

UNIDROIT 1989
Etude LXX - Doc. 13
(Original: anglais)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES BIENS CULTURELS

Remarques sur la première session du comité d'étude d'Unidroit
sur la protection internationale des biens culturels

(soumises par Mme Lyndel V. Prott)

Rome, mars 1989

1. Etendue de la discussion

A la première réunion du comité d'étude, il a été dit que celui-ci ne devrait se soucier que de questions de droit privé et non de droit international privé (qui étaient de la compétence de la Conférence de La Haye) ou de droit public. Je ne partage pas cette opinion. Des spécialistes ont estimé que sur ce sujet il leur était impossible de faire rentrer leurs travaux dans un seul de ces domaines. L'Unesco, qui traite de sujets de droit international public, a eu forcément à s'occuper d'aspects de droit privé afin de parvenir à des solutions satisfaisantes pour les problèmes posés par le trafic illicite, et a en fait demandé à Unidroit de l'aider afin de garantir une coordination entre ces deux domaines. Il est également très difficile d'éviter les questions de droit international privé, puisque les aspects de droit privé dont l'Unesco s'occupe sont inéluctablement internationaux. Je pense que, grâce aux compétences de M. le Professeur Droz représentant la Conférence de La Haye et d'autres membres du comité d'étude dans ce domaine, le comité d'étude est également parfaitement en mesure de traiter ces questions. Il serait fâcheux de renvoyer les points de droit international privé à un autre instrument juridique international. Je remarque que M. Monaco, dans son document relatif aux lignes générales pour un instrument est également d'avis qu'il n'est pas possible de se concentrer exclusivement sur le droit civil et le droit international privé, en excluant le droit public ou administratif.

2. Le droit public étranger

Un certain désaccord s'est fait jour à la première session du comité d'étude sur la question de savoir si le comité devait examiner l'application du droit public étranger. J'ai eu l'impression qu'un certain malentendu s'est produit sur ce point. Les récents travaux au sein de l'Institut de droit international et de l'International Law Association ont abouti à des résultats prometteurs, appuyés, indépendamment de toute considération de ces études, par M. le Professeur Rodotà dans son étude pour le Conseil de l'Europe. Puisqu'il semble plus facile de discuter des propositions sous la forme d'un projet, je joins un projet d'articles sur le sujet (articles 1 et 2).

3. Les conditions auxquelles le retour est subordonné

Le projet d'article 5 de M. Loewe propose que le possesseur obligé de retourner un objet culturel qui avait été illicitement exporté peut soit exiger de l'Etat demandeur qu'il lui verse une indemnité, soit "transférer le bien, contre rémunération ou gratuitement, à une personne de son choix se trouvant dans l'Etat demandeur" et dans ce cas l'Etat demandeur "s'oblige à ne pas confisquer le bien et à ne pas troubler d'une autre manière la possession par la personne à laquelle le bien a été transféré et

par ses successeurs". Je serais mal à l'aise, dans le cadre de la possibilité ouverte de ce fait, à l'idée qu'un objet illicitement exporté puisse retourner à la personne qui avait en réalité commis l'acte illicite - cela serait simplement une invitation à contourner la loi (par exemple en choisissant d'exporter vers un Etat qui n'était pas partie à la Convention de l'Unesco de 1970 ni à aucune autre règle qu'Unidroit pourrait élaborer). Il pourrait être nécessaire pour un Etat de prendre des mesures spéciales pour protéger l'objet qui a été retourné.

Si l'on estime opportun de poser des conditions au retour (et les Etats qui doivent modifier des règles de droit privé qui existent depuis longtemps telles que celles qui protègent l'acquéreur de bonne foi devront probablement le faire pour justifier ces changements), je propose alors de développer des conditions appropriées par analogie avec celles qui avaient été utilisées pour les accords bilatéraux de restitution et les accords entre institutions, par exemple qu'il y ait accès du public, inaliénabilité, protection législative et physique de l'objet, etc. Les paragraphes suivants résument ce que je crois être la pratique actuelle à cet égard.

