

LA MISE EN FORME D'UN INTÉRÊT COMMUN DANS LA PROPRIÉTÉ CULTURELLE: DES SOLUTIONS NÉGOCIÉES AUX NOUVEAUX MODES POSSIBLES DE PROPRIÉTÉ PARTAGÉE*

Marie Cornu**
Marc-André Renold***

Résumé. I. Introduction. II. Vers des solutions négociées fondées sur le découplage propriété/possession. III. Nouveaux modes de jouissance partagée. IV. Conclusion.

Synthèse

La résolution classique des litiges portant sur la revendication d'un bien culturel par la voie judiciaire amène soit à la victoire du propriétaire originaire, soit à celle du nouvel acquéreur. Toutefois, l'observation de la pratique en la matière laisse apparaître que des voies médianes sont possibles. En effet, les moyens alternatifs de résolution des litiges peuvent permettre la conciliation des divers intérêts en tension et la sauvegarde de l'*intérêt culturel commun*. Cet article examine le concept d'*intérêt culturel commun* à travers, d'une part, l'analyse d'exemples démontrant le découplage entre la propriété et la possession des biens culturels et, d'autre part, l'étude des nouvelles formes de jouissance ou de gestion des biens culturels.

Abstract

The resolution of disputes concerning the restitution of cultural objects through litigation normally leads to the victory of either the original owner or the current possessor.

* La présente contribution a été publiée in : RENOLD/CHECHI/BANDLE (éds), *Resolving Disputes in Cultural Property*, Etudes en droit de l'art, volume 23, Genève, etc., 2012, pp. 251 ss.

** Directrice de recherches, CECOJI, Université de Poitiers, CNRS, Paris.

*** Professeur, Université de Genève, Directeur, Centre du droit de l'art.

However, recent practice demonstrates that parties can achieve intermediate solutions. In effect, the means of dispute settlement alternative to litigation can lead to solutions whereby the competing interests can be reconciled and the common cultural interest safeguarded. This article examines the concept of common cultural interest through the analysis of cases demonstrating that ownership and possession can be distinguished, on the one hand, and cases entailing new forms of control or management of cultural objects, on the other hand.

I. INTRODUCTION

Les litiges classiques en matière de restitution de biens culturels touchent à la propriété de ceux-ci: le propriétaire dépossédé en réclame la restitution sur la base de son droit de premier propriétaire et le possesseur actuel rejette celle-ci en faisant valoir des arguments soit positifs (acquisition de bonne foi, prescription acquisitive, etc.) soit négatifs (absence de propriété originaire du premier propriétaire, prescription extinctive, etcetera). Et le juge saisi tranchera dans un sens ou dans l'autre, le plus souvent sans pouvoir proposer de solutions médianes. Pourtant, l'observation de la pratique en la matière (médiations et solutions négociées) laisse apparaître que de telles voies médianes sont possibles.

La résolution classique de litiges portant sur la revendication d'un bien culturel amène soit à la victoire du propriétaire originaire soit à celle du nouvel acquéreur. Un exemple du premier cas est celui de la revendication par les descendants de Monsieur Gentili di Giuseppe de la propriété d'œuvres d'art spoliées qui se trouvaient au Louvre. Par décision du 2 juin 1999, la Cour d'appel de Paris confirma la restitution de cinq tableaux aux descendants de Frédéric Gentili di Giuseppe, tableaux qui avaient fait l'objet en 1941 de ventes forcées en l'absence des héritiers de Monsieur Gentili di Giuseppe, qui avaient dû fuir Paris en raison de leur confession juive.¹ En sens inverse, lorsqu'il y a un acquéreur de bonne foi selon le droit applicable à l'acquisition ou la perte de la propriété, les tribunaux auront tendance à reconnaître cette nouvelle acquisition en suivant le principe de l'application de la *lex rei sitae*; tel fut le cas dans la décision classique *Winkworth v Christie's* jugée en Angleterre en 1979.²

¹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 juin 1999, RG no. 1998/19209, 1999, no. 37, pp. 535 et seqq.

² *Winkworth vs Christie, Manson and Woods Ltd and another* (1980), 1 All ER 1122 (Queen's Bench, Chancery Division).

