

Un reste humain peut-il appartenir au domaine public ?

Jacques Lepers, Commissaire du gouvernement

« Objets inanimés, avez-vous donc une âme ;

Qui s'attache à notre âme et la force d'aimer ? » , écrivait le poète.

Peut-être faut-il faire un long détour vers l'Océanie pour comprendre la valeur des choses, mais aussi la nature et la valeur de l'art ou encore pour percevoir les oppositions complexes entre le vivant et le mort, entre les personnes et les objets, entre les droits patrimoniaux et non patrimoniaux... C'est à ce détour que nous amène la présente affaire, qui a déjà suscité beaucoup de polémiques et de réflexions ; l'originalité de la question juridique qui doit être tranchée vous a conduit à la soumettre à la formation plénière de votre Cour.

Préalablement, il nous faut rappeler le contexte factuel du dossier, en partant de Nouvelle-Zélande pour aboutir au muséum de Rouen.

En janvier 1840, la reine Victoria annexe la Nouvelle-Zélande à la couronne britannique et conclut le traité de Waitangi avec les chefs des tribus du Nord. Les Maoris deviennent ainsi sujets de la Couronne, ce qui leur garantit certains droits. Menacé d'extinction, le peuple maori a retrouvé, au siècle dernier et dans les années 60, une certaine vitalité. Sa renaissance culturelle et un activisme politique ont conduit le gouvernement néo-zélandais à des restitutions de terres et des indemnisations partielles. Les Maoris sont actuellement environ 600 000 en Nouvelle-Zélande et 90 000 en Australie.

Parmi les coutumes maories, existait celle du tatouage, de leur vivant, de la tête des guerriers et des chefs. En cas de décès au combat, les têtes étaient naturalisées puis exposées avant d'être remises au clan ou à la famille.

Cette pratique a suscité une curiosité, ou même une certaine fascination, de la part des Européens et a contribué à alimenter un trafic de têtes. De nombreux spécimens se sont retrouvés parmi les collections savantes ou les cabinets de curiosités.

Pour tenter de mettre fin à ce trafic, qui avait provoqué l'indignation en Grande-Bretagne, le parlement de Westminster a voté, dès 1831, une loi interdisant l'envoi vers l'Europe à partir de l'Australie de têtes de guerrier maori.

En 1875, M. Drouet, un particulier, a fait don d'une de ces têtes au muséum de Rouen, qui a, à présent, reçu l'appellation de « Musée de France » par arrêté interministériel du 17 septembre 2003. Elle y a été exposée jusqu'en 1996, date à laquelle des travaux ont été réalisés dans le musée, puis fut remise dans les réserves jusqu'à aujourd'hui, sans sortir de l'inventaire.

Depuis les années 90, les tribus maories, soutenues par le gouvernement néo-zélandais, ont lancé un programme tendant au rapatriement gratuit des restes maoris conservés dans diverses parties du monde, avec comme point d'orgue le musée Te Papa.

Souscrivant à cette démarche, le conseil municipal de Rouen a adopté, le 19 octobre 2007, une délibération autorisant la restitution de la tête maorie contenue dans les collections du

muséum et la signature de l'accord nécessaire avec le musée Te Papa en Nouvelle-Zélande.

L'exposé des motifs de cette résolution montre l'objectif poursuivi : « En effectuant cette restitution, la ville de Rouen s'inscrit dans une démarche éthique. Cet acte symbolique exprime le respect que l'on doit aux croyances d'un peuple qui refuse que meurent sa culture et son identité. Cette tête a en outre un caractère sacré aux yeux des tribus maories : elle retournera donc dans sa terre d'origine et pourra y recevoir une sépulture conforme aux rites ancestraux ».

Après suspension de la délibération par une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Rouen du 24 octobre 2007, sur demande du préfet de la région Haute-Normandie, préfet de Seine-Maritime, contestée en appel, le président de votre cour a prononcé un non-lieu par ordonnance du 7 avril 2008. Sur le fond, par un jugement du 27 décembre 2007, le tribunal administratif de Rouen a annulé ladite délibération ; tel est donc le jugement dont la commune relève régulièrement appel.

Avant d'entrer dans l'analyse juridique de la problématique au coeur du litige, il faut souligner que la volonté de la ville de Rouen de restituer une tête maorie conservée dans les collections de son muséum d'histoire naturelle au gouvernement néo-zélandais a remis en lumière les problèmes éthiques liés à la conservation de restes humains dans les musées.