Conservation et sécurité de l'objet

Cette condition a été développée dans une étude sur les principes, les conditions et les moyens pour la restitution ou le retour des biens culturels en vue de reconstituer les patrimoines dispersés, réalisée en 1977 par un comité *ad hoc* de l'ICOM dans le contexte du principe muséologique occidental de la "primauté de l'objet". Le comité *ad hoc* de l'ICOM a également parlé de certains pays qui ont des institutions appropriées qui proposent des conditions satisfaisantes pour les objets retournés. Si elles n'existent pas dans le pays qui reçoit les objets, il faudrait entreprendre des études approfondies en vue de créer de telles institutions (ICOM, 1977, 4).

Une telle condition pour le retour peut être inappropriée dans le présent contexte lorsque l'Etat demandeur souhaite retourner cet objet pour qu'il soit utilisé dans la communauté de laquelle il provient, ou dans un endroit spécial comme par exemple un lieu traditionnel dans une réserve comme c'est le cas dans l'affaire du masque du sorcier entreposé dans une lointaine caverne dans *Etats-Unis v. Diaz* 499F. 2e 13 (1974); ou dans des endroits protégés par de puissants tabous, comme c'est le cas pour ceux où sont placés les *tjuringa* aborigènes. L'Etat qui retourne un objet devrait-il être autorisé à exiger qu'une institution spéciale soit constituée? Il peut y avoir des compromis tels que des endroits modernes qui seraient plus sûrs contre le vol ou l'appropriation dolosive, mais plus proches des traditions de la communauté qui fait usage des objets. Le fait de les placer dans un musée national qui peut être très éloigné peut ne pas être dans l'intérêt de ceux qui appartiennent étroitement à cette tradition culturelle.

La nécessité de pouvoir disposer de techniques de conservation est également citée. Cependant, ces techniques de conservation ne doivent pas nécessairement être les techniques sophistiquées utilisées par les musées occidentaux. Il existe de nombreuses mesures de conservation relativement simples et peu onéreuses que l'on peut prendre dans des communautés locales et qui assureront la survivance des objets et ont l'avantage supplémentaire d'assurer la perpétuation de techniques traditionnelles. La troisième session du *Comité intergouvernemental de l'Unesco pour la promotion du retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale* a adopté une Recommandation relative à la fourniture des moyens nécessaires pour la conservation et a ajouté que ces activités devraient recourir davantage à la réutilisation et à l'adaptation des technologies traditionnelles utilisées récemment pour la production et la protection des objets culturels qu'à l'assimilation exclusive de la technologie moderne (Unesco Doc. CLT-83/CONF.216/8, Annexe I, 4).

Le comité d'experts convoqué par l'Unesco qui s'est réuni à Dakar en 1978 pour donner des conseils concernant la création d'un Comité intergouvernemental a ajouté au principe du Comité *ad hoc* de l'ICOM que les conditions de protection et de conservation ... /ne devraient pas/ servir de prétexte pour refuser de restituer ou de retourner le bien en question (CC-78/CONF.609/6, 5).

Le Comité de Dakar a néanmoins accepté la proposition selon laquelle certaines conditions de protection et de conservation doivent prévaloir, à savoir celles que recommandent les organisations internationales compétentes. Lorsque des institutions appropriées et/ou des conditions satisfaisantes font défaut dans l'Etat requis, une assistance technique internationale pourrait être nécessaire afin d'établir de telles institutions et moyens adéquats, et pour former un personnel spécialisé (CC-78/CONF.609/6,5).

L'on peut faire appel à l'Unesco afin d'obtenir une assistance technique pour satisfaire aux conditions du retour dans l'Etat demandeur.

Accessibilité

Le Comité *ad hoc* de l'ICOM et le Comité d'experts de Dakar ont proposé que les objets restitués ou retournés soient utilisés à des fins essentiellement culturelles (CC-78/CONF.609/6). L'interprétation donnée a été l'accessibilité à autant de personnes que possible dans le pays d'origine ainsi que certains autres buts telle que la recherche scientifique. La seule exception recommandée (ajoutée par le Comité de Dakar) a été celle des contraintes religieuses. Cela peut constituer une limitation très importante: par exemple, l'exposition d'objets sacrés et secrets des aborigènes d'Australie à quelqu'un qui ne fait pas partie d'un groupe choisi constitué d'initiés d'un totem particulier est profondément offensant envers l'ensemble de la communauté aborigène. La question de savoir comment mesurer l'accessibilité se pose également: le fait de placer

un objet dans un musée situé dans la capitale d'un grand pays ayant une population pauvre et immobile peut ne profiter qu'aux touristes et être contraire à l'intention du gouvernement de donner l'accès aux communautés locales.