Il existe également des cas dans lesquels la question de la propriété a été tranchée par une sorte de jugement de Salomon: ainsi dans l'affaire déjà ancienne des fresques murales de Teotihuacán, l'accord auquel sont parvenues les parties impliquait qu'au minimum 50% des fresques en question soit restitué au Mexique et que le reste serait conservé au Musée de San Francisco.³ En fin de compte ce sont quasiment 70% des fresques qui furent restituées, même si les pièces qualitativement les plus exceptionnelles demeurèrent à San Francisco.⁴

Or on voit aujourd'hui que les modes de résolution de ce type de conflits évoluent dans un certain nombre d'hypothèses vers des solutions plus complexes dans lesquelles sont parfois entendus et reçus comme légitimes les intérêts des uns et des autres.⁵ Par conséquent, la reconnaissance d'une pluralité d'intérêts peut faire partie de l'économie même de la solution, comme si l'on admettait l'idée qu'un même bien puisse avoir plusieurs liens possibles de rattachement diversement fondés (liens d'origine, filiation culturelle, possession prolongée, soins apportés à la conservation et la restauration, etc.). Ces liens trouvent des expressions multiples: droit d'accès, droit d'étude, pouvoir de contrôle sur certains actes, etcetera.

Dans cette mise en forme, la question n'est plus seulement de concilier les intérêts en tension, mais aussi de ménager un *intérêt culturel commun*. Cette perspective ouvre vers de nouvelles formes d'appréhension de la propriété culturelle dans ses rattachements multiples. Nous sortons ici de la seule étude des litiges pour nous intéresser plus largement aux modalités de la propriété ou de la possession d'objets d'intérêt commun, y compris les formes d'appropriation réalisées sur un mode volontaire.

Nous allons examiner des cas récents qui se sont fondés sur le découplage "propriété/possession" (II) pour nous demander s'il n'y a pas lieu — en nous appuyant sur quelques exemples dans d'autres domaines — de tendre vers des formes plus ou moins abouties d'aménagement de jouissance ou de gestion partagée de biens culturels (III).

³ Voir l'Accord Bilatéral Principal conclu entre le Fine Art Museum of San Francisco et l'Institut National d'Anthropologie et d'Histoire du Mexique le 7 décembre 1981, RENOLD CAROLINE/CONTEL RAPHAEL/RENOLD MARC-ANDRÉ, *Case Murals of Teotihuacan – Fine Arts Museums of San Francisco and Mexican National Institute of Anthropology and History*, plateforme ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>), Centre du droit de l'art, Université de Genève, mars 2012.

⁴ Berrin, Kathleen, San Francisco, *le Mexique et les peintures murales de Teotihuacan*, Museum International, No. 235, 2007, p. 17.

⁵ Cornu, Marie et Renold, Marc-André, "Le renouveau des restitutions de biens culturels: les modes alternatifs de résolution des litiges", *Journal du Droit International*, No. 2, 2009, p. 495.

L'idée centrale sur laquelle repose cette étude est l'existence d'un *intérêt culturel commun* permettant de résoudre les litiges en matière de restitution de biens culturels, voire de développer des solutions propres en dehors de tout litige en la matière.

II. VERS DES SOLUTIONS NÉGOCIÉES FONDÉES SUR LE DÉCOUPLAGE PROPRIÉTÉ/POSSESSION

La pratique des accords négociés en matière de restitution de biens culturels est de plus en plus riche en exemples démontrant un découplage entre la propriété et la possession de biens culturels.⁶

1. *Le découplage "propriété/possession" dans la pratique*

L'exemple peut-être le plus élémentaire de solution distinguant entre la possession et la propriété est celui de la "restitution" des statuettes Nok et Sokoto par la France au Nigéria en 2002. Ayant établi que ces statuettes avaient été volées au Nigéria, mais qu'elles avaient été acquises de bonne foi, l'accord entre les deux pays prévoit la reconnaissance de la propriété nigériane, mais il consacre un prêt des statuettes par le Nigéria à la France, comme une sorte de reconnaissance de sa bonne foi.⁷ Les biens culturels en question sont donc toujours en France, exposés au Musée du Quai Branly. Sous un angle purement pratique il n'y a aucune différence entre la situation avant et la situation après l'accord en question.

Un cas où une telle dissociation a eu lieu, mais cette fois avec un prêt en faveur de l'État revendiquant est le cas récent de la restitution, sous la forme juridique d'un prêt, des manuscrits coréens *Uigwe* par la France à la République de Corée du Sud. S'agissant de la question de la propriété, elle n'a pas fait l'objet d'une décision, la France se refusant à restituer, en particulier à cause de l'appartenance des manuscrits au patrimoine culturel national.⁸

En Suisse, une telle dissociation a également été prévue lors de la résolution par médiation du litige relatif aux manuscrits anciens entre les cantons

⁶ Voir à ce sujet les riches informations contenues dans la plateforme ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>), Centre du droit de l'art, Université de Genève.

