



XXII

NOUVEAUX ITINÉRAIRES EN DROIT

HOMMAGE
À
FRANÇOIS RIGAUX

BIBLIOTHEQUE GUJAR



D 060 084719 3

BRUYLANT
BRUXELLES

1 9 9 3

SUR LE RETOUR DES BIENS CULTURELS ILLICITEMENT EXPORTÉS

PAR

Pierre LALIVE

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

MEMBRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

« ... Il ne faut pas rêver : les États ne coopèrent
que s'ils y trouvent des avantages mutuels »

F. RIGAUX (1)

Il y a une quinzaine d'années, l'Institut de Droit international, en sa session de Wiesbaden, adoptait à l'unanimité et sans abstention une Résolution sur « l'application du droit public étranger » — un sujet proposé à l'origine, croyons-nous, par Henri Batiffol — une résolution qui condamnait avec netteté « le prétendu principe de l'inapplicabilité *a priori* du droit public étranger », non seulement parce qu'il n'était « fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable », mais encore parce que « susceptible d'entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale » (2).

Dans ses publications, le destinataire du présent hommage, qui avait participé aux débats et au vote de Wiesbaden, a démontré depuis à maintes reprises son intérêt, parmi d'autres « questions-frontières » ou trans-frontières, pour le sujet de cette Résolution et notamment pour le thème, dont l'actualité n'a fait que croître ces dernières années, de la protection internationale du patrimoine culturel. Ainsi l'on ne s'étonnera pas de le trouver au premier rang des Membres de l'Institut de

(1) *Recueil des Cours* 1989/1, vol. 213, p. 384.

(2) *Annuaire*, 1975, vol. 56, pp. 410 et ss. et 552, avec rapport de P. LALIVE ; l'« International Law Association » a fait écho à ce texte dans une résolution sur *Recognition and Enforcement of Foreign Public Laws*, (Warsaw Conference, 1988, p. 29).

Droit international qui ont préconisé l'étude des conflits de lois relatives à la vente internationale des objets d'art, sous l'angle de la protection du patrimoine culturel, étude qui a abouti, à la Session de Bâle de l'Institut, en septembre 1991, à l'adoption d'une Résolution suivant un rapport et des propositions originales de M. Antonio Ferrer-Correia.

Il peut donc paraître opportun de consacrer les observations qui suivent à certains aspects de l'évolution juridique récente en matière de biens culturels, en particulier à la lumière des travaux de l'UNESCO (3) et, surtout, de l'UNIDROIT, travaux qui fourniraient, s'il en était besoin, une nouvelle illustration de l'actualité et de l'importance de la question du droit public étranger et de sa reconnaissance internationale (4).

Il ne saurait être question d'analyser ou même de survoler ici dans son ensemble la problématique du commerce international, licite et illicite, des biens culturels et notamment des objets d'art (5). On fera donc abstraction, dans toute la mesure du possible, des aspects de droit international public et de droit pénal. De même, sur le terrain du droit civil ou du droit international privé, on ne traitera pas de chapitres entiers de ce vaste domaine comme ceux des conflits de lois ou conflits de juridictions, tels ceux traités dans son rapport à l'Institut par M. Ferrer-Correia — des aspects qui mériteraient à eux seuls un commentaire approfondi. Ainsi nous n'examinerons pas la situation des biens culturels volés et les conflits liés

(3) On n'oubliera pas, outre les Conventions de l'UNESCO et le fameux article 36 du Traité de Rome CEE, les Conventions du Conseil de l'Europe, par exemple celle du 23 juin 1985 (de Delphes) sur les infractions visant les biens culturels, citée in « La vente internationale d'œuvres d'art », vol. II, p. 285, cf. note 9, *infra*.

(4) L'Institut international pour l'Unification du Droit privé, UNIDROIT, à Rome, a pour Président le Professeur Riccardo Monaco, Membre de l'Institut de Droit international, qui se trouvait présider, avec M. W. WINKLER, les débats de Wiesbaden, sur le Rapport présenté par le signataire de ces lignes.

(5) Il suffira de noter au passage la difficulté — pour certains l'impossibilité — d'une définition tant soit peu précise de ces notions ; cf. à ce sujet, par exemple, Jean CHÉRIAN, in *La vente internationale des œuvres d'art*, vol. I, p. 17. cf. note 9, *infra*. Sur les diverses méthodes utilisées en droit comparé pour définir le « patrimoine culturel » (ou « cultural heritage ») — énumération, catégorisation, classification — voir par exemple P. O'KEEFE, in *La vente internationale des œuvres d'art*, vol. II, pp. 61 ss ; cf. la Convention Unesco de 1972 concernant la protection du patrimoine mondial culturel, textes cités dans le même volume, aux pp. 171 ss et 201 ss. Selon un grand maître en la matière, John H. MERRYMAN (*The Public Interest in Cultural Property*, 77 Calif. L.R., March 1989, p. 341), « the category [Cultural property] can be expanded to include almost anything made or changed by man ».