Ceux-ci demeurent d'actualité comme l'illustre la polémique suscitée par l'organisation à Lyon d'une exposition intitulée « Our Body, A corps ouvert », qui se tiendra jusqu'au 24 août 2008, exposition à vocation anatomique présentant des organes et des corps humains « plastinés » (technique de conservation mise au point par von Gunther qui rend les corps imputrescibles). Le comité national d'éthique a rendu le 23 novembre 2007 un avis très réservé sur l'opération en mettant en exergue des contradictions « évidentes » avec la loi française. Selon lui, « l'idée que l'on peut approcher la mort de l'autre sans risque suppose que cet autre soit tellement anonymisé qu'il n'y ait plus de référence à quelque dignité humaine que ce soit. Or, bien qu'anonymes, les corps représentés n'en ont pas moins été des individus ; leur exhibition et leur réification constituent une atteinte à leur identité, et donc à leur dignité. La plupart des civilisations ont cherché à éviter de telles formes de manque de respect pour une dépouille réelle [...] ».

Pour réfléchir à ces questions, le musée du Quai-Branly, à la demande du ministre chargé de la culture, a même organisé, en février 2008, un symposium de deux jours sur le thème « Des collections anatomiques aux objets de culte : conservation et exposition des restes humains dans les musées ». Des directeurs de musées européens, africains et océaniques, des représentants des communautés africaines, maories, aborigènes et du Vanuatu, des anthropologues, des responsables du rapatriement des collections, des sociologues, des philosophes, des historiens et des juristes ont ainsi débattu du bien-fondé ou non de la restitution des restes humains à leur communauté d'origine.

En effet, deux visions des choses s'affrontent sur ces questions. D'un côté, celle des peuples dits « premiers » pour qui le corps des ancêtres, même morts, conserve une force magique et spirituelle et qui désirent pouvoir rendre à ceux-ci les cultes qui leur sont dus. De l'autre, celle de la communauté scientifique occidentale, qui redoute la restitution de tous ces restes humains qui ont permis de faire avancer la médecine, l'histoire et les recherches sur l'évolution de l'espèce.

« L'affaire est un véritable condensé de fantasmes. Elle mêle le religieux, le morbide, le débat sur la spoliation de certaines cultures, et la mauvaise conscience occidentale, dans une opposition Nord-Sud caricaturale », regrette Yves Le Fur, directeur adjoint responsable des collections permanentes au musée du Quai Branly, farouchement opposé à ces restitutions.

« On cherche à travers de tels gestes à réparer une histoire tragique, poursuit-il. Mais ne va-t-on pas, au contraire, l'effacer en inhumant ces têtes, comme le souhaite la Nouvelle-Zélande ? Dans un musée, restituées dans le contexte guerrier qui les a vues naître, puis dans celui de leur trafic par les colons, elles pourraient servir à la sensibilisation de

milliers de visiteurs ».

Pourtant, d'autres voix s'élèvent, et non des moindres, pour défendre la restitution de ces dépouilles, au nom de considérations éthiques comme le paléontologue Pascal Picq a la tête du comité de soutien constitué par la ville de Rouen, où figurent le généticien Axel Kahn, le philosophe Edgar Morin... Un site internet (rouen.blogs.com/tetemaori/) a d'ailleurs été ouvert pour informer le public des mobiles du projet et ouvrir le débat sur celui-ci.

L'ethnologue Maurice Godelier les soutient de façon plus nuancée : « Les restes humains ne sont pas des objets de collection comme les autres et doivent être considérés séparément. On ne peut pas rejeter avec arrogance les demandes de sociétés qui souhaitent rapatrier les restes de leurs ancêtres afin de leur donner une sépulture ».

Il n'est donc pas facile de concilier ces deux points de vue, même quand les deux parties prônent la coopération.

A la différence de la Suède, décidée à restituer l'intégralité ou presque de ses collections, la France donne l'impression d'hésiter pour des raisons largement liées à son ordre juridique interne. Certains des transferts se réalisent cependant sans controverse juridique. Il en aurait été ainsi de la restitution à l'Uruguay d'un « cacique indien » par le musée de Paris en 2002. Une loi spécifique (loi du 2 mars 2002) a même été votée pour permettre en 2002 la restitution à l'Afrique du Sud de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman, dite la « Vénus hottentote », ce qui révèle les doutes sur la manière de traiter les restes humains dans le cadre juridique pertinent. C'est à tort, nous semble-t-il, d'ailleurs, que la commune de Rouen voit dans le recours à la loi une obligation d'en passer par le régime de protection particulière du corps humain.