⁷ Voir Cornu/Renold, *Le renouveau des restitutions de biens culturels* (cit. no. 5), p. 520, no. 75.

⁸ Voir la décision du Tribunal administratif de Paris, 18 décembre 2009 no. 0701946, Contel Raphael *et al.*, *Affaire Manuscrits Coréens – France et Corée*, plateforme ArThemis, Centre du droit de l'art, Université de Genève, juin 2012, <http://unige.ch/art-adr>.

de Zurich et de Saint-Gall: les manuscrits, emportés par l'armée zurichoise victorieuse en 1712, ne furent restitués qu'en 2006 sous la forme d'un prêt à long terme à Saint-Gall, adopté à l'occasion d'une médiation entre les deux cantons sous l'égide de la Confédération. Quant au globe céleste et terrestre, datant du 16^{ème} siècle, il a également pu être conservé par Zurich, à charge de celle-ci d'exécuter à ses frais une copie de bonne qualité du Globe et de l'offrir à Saint-Gall.⁹ L'existence d'un intérêt culturel commun aux deux parties ressort de clauses dans l'accord de médiation qui traitent de la reconnaissance de l'importance culturelle des manuscrits pour la région saint-galloise tout en soulignant le rôle de conservation joué par Zurich pendant les presque trois cents ans durant lesquels ils ont été en sa possession.

2. *Un début de mise en place de l'intérêt culturel commun*

L'existence d'un intérêt culturel commun ressort peut-être le mieux dans l'accord conclu entre l'Université de Yale et le Pérou à propos des objets provenant du Machu Picchu. Le Pérou revendiquait depuis fort longtemps la restitution de nombreux objets précolombiens emportés par Hiram Bingham, professeur à l'Université de Yale, entre 1912 et 1916, lors de sa redécouverte du site inca du Machu Picchu. Après de longues négociations et l'ouverture d'une procédure judiciaire par le Pérou aux États-Unis, les deux parties ont signé un accord (*Partnership Agreement*) le 11 février 2011 qui prévoit la restitution au Pérou des pièces archéologiques en question, dans le cadre d'un accord cadre beaucoup plus large prévoyant la création d'un Centre international commun à l'Université de Yale et à l'Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco pour l'étude du Machu Picchu et de la culture inca. Ce Centre sera administré en commun par les deux institutions universitaires, il contiendra des surfaces d'exposition et des locaux pour la conservation des objets et un laboratoire. Il y aura également des échanges académiques entre les deux institutions et des prêts d'objets seront effectués en faveur du Musée de l'Université de Yale.¹⁰

Ce dernier exemple est dans un certain sens assez similaire au cas des accords signés entre plusieurs musées nord-américains et l'Italie, dont il est

⁹ Bandle Anne Laure *et al.*, *Case Ancient Manuscripts and Globe – Saint-Gall and Zurich*, plateforme ArThemis, Centre du droit de l'art, Université de Genève, mars 2012, <http://unige.ch/art-adr>.

¹⁰ Chechi Alessandro *et al.*, *Case Machu Picchu Collection – Peru and Yale University*, plateforme ArThemis, Centre du droit de l'art, Université de Genève, octobre 2011, <http://unige.ch/art-adr>.

question dans d'autres publications,¹¹ et prévoyant la restitution de biens archéologiques provenant de fouilles clandestines dans le cadre d'accords de coopération culturelle plus large.

L'on signalera enfin que l'intérêt commun auquel les parties à un litige peuvent se référer peut également être l'intérêt d'un tiers. Ainsi, dans le cadre d'un litige aux États-Unis relatif à l'acquisition d'un tableau de Degas qui avait fait l'objet d'une spoliation, les parties (le propriétaire actuel et les descendants de la victime de la spoliation) se sont entendues pour répartir par moitié leur intéressement dans l'œuvre, chacun décidant ensuite d'un transfert (à titre gratuit contre avantage fiscal dans un cas; moyennant paiement dans l'autre) de sa part à l'Art Institute de Chicago.¹²

Ces cas démontrent que les parties en litige, lorsqu'elles arrivent à éviter d'aller au procès, peuvent souvent s'entendre sur une solution tournant autour d'un intérêt culturel qui leur est commun. Et cet intérêt amènera souvent à un découplage de la propriété face à la possession du ou des biens culturels en question.

