

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LE STATUT DES RESTES HUMAINS ARCHEOLOGIQUES*

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2011) [Le statut des restes humains archéologiques. Commentaire de la loi du 18 Mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections.](#) Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP) (1). p. 89-111.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# LE STATUT DES RESTES HUMAINS ARCHEOLOGIQUES<sup>1</sup>

Tout comme Saint-Denis, premier évêque de Paris, la légende veut que, dans les Pyrénées, le jeune berger Gaudens ait été décapité, car il refusait aux Wisigoths, alors installés à Toulouse, d'abjurer sa foi chrétienne. Se relevant, il aurait pris sa tête entre ses mains, pour courir se réfugier dans l'église dont les portes se seraient refermées aussitôt derrière lui. Les fidèles auraient alors recueilli son corps et conservé ses ossements à Saint-Gaudens. Sans entrer dans une ethnologie morbide, ce culte des saints céphalophores, constitue un des repères occidentaux qui permettent sans doute de comprendre bien des revendications actuelles de peuples autochtones relatives à des têtes de guerriers maories, par ailleurs tout à fait étrangères à la logique juridique du Code de la propriété des personnes publiques.

Animée par cet esprit d'ouverture, l'Assemblée nationale a adopté, définitivement et sans modification, le 4 mai 2010, la proposition de loi visant à autoriser la restitution à la Nouvelle-Zélande de têtes maories, mettant ainsi fin à plusieurs années d'incertitudes et de blocages concernant lesdites têtes. Elle espère également, par un retour sur la gestion des collections, éviter d'autres « lois de circonstances », en réorganisant la procédure nécessaire à la sortie de ces biens du domaine public.

Cette loi, issue d'une proposition de la sénatrice Catherine Morin-Desailly, trouve son origine dans le contentieux qui oppose depuis 2007 la commune de Rouen à l'État. Le musée municipal de Rouen, labellisé « Musée de France » en 2003, possède en effet depuis 1875 une des seize têtes de guerriers maoris<sup>2</sup> conservées en France et qui ne sont plus exposées au public. Le Conseil municipal de Rouen avait en effet décidé de remettre ladite tête de guerrier, sur sa demande, à la Nouvelle-Zélande ; ce à quoi s'était opposé le préfet. Après deux décisions de la juridiction administrative annulant la délibération rouennaise<sup>3</sup>, la présente loi vise à autoriser la restitution par la France de l'ensemble des têtes maories et commence à prendre acte de la nécessité de préciser le statut des restes humains d'intérêt archéologique ou anthropologique en vue d'améliorer la gestion des collections.

L'article 1er de la présente loi dispose qu'« à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, les têtes maories conservées par des musées de France cessent de faire partie de leurs collections pour être remises à la Nouvelle-Zélande. » Par cette rédaction le législateur se veut doublement performatif. D'un côté, il opère le déclassement, hors du domaine public, des têtes maories, de l'autre, il le fait exclusivement en vue de leur remise à la Nouvelle-Zélande. Il décide donc à la fois de dispenser du respect de l'inaliénabilité et d'offrir son bien ou celui d'une

collectivité locale à un autre État. Le Parlement use ainsi d'un pouvoir extraordinaire de « propriété éminente », ne laissant pas de choix aux propriétaires de ces « biens » relevant d'un intérêt national<sup>4</sup>. Loi de circonstance, loi de souveraineté, ce texte tranche, telle l'épée le nœud gordien, tout à la fois la qualification juridique de ces restes humains sortis de leur statut de simple bien culturel, et les modalités de leur remise à l'étranger par leur « affectation » au-delà de la volonté des détenteurs.

Entre corps et domaine public, ces têtes posent d'abord à nouveau la question des restes humains archéologiques. Comme l'écrit Marie Cornu : « le corps humain est aussi dans nos musées. Il y paraît dans tous ses états : corps archéologique, corps biologique, tantôt objet de science et de connaissance, tantôt objet de curiosité. D'une certaine façon, sa présence nous est familière : les momies du Musée de l'homme, les corps surpris dans les tourbières ou en fuite dans les rues de Pompéi, les reliques et autres corps plus ou moins anonymes »<sup>5</sup>. S'y additionne la spécificité du corps d'abord réifié par l'exclusivité d'une approche muséographique, puis « réhumanisé » par la revendication de peuples autochtones. Le temps « météore » dessine alors une de ces étranges boucles dont Michel Serres décrit la logique<sup>6</sup>.

Il apparaît plus que jamais nécessaire de clarifier la situation des restes humains en rappelant que juridiquement et quel que soit son âge, le cadavre est une chose à laquelle s'applique le régime de la personnalité humaine, celle-ci se distinguant de la personnalité juridique comme support de droits et d'obligations réservées à la personne vivante. Ainsi le régime des lois de bioéthique, dédié au corps vivant, ne trouve pas à s'appliquer à ces restes funéraires. Quel que soit leur état de conservation, en tant que « choses », ils peuvent faire l'objet d'une appropriation, privée lorsqu'il s'agit d'un strict intérêt familial, publique lorsqu'apparaît un intérêt culturel ou scientifique, disons plus généralement d'un intérêt historiquement patrimonial sans être commercial. On écartera donc ici, en parfaite cohérence avec la Cour de Douai dans le cas de la tête de Rouen, la question du corps « ressource » d'organes et de produits, le cadavre voué à la thérapie d'autrui, car il s'agit alors d'un corps vivant dont seule la personnalité juridique a disparu. Ce statut que l'on peut qualifier d'« intermédiaire », celui du « gisant<sup>7</sup> », ne correspond pas à la redoutable question du corps « mort », frappé par un temps qui dure et engendre l'oubli.

Il en va ainsi, a fortiori, quand il s'agit de restes entrant en jeu dans des relations diplomatiques entre États, où ils acquièrent l'intérêt d'un objet de politique publique. Si les choses avaient été ainsi dites depuis les années 1990, beaucoup d'errances et de jurisprudences auraient été évitées. Il convient de sortir la tête maorie des incertitudes liées au corps mort, et de la confronter, de façon réaliste, aux règles de la domanialité publique mobilière telles

qu'issues du Code de la propriété des personnes publiques. La « chose humaine d'intérêt public » entre ainsi dans les règles d'une forme de propriété éminente par lesquelles l'État peut affecter un bien à un usage ou à un autre ou encore en faire don à un autre État<sup>8</sup>.

La présente loi paraît devoir susciter un double intérêt, ouvrant ensuite bien des pistes. La première dimension interroge le choix législatif de « consacrer », sans déqualifier, les restes humains. La valeur qui leur est accordée par le législateur amène à reposer la question de leur statut juridique sous l'angle du temps et de la société : une chose qui se voit traiter comme une personne (I). La seconde dimension met en avant le rôle de la loi comme instrument juridique permettant d'aliéner puis d'affecter des biens du domaine public mobilier (II). On fera donc ici retour sur les restes humains, avant de s'attacher à la question du retour de ses restes humains vers leur pays d'origine.

## ***I. — RETOUR SUR LES RESTES HUMAINS***

Les juges administratifs à Rouen, puis à Douai, ont à nouveau rencontré les récurrentes hésitations relatives à la qualification de la tête de guerrier momifiée et au choix du régime applicable. La commune arguait d'une extra-patrimonialité, selon elle, incompatible avec une appartenance au domaine public. Telle ne fut pas la position de l'État, par la voix de son préfet et de ses juges. Le législateur prend ici acte de cette réalité juridique de biens appropriables pour la dépasser en extirpant les têtes du lot des collections de restes humains au motif qu'un peuple, là-bas, les attend. Ce faisant il invoque le principe de dignité et actionne le concept juridique de personne humaine, appliqué au cadavre, insistant sur la « socialisation » du corps mort.

### ***A. — La traduction juridique de la considération accordée aux restes humains***

La première question porte sur l'applicabilité des normes issues des lois « bioéthique ». La ville de Rouen a argué en effet de l'indisponibilité du corps pour faire obstacle au droit de propriété et par conséquent à la domanialité publique, estimant le Code civil applicable<sup>9</sup>.