Selon elle, le droit du domaine public mobilier aurait ici montré ses limites face à ces restes humains. La notion de restitution ne serait pas équivalente à celle d'appropriation, un simple dépôt dans une collection restant possible. Elle se prévaut, de manière plus pertinente, de tergiversations réelles entre les deux autorités ministérielles de tutelle : celle de l'enseignement supérieur ferait primer l'article 16-1 du code civil alors que celle de la culture se prononcerait en faveur des règles de la domanialité publique.

M^{me} Catherine Morin-Desailly, sénatrice, conseillère municipale de Rouen, à l'origine de l'opération, a d'ailleurs, sans attendre le résultat de l'appel formé par la commune, déposé, le 20 février 2008, une proposition de loi autorisant la restitution par la France des têtes maories. Elle y explicite à nouveau le sens de la démarche de restitution de cette tête maorie afin qu'elle puisse être inhumée de façon digne et respectueuse des coutumes de ce peuple. Elle repose sur quatre critères déterminants :

- que le pays d'origine d'un peuple contemporain ait formulé la demande de restitution de ce bien ;
- que celui-ci ne fasse pas l'objet de recherches scientifiques ;
- qu'il ne soit pas destiné à être exposé ni conservé dans des réserves dans le pays d'origine mais qu'il soit inhumé ;
- qu'il soit issu d'actes de barbarie ayant entraîné la mort.

Ainsi, cet acte, parfaitement assumé par la commune, suscite des interrogations sur divers plans.

S'agissant d'une dimension morale ou éthique, la démarche est explicitement fondée sur le respect dû aux autres et notamment aux autres cultures.

S'agissant de la dimension politique, il s'agit d'une reconnaissance implicite du droit des minorités indigènes opprimées par le colonialisme européen et d'un soutien affiché à une lutte

de reconnaissance et renaissance identitaires.

S'agissant de la dimension sacrée et religieuse, sont en cause les références au caractère sacré de la tête, les rites funéraires ancestraux et le souci de donner une sépulture décente à ce reste humain.

S'agissant de la dimension juridique, enfin, la commune entend opposer explicitement le code civil au code du patrimoine et, implicitement, droit de l'Etat de Nouvelle-Zélande au droit de l'Etat français.

Sans méconnaître les autres aspects du problème, c'est bien évidemment cette dimension juridique qui nous retiendra et qui sera déterminante dans votre règlement du litige.

Votre compétence matérielle et territoriale pour connaître de ce dernier ne pose pas problème, la commune ayant renoncé à sa demande, exprimée en première instance, tendant à un renvoi vers le tribunal de grande instance de Rouen, ce qui était d'ailleurs contradictoire avec sa thèse axée sur l'impossibilité d'arguer d'une appropriation de la tête maorie présentée comme élément du corps humain.

La régularité du jugement ne peut être mise en doute contrairement aux allégations de la commune, dès lors que la minute de celui-ci permet de constater que l'ensemble des mémoires produits devant le tribunal administratif ont été visés et analysés.

Sur le fond, le tribunal administratif a justifié sa solution d'annulation de l'acte, en estimant que les dispositions de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, dite « loi bioéthique », ayant introduit dans le code civil les articles 16-1 et suivants « qui ne constituent que l'un des aspects du principe supérieur de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, ont pour objet d'interdire l'appropriation à des fins mercantiles ou l'utilisation aux mêmes fins du corps humain, de ses éléments ou de ses produits ». Il en a déduit que « les conditions actuelles de conservation de la tête maorie au sein des collections municipales du muséum ne sont contraires, ni dans leur principe, ni dans leurs modalités, à l'article 16-1 du code civil ». Dès lors, cet article ne fait pas obstacle, du seul fait qu'il s'agit d'un reste humain, à ce que la tête soit soumise au code du patrimoine.

Devant vous, la commune de Rouen axe son propos sur la question de principe en critiquant la position du tribunal administratif.

Le droit de la domanialité publique, applicable en particulier aux collections des musées de France, ne doit-il pas s'effacer devant les dispositions d'ordre général de l'article 16-1 du code civil qui interdisent la constitution de tout droit patrimonial sur le corps humain, ses éléments et ses produits ?