III. NOUVEAUX MODES DE JOUISSANCE PARTAGÉE

Le fait qu'un même bien puisse être le siège de droits multiples gouvernant son usage ou sa jouissance, soulève la question des modèles juridiques disponibles pour mettre en harmonie cette pluralité. La plus grande difficulté vient de ce que, en règle générale, les biens culturels sont appropriés privativement. La figure du droit exclusif de propriété domine y compris dans le champ de la propriété publique. C'est précisément ce qui a conduit, dans un certain nombre d'espèces citées plus haut, à raisonner à l'intérieur de ce cadre propriétaire, en l'aménageant de telle sorte que d'autres que le propriétaire puissent retirer une utilité du bien. D'où les méthodes contractuelles de découplage de la propriété et de la jouissance débouchant sur la mise en forme d'un intérêt commun. Dans le prolongement de ce phénomène qui marque une évolution dans la perception même de la propriété culturelle vers des modes de jouissance partagée, on peut se demander si certaines figures juridiques ne sont ou ne pourraient être sollicitées, soit du côté de la copropriété

¹¹ Cornu et Renold, *Le renouveau des restitutions de biens culturels* (cit. n. 5), p. 518, no. 66 et seqq.

¹² Bandle Anne Laure *et al.*, *Case Landscape with Smokestacks – Friedrich Gutmann Heirs and Daniel Searle*, plateforme ArThemis, Centre du droit de l'art, Université de Genève, mars 2012, <http://unige.ch/art-adr>.

ou de la propriété collective, soit encore du point de vue des patrimoines d'affectation.

1. *La constitution d'une propriété collective*

Avant d'éprouver la pertinence des modalités de propriété susceptible de ménager un intérêt commun dans le champ qui nous occupe, il peut être utile d'en faire un rapide inventaire. Elles ne sont pas très nombreuses. Le droit français, comme d'autres, est rétif aux modes d'organisation collective de la propriété, résumant le plus souvent la relation du propriétaire à sa chose à un pouvoir exclusif, sans partage à quelques exceptions près. La copropriété est une voie possible, entendue comme "modalité de la propriété dans laquelle le droit de propriété sur une même chose ou un ensemble de choses appartient à plusieurs personnes dont chacune est investie privativement d'une quote-part accompagnée sur le tout, en concurrence avec les autres copropriétaires, de certains droits".¹³ L'intérêt commun prospère ici aux côtés des droits privatifs s'exerçant sur les quotes-parts.¹⁴ En quoi l'on peut discuter de sa qualification en propriété collective. D'autres figures sont intéressantes qui, parce qu'un bien est par nature collectif, instituent une propriété commune sur celui-ci. Ce sont de véritables propriétés collectives en ce que le lien d'appartenance renvoie à un groupe et non à un individu. C'est, par excellence, l'exemple de la propriété commune des auteurs sur l'œuvre de collaboration (article L.113-3 du Code de propriété intellectuelle en France; article 7 de la Loi fédérale sur les droits d'auteur et les droits voisins en Suisse), objet indivisible marqué de l'empreinte collective de plusieurs auteurs sur lequel ils exercent leurs droits d'un commun accord.¹⁵

¹³ Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, collection Thémis, Paris 2011.

¹⁴ En ce sens, il ne s'agit pas d'une propriété collective, compte tenu de cette persistance de droits privatifs. Sur cette analyse, voir notamment Salord, Géraldine, *La propriété collective des œuvres, contribution du modèle du droit d'auteur au droit commun*, thèse Université Paris 2, 2007; Zénati-Castaing, Frederic, *La propriété collective existe-t-elle?*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, 2009, p. 589.

¹⁵ Sur l'essence et la structure de ces propriétés, Salord, Géraldine, *Propriété collective et exclusivité: proposition d'une conciliation des contraires*, in: *Modèles propriétaires au XXI^e siècle*, Colloque international organisé par le CECOJI en hommage au Professeur Henri-Jacques Lucas (10-11 décembre 2009), Université de Poitiers, sous presse, 2012.