à la différence des législations sur l'acquisition de bonne foi — quand bien même, à l'évidence, l'hypothèse du vol « international » (6) et celle de l'exportation illicite coïncident souvent « ex natura rerum ».

Ce découpage ou, si l'on veut, cette amputation du sujet n'est pas dicté seulement par la nécessité et les limites imparties aux contributions à l'hommage collectif qui est ici rendu à l'un des esprits les plus originaux de la doctrine contemporaine en droit international privé. Ce parti pris se justifie aussi par la différence objective des deux situations : le vol, qu'il porte ou non sur des biens culturels, est universellement considéré comme une infraction pénale. Le consensus est ici évident et la réprobation d'autant plus générale (7) que ce genre de vol (8) s'accompagne souvent de dommages, parfois irréparables, à des biens uniques et de pertes graves pour le patrimoine culturel d'un pays ou de l'humanité toute entière (9).

Il n'en est pas (ou pas encore — mais est-ce possible ?) de même s'agissant de biens culturels *non volés* mais « simplement », si l'on peut dire, transférés à l'étranger en violation d'une interdiction ou restriction à l'exportation (10). C'est en un tel cas que l'on peut mesurer vraiment l'état actuel de la législation et de la pratique à l'égard de la reconnaissance des

(6) Aux fins d'une convention internationale comme celle projetée par l'UNIDROIT, en admettant que son champ d'application soit limité aux situations internationales, il ne paraît pas indispensable de définir le vol « international » — le seul critère décisif étant ici, à l'évidence, le déplacement de l'objet volé à travers une frontière.

(7) En dépit des fétichismes moraux qu'entraîne parfois la passion de collectionneurs peu curieux sur l'origine des biens qu'ils achètent.

(8) Sur l'ensemble de la matière, il est indispensable de se référer aux publications de L.V. PROTT et P.J. O'KEEFE, deux partisans résolus d'une protection internationale efficace de ce qu'ils préfèrent appeler le « cultural heritage ». Cf. *inter alia* L. PROTT, in *217 Recueil des Cours*, (1989-V) pp. 219-317.

(9) Sur la question des biens volés, on consultera notamment les études comparatives du professeur Gerte Reichelt, de l'Université de Vienne, pour l'UNIDROIT (1986 et 1988) et les autres documents de l'Institut de Rome, comme le Chapitre II de son Avant-Projet de Convention « sur les biens culturels volés ou illicitement exportés », ainsi que les rapports présentés aux Colloques successifs organisés depuis 1985 par l'Institut du Droit et des Pratiques du Commerce international (de la Chambre de Commerce internationale), à Genève, Amsterdam et Madrid : *La vente internationale d'œuvres d'art*, volume I, Genève, 1986, éd. Faculté de Droit et ICC Publishing, 763 pp. ; volume II, 1990, éd. Kluwer et ICC Publishing, 819 pp. ; volume III, *Le Commerce international de l'Art et le Droit*, 1991, éd. Kluwer et ICC Publishing, 465 pp. ; volume IV à paraître en 1993.

(10) Un exemple classique est celui du tableau de Poussin, vendu naguère par son propriétaire et envoyé aux USA, en violation d'une interdiction française d'exportation.

effets, ou de l'« application » ou « prise en considération » (11) du droit public étranger, celui de l'Etat d'où proviennent (12) les biens culturels.

Un bref coup d'œil sur la pratique contemporaine permet de déceler à la fois, en résumé, (a) une certaine tendance favorable à une plus grande prise en considération du droit public étranger (13), et (b) le long chemin qui reste encore à parcourir.

Quant à cette tendance, en matière de biens culturels, elle s'est traduite par un certain nombre, du reste limité, d'exemples comme l'affaire *Damasso*, entre l'Equateur et l'Italie (14) ou le célèbre arrêt du Bundesgerichtshof allemand déclarant nul le contrat d'assurance qui couvrait des objets d'art exportés illicitement du Nigeria ; on sait que l'arrêt (15) se réfère (sans l'appliquer directement, l'Allemagne ne l'ayant pas ratifié, à la différence du Nigeria) à la Convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970. Des cas de ce genre traduisent sans doute une meilleure prise de conscience des intérêts des autres Etats à la défense de leur « patrimoine culturel » (national) et une plus grande compréhension des intérêts communs des Etats en ce domaine. On peut y ajouter l'exemple de deux grands pays « importateurs » de biens culturels, les Etats-Unis et le Canada qui, à la différence de la majorité des

(11) Sur ces deux notions d'application et de prise en considération, voir par exemple les rapports de P. LALIVE à l'Institut de Droit international, *Annuaire*, Session de Wiesbaden, 1975, pp. 174 et ss., 229 et ss., 196 et passim.

(12) Au sens strict de l'Etat de départ, ou de la dernière exportation illicite — un Etat qui n'est pas nécessairement l'« Etat d'origine » du bien culturel, l'origine étant une notion parfois difficile, voire impossible à cerner.