Une partie de la doctrine là en effet suivie sur ce terrain alors même qu'il semble que le corps mort échappe en grande partie à l'application de ce régime ainsi qu'en atteste la loi de

2008 relative au régime funéraire, spécifiquement votée pour le cadavre. Le Tribunal administratif de Rouen avait adopté une attitude prudente en acceptant l'applicabilité du Code civil tout en rejetant l'argument d'une contrariété au motif que les articles 16-1 et suivants « ne constituent que l'un des aspects du principe supérieur de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, [et n']ont pour objet que d'interdire l'appropriation à des fins mercantiles ou l'utilisation aux mêmes fins du corps humain, de ses éléments ou de ses produits »<sup>10</sup>. Le juge ne relève pas de conflit entre les dispositions du Code civil et les conditions de conservation au sein des collections municipales du musée de Rouen faute d'y voir une dimension commerciale. Le corps mort reste pourtant une chose, excluant l'application de ces dispositions du Code civil.

Confirmant la nature de ces restes humains, il semble important de réaffirmer la légalité de leur appropriation si l'on considère la propriété comme étant composée de deux éléments : le premier étant celui d'une titularité qui peut tout à fait incomber à une personne publique ou à une forme de copropriété familiale<sup>11</sup>, le second étant le pouvoir d'affectation et d'usage du bien, lequel peut être fortement encadré, voire spolié, lorsqu'il s'agit de restes humains comportant une valeur sociale et morale importante. Le prix marchand des restes funéraires n'en existe pas moins car ils sont vendus autant pour leur contenant plus ou moins artistique ou précieux que pour le seul contenu<sup>12</sup>.

À ce titre l'interdiction de l'exposition « Our body, à corps ouvert » sert de point de comparaison puisqu'il s'agissait d'exposer à la vue de tous des cadavres à l'intégrité pour le moins malmenée sans la dimension historique et culturelle qui entoure les restes néozélandais.

Dans cette affaire, le juge des référés, en appel, c'est légitimement attaché à la provenance des corps et au caractère douteux du consentement obtenu auprès des chinois ainsi exposés. Il n'a pas été au fond question d'appliquer le Code au cadavre mais de condamner le principe de l'appropriation sans cadre légal dans la mesure où l'on ne peut faire don de son corps qu'à la science ou pour prélèvement d'organes et que le texte français ne prévoit pas le don du corps à visée artistique ou pédagogique.

Selon l'article 16-1-1 du Code civil, créé par la loi du 19 décembre 2008<sup>13</sup> : « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence. » En écho, une circulaire du 26 avril 2007<sup>14</sup>, fortement inspirée du Code de déontologie de l'ICOM (International Council of Museums), préconise, d'étudier, conserver, présenter les restes humains « conformément aux normes professionnelles dans le respect du principe de dignité humaine ». Pourtant la question se pose d'une contradiction in ajdecto.

L'exposition de restes humains hors de tout consentement ou d'une utilité solidement justifiée ne pourrait-elle se concevoir comme attentatoire per se à la dignité, tout particulièrement lorsqu'une revendication venue d'outre-mer trouble la sérénité d'une exposition ou corrobore le malaise qui a déjà mené à retirer « l'objet du scandale » dans une réserve confidentielle.

Même tout juste après la mort, le statut du cadavre pose des difficultés aux juristes. « Le corps humain est en principe protégé après la mort parce qu'il porte la trace de la personne dont il fut le support biologique » écrit fort justement le professeur Pedrot<sup>15</sup>. Selon une opinion communément admise et confirmée par la jurisprudence civile, dans le face à face des personnes et des choses, le corps mort a basculé dans la seconde catégorie. Pourtant, les juges ont parfois une tendance lourde à l'assimiler à la personne humaine. Si la doctrine, de façon unanime, décrit l'état du droit comme supprimant la personnalité juridique au moment de la mort (que celle-ci se définisse par le critère cardiaque ou par celui de l'arrêt des fonctions cérébrales), et indépendamment du fait qu'un certain nombre d'éléments font encore produire des effets à la volonté du défunt et prolonge ainsi le sujet de droit au-delà de la mort (successions, disposition du corps, éventuellement souhait de procréation...), le cadavre entre sans conteste dans la catégorie des choses<sup>16</sup>, certes protégées, mais des choses tout de même.

Or, ce qui ne saurait plus être une personne juridique, reste très fortement personnalisé, socialement protégé<sup>17</sup>, comme en atteste la qualification retenue par le Conseil d'État lors de l'arrêt Milhaud<sup>18</sup>.

Le Conseil d'État a en effet entendu appliquer, pour la protection du cadavre d'un jeune homme en état de mort cérébrale, les principes déontologiques relatifs au respect de la personne humaine qui régissent la relation entre médecin et patient<sup>19</sup>. On peut avoir une lecture littérale de l'arrêt et admettre que l'application d'un régime juridique puisse s'opérer même dans le cas où la qualification en principe nécessaire à sa mise en place n'existe plus.

Ainsi, le juge ne dit pas expressément que le cadavre est un moment actif de la personne humaine ; il dit seulement que les principes relatifs à la personne humaine doivent continuer à s'appliquer à lui. On peut aussi, seconde hypothèse, estimer que le régime emporte la qualification et que le cadavre constitue une étape, la dernière, de la personne humaine, qui ne correspond plus du tout à la personnalité juridique, l'une survivant à l'autre au titre d'une protection publique objective<sup>20</sup>. Une troisième interprétation, plus marginale et casuistique, tient compte du fait qu'en l'espèce, le cadavre du jeune homme entrainé dans le cadre de la loi sur les prélèvements d'organes, qui, on le sait, crée un laps de temps (entre la mort cérébrale constatée et la mort cardio-pulmonaire artificiellement retardée) où la mort<sup>21</sup> (juridiquement

totale) n'est que partielle biologiquement<sup>22</sup>. Dans ce temps très bref, nécessaire aux prélèvements d'organes, le cadavre reste très fortement « socialisé » (la famille est entendue pour le prélèvement, les médecins s'affairent autour des fichiers informatisés de receveurs)<sup>23</sup>.

Ce ne serait dès lors que pendant ce moment, presque « entre deux morts », que la personnalité humaine perdurerait quand la personnalité juridique aurait disparu.

### *B. — La mobilisation du principe de dignité*

À travers le principe de dignité, omniprésent tant dans les textes existants qui protègent la dépouille que dans les motifs de la présente loi, le législateur concrétise le critère de la « socialisation » des restes humains. Pour que l'État s'inquiète du sort des restes, encore faut-il qu'un groupe humain le revendique. Le juge, contrôlant l'action des autorités aptes à affecter ces restes à une collection où à les en sortir, pourrait ainsi se saisir de cette condition : susciter l'intérêt personnel d'une communauté qui ainsi « socialise » la chose humaine.

Le régime législatif, désormais civil et pénal, qui régit le respect du cadavre confirme que c'est toute la mort qui se trouve investie par la dignité de la personne humaine. Cette dernière se définit par la valeur supérieure attachée au respect d'un corps qui, mort ou vivant, situe l'individu dans une relation et un espace sociaux. Pour le dire autrement, la valeur accordée à l'intégrité du corps par lequel la personne « est au monde » pour tous puis, après la mort, pour les autres que lui, s'appelle respect, considération, soit dignité ; dignité dont le titulaire est la personne humaine, même lorsque l'être humain qui en était l'acteur et la personnalité juridique qui en était l'instrument, ont disparu. Le cadavre est, de manière décroissante dans le temps, traité « comme » une personne humaine tant qu'il se voit « socialisé », considéré comme digne d'intérêt par les vivants, et proportionnellement à cette existence sociale.

D'abord confié aux soins de sa famille, et plus largement de ceux qui en gardent le souvenir, éventuellement protégé par les soins d'une communauté plus large comme une personne publique, le corps mort de la personne peut encore transcender le temps pour jouir de l'intérêt des générations suivantes unies à lui par un culte ou une simple croyance. La protection du cadavre se place donc également sous le signe de la dignité<sup>24</sup>, mais il s'agirait moins de la dignité de l'être humain qui suppose d'être en vie que d'une réminiscence d'une dignité sociale de la personne dont le souvenir suscite le respect<sup>25</sup>. C'est pourquoi les restes du cadavre ne connaissent qu'un très faible niveau de protection et que les sépultures et les dépouilles fort anciennes, ne faisant plus l'objet d'un culte, sont violées sans que l'on pense à se soucier de leur

dignité. Le cadavre est protégé par une dignité due par les vivants au souvenir et au respect coutumier des morts et non d'une dignité due à l'humanité du corps mort. Contrairement à ce qu'il est parfois soutenu<sup>26</sup>, il ne s'agit pas à proprement parler de la dignité attachée à l'être humain, la dignité humaine, mais bien une question de personnalité, qui se conçoit dans sa dimension sociale et relationnelle<sup>27</sup>. La convergence en philosophie et en droit de nombres de théories, qui lient fortement personne et lien social, éclairent autant les débuts de la vie que sa fin. En droit, ne sera « personne », qu'il s'agisse de la personnalité juridique ou de la personne humaine comme individu, que le sujet inscrit dans un groupe.