En voisinage, certaines formes de propriété collective ont persisté, par exemple en matière communale¹⁶ ou en matière rurale.¹⁷ Il faut, dans ce tour d'horizon, évoquer encore les réalités multiples des propriétés communautaires des peuples autochtones, tant dans le champ de la création¹⁸ que dans celui des choses tangibles, la terre, les ressources de la nature, les biens culturels notamment. Ces modes d'appropriation collective sont, *a priori*, très étrangers à nos systèmes propriétaires construits sur le modèle exclusiviste de la propriété privée. Pourtant, très récemment, la Cour d'appel de Nouméa a reconnu à un clan kanak un droit foncier collectif d'un genre inédit: "*Attendu que le clan détenteur de droits d'une unité familiale élargie ne se résume pas à la somme des individualités qui le composent: qu'il défend des intérêts collectifs dignes d'être protégés*", les juges rappelant le préambule de l'accord de Nouméa qui fait valoir que "*l'identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. Chaque individu, chaque clan, se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer [...]*".¹⁹

Ces propriétés, sous des réalités diverses, font place à l'intérêt commun, ménageant des droits d'usage, des droits d'accès, des pouvoirs de gestion, d'exploitation ou de disposition exercés en commun. Revenant à l'idée de patrimoines partagés, on peut se demander en quoi ces modalités pourraient utilement servir l'organisation d'un mode de jouissance en commun des biens culturels.

Une première difficulté se présente qui tient au régime d'indisponibilité de certains biens, par exemple lorsqu'ils relèvent de la domanialité publique ce qui est le cas, en droit français et en droit suisse, des biens culturels des collections publiques. L'affectation, condition de base dans la reconnaissance de ce régime propriétaire, est-elle compatible avec la propriété plurale?

¹⁶ Voir notamment Yolka, Philippe, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, Bibliothèque de droit public, tome 191, p. 508, qui cite l'exemple de la propriété intercommunale des bâtiments scolaires: la loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire prévoyait en effet que plusieurs communes puissent contribuer à l'établissement et à l'entretien d'une même école.

¹⁷ Pour un exemple éclairant d'organisation d'une jouissance commune, voir Clément-Fontaine, Mélanie, *Le renouveau des biens communs, des biens matériels aux biens immatériels*, in: Modèles propriétaires (cit. no. 15), qui évoque le cas du marais de la Brière; voir aussi sur l'origine des communs et de la propriété collective, Lesné-Ferret, Maité, *La terre et l'appropriation collective: approche historique*, in Modèles propriétaires au XXI^e siècle (cit. no. 15).

¹⁸ Sur le thème de la propriété intellectuelle collective, voir notamment à propos de la création de certaines communautés autochtones et la dimension collective et patrimoniale de ces propriétés, Puri, Kamal, *La protection des expressions autochtones dans le Pacifique*, Bulletin international du droit d'auteur, Vol. XXXIII, no. 4, octobre-décembre 1999, pp. 6 et seqq.

¹⁹ CA Nouméa, 22 août 2011, 10/00532.

Si, en soi, cette mécanique de l'affectation ne s'y oppose guère²⁰ (on pourrait même soutenir qu'elle assoit la dimension collective du bien), se trouve soulevée, en amont, la question de la qualité des propriétaires, nécessairement personnes publiques en application des droits nationaux. On pourrait concevoir une pluri-propriété entre l'État et les entités locales ou encore entre institutions publiques nationales. Le levier pourrait être pertinent relativement aux prix pratiqués sur le marché de l'art et en termes de circulation et d'accès dès lors qu'une œuvre peut intéresser plusieurs institutions.²¹ En 1995, la Commission des communautés européennes suggérait, parmi les actions communautaires dans le champ de la culture, d'encourager, à titre expérimental, l'acquisition et la cogestion d'œuvres d'art majeures, *“par plusieurs partenaires européens afin de les préserver et de les présenter au public partout en Europe”*, prévoyant d'y consacrer un budget substantiel dans le cadre du programme Raphaël.²² Mais le Comité des régions consulté sur ce programme, attirait l'attention sur le fait que *“l'introduction d'un système de copropriété des œuvres d'art (risquait) d'induire une source de litiges juridiques dont l'effet serait paralysant et néfaste aux projets liés à ces acquisitions”*.²³ Le Comité, sans refouler la suggestion, appelait à la prudence, jugeant utile, dans l'évaluation de ce type d'actions, *“d'inclure une attention spécifique aux conséquences éventuelles de la copropriété”*. Pour finir, la proposition a disparu dans la version finale du programme.²⁴

²⁰ En droit français, une partie de la doctrine considère que ce statut n'est pas compatible avec celui de la copropriété, invoquant l'argument selon lequel la condition d'affectation pourrait se trouver contrariée par ce régime spécial, en particulier avec la règle d'insaisissabilité. D'autres sont plus nuancés et évoquent de possibles aménagements. Ainsi Yolka se pose en particulier la question de savoir s'il serait possible de faire pénétrer la copropriété dans la domanialité publique.