(13) Tandis que suscitée, ou au moins précipitée, par le mouvement doctrinal dont l'expression la plus nette est sans doute la Résolution déjà citée de l'Institut de Droit international ; *supra*, note 2 ; cette Résolution est par exemple à l'origine directe de l'article 13, al. 1^{er} de la LDIP suisse de 1987, qui constitue une sorte de « mise à mort » voulue de la jurisprudence traditionnelle du Tribunal fédéral suisse sur l'inapplicabilité de principe, sauf exception, du droit public étranger (par ex. ATF 80.II.53 *Ammon c/ Royal Dutch*).

(14) République de l'Equateur c. *Damasso*, Tribunal (n° 4410/79) et Cour d'appel de Turin (n° 593/82) ; pour une critique persuasive de ces décisions, v. J. H. MERRYMAN, « Il Controllo Nazionale sull'Esportazione dei Beni Culturali », in *Rivista di Diritto Civile*, 1988, p. 636.

(15) Du 22 juin 1972, *BGHZ*, 59, 83, cité par F. RIGAUX dans son Cours de La Haye de 1989, p. 196. — Sur la situation en Allemagne, v. B. PIEROTH et B. KAUFMANN, « Ausserhandelsbeschränkungen für Kunstgegenstände », in *NJW*, 30 Mai 1990, S. 1385-1390.

autres Etats de cette catégorie, en particulier européens, ont ratifié la Convention de l'UNESCO de 1970 (16).

Il convient toutefois de ne pas surestimer la généralité ou l'importance de cette tendance. Il est significatif que plusieurs de ces exemples, correctement analysés, ne consacrent pas, sinon fort indirectement, une reconnaissance des effets du droit public étranger mais traduisent simplement *par le biais de notions de droit interne* (comme celles d'ordre public ou d'actes juridiques contraires aux « bonnes mœurs ») une sensibilité plus grande aux besoins de protection des biens culturels. Il n'est pas moins significatif que ce soit toujours les mêmes exemples qui soient cités.

Quant au chemin à parcourir, il demeure considérable, ainsi que devraient l'illustrer les observations qui suivent.

Une première preuve en est ce qu'il faut bien appeler, malgré son adoption par quelques soixante-neuf Etats, l'échec ou le peu de succès de la Convention de Paris du 14 novembre 1970 « concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels » (17). Pourquoi cet insuccès ? Il s'explique en résumé, à notre avis, par deux raisons, politique et juridique.

La première tient au déséquilibre de la Convention, qui exprime surtout les préoccupations et les revendications des Etats « exportateurs » involontaires, c'est-à-dire victimes du trafic illicite et parfois d'une véritable hémorragie continue de leurs biens culturels, revendications plus que compréhensibles (18).

(16) Pour les Etats-Unis voir les publications du professeur John H. MERRYMAN, de Stanford. Pour le Canada on consultera les très intéressants rapports annuels de la « Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels » sur les cas d'application de la loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels (*Cultural Property Export and Import Act*).

(17) Texte reproduit dans le Volume II de « La vente internationale d'œuvres d'art », cf. note 9, *supra*.

(18) Ce déséquilibre a été reconnu, non sans quelque naïveté, par certains critiques de l'Avant-projet de l'UNIDROIT, dont l'approche, à leur avis, « était très différente de celle de la Convention de l'UNESCO, qui avait favorisé les pays d'origine en faisant pencher l'équilibre (sic) vers les intérêts des Etats importateurs » (cf. Doc. 25, UNIDROIT, de janvier 1992, p. 2). Dans une note à l'UNESCO, l'Observateur de cette organisation apporte à ces critiques une réponse désuive.

Les auteurs de la Convention, faute aussi d'avoir su faire preuve du réalisme dont témoigne la remarque de François Rigaux citée en exergue de la présente étude, n'ont pas ou pas assez tenu compte du point de vue des Etats « importateurs » et des problèmes législatifs internes que leur poserait pareille Convention.

Cette erreur, à laquelle on reviendra plus loin, était d'autant plus fâcheuse qu'une Convention visant le « retour des biens culturels illicitement exportés » (ainsi que la « restitution des biens culturels volés ») — de par la nature même des choses — est loin d'imposer des devoirs mutuels ou équivalents aux futurs Etats contractants, mais prévoit des obligations, quasi exclusivement, pour les seuls Etats « importateurs », qui seraient amenés à ordonner la restitution ou le retour du bien culturel dans son pays de départ au prix de modifications parfois profondes de leurs droits internes, voire même du sacrifice de principes constitutionnels protégeant la propriété privée (19).

La seconde raison de l'échec de la Convention de l'UNESCO de 1970, est juridique ou, si l'on préfère, « technique ». La nature, multidisciplinaire, du sujet impliquait que la Convention internationale, pour être efficace, dépasse le seul terrain du droit international public ou des proclamations générales d'intention, si élevées soient-elles, et qu'elle se fonde sur de sérieuses analyses de droit privé et de droit international privé comparé (20).

Ayant compris cet état de choses, l'UNESCO s'est adressé à l'Institut international de Rome, il y a une dizaine d'années.