Elle estime que l'interprétation donnée à l'article 16-1 par le tribunal est contraire à la lettre du texte, l'appropriation de ce corps ou de certains de ses éléments, quelle qu'en soit la finalité, étant concernée selon elle.

Elle considère, par la suite, que la présence de restes humains dans les collections publiques et, partant, leur appartenance au domaine public apparaissent contraires à ce principe d'interdiction de toute appropriation, quand bien même elles n'obéiraient pas à une fin mercantile, dès lors qu'il est désormais admis que les personnes publiques détiennent de véritables droits de propriété sur les biens compris dans le domaine public et que la désaffectation permet la cession à titre onéreux.

La ville vous demande, dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel, d'écarter l'autre voie d'interprétation suggérée par le préfet en première instance tirée de ce que la disposition figurant au code civil visait essentiellement le trafic d'organes par les vivants et n'avait pas à s'appliquer à des restes humains de personnes décédées de longue date.

Le régime juridique du corps humain est donc une première composante de la question qui

vous est soumise.

Le respect dû au corps humain est consacré dans de nombreux textes de droit international ou européen : au travers de la reconnaissance de la dignité de la personne humaine ou de son intégrité dans la charte des Nations unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme ou, plus récemment, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 4), appelée à avoir valeur juridique contraignante au travers du traité de Lisbonne, en cours de ratification.

A l'instar d'autres ordres juridiques, le législateur français a voulu, en prolongeant les termes du Préambule de la Constitution de 1946, consacrer le respect dû au corps humain, l'article 16 du code civil issu de la loi précitée du 29 juillet 1994 affirmant désormais que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie ». L'inviolabilité du corps humain vient le protéger contre diverses atteintes (art. 16-1 et s. C. civ.), sous réserve de dérogations fondées sur l'intérêt général ou sur un intérêt médical.

L'indisponibilité du corps humain, forgée par la jurisprudence civile notamment, est illustrée par l'article 16-1 du code civil, dont l'alinéa 3 proclame que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Plus loin, les articles 16-5 et 16-6 du code civil disposent respectivement que « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles » et qu'« aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ».

De cette série de règles d'ordre public découle clairement l'idée de non-patrimonialité du corps humain, de ses éléments et de ses produits. Qui plus est, cette non-patrimonialité est précisément entendue comme une inaccessibilité à l'échange, comme le relevait le professeur Sériaux dans la rubrique patrimoine du Répertoire civil Dalloz. Pour autant, certains produits du corps humain peuvent faire l'objet de conventions, comme le rappelle l'article L. 1211-8 du code de la santé publique, et de nombreuses lois dérogent au principe d'indisponibilité du corps humain sous la pression des progrès de la science et parfois de la marchandisation de notre société, la loi française y résistant par le principe très généralisé de gratuité de nombreuses formes de dons (sang, sperme, tissus..).

En introduisant dans le code civil l'article 16-7, selon lequel « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », la loi du 29 juillet 1994 allait dans le même sens, même si le Sénat vient dans un tout récent rapport d'information, de proposer de légaliser la maternité pour autrui les « mères porteuses ». Il constate notamment que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt d'octobre 2007, avait déjà brisé le tabou en validant la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance américains de jumelles nées en Californie d'une mère porteuse.

Mais le débat qui nous occupe aujourd'hui porte davantage sur le caractère sacré que l'on reconnaît aujourd'hui volontiers à la dépouille mortelle et qui justifie le respect qu'on lui doit (et qu'on doit plus généralement au corps humain). Concerne-t-il également le corps pulvérisé ? Certains ont pu affirmer qu'un « embryon n'a rien d'humain » parce qu'il n'est qu'un ensemble de cellules et ne ressemble à rien. Peut-on dire dans le même esprit que les restes pulvérisés de l'individu n'auraient plus rien d'humain ? Et qu'ils ne mériteraient pas de ce fait la protection de l'article 16-1 du code civil et ne justifieraient pas pour les mêmes raisons la protection du juge prévue à l'article 16-2 ?

Visiblement, la commune de Rouen assimile le corps humain et le cadavre, alors que le commissaire du gouvernement devant le tribunal administratif considérait que le régime de protection sus-évoqué ne valait que pour les personnes vivantes.