Les experts qui ont fait des études de dossiers pour le Bangladesh, le Mali et le Samoa occidental pour le compte de l'Unesco avaient clairement ce problème à l'esprit lorsqu'ils ont écrit que les pays respectifs ne devraient pas seulement penser à la construction d'un musée national, mais proposer également des musées régionaux afin de créer des contacts plus étroits entre les collections et leurs créateurs, c'est-à-dire entre les groupes ethniques des régions et leur patrimoine culturel.

Se pose aussi la question de savoir ce que sont les "fins culturelles". L'utilisation "culturelle" dans de nombreuses communautés ne peut être distinguée de l'utilisation fonctionnelle, rituelle ou religieuse. Puisqu'il existe un accord général sur le principe de l'accessibilité, il convient par conséquent de l'interpréter comme comprenant non seulement les idées occidentales d'exposition et de recherche, mais les concepts de dissémination et d'enseignement existants dans les communautés bénéficiaires. Ainsi le "slit drum" restitué par le *Australian Museum* à Vanuatu a été apporté à plusieurs occasions au village Mele pour des cérémonies particulières.

Une protection juridique complète

Le Comité de Dakar a adopté le principe établi par le comité *ad hoc* de l'ICOM selon lequel la restitution et le retour sont basés sur l'idée selon laquelle certains objets appartiennent au patrimoine inaliénable d'une nation et que, par conséquent, le pays receveur devrait fournir une protection juridique complète. Cette protection peut se faire au moyen de règles relatives à l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité ou au classement; ces dernières appliquent certains contrôles sur les mouvements et les soins de biens culturels importants. Le comité *ad hoc* de l'ICOM a été clair en disant que l'on ne pouvait pas essayer de transposer systématiquement les systèmes juridiques les plus complets pour la protection des biens culturels. Le contrôle des fouilles clandestines pourrait être une autre protection juridique possible à côté de celles mentionnées - retourner un objet qui provient de fouilles clandestines n'a que peu d'intérêt si un très grand nombre d'objets importants sont sans cesse déplacés.

Il reste cependant quelques questions à discuter relatives à l'imposition de conditions juridiques. Certains pays desquels l'on cherche à obtenir le retour n'ont eux-mêmes que peu de succès en ce qui concerne la protection juridique de leur patrimoine culturel, par exemple la législation interne des Etats-Unis qui protège son propre patrimoine culturel est à de nombreux égards extrêmement impuissante lorsqu'on la compare avec d'autres systèmes juridiques, la législation du Royaume-Uni contient également de nombreuses lacunes.

4. L'obligation de retour

Il m'a semblé voir, au sein du comité d'étude, un certain consensus, en dehors de l'opinion différente de M. Loewe, sur le fait qu'un acquéreur de bonne foi doit être obligé de rendre un objet dont la preuve de son exportation illégale a été apportée, et la bonne foi ne devait être prise en considération que pour l'indemnisation. Je souhaiterais simplement souligner que cela serait compatible avec le point 8 b) de la Résolution 1072 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

PROJET D'ARTICLES A EXAMINER

1. Pour déterminer le droit de possession d'un objet qui fait partie du patrimoine culturel d'un autre pays, le tribunal prend en considération les lois de cet Etat, y compris ses règles relatives à l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité et la prohibition d'exportation.
2. a) Pour déterminer le droit de propriété d'un objet culturel, le tribunal prend en considération les règles impératives de l'Etat avec lequel il existe un point de rattachement substantiel.
b) Ces points de rattachement substantiels peuvent être
 - i) que l'objet fait partie du patrimoine culturel de cet Etat
 - ii) que l'objet a été volé dans cet Etat.
3. Pour déterminer si une opération est nulle parce que contraire à l'ordre public, le tribunal prend en considération les règles de droit public international concernant la protection des objets culturels.