(19) Le fait, indiscutable, encore que souvent méconnu, que tout Etat peut se trouver alternativement, le cas échéant, dans la situation d'exportateur ou d'importateur de biens culturels, n'entame pas la validité de la constatation faite au texte. Il demeure que, en pratique, certains Etats, par exemple du Sud européen, ou en voie de développement, se trouvent beaucoup plus souvent, ou se sentent, en position de victimes du trafic illégitime, trafic dont on ne saurait nier ni l'importance ni les aspects scandaleux.

(20) Dans un rapport à l'UNESCO d'août 1990 sur les projets de l'UNIDROIT, M. L. Paoletti souligne avec raison que l'un des problèmes auxquels se heurtent les auteurs de la Convention UNESCO de 1970 étaient « the fact that many of the issues which had to be dealt with, were matters of private law in which, it could be argued, UNESCO, strictly speaking has no expertise and no mandate ». Dans le même sens, v. P. LALIVE, in *Introduction au 1^{er} Colloque international de Genève, La vente internationale d'œuvres d'art*, vol. I, 1985, p. 14.

Nous négligerons ici, malgré son intérêt, la genèse des travaux de l'UNIDROIT pour évoquer seulement quelques aspects du projet de Convention aujourd'hui en cours de discussion, ainsi que les principales divergences ou difficultés susceptibles de s'opposer à l'adoption dans un avenir proche d'une telle Convention internationale (21).

Quant à l'exportation illicite des biens culturels, le Projet UNIDROIT consacre une *innovation majeure*, sur le principe de laquelle un large consensus paraît exister, suivant les propositions du Comité d'étude, mais dont il reste à définir le champ précis et les conditions d'application, questions capitales où se manifestent, plus ou moins clairement, de multiples divergences. Ce principe est celui du retour des biens culturels illicitement exportés du territoire d'un Etat contractant, à ce dernier Etat. On voit là d'emblée une analogie, qu'on se gardera de pousser trop loin, avec la Convention de la Haye sur l'enlèvement des enfants, ou « legal kidnapping ». Il est clair qu'une Convention consacrant un tel principe serait susceptible d'avoir, indépendamment de ses dispositions sur les biens culturels volés, « un fort impact à l'avenir sur la circulation des biens culturels » et, en particulier, des objets d'art (22). Pareille idée renverse à l'évidence, dans le prolongement des idées doctrinales contemporaines sur l'application du droit public étranger, la pratique traditionnelle à l'égard des lois d'exportation étrangères, en raison surtout d'un sentiment croissant de solidarité internationale des Etats en matière de « protection du patrimoine culturel ».

Mais à quels « biens culturels » ce principe du retour va-t-il être appliqué, et à quelles conditions ? Toute la difficulté, aurait dit probablement M. de la Palisse, tient dans la réponse à ces questions.

A cet égard, la philosophie de base des auteurs de l'Avant-projet, qui s'exprime en un Chapitre III, en particulier en son

(21) Au cours de plusieurs séances à Rome, un Comité d'étude restreint a élaboré un Avant-projet, discuté en mai 1991 et janvier 1992 par un large Comité d'experts gouvernementaux (représentant une cinquantaine d'Etats, avec les observateurs d'organisations internationales comme l'UNESCO, la Conférence de la Haye de droit international privé, le Conseil de l'Europe, la CEE et INTERPOL) ; il sera débattu encore en une troisième et dernière Session en février 1993, suivie, en cas de réaction favorable d'une majorité d'Etats, d'une conférence diplomatique.

(22) En ce sens un Rapport de l'Observateur de l'UNESCO, d'août 1990, au n° 8.

article 5, a consisté en la recherche d'un *équilibre* acceptable, susceptible de recueillir l'adhésion des Etats non parties à la Convention UNESCO de 1970, équilibre entre les divers intérêts, étatiques mais aussi privés, en présence. Il leur a paru évident que les Etats « importateurs » n'accepteraient de s'obliger ni à ordonner le retour de *n'importe quel objet* culturel illicitement exporté (contrairement à ce que prévoit, pour la restitution des biens culturels volés, le Chapitre II, art. 39 du même Projet) ni à donner effet de façon globale ou « abstraite », sans condition et sans contrôle, à toutes les lois étrangères restreignant les exportations.

Il faut citer ici l'article 5 alinéa 3 du Projet, disposition centrale — et controversée — selon laquelle :

« Le tribunal, ou toute autre autorité compétente de l'Etat requis ordonne le retour du bien culturel dans l'Etat demandeur, lorsque cet Etat prouve que l'exportation du bien de son territoire porte une atteinte significative à l'un ou l'autre des intérêts suivants :

- a) la conservation physique du bien ou de son contexte,
- b) l'intégrité d'un bien complexe,
- c) la conservation de l'information, par exemple de nature scientifique ou historique, relative au bien,
- d) l'usage du bien par une culture vivante,
- e) l'importance culturelle particulière du bien pour l'Etat demandeur. »

Si l'une de ces conditions est remplie, l'autorité compétente de l'Etat requis a l'obligation d'ordonner le retour du bien culturel, sauf, sans doute, si ce retour lui paraît contraire à son ordre public et, réserve particulière posée par l'article 6, si l'Etat requis estime que ce bien présente, avec sa propre culture (ou celle d'un autre Etat) « un lien aussi étroit ou plus étroit qu'avec celle de l'Etat demandeur » (23).