Selon la doctrine civiliste : « La mort est le moment de l'anéantissement de la personnalité » (professeur Penneau) ou encore la mort est, du point de vue juridique, « l'évanouissement de

la personnalité » (doyen Carbonnier) ou, plus radicalement, « les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien » (Planiol). Mais ce moment de la mort ne fait pas totalement basculer le corps humain du côté des choses à défaut d'être encore « le *substratum* de la personnalité ». Il est admis « un certain prolongement de la personnalité après la mort », au travers notamment de la protection de la mémoire du défunt, des souvenirs de famille, du droit à l'image, de la protection temporaire de la vie privée du défunt.

Le cadavre conserve encore, plus ou moins longtemps, comme un reste d'âme qui justifie le droit reconnu aux ayants cause du défunt d'agir en justice lorsque est portée atteinte à son image ou à sa mémoire (v. Civ. 1^{re}, 20 déc. 2000, pourvoi n° 98-13.875, D. 2001. Jur. 885), faisant référence à l'article 16 du code civil pour l'exposition de la photo de la dépouille du préfet Erignac). Procèdent des mêmes préoccupations la limitation des prélèvements d'organes à des fins thérapeutiques ou scientifiques et les lourdes peines encourues par ceux qui enfreignent le respect dû aux morts (art. 225-17, art. 225-18, C. pén.).

Certes, sur le plan de votre jurisprudence, le Conseil d'Etat dans un arrêt *Milhaud* (CE ass. 2 juill. 1993, Lebon 194 ; AJDA 1993. 579, chron. C. Maugué et L. Touvet ; RFDA 1993. 1002, concl. D. Kessler) a considéré que les dispositions du code de déontologie, applicables en l'espèce, ne concernaient que les personnes vivantes et non pas une personne décédée, soit, en l'occurrence, après constat de la mort cérébrale.

Mais le Conseil d'Etat a souligné, en contrepoint, que le médecin avait méconnu le fait 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 ».

Dans un arrêt rendu en formation plénière le 9 juin 1998 (*M^{me} D.*, n° 95PA03104, Lebon 582), concernant la transfusion sanguine forcée sur un malade témoin de Jéhovah en état critique, la cour administrative d'appel de Paris avait également fait référence aux articles 16-1 et 16-3 du code civil comme retranscrivant les principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain.

On peut être, en revanche, troublé par les dispositions du décret n° 2007-328 du 12 mars 2007, qui paraît confirmer l'idée selon laquelle on peut devenir propriétaire d'une urne funéraire. On est parti de l'idée que l'urne funéraire est de nature mobilière, comme les cendres qu'elle contient. La sépulture a, en revanche, un caractère immobilier et la dépouille qui s'y trouve devient logiquement immeuble par destination. L'urne est mobile et la sépulture immobile ; c'est pourquoi le décret est venu tolérer une certaine appropriation privative : une urne peut être déposée dans une propriété privée lorsque le défunt l'a voulu (art. R. 2213-39, CGCT).

Peut-être faut-il en définitive voir le corps humain comme une chose, ainsi que le suggère le professeur Labbé dans un article (JCP 2008, n° 15, act. 239). Selon lui, s'il est respectable au sens de la loi du 29 juillet 1994, c'est parce qu'il est sacré. Et s'il est sacré, c'est peut-être qu'il « appartiendrait » à une entité supérieure, à l'image de Dieu ou de la collectivité. Quelle est précisément l'étendue du droit réel que l'individu exerce sur une chose sacrée ? Ce droit ne s'apparenterait-il pas davantage au droit d'usage qu'au droit de propriété ? La catégorie des choses sacrées ne mérite-t-elle pas d'être redécouverte ?

Sans répondre à ces interrogations, il nous semble en définitive délicat de considérer que seules les personnes vivantes seraient concernées par les dispositions protectrices du corps humain et notamment son indisponibilité.


Une seconde composante plus déterminante de la discussion menée devant vous intéresse le droit patrimonial, la commune estimant que les dispositions du code du patrimoine, sur lesquelles nous reviendrons, doivent s'effacer devant celles du code civil précédemment analysées.

On dit souvent que le patrimoine renferme « les droits et les biens d'une personne ». Comme

le relèvent les professeurs Mazeaud dans leurs célèbres *Leçons de droit civil* (éd. Montchrestien), cela est inexact. Le patrimoine ne contient pas les choses dont une personne est propriétaire, mais les droits dont cette personne est titulaire, notamment ses droits de propriété sur les choses.

Le patrimoine renferme donc tous les droits de la personne : droits réels, droits personnels, droits intellectuels.