²¹ Le mode opératoire n'est sans doute pas mûr. Ainsi à propos de l'acquisition de la Fuite en Égypte de Poussin, les crédits mobilisés par le Louvre et le Musée des Beaux arts de Lyon débouchent sur un montage complexe dans lequel le bien est inscrit dans l'inventaire du Louvre et mis en dépôt à Lyon, sachant qu'il ne serait pas impossible que survienne un transfert de propriété vers le Musée des Beaux arts de Lyon, voir *infra* sur la notion d'affectation.

²² L'action de la communauté européenne en faveur de la culture, communication de la commission au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne, proposition de décision du Parlement européen et du Conseil établissant le programme d'action communautaire dans le domaine du patrimoine culturel-Raphaël, 29 mars 1995, COM (95) 110 final.

²³ Avis sur la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil établissant le programme d'action communautaire dans le domaine du patrimoine culturel-Raphaël, JOCE 2 avril 1996 – no. C 100, p. 119.

²⁴ Décision no. 2228/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 établissant un programme d'action communautaire dans le domaine du patrimoine culturel – programme Raphaël.

Quoi qu'il en soit, le régime de domanialité publique exclut que le dispositif puisse fonctionner en dehors du territoire. En quoi, la solution n'apporte guère soit en matière de résolution des litiges portant sur des patrimoines partagés, soit encore comme mode d'acquisition d'œuvres, dès lors que sont concernés plusieurs États. La difficulté se concentre ici sur la délimitation de l'entité communautaire et de la capacité à l'instituer en titulaire de droits collectifs. À cela aussi notre droit est rétif.

Une autre perspective mérite sans doute d'être approfondie, qui consiste à travailler sur un modèle de propriété privée. Certains musées se sont engagés dans cette voie, à propos de l'acquisition d'œuvres d'art contemporain. Mais en réalité, la propriété commune porte non sur le support matériel mais sur les droits de propriété intellectuelle, régime de propriété privée. La propriété collective pourrait aussi se concevoir entre personnes ou institutions privées. La figure de la propriété collective implique que toute décision concernant la jouissance ou la disposition du bien se prenne en commun. L'institution d'une propriété collective obéit sans aucun doute à une mécanique complexe sur le double plan juridique et pratique. Dans cette idée de ménager l'intérêt commun, d'autres modes d'organisation et de gestion de la ressource restent à explorer, qui peuvent être fondés non pas tant sur une propriété commune que sur une affectation à une utilité collective.

2. *L'affectation à une utilité collective*

Plusieurs exemples sont intéressants de ce point de vue. D'une part, on pourrait soutenir que le régime de domanialité publique est une forme de propriété affectée à une utilité publique, puisée plus spécialement dans la nature des biens culturels en ce qui concerne le domaine public mobilier en droit français. Au lendemain de la révolution, c'est la Nation propriétaire qui est le titulaire des droits collectifs sur le patrimoine, donc une forme de propriété collective, mais en réalité, le régime évolue vers un régime propriétaire entre les mains de l'État. Reste que ces biens, parce qu'ils revêtent un intérêt sur le plan historique ou artistique, doivent être affectés à la communauté.

Constitue un autre exemple de propriété affectée, les propriétés en lien avec le groupe familial, dans lesquelles le commun prend une place singulière. La notion de *souvenirs de famille*, construction des juges français permet de préserver le patrimoine familial des dispersions d'héritage, en les soustrayant des règles du partage. Le droit suisse connaît une notion tout à fait

similaire, celle des *papiers de famille* faisant l'objet d'une disposition particulière en droit des successions (art. 613 du Code civil). Tant les souvenirs que les papiers de famille ne peuvent être vendus si la communauté familiale s'y oppose (l'opposition peut venir d'un seul au nom de l'intérêt collectif) et la garde en revient, en principe au dépositaire le plus à même d'assurer cette fonction. Les analyses de cette forme de propriété divergent dans la doctrine française. La famille en est assurément le support. Zénati et Revet y voient une propriété "*véritablement collective, contrairement à l'indivision, car la chose commune n'est pas soumise à des droits de propriété individuels et concurrents, mais à un seul droit de propriété, exercé de manière communautaire*".²⁵ En ce sens, le détenteur investi de la fonction de garde serait simple dépositaire et non propriétaire. D'autres analysent ce patrimoine familial comme une propriété individuelle affectée.²⁶ La communauté exerçant une forme de droit moral sur ces choses marquées par l'histoire familiale, l'analyse est en bonne cohérence avec la dimension personnelle de ces biens qui les rapprochent doublement du cercle des œuvres de l'esprit et des biens relevant du patrimoine culturel.²⁷ La famille par exemple tire de ce droit la possibilité d'exiger la conservation dans le patrimoine familial des archives et encore leur non-dispersion. Dans certains arrêts, a également été reconnu aux membres de la famille qui ne sont pas en possession de l'objet, un droit de copie ou d'accès. Sous un jour plus institutionnel, on pourrait également songer à des formes d'organisation de la jouissance du bien structurées autour de la création d'une personne morale, ou s'inspirant d'institutions telles que le trust, la fiducie ou encore le waqf.²⁸