Ce schéma général est à la fois usuel et très novateur : d'une part il n'a rien d'insolite et correspond en somme à celui

(23) La proposition de référence, dans ce contexte, à la culture d'un autre Etat, a suscité à Rome de profondes divergences d'opinions. Selon certains, elle soulèverait de nombreuses difficultés pratiques, techniques et même politiques ; il est aisé d'imaginer de multiples exemples de situations embarrassantes pour le tribunal requis, compte tenu du nombre des biens culturels ayant des « liens étroits » avec la culture de deux ou plusieurs Etats.

A signaler aussi que l'obligation de retour n'a pas d'application, en vertu de l'article 7, pour les biens culturels exportés illicitement du vivant de leur créateur ou dans les 50 ans suivant sa mort, en cas de prescription de la demande de retour ou enfin, et bien entendu, « lorsque l'exportation du bien en question n'est plus illicite au moment où le retour est demandé ».

d'autres accords d'assistance ou d'entraide internationales, qui prévoient une demande assortie d'un dossier, ou de précisions permettant à l'autorité compétente de l'Etat requis d'apprécier si les conditions prévues sont remplies (24).

D'autre part, le système est indiscutablement très novateur, voire révolutionnaire, en ce qu'il oblige les Etats à appliquer de manière « coercitive » (c'est-à-dire « to enforce ») les règles de droit public étranger ou, si l'on préfère certaines terminologies à la mode, les lois étrangères d'application nécessaire limitant l'exportation des biens culturels. Il suffira, pour mesurer la portée considérable de pareille innovation, de signaler au passage l'une de ses conséquences possibles : le bouleversement en résultant dans les relations privées, par exemple dans la situation juridique de l'acquéreur de bonne foi d'un bien culturel illicitement exporté de l'étranger, ou dans celle d'un de ses héritiers (25).

Le progrès considérable, par rapport au *statu quo* et, en particulier, à la Convention UNESCO de 1970, devrait sauter aux yeux de tout observateur impartial et de tous ceux que préoccupe le pillage dont certaines régions riches en biens culturels sont aujourd'hui victimes, par exemple à l'occasion de fouilles archéologiques clandestines (et dans des cas où le vol — qui appellerait l'application des dispositions plus simples du Chapitre II, n'est pas établi (26).

Il est curieux, mais très révélateur, que tel ne semble pas être le cas ; nombre d'experts représentant à la conférence de l'UNIDROIT les pays dits « exportateurs » n'ont en effet pas vu ou voulu comprendre l'importance de cette innovation et ont jugé que le Projet UNIDROIT n'allait pas assez loin.

(24) Selon le libellé de l'article 5, alinéa 2 du Projet.

(25) C'est à ce genre de difficulté que tente de répondre l'article 8 du Projet en prévoyant que le possesseur « de bonne foi » — des termes qui ne sont employés nulle part, à dessein, dans le Projet — c'est-à-dire ignorant sans sa faute l'exportation illicite — a droit au paiement concomitant d'une « indemnité équitable » (al. 1^{er}), tandis qu'un alinéa 2, assez critiqué lui aussi, envisage que « en lieu et place de cette indemnité », le possesseur pourrait choisir de conserver la propriété du bien culturel, ou de la transférer, mais sur le territoire de l'Etat demandeur.

(26) On sait que certains Etats, notamment latino-américains, ont eu utile d'utiliser des notions très extensives à cet égard, assimilant par exemple toute exportation illicite à un vol, alors que de telles qualifications ne seront pas nécessairement reconnues à l'étranger ; cf. par exemple le cas cité par J. H. MERRIAM (in *International Journal of Cultural Property*, n° 1, Vol. 1, 1992, p. 169) : *Peru v. Johnson*, 720 F. Supp. 810 (CD. Cal. 1989).

Quelques exemples d'une attitude que l'on doit appeler, en toute neutralité, « maximaliste » permettront de mesurer le climat particulier qui entoure les débats relatifs au « retour » des biens culturels et les difficultés qui restent à surmonter pour parvenir à un accord.

On a vu que le système du Projet, en son article 5, permettait à un Etat contractant de *demande* le retour du bien culturel qui a quitté son territoire en violation de sa législation sur l'exportation en la matière, et de l'*obtenir* s'il établit que sont remplies en l'espèce certaines conditions, alternatives, tenant à la finalité même d'une convention tendant à assurer la préservation ou la protection du patrimoine culturel. Dans des observations écrites, un Gouvernement latino-américain a estimé qu'il serait « inadmissible » pour un gouvernement de devoir ainsi « s'adresser et par conséquent se soumettre à la décision d'un pays étranger », au motif qu'une telle action serait « contraire au principe fondamental de droit international public de l'immunité de juridiction » (*sic* !).