Il n'est pas inutile de rappeler aussi qu'une personne possède des biens inaliénables sans même avoir à les déclarer siens, tant ils font corps avec elle, s'agissant de la corporéité et de la spiritualité qui caractérisent l'être humain. Ces biens extra-patrimoniaux sont, selon l'expression du professeur Sériaux dans le Répertoire civil déjà cité, de l'ordre de l'être. Les biens patrimoniaux relèvent plutôt de l'avoir, en ce qu'ils sont destinés par essence même à circuler entre les personnes. Les frontières sont cependant poreuses entre les notions.

Comme le démontrait Isabelle Savarit, dans un article paru à la Revue française de droit administratif (RFDA 1998. 305 ) , « le patrimoine s'est échappé du fief notarial pour envahir de nouveaux domaines et fut alors récupéré par les publicistes. Ainsi le patrimoine est-il apparu dans plusieurs textes de droit public sans faire l'objet de définition précise ». Mais alors, plus que la propriété ne s'agit-il pas davantage d'un droit de garde ?

On assisterait à une « véritable allégorie du patrimoine » selon les termes de Françoise Choay (*in L'allégorie du patrimoine*, Seuil, 1992), qu'on retrouve dans le rituel annuel des journées du patrimoine, en tant que volonté de préserver des traces très diverses d'un riche passé.

La définition que donne aujourd'hui l'Unesco de cette notion renouvelée de patrimoine (extrait du site internet de l'organisation) l'illustre bien :

« Désignant d'abord les vestiges les plus monumentaux des cultures, la notion de patrimoine s'est progressivement enrichie de nouvelles catégories issues de secteurs d'activités non artistiques, comme le patrimoine industriel, ou de contextes particuliers, comme le patrimoine subaquatique. Aujourd'hui, la notion de patrimoine est une notion ouverte, qui peut développer de nouveaux objets et de nouveaux sens car elle reflète la culture vivante plutôt qu'une image figée du passé. Nous savons depuis une trentaine d'années que nature et culture ne peuvent être séparées dans notre approche du patrimoine afin de rendre compte de la diversité des formes culturelles et particulièrement de celles où s'exprime un lien étroit de l'être humain avec son environnement naturel. [...] Plus récemment, un effort particulier a été porté sur la conceptualisation et la désignation d'une dimension complémentaire du patrimoine [...]. Le patrimoine immatériel regroupe d'ores et déjà, les actes de création et de représentation (arts du spectacle, rites, événements festifs, arts plastiques), les processus de transmission (pratiques sociales, savoirs et savoirs-faire traditionnels, croyances et pratiques relatives à la nature) ainsi que les contenus non pérennisés de la créativité (langues et traditions orales) ».

Le droit français est loin d'ignorer la notion de patrimoine commun. Il est utilisé dans le code civil dans une acception économique : le patrimoine commun des époux. Une acception plus large est mentionnée dans l'article L. 110-1 du code de l'urbanisme : « le territoire français est le patrimoine commun de la nation », ce qui implique, selon ce code, une compétence partagée entre les acteurs publics de l'aménagement du territoire.

Le code de l'environnement mentionne aussi cette notion pour indiquer que « les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent, font partie du patrimoine commun de la nation » (art. L. 110-1) et l'eau y est ajoutée (art. L. 210).

Le code du patrimoine issu d'une ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 procède de ce mouvement, en ayant le souci de souligner la cohérence de l'action des pouvoirs publics en faveur du patrimoine. L'article L. 1 de ce code précise qu'au sens de celui-ci le patrimoine « s'entend de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique

ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ».

Ce code définit ensuite un régime de protection des biens culturels particulièrement prégnant. C'est l'objet du titre 1^{er} du livre 1^{er} avec un chapitre 1 concernant le régime de circulation des biens culturels et un chapitre 2 qui concerne la restitution des biens culturels. Si l'échange et le mouvement des biens ne sont pas exclus, ils apparaissent encadrés et limités, même par rapport au régime habituel de la domanialité publique déjà très protecteur (par référence à l'édit de Moulins de 1566).

Cette protection marquée des biens l'est encore plus avec l'appellation de « trésors nationaux » qui fait sortir ces biens de la sphère des marchandises et les met aussi hors commerce aussi longtemps qu'ils font partie des collections. 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 ».

C'est donc principalement un droit de la conservation et, exceptionnellement, un droit de l'échange.

Enfin, le titre V du livre 4 concerne les collections des musées de France et plus directement, la présente instance.