La socialisation de la « tête maorie » et autres « pièces archéologiques » se différencie donc nettement du traitement habituel des restes humains au prisme de l'ordre public étroitement limité aux considérations d'ordre sanitaire<sup>28</sup> qui figurent au Code Général des Collectivités Territoriales. Pour autant ordre moral et ordre sanitaire se mêlent parfois comme en attestent les règles précises concernant le traitement des restes humains dont la concession funéraire est achevée et qui ne font pas l'objet d'une réclamation. Une fois la concession funéraire juridiquement reprise, la revente implique l'exhumation des corps<sup>29</sup> sous la surveillance de fonctionnaires municipaux afin d'être « réunis dans un cercueil de dimensions appropriées », reliquaire ou boîte à ossements<sup>30</sup>, pour être ré-inhumés dans un ossuaire ou faire l'objet d'une crémation. Les opérations d'exhumation qui ne respecteraient pas l'objet particulier que sont les restes humains peuvent être constitutives du délit de violation de sépulture et d'atteinte à l'intégrité du cadavre de l'article 225-17 du Code pénal<sup>31</sup>.

On se souvient aussi de la jurisprudence du Conseil d'État, faisant référence à la dignité des morts dans une affaire où le propriétaire d'un chien l'avait fait inhumer dans le caveau familial. Le Conseil avait admis la légalité d'un arrêté municipal ordonnant que le chien soit retiré du cimetière municipal au nom du respect des morts<sup>32</sup>. Si l'on admet que les morts n'existent plus comme sujets de droit, mais encore comme objets de dignité, on admet que le droit fasse agir le concept de personne humaine dans le cas du souvenir des morts<sup>33</sup>. Ainsi peut-on rejoindre, d'une autre façon, le concept de « choses sacrées » soutenu par le professeur Xavier Labbé<sup>34</sup>.

Le critère de la socialisation pourrait ainsi fournir la clé à la fois sociologique et jurisprudentielle d'une distorsion importante des régimes juridiques associés aux différentes dépouilles mortuaires. Nombre de momies égyptiennes ne faisant plus l'objet d'un culte ou d'une quelconque considération ont pu faire leur entrée au musée, alors que des restes attendus par des peuples autochtones encore attachés à leurs ancêtres et à leurs rites font l'objet d'une réclamation<sup>35</sup>. Entre les deux, les reliques des saints et des martyrs chrétiens, après avoir été

morcelées sont aujourd'hui dispersées entre lieux de cultes, musées et collections privées, plus ou moins protégées.

Les restes humains méritent respect en eux-mêmes et pour ce qu'ils représentent. Dans un arrêt du 26 novembre 2008, Syndicat mixte de la vallée de l'Oise<sup>36</sup>, le Conseil d'État a confirmé l'appréciation portée, là encore, par la Cour d'appel de Douai<sup>37</sup>, autorisant l'implantation d'une installation classée de retraitement des déchets sur un site de combats de la Première guerre où reposeraient trois cents dépouilles. Admettant que le principe de dignité puisse intervenir en matière de police des installations classées, le juge ne le met pas moins en balance avec les nécessités du projet et minimise l'atteinte portée aux restes humains car « dans l'hypothèse où des restes humains seraient exhumés au cours du chantier, une procédure, faisant l'objet d'un protocole d'accord, a été mise en place, en liaison avec la gendarmerie, la direction départementale des anciens combattants et des associations patriotiques, en vue de leur relèvement et de leur inhumation ». Ces précautions étant prises, le site peut être occupé, semblant trop secondaire par rapport à d'autres champs de bataille. Le fait que d'autres lieux servent la mémoire et le recueillement conduit à négliger l'atteinte portée aux ossements. La jurisprudence donne donc à voir la conscience de la force de la considération sociale par les « usages sociaux » des morts.

Les revendications des peuples autochtones relatifs aux restes humains s'inscrivent pleinement dans cette matrice de la socialisation. Le souvenir où le culte voué aux ancêtres étend la protection familiale à l'ensemble d'une communauté. Très éloignées des réflexes français, ces conceptions sont davantage connues en Océanie, en Amérique du Nord ou en Amérique latine. Relayées par les relations diplomatiques nouées avec la Nouvelle-Zélande, les revendications des peuples maoris ont trouvé droit de cité. Ainsi que l'écrit Marie Cornu, « la dépouille mortelle serait un bien extrapatrimonial sur lequel s'exerce collectivement un droit moral. » La réclamation porte, pour l'instant, sur une restitution ; elle deviendra, tôt ou tard, celle d'une indemnisation, plus largement d'une réparation morale. Xavier Labbé évoque un jugement du tribunal de grande instance de Lille accordant une indemnisation à une famille pour la mise en fosse commune des restes d'un ascendant prélevés par erreur dans une concession en cours. Le juge estime que les ossements humains sont une chose sacrée dont le mésusage suppose réparation.

La dimension culturelle renforce encore le critère de la socialisation. Il faut en effet séparer la question de la restitution de restes humains à un culte, aussi peu pratiqué soit-il, du mouvement général de restitution des biens culturels, notamment pour des cultes éteints comme ceux de l'Égypte ancienne<sup>38</sup>. Ces deux dimensions se trouvent confondues dans les rapports

parlementaires alors que les justifications de l'une ne peuvent servir à l'autre, en particulier la question de la dignité<sup>39</sup>.

En droit interne, les biens culturels appartiennent au domaine public que l'on se fonde sur le critère de la détermination par la loi, ou comme moyens indispensables ou au moins nécessaires à l'intérêt général. Les chasubles, ciboires, croix, reliquaires ou châsses sont ainsi communément intégrés à la propriété des personnes publiques<sup>40</sup>. On imagine mal le clergé français revendiquer ceux de ces biens qui ne se trouvent pas actuellement dans les lieux de cultes. Mais nombre de reliques séjournent dans des musées ou dans leurs réserves.

Si la loi peut faire politiquement jurisprudence quel serait le choix des autorités publiques s'il fallait réaffecter au culte chaque vestige de saint et de martyr ? La question n'est pas à l'agenda politique et juridique, preuve que la socialisation du corps mort joue un rôle central dans la détermination de la règle.

Par l'intermédiaire du gouvernement néo-zélandais<sup>41</sup>, le peuple maori réclame la restitution afin d'offrir à ses ancêtres une sépulture conforme à leur culture<sup>42</sup>. Plus curieux sans doute, les têtes doivent y faire « l'objet de recherches » par le Musée national de Nouvelle-Zélande Te Papa Tongarewa de Wellington avant d'être inhumées dans le musée lui-même dans un lieu prévu à cet effet. Le culturel et le cultuel ne se distingueront donc toujours que difficilement dans l'éternité. Le choix de donner l'objet du litige à la Nouvelle-Zélande révèle en fait un arbitrage hautement politique entre d'un côté la conservation de la pièce et, peut-être, le caractère malsain de son exposition au grand public, et d'autre part le choix de l'inhumer sans en garder d'autres traces que sa numérisation. Le débat philosophique est fort entre l'intérêt scientifique et pédagogique de l'humanité dans son ensemble (exposition dans les musées) et le lien personnel qu'une communauté entend avoir avec ce que l'Occident tient pour un objet.

La présente loi reconnaît la primauté d'un « autre regard qui passe à travers » l'objet pour y voir la personne humaine qu'il a été.

Reste qu'il demeure difficile pour le droit français d'imaginer une revendication collective de type patrimonial. Difficile à traduire en termes juridiques, le traitement sera donc politique, par l'intervention du législateur sur le plan de relations diplomatiques. L'idée est alors de rendre à un culte reconnu dans une nation étrangère un élément qui demeure pour le droit français un bien culturel parmi tant d'autres.

## **II. — SUR LE RETOUR DES RESTES HUMAINS**

Ce retour, demandé et accepté, se heurte aux règles de protection de « notre » patrimoine muséologique régi par une hypertrophie de la domanialité publique. Au-delà du déclassement conjoncturel des têtes maories, la loi tente de faciliter pour l'avenir la sortie des restes humains des collections en étendant les compétences de la Commission scientifique nationale des collections dont le mécanisme semble jusqu'ici grippé. Ce faisant, d'abord l'État use de l'instrument législatif pour briser ses propres réticences et choisir la destination d'un bien quelles que soient les volontés de ses propriétaires. Ensuite, le législateur aborde la question par sa dimension bureaucratique. Plutôt que de poser un régime adéquat pour les restes humains en général, il opte pour une politisation de la gestion des collections par le rôle d'une commission qui sera à même de prendre en compte d'autres revendications sociales du type néo-zélandais et non plus se contenter d'être un gardien féroce de l'orthodoxie domaniale. Ainsi se manifeste une forme de « propriété éminente » de l'État.