Dans le même esprit, un autre Gouvernement a critiqué les divers critères énumérés à l'article 5, alinéa 3, cité plus haut (exportation portant une atteinte significative à la conservation physique du bien, à l'intégrité d'un bien culturel complexe, etc.) comme ayant pour « but » à son avis d'« affranchir de leurs responsabilités les trafiquants et acheteurs des biens culturels qui appartiennent à autrui » ! Ces critiques se passent, croyons-nous, de tout commentaire.

De même, les représentants de plusieurs pays « exportateurs » de biens culturels ont proposé de supprimer purement et simplement toutes les conditions prévues à l'article 5, alinéa 3, une disposition-clé qui est la seule à permettre à l'Etat sollicité d'exercer un minimum de contrôle et de vérifier, non seulement le sérieux de la demande de retour (27), mais encore de s'assurer que la finalité culturelle de la Convention et sa raison d'être sont bien respectées en l'espèce.

Pour certains représentants gouvernementaux, en effet, une déclaration unilatérale de l'Etat demandeur devrait obliger les

(27) Qui ne doit pas être motivée, par exemple, par le désir d'un souverain ou politique local d'enrichir ses collections privées !

Etats contractants à ordonner le renvoi du bien au pays dont il a été illégalement exporté ; en d'autres termes, l'affirmation de l'Etat de Ruritanie devrait suffire, qu'il s'agit d'un bien « culturel » ou présentant pour lui un (grand) « intérêt culturel » ou encore que ce bien a été illicitement exporté. Ces seules déclarations obligeraient sans autre les autorités de l'Etat sollicité de donner suite à la requête !

Le caractère excessif saute aux yeux de pareilles propositions, qui apparaissent purement politiques ou tactiques, et sont peut-être « contaminées » en quelque mesure par le climat émotionnel qui entoure des revendications comme celles tendant au rapatriement des frises du Parthénon, « exportées » de Grèce par Lord Elgin (28).

Il y aurait en somme confusion entre le terrain *juridique*, soucieux d'efficacité, qui est celui des travaux de l'UNIDROIT, d'une part, et le « terrain *politique* », d'autre part, favorable à l'expression des sentiments, émotions ou aspirations nationales, lequel serait plutôt, semble-t-il, celui des conférences de l'UNESCO.

Qu'une telle confusion ou « osmose » se soit ainsi produite chez certains gouvernements ou dans l'esprit de certains représentants est, somme toute, assez compréhensible. On peut en trouver une confirmation dans le fait que les mêmes porte-parole de pays « exportateurs » de biens culturels n'ont pas hésité à demander que la future convention soit *rétroactive*, contrairement à ce que prévoit l'art. 10 du Projet, lequel reprend le principe classique, consacré par exemple par l'art. 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de la non-rétroactivité (29).

(28) Sur le « nationalisme culturel » né à l'époque romantique, sous l'impulsion notamment de Byron, et la nécessité de considérer les faits réels, il est essentiel de lire les diverses études de J. H. MERRYMAN, par exemple « Il Controllo Nazionale sull'Esportazione dei Beni Culturali », citée *supra*, note 14, et l'important ouvrage (en deux vol.) de MERRYMAN & EISEN : *Law, Ethics and the Visual Arts*, Uni of Pennsylvania Press, 2nd ed., 1987.

(29) Selon l'art. 10, la Convention UNIDROIT s'appliquerait « seulement lorsqu'un bien culturel a été volé ou exporté des territoires d'un Etat contractant en violation de sa législation en matière d'exportation, après l'entrée en vigueur de la Convention ; à l'égard de l'Etat contractant dont les tribunaux ou autres autorités compétentes ont été saisis d'une demande de restitution ou visant au retour d'un tel bien ». Certains participants aux débats de Rome ont critiqué cette disposition comme « légitimant » a contrario les trafics illicites intervenus auparavant !

L'attitude « maximaliste » des représentants d'un nombre substantiel d'Etats victimes d'exportations illicites reflète d'un côté des sentiments fort naturels et une expérience historique douloureuse propre à susciter la sympathie, mais elle repose en même temps sur des illusions manifestes, contredites par l'expérience générale de la société internationale. Quel Etat acceptera de s'obliger (sans obtenir au demeurant la moindre contre-partie) de prêter le concours de ses tribunaux et de sa force publique à l'exécution d'une telle demande de retour de l'objet, sans aucun contrôle ni vérification, simplement parce qu'un Etat étranger lui aurait déclaré qu'il y a eu exportation illicite et une atteinte (significative) à son patrimoine culturel ? Répétons ici, avec François Rigaux, qu'« il ne faut pas rêver » (30) !

Au scepticisme que suscite l'expérience générale à l'égard des propositions qui viennent d'être évoquées, lesquelles relèvent du « wishful thinking », s'ajoutent des raisons particulières à la matière elle-même. Si des Etats toujours plus nombreux, aujourd'hui, sont conscients de la gravité du problème du trafic illicite des biens culturels et sont prêts à manifester leur solidarité internationale, ils ne sont pas disposés pour autant à s'engager à l'*aveugle* à donner effet à des lois étrangères sur l'exportation qui, d'une part, sont parfois conçues en termes beaucoup trop généraux et vagues (31), d'autre part, se sont révélées inefficaces pour des raisons dont l'Etat demandeur est au moins partiellement responsable (32).