Selon ces dispositions, toute acquisition est soumise à l'avis d'instances scientifiques (art. L. 451-1). Les collections font l'objet d'une inscription sur inventaire avec recollement tous les dix ans (art. L. 451-2). Les collections sont imprescriptibles (art. L. 451-3). L'imprescriptibilité concerne les collections qu'elles soient privées ou publiques. Toute cession irrégulière de toute ou partie d'une collection est réputée nulle (art. L. 451-4).

Dans le cas de personnes publiques, les biens des collections font partie du domaine public et sont à ce titre inaliénables (art. L. 451-5). Toute décision de déclassement d'un de ces biens ne peut être prise qu'après avis conforme d'une commission scientifique dont la composition et les modalités de fonctionnement sont fixées par décret (il s'agit du décret n° 2002-1302 du 26 déc. 2002).

L'inaliénabilité concerne les biens des collections publiques.

Dans le rapport qui lui a été demandé par le ministre en charge de la culture (Réflexion sur la possibilité pour les opérateurs publics d'aliéner des oeuvres de leurs collections, remis le 6 février 2008), M. Jacques Rigaud rappelait clairement ce principe : « Les oeuvres sont inaliénables sauf s'il est décidé de les aliéner » (p. 20), ce qui est finalement conforme au droit du domaine public, le Conseil constitutionnel ayant rappelé que le principe d'inaliénabilité « s'oppose seulement à ce que des biens qui constituent ce domaine soient aliénés sans qu'ils aient été au préalable déclassés » (Cons. const. 18 sept. 1986, n° 86-217 DC).

Sur ces bases, comment résoudre la contradiction que vous soumet la commune de Rouen entre les dispositions du code civil et celles du code du patrimoine ?

En récusant, tout d'abord, l'idée selon laquelle il faudrait raisonner par rapport à la notion de propriété publique ou privée, idée encore contenue dans les dernières écritures de la commune.

L'appropriation dont il est ici question ne peut se confondre avec la constitution d'un droit patrimonial, même si, comme le plaide la commune, l'ancien article 538 du code civil, issu d'un décret pris en 1790 selon lequel toute portion du territoire français insusceptible d'appropriation privée appartiendrait au domaine public, ne doit pas être abusivement interprété.

En réalité, à l'opposé des conceptions civilistes, nous pensons que le patrimoine dont il est ici question dépasse l'appropriation. Dans cette logique, la propriété n'est plus un droit mais une

charge, celle d'administrer, d'assurer la garde et la sauvegarde des composantes du patrimoine. Cela nous ramène aux caractéristiques mêmes du domaine public, la doctrine ayant, dès le XIX^e siècle, refusé d'admettre l'idée de propriété par la personne publique. L'Etat ne détient, selon celle-ci, ni l'*usus* qui revient au public, ni le *fructus* qui n'existe pas, ni l'*abusus*, le domaine public étant inaliénable.

L'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques renforce selon nous ce raisonnement. Les biens meubles sont déterminés ainsi à l'aide du prisme de l'intérêt public, appréhendé du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science et de la technique.

Dans un article de l'Actualité juridique droit administratif (Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques, AJDA 2007. 619), Jean-Gabriel Sorbara, maître de conférences, jugeait qu'il s'agissait là de l'affirmation d'un domaine « par nature » au sens fonctionnel. Le bien peut être déclassé s'il perd son intérêt. Il devient inaliénable dès lors qu'il entre dans une collection. Selon lui, ces biens sont placés hors commerce par la nature des choses et par la volonté du législateur. Peut-être faut-il aussi y voir le signe d'une exception française en ce que la sacralisation des biens culturels et culturels dans notre pays est inscrite dans les gènes de l'identité du pays, à raison des rapports entretenus autrefois par une monarchie de droit divin avec l'art et la culture...

Les musées français procèdent à ce titre d'une volonté politique de l'Etat. Dès le 2 octobre 1789, la Nation devint héritière des biens de la Couronne, les biens des académies, de l'Eglise et des émigrés furent expropriés au profit de la Nation.

Au cours des siècles, on retrouve cette volonté étatique de rassembler tout un patrimoine artistique. Cette même volonté s'est retrouvée pour le muséum d'histoire naturelle, continuation du Jardin royal des plantes médicinales créé sous Louis XIII, qui, depuis 2002, est soumis à la législation des musées de France et qui renferme des collections de plantes, d'insectes et d'animaux, dont certains ont déjà disparu.