De ces différentes formes, peuvent se dégager des modes d'organisation de l'intérêt commun. Sous cette perspective, il est utile d'isoler le périmètre attendu de cette utilité collective. Elle peut à la fois concerner le bien lui-même et le besoin de le conserver dans sa substance. L'obligation de conservation matérielle et juridique, en particulier l'interdiction de porter atteinte

²⁵ Zénati-Castaing, Frédéric et Revet, Thierry, *Les biens*, collection droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, , no. 36, p. 77.

²⁶ En ce sens, Barbiéri, Jean-François, *Les souvenirs de famille, mythe ou réalité juridique*, 1984, I. 3156.

²⁷ D'autres arguments cette fois-ci juridiques militent en faveur de cette notion de patrimoine affecté, notamment la question de la transmission des biens à la mort du détenteur, les règles de saisie qui ne sont pas en l'espèce paralysées.

²⁸ Pour une exploration des emprunts possibles à ces figures, voir Maget Antoinette, *Collectionnisme public et conscience patrimoniale, les collections d'antiquités égyptiennes en Europe*, collection droit du patrimoine culturel et naturel, 2008, p. 545, qui, tout en estimant inadaptés ces outils, engage à une réflexion sur un nouvel outil de gestion partagée s'inspirant de ces figures.

à l'intégrité du bien ou de le soustraire juridiquement à cette utilité en le cédant. De ce point de vue, l'idée d'un droit moral proche des propriétés intellectuelles ou familiales peut être un ressort intéressant. D'une certaine façon, c'est un peu ce levier qui transparaît dans la déclaration des droits des peuples autochtones à propos des sites et objets rituels et culturels, pour lesquels non seulement les États ont un devoir de conservation (article 13 notamment) et de protection du droit des peuples autochtones, tandis que les communautés disposent d'un droit d'accès et d'utilisation sur les biens qui n'auraient pas fait l'objet d'une restitution ou d'un rapatriement.²⁹ Dans le Code de déontologie de l'ICOM pour les musées, l'attention portée aux intérêts des communautés est également très présente, évoquée à plusieurs reprises soit à propos des collections en général, soit, plus spécialement, lorsqu'il est question des matériels sensibles ou des restes humains. Un certain nombre de dispositions prévoient, outre le respect de certains droits moraux,³⁰ une obligation de coopération.³¹ L'idée est que ces patrimoines *“ont un caractère dépassant la propriété normale, pouvant aller jusqu'à de fortes affinités avec l'identité nationale, régionale, locale, ethnique, religieuse ou politique”*.³² dont le musée doit tenir compte.

Sur le registre de la jouissance, les conditions d'accès, de détention, d'exploitation peuvent aussi être pensées sur un mode collectif. Les réflexions engagées autour de la gestion des ressources naturelles pourraient sans doute alimenter la réflexion, en particulier dans la mise en forme de l'accès et de l'utilisation.

D'un point de vue prospectif, il faut aussi suivre les réflexions sur la propriété grevée d'un droit d'accès au profit de tiers *“fondée sur l'idée centrale de l'existence d'un patrimoine collectif dont personne ne doit être exclu”* et qui concerne-

²⁹ Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007.

³⁰ Par exemple, à propos du matériel sensible (article 2.5): *“Les collections composées de restes humains ou d'objets sacrés ne seront acquises qu'à condition de pouvoir être conservées en sécurité et traitées avec respect. Cela doit être fait en accord avec les normes professionnelles et, lorsqu'ils sont connus, les intérêts et croyances de la communauté ou des groupes ethniques ou religieux d'origine.”* (Voir aussi articles 3.7 et 4.3). Par ailleurs (article 3.7): *“les recherches sur des restes humains et sur des objets sacrés doivent s'effectuer selon les normes professionnelles dans le respect des intérêts et des croyances de la communauté, du groupe ethnique ou religieux d'origine.”* (Voir aussi articles 2.5 et 4.3).

