conventions internationales .....	170
Jurisprudence internationale et interne .....	170
Articles de presse (quotidiens et hebdomadaires) .....	171
<b>ANNEXES</b> .....	177



## ANNEXES

**Annexe n°1.** Direction du Louvre, *Communication peintures égyptiennes*, communiqué de presse relatif à la restitution des fresques égyptiennes acquises en violation de la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, octobre 2009.

**Annexe n°2.** Ministre de la culture et de la communication, M. Mitterand (F.), arrêté du 05 novembre 2009 portant déclassement de biens de collections de musées de France appartenant à l'État, République Française, Ministère de la culture et de la communication NOR : MCCFO924800A.

**Annexe n°3.** Échange de lettres entre le Ministre égyptien de la culture M. Zahi Hawas et le Président-Directeur du Musée du Louvre M. Henry Loyrette. Échange relatif au prêt du *Zodiaque de Dendera* à l'Égypte pour l'exposition inaugurale du Musée de Gizeh en 2012. Lettre du 2 mai 2007 émise par le Ministre égyptien de la culture et réponse du Président-Directeur du Musée du Louvre du 3 juillet 2007.

**Annexe n°4.** ANDREU (G.), DAVID (E.), DELANGE (E.), Service des antiquités égyptiennes du Musée du Louvre, *Le Zodiaque de Dendéra*, Communication sur l'impossibilité de prêter le zodiaque au Service égyptien des antiquités égyptiennes.

**Annexe n°5.** Andreux (G.), Directrice du département des antiquités égyptiennes du Musée du Louvre, *Le point sur la demande de prêts présentée par Zahi hawass à divers grands musées égyptologiques occidentaux pour l'inauguration du futur musée de Giza en 2012*, note interne, 5 octobre 2007.