La loi du 6 mars 2002, évoquée au début de nos conclusions, pourrait laisser planer certaines zones d'ombre en ce qu'elle ne clarifie pas nettement l'application du code du patrimoine aux collections publiques comprenant des éléments humains.

Le rapport n° 3563 du 30 janvier 2002 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative à cette restitution estime qu'il y a « absence de difficultés juridiques ». En effet, il est considéré que le principe d'inaliénabilité n'oblige pas à l'adoption d'une loi, une simple décision de déclasser suffit.

Cependant, il conclut que, « compte tenu du caractère politique de la présente demande, une proposition de loi se révèle être aujourd'hui la plus adaptée », car après le traitement infamant subi par le corps de Saartjie Baartman de son vivant et après sa mort, le passage devant une commission scientifique afin de valider sa restitution pouvait paraître indécent. Néanmoins, le rapport précise que, « dans l'hypothèse où seraient présentées d'autres demandes comparables, rien n'empêcherait de recourir à la procédure de déclasser actuellement en vigueur ».

Les termes de la loi semblent, quant à eux, reconnaître l'appartenance des restes de la dépouille mortelle en précisant parallèlement qu'ils cessent de faire partie des collections du muséum.

On pourrait donc penser que le législateur a voulu marquer les limites du champ d'application de la loi bioéthique de 1994, sans trancher la question de la propriété de la dépouille.

Si l'on revient aux principes fondamentaux, la domanialité publique repose sur cette idée originale par rapport au lien que le code civil établit entre le propriétaire et son patrimoine selon laquelle l'usage des biens faisant partie du domaine public n'est pas réservé à leur propriétaire mais à des tiers. La domanialité publique est tout entière caractérisée par

l'affectation publique qui grève les biens concernés.

Faut-il alors en arriver à un nécessaire arbitrage entre le code civil et le code du patrimoine comme voudrait vous y inviter la commune ?

Autrement dit, la situation qui vous est soumise ne doit-elle pas être réglée en tirant toutes conséquences de l'autonomie du droit administratif par rapport au droit commun ?

Par nature, l'action de l'administration se différencie clairement de celle du particulier, soit par la majoration des pouvoirs que le droit confère à celui-ci, soit par leur réduction. Jean Rivero, dans son article (RD publ. 1953. 279, Existe-t-il un critère du droit administratif ?) l'a brillamment démontré. Et, dans ses conclusions sous l'arrêt *Savonneries H. Olive* du 25 novembre 1921 (RD publ. 1922. 107), M. Rivet, commissaire du gouvernement, rappelait au juge administratif qu'il lui appartenait de créer sa jurisprudence en ne retenant les règles du code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective.

Le régime de protection particulière qu'offre le code du patrimoine pour les besoins spécifiques des collections publiques et des collections des musées de France nous semble clairement inspiré par les principes constants de la domanialité publique, reposant comme nous avons tenté de le montrer sur une certaine conception du patrimoine, différente de celle du droit privé. Il doit, au regard des considérations qui précèdent, primer y compris sur les dispositions d'ordre public du code civil, posées d'ailleurs par précaution pour éviter des dérives dans la négociation contractuelle.

Par voie de conséquence, la circonstance que la tête maorie ait été rangée dans les réserves du muséum depuis 1996 n'a pas eu pour objet et ne pouvait avoir légalement pour effet de la faire sortir des collections du muséum.

Avant de prononcer, par la délibération litigieuse, la restitution de la tête maorie à la Nouvelle-Zélande, il est constant que la ville de Rouen, propriétaire du muséum, n'a pas procédé au déclassement de ce bien qui relève du domaine public mobilier communal et n'a d'ailleurs ni sollicité, ni obtenu de la commission scientifique nationale des collections des musées de France l'avis conforme pour procéder à ce déclassement. En l'absence d'une loi spéciale qui aurait prononcé la sortie de ce reste des collections dudit muséum, alors que cet élément demeure inséré dans une collection d'un musée de France bénéficiant de la protection accordée à ces biens par le code du patrimoine, la décision portant restitution de la tête maorie se trouve dès lors entachée d'un vice de procédure.

Cela nous amènera à préconiser une confirmation de la solution de première instance.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête

Mots clés :

DOMAINE * Domaine public * Reste humain

CULTURE * Musée * Collection * Tête maorie * Restitution

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Droit à la dignité * Dépouille mortelle