³¹ En vertu de l'art. 6.1: *“Les musées doivent promouvoir le partage des connaissances, de la documentation et des collections avec les musées et les organismes culturels situés dans les pays et les communautés d'origine. Il convient d'explorer les possibilités de développer des partenariats avec les pays ou les régions ayant perdu une part importante de leur patrimoine”*.

³² Article 6 (Principe) du Code de déontologie de l'ICOM pour les musées, 2006.

rait les biens vitaux ou encore les biens d'humanité.³³ Le mode de partage est ici conçu plus largement au service de la communauté, idée qui trouve un point d'appui dans la formulation d'un intérêt général de la culture universelle par la Cour européenne des droits de l'homme.³⁴

IV. CONCLUSION

La propriété de l'un ou de l'autre n'est peut-être plus la solution privilégiée à poursuivre. C'est de toute évidence une solution écartée dans un nombre croissant d'hypothèses. Et peut-être doit-on même considérer que les termes de l'équation ne peuvent plus contenir la propriété, du moins au sens classique et romain du terme, du droit d'*usus et abusus*. Dans ce sens, il y a lieu de relever le très intéressant commentaire que fait Berrin, l'une des participantes aux longues négociations entre le Musée de San Francisco et l'Institut d'anthropologie mexicain: "*Démontrant une grande sensibilité culturelle et politique, toutes les parties finirent par s'accorder à dire qu'elles n'arriveraient pas [...] à s'accorder sur la question de la propriété. Nous nous entendions pour reconnaître, en revanche, l'importance de la collection et la nécessité de travailler ensemble afin de la protéger et de la conserver; c'est donc sur cette base que se fit notre collaboration*".³⁵ Mais alors sur quoi doit-on se baser? Certes le découplage entre la propriété et la possession peut être une façon pragmatique d'arriver à une solution, mais elle est parfois teinte d'une certaine hypocrisie, comme cela est ressorti de l'affaire des manuscrits *Uigwe* coréens. En effet, même s'il s'agit officiellement d'un prêt, personne ne mettra en question la restitution des manuscrits par la France à la Corée du Sud et des déclarations officielles tout à fait expli-

³³ Théories de Macpherson pour le droit de non-exclusion et de Rifkin pour le droit d'accès, évoqués par Rochfeld, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, collection Thémis, 2011, p. 326, qui indique que "même si l'idée paraît encore à l'état de prospective juridique, elle n'en marque pas moins, déjà, certains régimes juridiques".

³⁴ CEDH, arrêt *Beyeler*, 5 janvier 2000, à propos de la détention par un État d'un tableau d'un auteur étranger: "Lorsqu'il s'agit d'une œuvre d'art réalisée par un artiste étranger, la Cour note que la Convention de l'UNESCO de 1970 favorise, dans certaines conditions, le rattachement des œuvres d'art à leur pays d'origine (voir l'article 4 de cette Convention; *supra* para. 73). Elle constate cependant que n'est pas en cause, en l'espèce, le retour d'une œuvre d'art dans son pays d'origine. La Cour admet par ailleurs le caractère légitime de l'action d'un État qui accueille de façon licite sur son territoire des œuvres appartenant au patrimoine culturel de toutes les nations et qui vise à privilégier la solution la plus apte à garantir une large accessibilité au bénéfice du public, dans l'intérêt général de la culture universelle".

³⁵ Berrin, Kathleen, San Francisco, le Mexique et les peintures murales de Teotihuacan, *Museum International*, Vol. 235, 2007, p. 13.

cites ont même été faites à l'époque de la signature de l'accord de prêt.³⁶ Il y a donc peut-être lieu d'explorer plus avant de nouvelles formes de propriété ou de jouissance partagées. Nous en avons isolées quelques unes et amorcé la discussion, mais il nous apparaît important que la réflexion soit poursuivie sur ce thème à plus grande échelle dans un proche avenir.

³⁶ Voir les déclarations de Jack Lang à l'époque de la restitution des manuscrits, reproduites par exemple dans l'Article Yonhap News Agency, 11 juin 2011, plateforme ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>), Centre du droit de l'art, Université de Genève (voir aussi <http://french.yonhapnews.co.kr/sportsculture/2011/06/11/0800000000AFR20110611000400884.HTML> [09.04.2012]).