### *A. — La levée de l'obstacle domanial*

La présente loi intervient sur la gestion du domaine public mobilier d'une collectivité territoriale. Elle se situe dans une tradition d'intervention législative qui parfois définit le domaine<sup>43</sup> et parfois le « gère ». De longue date, le législateur a entendu intervenir pour protéger les biens meubles d'intérêt historique ou artistique. La loi du 30 mars 1887, relative à la conservation des monuments et objets d'arts ayant un intérêt historique ou artistique<sup>44</sup> a été maintes fois actualisée depuis<sup>45</sup>. Elle ouvre plus généralement la liste de lois venues nourrir ponctuellement et volontairement le domaine public mobilier<sup>46</sup>. Pour ne citer que les plus récentes : la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002<sup>47</sup>, la loi du 4 janvier 2002 relative aux musées de France<sup>48</sup> ou encore la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit par ordonnances<sup>49</sup>. L'actuel et récent Code Général de la propriété des personnes publiques accentue cette tendance en renouant avec le principe d'une délimitation du domaine par listes législatives<sup>50</sup>.

Devant les juridictions administratives, il a été question de l'impossibilité de déclassement des têtes maories. L'incertitude du cadre juridique a cependant conduit à quelques hésitations. Les premiers juges ont admis la coexistence des régimes civil et administratif quand les juges d'appel ont insisté sur le caractère nécessairement dérogoire et exclusif de la

domanialité publique (au prix d'une extension de l'extra-patrimonialité et d'une mise en doute du principe de la propriété publique). La censure du juge d'appel intervient donc tout à la fois en raison de l'absence de consultation de la Commission scientifique nationale des collections mais également sur le principe même de l'impossibilité de ce déclassement en raison de l'intérêt intrinsèque de cette tête de guerrier pour les collections nationales<sup>51</sup>.

Depuis le Code de la propriété des personnes publiques, se séparent très nettement deux régimes : d'un côté, celui du domaine public immobilier caractérisé par la question de la propriété et de l'affectation à la domanialité, et d'un autre côté le domaine public mobilier, caractérisé par l'intégration du bien au patrimoine des personnes publiques dans l'intérêt scientifique, archéologique et plus généralement culturel. Le domaine public mobilier obéit à une logique propre, à l'intérieur de laquelle les biens culturels forment un archétype où, sous couvert de protection, la liberté de l'État est grande. Selon l'article L. 111-1 de ce code : « Les biens appartenant aux collections publiques et aux collections des musées de France [...] sont considérés comme trésors nationaux ». Les biens des collections font partie du domaine public. Ils sont inaliénables (art. L. 451-5). On retrouve ainsi l'idée de patrimoine au sens du Code du patrimoine issu de l'ordonnance du 20 février 2004 qui souligne en son article premier que le patrimoine « s'entend de l'ensemble des biens, immobiliers et mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ». En tout premier lieu, et sans avoir besoin d'y insister, la régularité de l'acquisition de la propriété d'un bien conditionne sa domanialité, particulièrement s'agissant de legs comme dans le cas de la tête rouennaise<sup>52</sup>.

L'acquisition d'un bien mobilier par les collections publiques, s'appuie en principe sur l'identification d'un intérêt patrimonial (historique, artistique, archéologique, scientifique ou technique). « Il s'agit d'un choix de politique publique par délégation du législateur » écrit Marie Cornu<sup>53</sup>. L'accession au statut de bien domanial se pose donc, en principe, une fois le bien en possession de la personne publique (il s'agit alors de s'interroger sur son intérêt particulier), mais aussi d'emblée lorsqu'il s'agit du legs d'une personne privée. L'article L. 451-7 du Code du patrimoine dispose que « les biens incorporés dans les collections publiques par dons et legs ne peuvent être déclassés »<sup>54</sup>. En ce cas, pour rassurer les légataires sur la pérennité du respect de leur propre volonté par la personne publique, l'acquisition suffit à engendrer la domanialité mais avec le secours de la loi devenue nécessaire pour faire céder la double garantie, devenue « contrainte domaniale ». Concernant les têtes maories, celle de Rouen avait fait l'objet d'un don d'un particulier en 1875. Cette tête entrait donc sous la coupe de l'article qui prévoit que ces pièces ne puissent faire l'objet d'un déclassement.

L'intervention du législateur est donc à ce titre-là encore une fois inévitable et s'analyse comme un des éléments de la propriété éminente de l'État par la voie législative.

Les collections restées en réserve, non affectées, n'en appartiennent pas moins au domaine public puisqu'il n'est pas besoin d'affectation au sens du célèbre arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 1963 *Sieur Montagne*<sup>55</sup>. De longue date d'ailleurs, la seule appartenance aux collections royales a entraîné l'inclusion dans le domaine public<sup>56</sup>. Comme le montre Stéphane Duroy<sup>57</sup>, ce critère de l'intérêt culturel<sup>58</sup> du bien comme seul élément déterminant son intégration au domaine public, voire au régime particulier des monuments historiques, anime de longue date la protection des biens monarchiques, culturels et publics. Plus encore, le critère de l'intérêt culturel aurait toujours été sous-jacent aux deux autres dont l'usage devenait ainsi superfétatoire et purement formel<sup>59</sup>.

Comme le résume Jean-Gabriel Sorbara : « l'application du régime de la domanialité publique aux meubles ne sera pas ainsi la conséquence de leur destination, mais de leur nature même.

Pour déterminer si un meuble fait partie du domaine public, il ne faudra pas s'attacher à sa fonction mais à son intérêt culturel, scientifique ou technique. (...) Parce que la fonction de la domanialité publique mobilière est de préserver non la destination du bien, mais le bien en lui-même.<sup>60</sup> » Pour cet auteur, la volonté n'est pour rien dans l'appartenance au domaine d'où l'idée d'un domaine mobilier « par nature », qui intégrerait tout objet patrimonial présentant un intérêt listé par les textes législatifs. Mais cette façon de présenter l'état du droit masque en fait le pouvoir discrétionnaire dont disposent les musées autant pour acquérir leurs biens que pour les déclasser (en négligeant le fait que la question est abordée par une Commission nationale). En effet, dans l'un et l'autre cas, la reconnaissance d'un intérêt patrimonial n'a rien de « naturel », ou d'intrinsèque, mais relève d'une appréciation, d'une volonté sans contrainte autre que celle de l'expertise. Elle peut se qualifier de « politique ». La captation d'un bien en vue de lui appliquer un régime rigide qui est celui du domaine public, répond à un choix public assez semblable à celui de l'affectation à l'usage du public au service public ou encore à l'attachement à un immeuble<sup>61</sup>. Un bien n'est pas « par nature » dans le domaine, il le devient après reconnaissance de son intérêt pour le patrimoine. Certes, on comprend bien que ce que recouvre l'idée de « nature du bien » correspond plutôt à la « reconnaissance » d'une qualité « déjà là » du bien et non pas à un acte qui « confère » la dimension domaniale comme dans le cas d'une affectation au service public ou à l'usage du public. Mais ceci ne doit pas leurrer, d'un point de vue « interne » à l'administration, au moment de l'incorporation ou du déclassement des collections, la décision « fait » l'intérêt public autant qu'elle le constate<sup>62</sup>.

L'acte est juridiquement performatif autant qu'il s'impose du point de vue de l'expert historien ou galeriste. On en veut pour preuve le troublant article L. 451-7 du Code du patrimoine déjà rencontré qui du seul fait du legs fait la domanialité.

Il revient donc à l'administration elle-même d'apprécier si les têtes maories relèvent de l'art, de l'histoire, du culte ou du bien collectif d'un peuple autochtone. Prisées pour l'esthétique des tatouages qui l'ornent, mais tout autant adulées pour le souvenir des guerriers qu'elles campent pour l'éternité, ces têtes ont attendu un acte qualificatif révélant, aux yeux des français, leur destination « naturelle », disons « reconnue ». Le régime d'inclusion dans la domanialité se présente de façon asymétrique, très ouvert pour l'inclusion, très rigide pour la sortie<sup>63</sup>. Car justement cet intérêt est laissé à l'appréciation des différents acquéreurs publics, sous le contrôle d'une commission spécifique lorsqu'il s'agit de revenir sur ce choix. Le domaine mobilier se veut donc accueillant et ce n'est qu'au moment de la sortie du patrimoine que s'institutionnalise la subjectivité du choix ; laquelle a été jugée défailante et réaménagée par le présent texte.