(30) Diverses comparaisons viennent ici à l'esprit avec d'autres cas de demandes d'entraide judiciaire au sens large, qu'il s'agisse d'exécution de jugements étrangers, de demande d'extradition ou d'autres sujets. L'exemple le plus proche du système apparemment souhaité par certains idéologues du rapatriement des biens culturels serait celui, déjà mentionné, de l'enlèvement international d'enfants selon la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 — mais il s'agit — domaine tout différent — de droit de famille et cette Convention pose elle aussi des conditions, par ex. en définissant le « déplacement illicite » (art. 3) et en énumérant les informations que « la demande doit contenir » (art. 8).

(31) Cf. MURKINMAN op. cit. et le cas *Perru v. Johnson*, citée supra, note 26. Comme l'observe le Rapport (juillet 1991, Doc. 23) de l'UNIDROIT, la sévérité même des lois interdisant l'exportation ou le commerce des biens culturels aboutit à développer le marché noir et le trafic illicite. Ajoutons que de telles lois peuvent contrevenir aux obligations de l'Etat quant à la libre circulation des marchandises (cf. les art. 30 et s., dont 34, du Traité CEE, et l'art. XX du GATT).

(32) Selon le rapport du secrétariat UNIDROIT de juin 1961, n° 101, le Comité d'étude « s'était demandé s'il était juste de demander à certains pays d'appliquer une législation d'un pays où le système [d'exportation] avait plus ou moins échoué ». On comprend mieux, en revanche, qu'il leur soit demandé de contrôler l'importation de biens

Notre propos n'était pas d'analyser les dispositions particulières du projet de convention de l'UNIDROIT, ou de discuter tel ou tel des critères qu'il retient (par ex. l'atteinte significative à un bien présentant une « importance culturelle particulière pour l'Etat demandeur ») (33), pour préciser dans quels cas, la preuve nécessaire étant apportée, l'Etat sollicité doit ordonner le retour du bien illégalement exporté (34). Ce que nous avons voulu, en revanche, mettre en lumière, c'est l'opposition — les pessimistes diraient le « fossé » — entre les thèses radicales de certains Etats influents, parmi les « exportateurs » involontaires de biens culturels, et l'attitude probable, voire certaine, des Etats « importateurs », notamment de ceux, nombreux, qui ont refusé de ratifier la Convention de l'UNESCO de 1970 (35).

C'est dans ce contexte qu'il convient, pour conclure, de souligner le caractère fondamental d'un débat qui met en cause, non seulement la finalité du Projet de Convention UNIDROIT, mais tout le domaine de la protection du patrimoine culturel (il faudrait dire sans doute des *patrimoines culturels*) et la philosophie même des rapports internationaux d'aujourd'hui. Il faut en effet considérer ce projet de Convention, dans son chapitre sur l'exportation illicite de biens culturels, à la lumière à la fois de l'idée de *protection*, d'une part, et de l'opposition « *nationalisme/internationalisme* » culturel, d'autre part.

En ce qui concerne l'idée de « *protection* » du patrimoine culturel, on se bornera à signaler l'ambiguïté ou le flou de ces trois termes, et le fait que, au cours des travaux préparatoires de l'UNIDROIT, le terme de « *protection* » a disparu du titre pour être remplacé par les notions plus concrètes ou « *factuelles* » de *retour des biens illégalement exportés*. Les auteurs du

culturels (importants), mais ceci soulèverait certaines difficultés pratiques ou juridiques, p. ex. pour les pays qui ignorent le contrôle des importations.

(33) On notera que le projet, après l'avoir envisagé, a renoncé — avec raison croyons-nous — à utiliser toute référence à la valeur monétaire.

(34) Notons que le Projet établit un *standard minimum* et permet (art. 11) à un Etat contractant d'être plus libéral ou généreux, écartant par là une unification plus poussée et ce qu'on appelle aux USA l'approche du « *level playing field* ».

(35) Quant aux Etats-Unis, qui ont ratifié cette Convention, on ne conçoit guère qu'ils puissent un instant envisager d'accepter des positions maximalistes comme celles qui ont été évoquées dans le corps du présent article.

Projet se sont cependant préoccupés constamment des impératifs et de la politique de protection du patrimoine, en rappelant notamment que le *droit*, consacré en principe par le Projet, d'obtenir le retour des biens culturels illicitement exportés, emportait pour l'Etat demandeur des obligations correspondantes. C'est ce dont témoignent diverses dispositions du Projet, comme celle de l'article 5.2, selon lequel, pour être recevable, toute demande de retour devrait être accompagnée, non seulement et en bonne logique des « précisions permettant à l'autorité compétente de l'Etat requis d'apprécier si les conditions prévues au paragraphe 3 sont remplies », mais encore de « toute information utile sur la conservation, la sécurité et l'accessibilité du bien culturel après son retour dans l'Etat demandeur » (36).