On peut donc parler juridiquement du choix d'un « usage », d'une destination, à l'intérêt général, lequel se décline sous forme de conservation, d'exposition, de mise en valeur. Entre domaine privé et domaine public, concernant des biens mobiliers d'intérêt muséologique, la différence se joue sur une question de degré. Certains biens font l'objet d'une considération accrue qui répond bien à l'esprit d'une affectation en raison d'un besoin de protection accrue contre l'éventuelle incurie des propriétaires. Existe une politique publique des biens culturels qui se concrétise par une objectivation des choix d'intégration et de déclassement de ces biens.

L'essentiel réside alors dans l'institutionnalisation d'une procédure répartissant ce pouvoir de qualification-affectation entre les différents acteurs. Ce que fait le présent texte. Le rapport de Mme Le Moal a beau indiquer que l'aliénation proprement dite des biens, qui relève du droit de propriété, restera l'apanage des collectivités, les musées n'étant qu'affectataires, on mesure que l'obligation d'aliéner résulte, en elle-même de la seule volonté législative qui commande de remettre les têtes à la Nouvelle-Zélande. La propriété éminente s'exprime ici à plein, jouant avec les limites constitutionnelles<sup>64</sup> pour déroger aux principes du droit de propriété des personnes publiques autant qu'aux procédures habituelles de déclassement des biens domaniaux.

L'actuelle loi a connu quelques précédents législatifs<sup>65</sup>. La loi du 6 mars 2002<sup>66</sup> relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud disposait ainsi qu'« à 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 »<sup>67</sup>.

### *B. — Volonté politique et propriété éminente de l'État législateur*

Comme le note Jacques Lepers, Commissaire du gouvernement sur l'affaire rouennaise en appel : « c'est donc principalement un droit de la conservation et, exceptionnellement, un droit de l'échange. » Les têtes ne pouvaient donc être cédées sans déclassement et toute décision de déclassement d'un de ces biens ne peut être prise qu'après avis conforme de la Commission scientifique nationale des collections des musées de France (CSNCMF), instituée par l'article 16 du décret no 2002-628 du 25 avril 2002 en application de la loi no 2002-5 du 4 janvier 2002 (dont la composition et les modalités de fonctionnement sont fixées par le décret no 2002-1302 du 26 déc. 2002). En l'espèce, ladite commission n'avait pas été saisie, entraînant l'illégalité de la décision de céder la tête. Plus généralement, les rapporteurs parlementaires ont tous deux relevé que celle-ci, n'a pas joué son rôle en matière de déclassement puisqu'elle n'a rendu aucun avis. L'absence de saisine, liée à trop de rigidité et sans doute à une conception trop « expertale » ou technique du rôle de la commission, a entraîné une nécessité de réforme par la création d'une seconde institution : la Commission scientifique nationale des collections. Pour surmonter l'absence de déclassement par la voie normale, le législateur intervient. La présente loi consacre la Commission comme instrument d'affectation des biens par l'État. On remarque qu'en soit, la loi, en créant l'article L. 115-1 du Code du patrimoine, se préoccupe désormais de développer les missions de la Commission au-delà du seul déclassement des biens des musées de France tandis que l'ancienne commission conservera ses missions en matière de projets d'acquisition, de restauration et d'expertise sur les collections des musées sollicitant le label « musée de France ». Pour toutes les deux, la loi renvoie toujours à un décret en Conseil d'État le soin de préciser la composition et de fixer les modalités de fonctionnement.

Afin d'éviter un accroissement des interventions ponctuelles du législateur, il faudrait que la Commission soit saisie avec pour mandat de confronter l'intérêt de conservation et d'exposition avec la dignité attachée aux restes humains, concrétisée par la demande d'un peuple « autochtone ». Le titre Ier du livre Ier du Code du patrimoine est complété afin de redéfinir le rôle de la Commission scientifique nationale des collections. Désormais l'article L. 115-1. dispose que « la commission scientifique nationale des collections a pour mission de conseiller

les personnes publiques ou les personnes privées gestionnaires de fonds régionaux d'art contemporain, dans l'exercice de leurs compétences en matière de déclassement ou de cession de biens culturels appartenant à leurs collections, à l'exception des archives et des fonds de conservation des bibliothèques ».

Désormais la commission voit ses missions se déployer tant à l'égard des personnes publiques propriétaires que des personnes privées. Sa première fonction, celle qui innervent toute politique publique, relève de la régulation puisqu'elle définit, à destination des biens des domaines privés ou publics, des recommandations en matière de déclassement des biens appartenant aux collections des musées de France et d'œuvres ou objets inscrits sur l'inventaire du Fonds national d'art contemporain (FNAC) et confiés à la garde du Centre national des arts plastiques. La même ligne s'applique aux cessions des biens des fonds régionaux d'art contemporain (FRAC). Sa seconde mission relève de l'expertise sous la forme d'une consultation, par les autorités compétentes, « pour procéder à de tels déclassements ou cessions, sur toute question qui s'y rapporte ». Elle peut également être saisie pour avis par les personnes privées gestionnaires de fonds régionaux d'art contemporain, lorsque les collections n'appartiennent pas au domaine public, sur les décisions de cession. Dans un rôle accru, plus contraignant, de consultation, il est désormais prévu qu'elle donne son avis sur les décisions de déclassement de biens culturels appartenant aux autres collections qui relèvent du domaine public. Cet avis obligatoire a pour but de pallier l'absence de saisine qui caractérise la période précédente et qui a contribué au blocage de la restitution à la Nouvelle-Zélande.

Mais, plus encore elle « donne son avis conforme sur les décisions de déclassement de biens de ces mêmes collections », exerçant par là un véritable droit de veto décisionnel, véritable « police » du patrimoine impliquant des choix publics fermes sur l'intérêt de tel ou tel bien pour les collections nationales. Cela lui permettra d'intégrer des éléments de politique publique étrangers à la valeur intrinsèque du bien, comme les enjeux de relations internationales liés aux revendications autochtones sur les restes humains<sup>68</sup>.

Concernant l'usage fait du bien, on sera d'accord avec l'idée selon laquelle « s'agissant des meubles, en l'absence d'affectation, il semble qu'il faille considérer que l'utilisation doit se faire conformément à leur nature propre et à l'usage auquel le service public qui les utilise ou les met à la disposition du public les a destinés »<sup>69</sup>. En effet, le respect de la destination choisie du bien conditionne la légalité du comportement du propriétaire. Un intérêt scientifique ou historique implique une mise à disposition des chercheurs ou du public scolaire, un intérêt artistique ou esthétique, une exposition<sup>70</sup> ; une considération éthique portant sur des restes

humains amènera à déclasser en raison du décalage créé entre les finalités du régime de la domanialité et celui qui se fait jour avec les revendications diverses.

Cette réforme va dans le sens d'une fluidification des mouvements des œuvres. Le rapport de la commission Lévy-Jouyet<sup>71</sup> sur « l'économie de l'immatériel » recommande notamment de « renforcer le rayonnement des musées français en leur permettant « de louer et de vendre certaines de leurs œuvres selon des modalités également très encadrées (...) » ; comme nous l'avons vu, les musées ne sont actuellement pas propriétaires de leurs œuvres et n'ont pas la capacité d'avoir une gestion dynamique de leurs collections, consistant soit à louer des œuvres, soit à les vendre ». De même, le rapport Rigaud songe à autoriser des opérations de caractère patrimonial pour les collectivités publiques propriétaires des collections et les musées auxquels celles-ci sont affectées tout en refusant le principe de la vente en vue de rentabilité<sup>72</sup>.

La propriété se réduit à une prérogative du sujet sur un bien<sup>73</sup> et se recentre sur deux aspects : être titulaire du droit de propriété et se servir de la chose, avoir à soi et gérer<sup>74</sup>, avoir un lien avec le bien et en disposer<sup>75</sup>. Rapportées à l'État, ces deux dimensions de captation des biens (expropriation, biens en déshérence, préemption, nationalisation...) et d'affectation (de ses propres biens mais surtout de ceux d'autrui (mutations domaniales, mise à disposition des biens transmis dans le cadre de la décentralisation, limite de sortie du territoire de biens appartenant au patrimoine culturel) apparaissent comme des manifestations diverses d'une maîtrise par l'État de la propriété des autres personnes, privées et publiques, morales et physiques<sup>76</sup>. La voie législative offre un biais privilégié à l'exercice de cette forme de propriété éminente qui trouve son fondement constitutionnel dans les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'un plaçant le droit de propriété sous la protection de l'État, l'autre lui permettant d'affecter un bien à l'utilité publique<sup>77</sup>. La présente loi en fournit une bonne illustration. La loi détermine l'intérêt général qui justifie la captation des biens en vue de leur affectation ; elle apparaît encore comme l'instrument privilégié de redistribution des propriétés en dégageant les impératifs nationaux concurrents de la propriété comme la protection de l'environnement.

À la différence de l'administration, le législateur peut faire jouer des orientations déterminées par la soft law internationale. Le contexte a en effet peu à peu changé<sup>78</sup>. La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones portés par une Résolution de l'Assemblée générale le 13 septembre 2007, dispose d'un article 12 proclamant que « 1. Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement de leurs restes humains. 2. Les États veillent à permettre

l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés ». Si la France a signé ce texte, elle a émis un certain nombre de réserves tendant à restreindre son champ aux autochtones des collectivités territoriales d'outre-mer et conformément aux normes constitutionnelles relatives aux groupes. Le respect des croyances des peuples autochtones peut alors prendre la forme de principes constitutionnels comme la dignité de la personne ou objectifs constitutionnels comme l'ordre public, sous un aspect polymorphe qui ne vaut que pour les ancêtres des peuples autochtones. Philippe Richert, rapporteur au Sénat, a estimé « qu'aucun argument valable ne pouvait s'opposer à la sortie de ces têtes momifiées et tatouées des collections des musées de France et à leur restitution à la Nouvelle-Zélande, qui souhaite le retour de ces restes humains sur la terre de leurs ancêtres, pour qu'ils y reçoivent une sépulture conforme aux rites ancestraux. Il a indiqué que ce geste éthique répondait aux principes de dignité de l'homme et de respect des cultures et croyances d'un peuple vivant ». Le caractère politique, et partant national, de ce choix d'affecter donc un bien au domaine mobilier, est encore attesté par la future composition de la commission scientifique nationale des collections. Selon les rapports parlementaires, anticipant sur le décret à venir, elle comprendrait un député et un sénateur nommés par leur assemblée respective, des représentants de l'État et des collectivités territoriales, des professionnels de la conservation des biens concernés et des personnalités qualifiées. La présence d'élus locaux (dont l'un sera vice-président), représentants des propriétaires des collections, a fait l'objet de critiques lors des travaux parlementaires. Leur présence a toutefois été maintenue, attestant du caractère politique et non exclusivement expert de la domanialité mobilière. La présence des parlementaires doit être soulignée comme marque de l'institutionnalisation de la dimension volitive et politique de la propriété publique. De la même manière, la Commission devra remettre au Parlement un rapport sur ses orientations en matière de déclassement ou de cession des biens appartenant aux collections, dans un délai d'un an suivant la publication de la présente loi. Elle rend ainsi des comptes aux représentants de la Nation qui se trouvent confortés dans leur rôle d'acteurs de la propriété éminente de l'État.

En se plaçant à cette hauteur de vue politique, le législateur aura réussi à « rendre la tête sans perdre la face » mettant fin au long feuilleton de la tête maorie du musée de Rouen.

- 
- <sup>1</sup> JORF no 0114 du 19 mai 2010, page 9210. J.-M. Pontier, « Une restitution, d'autres suivront », AJDA 2010, no 25, p. 1419-1422 ; C. Saujat, JCP A, 2010, no 27, p. 33-35.
- <sup>2</sup> Ces têtes de valeureux guerriers tatoués faisant l'objet d'un culte maori ont attiré les collectionneurs occidentaux des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles pour leur « esthétique » avant que le temps ne les transforme en objet de musée.
- <sup>3</sup> CAA Douai, 24 juill. 2008, Cne de Rouen c/ Préfet de la région Haute-Normandie, req. no 08DA00405, AJDA 2008, 1896, concl. Lepers ; JCP A 2008. 2245, note Saujat ; *ibid.* 2009. 2217, obs. Rouault ; G. Loiseau, « Des cadavres mais des hommes », JCP G, 25, page(s) 23-26 ; O. Amiel, « La domanialité publique d'une tête maorie », JCP A, 2008. 5., p. 25 ; P. Cabrol, J. Silva, M. Brige, « La restitution de la tête maorie du musée de Rouen à la Nouvelle-Zélande : une question politique, juridique et scientifique », *Politeia* 2009, no 15, pp. 15-70.
- <sup>4</sup> Cela rappelle le principe des mutations domaniales.
- <sup>5</sup> M. Cornu, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *Recueil Dalloz* 2009 p. 1907.
- <sup>6</sup> M. Serres, *Éclaircissements. Cinq entretiens avec Bruno Latour*, Ed. F. Bourin, 1992.
- <sup>7</sup> C. Chabault, « Notion de personne et mort, ou le statut juridique du cadavre », LPA, 3 mai 1996, no 54, p. 4.
- <sup>8</sup> X. Bioy, « La propriété éminente de l'État », RFDA 2006, no 5, p. 963-980 ; G. Nicolas, « Recherche sur le statut du corps humain : les principes de la domanialité publique pourraient-ils être appliqués au corps humain ? », *Cah. dr. santé Sud-Est, PUAM*, 2004, no 2, p. 81 et s.
- <sup>9</sup> Il a également été parfois question de faire application du régime spécial des collections d'éléments et produits du corps humain ; les éléments exposés faisant alors partie d'un centre de ressources biologiques au même titre que des collections d'anatomie pathologique. En certains cas, la législation actuelle autorise le changement d'affectation de certaines collections en vue de les vouer à la recherche. Une construction innovante aurait constitué à faire de tous les restes humains des Centres de ressources biologiques. À l'évidence l'intérêt des têtes maories est anthropologique, voire « esthétique » et non biologique.
- <sup>10</sup> Choix confirmé en appel : « que, toutefois, les dispositions sus-rappelées du Code du patrimoine, qui rendent inaliénables les biens d'une personne publique constituant une collection des musées de France, placent ces biens sous un régime de protection particulière distinct du droit patrimonial énoncé à l'article 16-1 du Code civil ; que, dès lors, ledit article n'ayant eu ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'exercice d'un régime de domanialité publique sur un reste humain en application des dispositions du Code du patrimoine et n'impliquant pas, au demeurant, par lui-même, la restitution de la tête Maori à la Nouvelle-Zélande, la ville de Rouen n'est pas fondée à soutenir qu'elle pouvait autoriser la restitution de ce bien sans respecter la procédure de déclassement prévue par l'article L. 451-5 du Code du patrimoine ».
- <sup>11</sup> « Tout ce temps de la mémoire du mort, la dépouille mortelle est le plus souvent qualifiée de copropriété familiale, sans doute à défaut d'autres figures disponibles, aussi parce que la reconnaissance d'une propriété de la dépouille, donc d'une relation exclusive et directe, en consolide la protection par la communauté familiale. », Marie Cornu, « Le corps humain au musée... », *préc.*
- <sup>12</sup> Xavier Labée évoque ainsi « Le numéro 36 de la Gazette de l'Hôtel Drouot du 16 octobre 1987 nous annonce en page 45 — photos à l'appui — la vente, le lundi 9 novembre 1987, de la « tête d'un homme réputé : assassin guillotiné en France » sous la qualification de « préparation anatomique formolée », ainsi que des « corps momifiés de trois enfants de 6, 6,5 et 7 mois environ », (« La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels », D. 2005, p. 930).
- <sup>13</sup> Loi no 2008-1350 du 19 décembre 2008, relative à la législation funéraire — art. 11.
- <sup>14</sup> Circ. no 2007/007 du 26 avr. 2007 portant charte de déontologie des conservateurs du patrimoine (...) et autres responsables scientifiques des musées de France.
- <sup>15</sup> Ph. Pedrot, « Aux deux seuils de la vie. », *Justices, Hors-Série*, no 20, mai 2001, p. 76.
- <sup>16</sup> Civ. 2e, 17. juill. 1991, Bull. civ. II, 233, RTD civ., 1992, p. 412 ; CA Paris, 21 sept. 1993, D. 1993, IR, 224, RTD civ., 1994, p. 75.
- <sup>17</sup> B. Beignier, « A propos de la « vie privée posthume », D. 1997, Jur. p. 596.
- <sup>18</sup> CE Ass., 2 juillet 1993, Milhaud, Rec. 194, concl. Kessler ; RFDA 1993, 1002 et RDSS 1994, 52, AJDA, 1993, 530, chron. Maugüe et Touvet, D. 1994, 74, note Peyrical ; JCP, 1993, II, 22133, note Gonod, LPA, 2.12.94, p. 19 note Schaeegis.
- <sup>19</sup> « Mais considérant que les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci : qu'en particulier ces principes font obstacle à ce que, en dehors des prélèvements d'organes opérés dans le cadre de la loi du 22 décembre 1976, et régis par celle-ci, il soit procédé à une expérimentation sur un sujet après sa mort (...) » écrit le Conseil d'État.
- <sup>20</sup> Le professeur Lachaume écrit par exemple que « le droit administratif est directement concerné par ce droit fondamental au respect « post mortem » de la personne humaine, non seulement comme en l'espèce Milhaud (...) mais également pour toutes les activités médicales et expérimentales des hôpitaux publics. », J.-F. Lachaume, « Droits fondamentaux et droit administratif », in *Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ?*, Numéro spécial AJDA juillet/août 1998, p. 98.
- <sup>21</sup> M. Iacub, « La construction de la mort en droit français. », *Enquête*, no 7, 1998, p. 39.
- <sup>22</sup> C. Chabault, « Notion de personne et mort... », *préc.*, p. 4.
- <sup>23</sup> Ph. Raimbault, « Le corps humain après la mort : quand les juristes jouent au “cadavre exquis”... », *Droit et société*, 2005, no 61, p. 817 ; S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi. Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, l'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2004.
- <sup>24</sup> Voir par exemple, du point de vue de la « vie privée posthume » : CA Paris, 2 juillet 1997 (B. Beignier, « A propos de la « vie privée posthume », *op. cit.*, p. 596 : « Il s'agit d'une dépouille mortelle dont le respect signe celui de la dignité humaine »).
- <sup>25</sup> Sur l'ensemble de cette question, voir notamment X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2003, tome 22, 913 pages.