Il est significatif que les discussions entre représentants gouvernementaux au sein de l'UNIDROIT, au cours desquelles l'« activisme » convaincu des Etats exportateurs a contrasté avec la discrétion des Etats importateurs de biens culturels, aient relégué graduellement à l'arrière-plan les considérations tenant à la conservation des biens culturels, à leur sécurité et, davantage encore, à leur accessibilité, pour mettre de plus en plus l'accent sur les seuls *droits* (« souverains ») des Etats demandeurs.

Ce glissement caractéristique ne laisse pas d'être inquiétant. Il traduit la volonté, plus ou moins consciente et plus ou moins affirmée, de nombre d'Etats exportateurs de privilégier le *nationalisme culturel* — à la fois par rapport à toute notion d'internationalisme ou de « patrimoine culturel commun » et même peut-être, chose plus grave encore, par rapport à cette idée simple autant qu'essentielle que le « retour » du bien illicitement exporté n'est pas une fin en soi mais trouve sa justification dans la préservation et la conservation des biens culturels.

A quoi il faut ajouter la notion non moins importante de l'*accessibilité* (37) : il est superflu d'insister sur l'intérêt assez

(36) Ces dispositions ont été vivement critiquées par les représentants des Etats « exportateurs », dont certains n'ont pas hésité à y voir une atteinte à la souveraineté de l'Etat demandeur !

(37) Sur cette notion, qui concerne à la fois le monde savant et le grand public, v. par ex. J.H. MERRYMAN, in art. cité *supra*, note 5.

limité de la conservation, pour elle-même, de biens culturels, par exemple d'œuvres d'art, s'ils sont inaccessibles parce que détenus dans des coffres de banques ou dans des musées fréquemment fermés (38).

On doit souhaiter que la suite des travaux de l'UNIDROIT parvienne à corriger l'écart préoccupant qui sépare aujourd'hui — et nous citons ici les termes de notre Confrère Riccardo Monaco, Président de l'UNIDROIT (39) :

« Ce que le Professeur John Merryman a décrit comme d'une part le *nationalisme culturel* et, d'autre part, l'*internationalisme culturel*, le premier tendant au maintien dans le pays d'origine du bien culturel ou au retour du bien dans ce pays, le deuxième visant à permettre autant que possible à toutes les nations d'avoir accès au patrimoine culturel de l'humanité. »

A contre-courant d'une certaine idéologie, Merryman a eu le mérite de mettre en pleine lumière (40) que ce *nationalisme* risque fort de dégénérer en « blind retentionism », susceptible de mettre en danger par une insuffisante protection l'existence même du bien culturel (41). Cette tendance contredit d'autre part l'intérêt public de la communauté internationale à la *préservation* — à quoi il faut ajouter les *échanges* internationaux (42) — des biens culturels, dont les plus importants font à l'évidence partie du *patrimoine commun de l'humanité*, ainsi que l'a reconnu par exemple le Préambule de la Convention de

(38) Comme c'est le cas, de notoriété publique, sous des prétextes divers, en quantité d'Etats, européens ou non ; il est étonnant, voire scandaleux, que des pays riches en biens culturels (et qui s'en prévalent et pour attirer les touristes, et pour revendiquer retour ou restitution) soient incapables d'ouvrir leurs musées tous les jours ou se permettent de les fermer à leur guise et sans avertissement. Venise, par exemple, vient d'annoncer que, par manque de moyens, elle fermera toutes ses églises pendant la saison !

(39) Dans ses « Lignes générales pour une Convention de droit privé sur la protection internationale des biens culturels », Doc. 2, n° 4 (mai 1988).

(40) Voir entre autres son remarquable article « The Public Interest in Cultural Property », cité *supra*, in note 5.

(41) Il écrit par exemple (art. cité, p. 362) : « The suggestion that neglect of cultural objects weakens a nation's claim to exclusive sovereignty over them does not arise in international cultural property discussions. No such proposal seems to have been advanced in or to have received serious consideration by UNESCO or other concerned bodies. »

(42) Il est à peine besoin de rappeler que ces échanges possèdent en eux-mêmes une valeur culturelle essentielle ; cf. aussi, à ce sujet, la citation de R. MONACO, ci-dessus dans le texte.

la Haye du 14 mai 1954 sur la protection de la propriété culturelle en cas de conflits armés (43).

Le même auteur se demandait, en 1989, « how far can nations be permitted to control the cultural heritage of all mankind » et il constatait l'attention quasi exclusive donnée au nationalisme culturel dans les débats des assemblées internationales, par exemple de l'UNESCO.

Quant est-il à cet égard des travaux actuels de l'UNIDROIT dont nous venons d'esquisser les grandes lignes ? Force est bien de reconnaître que, tout au moins jusqu'ici, ils semblent confirmer plutôt que démentir cette analyse.

(43) Selon ce préambule, « damage to cultural property belonging to any people whatsoever means damage to the cultural heritage of all mankind, since each people makes its contribution to the culture of the world ... », cité par MERRYMAN, à la p. 363 ; sur la notion de « patrimoine commun de l'humanité », cf. Erik JAVNE : *Kunstwerk und Nation : Zuordnungsprobleme im internationalen Kulturgüterschutz*, Heidelberg 1991, p. 13.