<sup>26</sup> G. Loiseau, « Mortuorum corpus, une loi pour le respect », D. 2009. Point de vue 236 ; S. Prieur, La disposition par l'individu de son corps, Les Études hospitalières, 1999, p. 29 : « Le corps mort est une chose humaine digne de protection, cette dignité survivante apparaissant comme le corollaire d'une humanité subsistante ». « (...) la catégorie de personne humaine transcende la distinction traditionnelle entre les personnes juridiques et les choses. Dans ce cas, le corps vivant comme le corps mort reçoivent la qualification juridique de personne humaine, dès lors que l'humanité du corps et la dignité inhérente à l'être humain existent pendant la vie et subsistent après la mort. »

<sup>27</sup> M. Cornu, « Le corps humain au musée... », qui écrit « c'est un autre rapport à l'humain, qui se révèle ou se signale. La garde familiale relâchée, le principe de dignité de l'humain viendrait en relais du principe de dignité de la personne ».

<sup>28</sup> I. Poirot-Mazeres, « Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public » ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation, Dr. adm., juill. 2006, p. 6.

<sup>29</sup> TA Pau, 14 déc. 1960, Loste : Rec. CE 1960, p. 838.

<sup>30</sup> CGCT, art. R. 2223-20.

<sup>31</sup> Les agents municipaux ne peuvent non plus s'approprier les bijoux des fosses communes (Cass. crim., 25 oct. 2000, no 00-82.152, X).

<sup>32</sup> CE, 17 avril 1963, Époux Blois, D. 1963, Juris. p. 459, note Esmein.

<sup>33</sup> La même année on se souvient de la voie de fait reconnue à la charge d'un maire ayant fait exhumer un couple pour attribuer la concession à d'autres (CE, 25 novembre 1963, Commune de Saint-Just-Chaleyssin et sieur Rey c/ Epoux Thomas, Rec. 795, Concl. Chardeau ; AJDA 1964, chron. Fourre et Puybasset.

<sup>34</sup> Xavier Labbé, « La valeur des choses sacrées... », préc.

<sup>35</sup> J.-Y. Marin, « Statut des restes humains, revendications internationales », in B. Basdevant-Gaudemet, M. Cornu, J. Fromageau (dir.), Le Patrimoine culturel religieux. Enjeux juridiques et pratiques culturelles. Paris, L'Harmattan, Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, 2006, p. 337.

<sup>36</sup> AJDA 2008, 2252, obs. Jegouzo.

<sup>37</sup> CAA Douai, 16 nov. 2006, Ministre de l'écologie et du développement durable, Société Valnor, AJDA 2007. 199, concl. J. Lepers.

<sup>38</sup> Voir l'arrêté du ministre de la culture et de la communication portant déclassement de cinq fragments de peinture murale provenant de la tombe de Tetiky, au Journal officiel du 10 novembre 2009 pour pouvoir restituer ces biens à l'Égypte (O. Bui-Xuan, « L'inaliénabilité des collections en question », AJDA 2010, p. 233).

<sup>39</sup> Marie-Hélène Amiable, Député des Hauts-de-Seine, lors du débat a ainsi justement souligné qu'« il n'est pas normal que ces têtes soient considérées comme des biens culturels avant que de l'être pour ce qu'elles sont : des restes humains, et il importe donc d'effacer cette autre séquelle de la période coloniale ».

<sup>40</sup> Y. Gaudemet, « Domanialité publique et biens culturels », in Le patrimoine culturel religieux : Enjeux juridiques et pratiques culturelles, Actes du colloque des 2, 3 et 4 déc. 2004 au musée de Normandie à Caen, L'Harmattan, 2006, p. 117 ; B. Basdevant-Gaudemet, M. Cornu, J. Fromageau (dir.), Le Patrimoine culturel religieux, préc. ; Juris-Classeur Propriétés publiques, Fasc. 45 : Domaine public mobilier, III — Consistance imprécise, 11, 2003.

<sup>41</sup> Et le fait qu'il s'agisse de relations internationales avec un gouvernement démocratiquement légitime a son importance pour notre législateur qui l'avait déjà posé comme critère en 2002 pour la restitution d'une dépouille à l'Afrique du Sud.

<sup>42</sup> Il faut aussi distinguer l'hypothèse où la tête de guerrier n'en est pas une. On trouve en effet, ici ou là, le témoignage de la fabrication de faux ; dix siècles après les fausses reliques de Constantinople, le XIXe siècle ayant suscité l'utilisation d'esclaves que l'on tatouait avant de les mettre à mort pour vendre ensuite une « tête contrefaite » puisque seuls les Maoris de haut rang, guerriers et chefs de tribus, étaient tatoués selon des motifs rappelant leur tribu.

<sup>43</sup> Ch. Laviaille, « Remarques sur la définition législative du domaine public », RFDA 2008 p. 491 : « La Nation, par l'intermédiaire de l'organe législatif, détermine le contenu et le régime du domaine : elle le définit, y incorpore des biens ou, au contraire, les remet dans le commerce en les aliénant. L'indisponibilité n'est pas opposable au corps législatif représentant du souverain. Le domaine public est chose législative avant même d'être chose publique. Plus encore que sous l'Ancien Régime, il est pleinement approprié par la Nation. », p. 492.

<sup>44</sup> JO, 31 mars 1887, p. 1521.

<sup>45</sup> Par ex. Loi du 31 décembre 1913

<sup>46</sup> Voir F. Hourquebie, « Le domaine public mobilier », cette Revue 2005, no 3, p. 635 (spéc., p. 646).

<sup>47</sup> Loi no 73, du 10 janvier 2002, de modernisation sociale, JO, no 15, 18 janvier 2002, p. 1008 qui régit le transfert « des biens meubles et immeubles de leur domaine public et privé » en cas de transformation d'un établissement public de santé en un autre type d'établissement hospitalier.

<sup>48</sup> Loi no 2002-5, du 4 janvier 2002, relative aux musées de France, JO, no 4, 5 janvier 2002, p. 305 : article 11-II, « les biens constituant les collections des musées de France appartenant à une personne publique font partie de son domaine public ».

<sup>49</sup> Loi no 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, article 34-2.

<sup>50</sup> « Le nouveau code va beaucoup plus loin dans l'interventionnisme législatif puisque, supprimant les articles du code civil relatifs au domaine public, il les remplace par des dispositions spécifiques à la propriété publique, dispositions qui non seulement maintiennent l'existence du domaine public mais en énumèrent de nombreuses composantes tout en fixant précisément les critères à appliquer par le juge dès lors qu'est en cause une dépendance non incluse expressément dans ladite liste. », écrit Ch. Laviaille, art. préc., p. 495.

<sup>51</sup> « Plaidant l'autonomie du droit administratif, la Cour administrative d'appel neutralise, en amont, toute possibilité de restitution », Marie Cornu, « Le corps humain au musée... », préc.

<sup>52</sup> Civ. Ire, 2 avr. 1963, AJDA 1963. 486, note J. Dufau.

<sup>53</sup> Marie Cornu, « Le corps humain au musée... », op. cit.

<sup>54</sup> Rappelons que c'était le cas de la tête maorie de Rouen.

<sup>55</sup> Civ. Ire, 2 avr. 1963, Sieur Montagne c/ Réunion des Musées de France, préc.

<sup>56</sup> CA Paris, 3 janv. 1846, Bibliothèque royale c/ Charron, DP 1846. II. 212 ; T. civ. Seine, 22 juin 1877, Pft de la Seine c/ Récappé et de Camondo, DP 1880. II. 97, en sens inverse Dijon, 3 mars 1886, Richard de Vesvrotte c/ l'État, DP 1887. II. 253 (affaires citées par Stéphane Duroy, in art. préc., p. 1161 et s.).

<sup>57</sup> S. Duroy, « Considérations sur une appartenance exclusive au domaine public mobilier », RFDA 2007, p. 1155.

<sup>58</sup> Voir aussi J.-F. Poli, La protection des biens culturels meubles, Thèse LGDJ, 1996 ; H. Bastien, « A quoi sert le domaine public mobilier ? L'exemple des biens culturels », AJDA 1993. 675 s.

<sup>59</sup> « Toutes ces affaires illustrent qu'il n'y a pas d'appartenance au domaine public mobilier sans une propriété publique régulièrement établie. Mais on peut même dire que dans la plupart des affaires évoquées, cette propriété n'est pas seulement nécessaire mais aussi suffisante. La chose est particulièrement claire pour les biens ayant appartenu aux collections royales. Mais même dans les affaires dans lesquelles le juge souligne explicitement que le bien est « l'objet même d'un service public », on peut dire que la formule a un caractère superfétatoire. », S. Duroy, « Considérations sur une appartenance exclusive... », préc.

<sup>60</sup> J.-G. Sorbara, « Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques », AJDA 2007. 619.

<sup>61</sup> CAA Paris, 4 avr. 2006, Mme Mercier, AJDA 2006. 1294.

<sup>62</sup> « Où passe le trait entre « l'art », la « science » et la « technique » ? Où s'arrête « l'histoire », concernant la domanialité des collections historiques (v. par exemple, à propos des collections transférées à La Monnaie de Paris, L. no 2006-1666, 21 déc. 2006 de finances pour 2007, art. 36, JO 27 déc. 2006, p. 19641) ? Le propos demeure suffisamment flou pour placer dans le domaine public presque tout ce que le juge souhaitera, pour en soustraire ce qu'il ne voudra pas y mettre. C'est un facteur de souplesse (la frontière n'est pas figée), non dénué d'inconvénients toutefois sur le terrain de la « sécurité juridique ». », écrit en ce sens Ph. Yolka, « Les meubles de l'administration », AJDA 2007, p. 964.

<sup>63</sup> Dont le contrôle revient souvent de facto au juge judiciaire qui porte son regard sur le régime d'appropriation sous-jacent à la domanialité.

<sup>64</sup> Page 27 le rapport note ainsi que « En effet, une disposition qui ferait directement sortir de la propriété des collectivités locales un élément de leur domaine public ou lierait leur décision de l'aliéner ne paraît pas compatible avec les principes constitutionnels. »

<sup>65</sup> Certains législateurs avaient de longue date pris la mesure du caractère douteux du commerce des têtes, puisqu'en 1831 que le gouvernement britannique avait fait adopter une loi interdisant le marché des têtes naturalisées entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie.

<sup>66</sup> No 2002-323.

<sup>67</sup> Un autre cas aurait été ainsi traité sans que l'on ait pu trouver le texte de la loi. Selon une question posée le 13 février 2003 par M. Philippe Richert et publiée (Sénat — JO du 22-5-2003, p. 1695), « l'État français n'a pas accédé à la demande formulée par l'État uruguayen visant à la restitution des restes de quatre Indiens charruas. Ces Indiens ont été amenés en France en 1833, exhibés devant le public parisien puis étudiés par le Muséum national d'histoire naturelle. Le Muséum conserve dans ses collections des moulages réalisés sur certains de ces Indiens mais également des pièces anatomiques prélevées lors de la dissection opérée à la mort d'un d'entre eux, le cacique Senaque. L'État uruguayen a manifesté la volonté que ces restes lui soient restitués : une loi a été votée en ce sens par le Parlement le 5 septembre 2000 ». La réponse ministérielle explique que rien ne s'oppose à cette restitution d'un point de vue scientifique ; ce qui conduit à désavouer le refus du Musée de s'exécuter et à penser que la loi opère non seulement déclassement des collections mais également le transfert de propriété à l'égard des tiers. Lors d'une audition par le Sénat, le 4 mars 2003, M. B.-P. Galey, directeur général du Muséum national d'histoire naturelle, a déclaré « S'agissant des collections de restes humains conservés au Muséum, d'origines très diverses, une réflexion éthique doit être conduite pour déterminer leur statut. En l'absence de textes législatifs ou réglementaires ou de normes internationales en ce domaine, les ministres de tutelle doivent arrêter une position », attestant d'un sentiment d'insécurité juridique.

<sup>68</sup> On peut aussi penser à un échange de biens avec l'État, aujourd'hui facilité. Le CGPPP prévoit que lorsque la collectivité propriétaire du meuble consent au changement d'utilisation, elle le confie à l'État selon l'une des procédures rendues possibles par le nouveau code. Si l'article L. 2123-3 CGPPP permet désormais les transferts de gestion sans déclassement ni désaffectation préalables des immeubles, les articles L. 3112-1 et s. semblent s'appliquer aux meubles. Ils prévoient que « les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent de leur domaine public, peuvent être cédés à l'amiable, sans déclassement préalable, entre ces personnes publiques, lorsqu'ils sont destinés à l'exercice des compétences de la personne publique qui les acquiert et relèveront de son domaine public. (...) En vue de permettre l'amélioration des conditions d'exercice d'une mission de service public, les biens mentionnés à l'article L. 3112-1 peuvent également être échangés entre personnes publiques dans les conditions mentionnées à cet article. »

<sup>69</sup> J.-G. Sorbara, « Le domaine public mobilier... », préc., p. 624.

<sup>70</sup> Le décret du 3 mars 1981 relatif aux prêts et aux dépôts d'œuvres de musées nationaux prévoit que le prêt de cette œuvre ne peut être consenti que pour des expositions temporaires à caractère culturel organisées par des personnes publiques ou privées à vocation culturelle, agissant sans but lucratif.

<sup>71</sup> Nov. 2006.

<sup>72</sup> J.-D. Dreyfus, « La respiration des collections publiques », AJDA 2008, p. 680.

<sup>73</sup> Frédéric Zenati et Thierry Revet, Les biens, PUF, Droit civil, 2e éd. 1997, pp. 13-19.

<sup>74</sup> Le premier aspect est protégé par des actions pétitoires, le second par des actions possessoires (Zenati, Revet, préc. p. 122).

<sup>75</sup> « Tout propriétaire peut disposer de son bien, c'est-à-dire faire de sa chose l'objet d'un acte juridique. Mieux, tout acte juridique a en fait une incidence sur le sort d'un bien (...) », idem, p. 125.

<sup>76</sup> En poussant l'analyse archéologique un peu plus loin encore on pourra retrouver sous l'État moderne la présence des théories médiévales de la propriété faisant de Dieu le propriétaire de tous les biens, l'homme n'en étant que l'usager (cf. Marie-France Renoux-Zagamé, Origines théologiques du concept moderne de propriété, Droz, 1987).

<sup>77</sup> X. Bioy, « La propriété éminente de l'État », préc., p. 978.

<sup>78</sup> À la demande du gouvernement néo-zélandais, les têtes devraient être remises avant la tenue de la Coupe du monde de rugby à XV, qui se tiendra à l'automne 2011.